



56 Elizabeth II
A.D. 2007
Canada

Journals of the Senate

Journaux du Sénat

1st Session, 39th Parliament

1^{re} session, 39^e législature

N^o 106

Tuesday, June 12, 2007

Le mardi 12 juin 2007

2:00 p.m.

14 heures

The Honourable NOËL A. KINSELLA, Speaker

L'honorable NOËL A. KINSELLA, Président

The Members convened were:

The Honourable Senators

Adams
Andreychuk
Angus
Atkins
Biron
Bryden
Callbeck
Campbell
Carney
Carstairs
Chaput
Comeau
Cook
Cools
Corbin
Cordy
Cowan
Dallaire
Dawson
Di Nino
Downe
Dyck
Eggleton
Eyton
Fairbairn
Fitzpatrick
Fortier
Fox
Fraser
Goldstein

Grafstein
Gustafson
Hays
Hervieux-Payette
Johnson
Joyal
Kenny
Keon
Kinsella
Lapointe
Lavigne
LeBreton
Losier-Cool
Mahovlich
Massicotte

McCoy
Meighen
Merchant
Milne
Mitchell
Moore
Munson
Murray
Nancy Ruth
Nolin
Oliver
Peterson
Phalen
Poulin (Charette)
Prud'homme

Ringuette
Rivest
Robichaud
Rompkey
St. Germain
Segal
Smith
Spivak
Stratton
Tardif
Tkachuk
Trenholme Counsell
Watt
Zimmer

Les membres présents sont:

Les honorables sénateurs

The Members in attendance to business were:

The Honourable Senators

Adams
Andreychuk
Angus
Atkins
*Bacon
Biron
Bryden
Callbeck
Campbell
Carney
Carstairs
Chaput
Comeau
Cook
Cools
Corbin
Cordy
Cowan
Dallaire
Dawson
Di Nino
Downe
Dyck
Eggleton
Eyton
Fairbairn
Fitzpatrick
Fortier
Fox
Fraser
Goldstein
Grafstein

Gustafson
Hays
Hervieux-Payette
Johnson
Joyal
Kenny
Keon
Kinsella
Lapointe
Lavigne
LeBreton
Losier-Cool
Mahovlich
Massicotte
McCoy
Meighen

Merchant
Milne
Mitchell
Moore
Munson
Murray
Nancy Ruth
Nolin
Oliver
*Pépin
Peterson
Phalen
Poulin (Charette)
Prud'homme
Ringuette
Rivest

Robichaud
Rompkey
St. Germain
Segal
Smith
Spivak
Stratton
Tardif
Tkachuk
Trenholme Counsell
Watt
Zimmer

Les membres participant aux travaux sont:

Les honorables sénateurs

PRAYERS

The Senate observed a minute of silence in memory of trooper Darryl Caswell, whose tragic death occurred yesterday while serving his country in Afghanistan.

SENATORS' STATEMENTS

Some Honourable Senators made statements.

DAILY ROUTINE OF BUSINESS**TABLING OF DOCUMENTS**

The Honourable Senator Comeau tabled the following:

Certificate of Nomination of Christiane Ouimet, the nominee for the position of Public Sector Integrity Commissioner.—Sessional Paper No.1/39-913.

The Honourable the Speaker tabled the following:

The June 2007 Report of the Auditor General of Canada to the Minister of Canadian Heritage, entitled: *Use of Public Funds by the Former Lieutenant-Governor of Québec*, pursuant to the Order in Council No. 2007-0445.—Sessional Paper No. 1/39-914.

PRESENTATION OF REPORTS FROM STANDING OR SPECIAL COMMITTEES

The Honourable Senator Kenny, Chair of the Standing Senate Committee on National Security and Defence, tabled its sixteenth report (interim) entitled: *An Enduring Controversy: The Strategic Bombing Campaign Display in the Canadian War Museum*.—Sessional Paper No. 1/39-915S.

The Honourable Senator Kenny moved, seconded by the Honourable Senator Downe, that the report be placed on the Orders of the Day for consideration at the next sitting.

The question being put on the motion, it was adopted.

The Honourable Senator Oliver, Chair of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, presented its thirteenth report (Bill S-4, An Act to amend the Constitution Act, 1867 (Senate tenure), with amendments, a recommendation and observations).

(The report is printed as an appendix at pages 1654-1687.)

The Honourable Senator Oliver moved, seconded by the Honourable Senator Di Nino, that the report be placed on the Orders of the Day for consideration at the next sitting.

The question being put on the motion, it was adopted.

INTRODUCTION AND FIRST READING OF GOVERNMENT BILLS

A message was brought from the House of Commons with a Bill C-60, An Act for granting to Her Majesty certain sums of money for the federal public administration for the financial year ending March 31, 2008, to which it desires the concurrence of the Senate.

PRIÈRE

Le Sénat observe une minute de silence à la mémoire du cavalier Darryl Caswell, décédé tragiquement hier pendant qu'il servait son pays en Afghanistan.

DÉCLARATIONS DE SÉNATEURS

Des honorables sénateurs font des déclarations.

AFFAIRES COURANTES**DÉPÔT DE DOCUMENTS**

L'honorable sénateur Comeau dépose sur le Bureau ce qui suit :

Certificat de nomination de Christiane Ouimet, candidate proposée au poste de commissaire à l'intégrité du secteur public.—Document parlementaire n° 1/39-913.

L'honorable Président dépose sur le Bureau ce qui suit :

Rapport de juin 2007 de la vérificatrice générale du Canada à la ministre du Patrimoine canadien, intitulé *L'utilisation des fonds publics par l'ancien lieutenant-gouverneur du Québec*, conformément au décret n° 2007-0445.—Document parlementaire n° 1/39-914.

PRÉSENTATION DE RAPPORTS DE COMITÉS PERMANENTS OU SPÉCIAUX

L'honorable sénateur Kenny, président du Comité sénatorial permanent de la sécurité nationale et de la défense, dépose le seizième rapport (interim) de ce Comité intitulé *Une controverse qui persiste : l'exposition de la campagne de bombardement stratégique au Musée canadien de la guerre*.—Document parlementaire n° 1/39-915S.

L'honorable sénateur Kenny propose, appuyé par l'honorable sénateur Downe, que le rapport soit inscrit à l'ordre du jour pour étude à la prochaine séance.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

L'honorable sénateur Oliver, président du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, présente le treizième rapport de ce Comité (projet de loi S-4, Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs), avec des amendements, une recommandation et des observations).

(Le rapport est imprimé en annexe aux pages 1654 à 1722.)

L'honorable sénateur Oliver propose, appuyé par l'honorable sénateur Di Nino, que le rapport soit inscrit à l'ordre du jour pour étude à la prochaine séance.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

INTRODUCTION ET PREMIÈRE LECTURE DE PROJETS DE LOI ÉMANANT DU GOUVERNEMENT

La Chambre des communes transmet un message avec un projet de loi C-60, Loi portant octroi à Sa Majesté de crédits pour l'administration publique fédérale pendant l'exercice se terminant le 31 mars 2008, pour lequel elle sollicite l'agrément du Sénat.

The bill was read the first time.

The Honourable Senator Comeau moved, seconded by the Honourable Senator Di Nino, that the bill be placed on the Orders of the Day for a second reading two days hence.

The question being put on the motion, it was adopted.

ORDERS OF THE DAY

GOVERNMENT BUSINESS

BILLS

Third reading of Bill C-40, An Act to amend the Excise Tax Act, the Excise Act, 2001 and the Air Travellers Security Charge Act and to make related amendments to other Acts.

The Honourable Senator Meighen moved, seconded by the Honourable Senator Keon, that the bill be read the third time.

The Honourable Senator Tardif moved, seconded by the Honourable Senator Cowan, that the debate on the motion be adjourned until the next sitting.

The question being put on the motion, it was adopted.

Orders No. 2 to 5 were called and postponed until the next sitting.

INQUIRIES

Order No. 1 was called and postponed until the next sitting.

MOTIONS

Order No. 1 was called and postponed until the next sitting.

REPORTS OF COMMITTEES

Resuming debate on the motion of the Honourable Senator Oliver, seconded by the Honourable Senator Nolin, for the adoption of the twelfth report of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs (Bill C-31, An Act to amend the Canada Elections Act and the Public Service Employment Act, with amendments), presented in the Senate on June 5, 2007;

And, on the motion in amendment of the Honourable Senator Nolin, seconded by the Honourable Senator Johnson, that the twelfth report of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs be not now adopted but that it be amended:

Le projet de loi est lu la première fois.

L'honorable sénateur Comeau propose, appuyé par l'honorable sénateur Di Nino, que le projet de loi soit inscrit à l'ordre du jour pour une deuxième lecture dans deux jours.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

ORDRE DU JOUR

AFFAIRES DU GOUVERNEMENT

PROJETS DE LOI

Troisième lecture du projet de loi C-40, Loi modifiant la Loi sur la taxe d'accise, la Loi de 2001 sur l'accise, la Loi sur le droit pour la sécurité des passagers du transport aérien et d'autres lois en conséquence.

L'honorable sénateur Meighen propose, appuyé par l'honorable sénateur Keon, que le projet de loi soit lu la troisième fois.

L'honorable sénateur Tardif propose, appuyée par l'honorable sénateur Cowan, que le débat sur la motion soit ajourné à la prochaine séance.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Les articles n^{os} 2 à 5 sont appelés et différés à la prochaine séance.

INTERPELLATIONS

L'article n^o 1 est appelé et différé à la prochaine séance.

MOTIONS

L'article n^o 1 est appelé et différé à la prochaine séance.

RAPPORTS DE COMITÉS

Reprise du débat sur la motion de l'honorable sénateur Oliver, appuyée par l'honorable sénateur Nolin, tendant à l'adoption du douzième rapport du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles (projet de loi C-31, Loi modifiant la Loi électorale du Canada et la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, avec des amendements), présenté au Sénat le 5 juin 2007;

Et sur la motion d'amendement de l'honorable sénateur Nolin, appuyée par l'honorable sénateur Johnson, que le douzième rapport du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles ne soit pas maintenant adopté, mais qu'il soit modifié :

(a) by deleting amendment No. 1;

(b) at amendment N° 7, by replacing the text after “Page 16, clause 40:” with the following:

“Replace lines 30 to 39 with the following:

“40. The *Public Service Employment Act* is amended by adding the following after section 50:

50.1 Despite subsection 50(2), the maximum period of employment of casual workers appointed in the Office of the Chief Electoral Officer for the purposes of an election under the *Canada Elections Act* or a referendum held under the *Referendum Act* is 165 working days in one calendar year.”; and

(c) by renumbering amendments 2 to 11 as amendments 1 to 10.

After debate,

The question being put on the motion in amendment, it was adopted.

The question then being put on the motion of the Honourable Senator Oliver, seconded by the Honourable Senator Nolin, for the adoption of the twelfth report, as amended, of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs (Bill C-31, with amendments), it was adopted.

The Honourable Senator Nolin moved, seconded by the Honourable Senator Oliver, that the bill, as amended, be placed on the Orders of the Day for a third reading at the next sitting.

The question being put on the motion, it was adopted.

Consideration of the thirteenth report of the Standing Senate Committee on Foreign Affairs and International Trade (*Department of Foreign Affairs User Fee Proposal relating to the International Youth Program*), presented in the Senate on June 6, 2007.

The Honourable Senator Di Nino moved, seconded by the Honourable Senator Oliver, that the report be adopted.

The question being put on the motion, it was adopted.

Orders No. 3 to 6 were called and postponed until the next sitting.

OTHER BUSINESS

SENATE PUBLIC BILLS

Orders No. 1 to 9 were called and postponed until the next sitting.

a) par suppression de l'amendement n° 1;

b) à l'amendement n° 7, par substitution du texte suivant les termes « Page 16, article 40 : » par ce qui suit :

« Remplacer les lignes 30 à 36 par ce qui suit :

« 40. La *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* est modifiée par adjonction, après l'article 50, de ce qui suit :

50.1 Malgré le paragraphe 50(2), l'employé occasionnel peut être nommé au bureau du directeur général des élections en vue d'une élection tenue en vertu de la *Loi électorale du Canada*, ou d'un référendum tenu en vertu de la *Loi référendaire*, pour une période ne dépassant pas 165 jours ouvrables par année civile. » »;

c) par le changement de la désignation numérique des amendements 2 à 11 à celle d'amendements 1 à 10.

Après débat,

La motion d'amendement, mise aux voix, est adoptée.

La motion de l'honorable sénateur Oliver, appuyée par l'honorable sénateur Nolin, tendant à l'adoption du douzième rapport, tel que modifié, du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles (projet de loi C-31, avec des amendements), mise aux voix, est adoptée.

L'honorable sénateur Nolin propose, appuyé par l'honorable sénateur Oliver, que le projet de loi, tel que modifié, soit inscrit à l'ordre du jour pour une troisième lecture à la prochaine séance.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Étude du treizième rapport du Comité sénatorial permanent des affaires étrangères et du commerce international (*Proposition relative aux frais d'utilisation du ministère des Affaires étrangères concernant le Programme international pour les jeunes*), présenté au Sénat le 6 juin 2007.

L'honorable sénateur Di Nino propose, appuyé par l'honorable sénateur Oliver, que le rapport soit adopté.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Les articles n^{os} 3 à 6 sont appelés et différés à la prochaine séance.

AUTRES AFFAIRES

PROJETS DE LOI D'INTÉRÊT PUBLIC DU SÉNAT

Les articles n^{os} 1 à 9 sont appelés et différés à la prochaine séance.

Second reading of Bill S-225, An Act to amend the International Boundary Waters Treaty Act (bulk water removal).

The Honourable Senator Carney, P.C., moved, seconded by the Honourable Senator Murray, P.C., that the bill be read the second time.

After debate,

The Honourable Senator Segal moved, seconded by the Honourable Senator Keon, that further debate on the motion be adjourned until the next sitting.

The question being put on the motion, it was adopted.

COMMONS PUBLIC BILLS

Order No. 2 was called and postponed until the next sitting.

Third reading of Bill C-294, An Act to amend the Income Tax Act (sports and recreation programs).

The Honourable Senator Tkachuk moved, seconded by the Honourable Senator Mahovlich, that the bill be read the third time.

After debate,

The question being put on the motion, it was adopted.

The bill was then read the third time and passed.

Ordered, That a message be sent to the House of Commons to acquaint that House that the Senate has passed this bill, without amendment.

Second reading of Bill C-280, An Act to Amend the Immigration and Refugee Protection Act (coming into force of sections 110, 111 and 171).

The Honourable Senator Goldstein moved, seconded by the Honourable Senator Chaput, that the bill be read the second time.

After debate,

The Honourable Senator Comeau moved, seconded by the Honourable Senator Oliver, that further debate on the motion be adjourned until the next sitting.

The question being put on the motion, it was adopted.

Order No. 5 was called and postponed until the next sitting.

REPORTS OF COMMITTEES

Orders No. 1 to 3 were called and postponed until the next sitting.

Resuming debate on the motion of the Honourable Senator St. Germain, P.C., seconded by the Honourable Senator Gustafson, for the adoption of the eighth report of the Standing Senate Committee on Aboriginal Peoples entitled: *Safe Drinking Water for First Nations*, tabled in the Senate on May 31, 2007.

After debate,

The question being put on the motion, it was adopted.

Deuxième lecture du projet de loi S-225, Loi modifiant la Loi du traité des eaux limitrophes internationales (captage massif d'eau).

L'honorable sénateur Carney, C.P., propose, appuyée par l'honorable sénateur Murray, C.P., que le projet de loi soit lu la deuxième fois.

Après débat,

L'honorable sénateur Segal propose, appuyé par l'honorable sénateur Keon, que la suite du débat sur la motion soit ajournée à la prochaine séance.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

PROJETS DE LOI D'INTÉRÊT PUBLIC DES COMMUNES

L'article n° 2 est appelé et différé à la prochaine séance.

Troisième lecture du projet de loi C-294, Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu (programmes sportifs et récréatifs).

L'honorable sénateur Tkachuk propose, appuyé par l'honorable sénateur Mahovlich, que le projet de loi soit lu la troisième fois.

Après débat,

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Le projet de loi est alors lu la troisième fois et adopté.

Ordonné : Qu'un message soit transmis à la Chambre des communes pour l'informer que le Sénat a adopté ce projet de loi, sans amendement.

Deuxième lecture du projet de loi C-280, Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (entrée en vigueur des articles 110, 111 et 171).

L'honorable sénateur Goldstein propose, appuyé par l'honorable sénateur Chaput, que le projet de loi soit lu la deuxième fois.

Après débat,

L'honorable sénateur Comeau propose, appuyé par l'honorable sénateur Oliver, que la suite du débat sur la motion soit ajournée à la prochaine séance.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

L'article n° 5 est appelé et différé à la prochaine séance.

RAPPORTS DE COMITÉS

Les articles n^{os} 1 à 3 sont appelés et différés à la prochaine séance.

Reprise du débat sur la motion de l'honorable sénateur St. Germain, C.P., appuyée par l'honorable sénateur Gustafson, tendant à l'adoption du huitième rapport du Comité sénatorial permanent des peuples autochtones, intitulé *L'approvisionnement en eau potable sécuritaire pour les Premières nations*, déposé au Sénat le 31 mai 2007.

Après débat,

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Orders No. 5 and 6 were called and postponed until the next sitting.

Resuming debate on the consideration of the fourth report (interim), as amended, of the Standing Senate Committee on National Security and Defence, entitled: *Managing Turmoil, The Need to Upgrade Canadian Foreign Aid and Military Strength to Deal with Massive Change*, tabled in the Senate on November 21, 2006.

After debate,

The Honourable Senator Moore moved, for the Honourable Senator Banks, seconded by the Honourable Senator Dallaire, that further debate on the consideration of the report be adjourned until the next sitting.

The question being put on the motion, it was adopted.

Orders No. 8 to 14 were called and postponed until the next sitting.

OTHER

Resuming debate on the motion of the Honourable Senator Tkachuk, seconded by the Honourable Senator Angus:

That all matters relating to this question of privilege, including the issues raised by the timing and process of the May 15, 2007, meeting of the Standing Senate Committee on Energy, the Environment and Natural Resources and their effect on the rights and privileges of Senators, be referred to the Standing Committee on Rules, Procedures and the Rights of Parliament for investigation and report; and

That the Committee consider both the written and oral record of the proceedings.

After debate,

The Honourable Senator Cowan moved, seconded by the Honourable Senator Hubley, that further debate on the motion be adjourned until the next sitting.

The question being put on the motion, it was adopted.

Resuming debate on the motion of the Honourable Senator Di Nino, seconded by the Honourable Senator Andreychuk:

That the Senate urge the Government of the People's Republic of China and the Dalai Lama, notwithstanding their differences on Tibet's historical relationship with China, to continue their dialogue in a forward-looking manner that will lead to pragmatic solutions that respect the Chinese constitutional framework, the territorial integrity of China and fulfill the aspirations of the Tibetan people for a unified and genuinely autonomous Tibet;

And on the motion in amendment of the Honourable Senator Carstairs, P.C., seconded by the Honourable Senator Corbin, that the motion be not now adopted but that it be amended immediately following the word "of" in the first line by eliminating all the words in the rest of the motion and by replacing them with the following:

"Canada and in particular the Foreign Affairs Minister to have discussions with the Foreign Minister of the People's Republic of China regarding the Dalai Lama and the aspirations of the Tibetan people."

Les articles n^{os} 5 et 6 sont appelés et différés à la prochaine séance.

Reprise du débat sur l'étude du quatrième rapport (intérimaire), tel que modifié, du Comité sénatorial permanent de la sécurité nationale et de la défense, intitulé *Face aux turbulences, De la nécessité d'actualiser l'aide extérieure et la force militaire du Canada en réponse aux changements d'envergure qui surviennent*, déposé au Sénat le 21 novembre 2006.

Après débat,

L'honorable sénateur Moore, au nom de l'honorable sénateur Banks, propose, appuyé par l'honorable sénateur Dallaire, que la suite du débat sur l'étude du rapport soit ajournée à la prochaine séance.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Les articles n^{os} 8 à 14 sont appelés et différés à la prochaine séance.

AUTRES

Reprise du débat sur la motion de l'honorable sénateur Tkachuk, appuyée par l'honorable sénateur Angus,

Que toutes les questions se rapportant à cette question de privilège, y compris celles qu'ont suscitées le moment choisi pour la réunion du 15 mai 2007 du Comité sénatorial permanent de l'énergie, de l'environnement et des ressources naturelles et la façon dont cette réunion s'est déroulée ainsi que l'effet que cela a eu sur les droits et les privilèges des sénateurs, soient renvoyées au Comité permanent du Règlement, de la procédure et des droits du Parlement pour qu'il fasse une enquête et présente un rapport;

Que le Comité examine les comptes rendus écrit et oral des délibérations.

Après débat,

L'honorable sénateur Cowan propose, appuyé par l'honorable sénateur Hubley, que la suite du débat sur la motion soit ajournée à la prochaine séance.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Reprise du débat sur la motion de l'honorable sénateur Di Nino, appuyée par l'honorable sénateur Andreychuk,

Que le Sénat encourage le gouvernement de la République populaire de Chine et le Dalai Lama, nonobstant leurs différends à l'égard de la relation historique entre le Tibet et la Chine, de poursuivre leurs discussions d'une manière prospective qui mènera à des solutions pragmatiques respectant le cadre constitutionnel chinois et l'intégrité territoriale de la Chine tout en répondant aux aspirations du peuple tibétain, à savoir l'unification et la véritable autonomie du Tibet;

Et sur la motion d'amendement de l'honorable sénateur Carstairs, C.P., appuyée par l'honorable sénateur Corbin, que la motion ne soit pas maintenant adoptée, mais qu'elle soit modifiée par substitution de tout ce qui suit immédiatement après le mot « gouvernement » dans la première ligne, par ce qui suit :

« du Canada et, en particulier, le ministre des Affaires étrangères, à s'entretenir avec le ministre des Affaires étrangères de la République populaire de Chine au sujet du Dalai Lama et des aspirations du peuple tibétain. »

After debate,

In amendment, the Honourable Senator Di Nino moved, seconded by the Honourable Senator Cowan, that the motion in amendment be amended immediately following the words “Canada and in particular the Foreign Affairs Minister to” by eliminating all subsequent words and replacing them with the following:

“encourage the Government of the People’s Republic of China and the Dalai Lama, notwithstanding their differences on Tibet’s historical relationship with China, to continue their dialogue in a forward-looking manner that will lead to pragmatic solutions that respect the Chinese constitutional framework, the territorial integrity of China and fulfill the aspirations of the Tibetan people for a unified and genuinely autonomous Tibet.”.

The Honourable Senator Tardif moved, seconded by the Honourable Senator Cowan, that the debate on the subamendment be adjourned until the next sitting.

The question being put on the motion, it was adopted.

Orders No. 28 and 26 (inquiries) were called and postponed until the next sitting.

Resuming debate on the motion of the Honourable Senator Moore, seconded by the Honourable Senator Phalen:

That an humble Address be presented to Her Excellency the Governor General praying that she will fill the vacancies in the Senate by summons to fit and qualified persons.

After debate,

The Honourable Senator Tardif moved, seconded by the Honourable Senator Cowan, that further debate on the motion be adjourned until the next sitting.

The question being put on the motion, it was adopted.

Resuming debate on the motion of the Honourable Senator Andreychuk, seconded by the Honourable Senator Stratton:

That, pursuant to rule 131(2), the Senate request a complete and detailed response from the government, with the Minister of Foreign Affairs being identified as the Minister responsible for responding to the twelfth report of the Standing Senate Committee on Human Rights, entitled: *Canada and the United Nations Human Rights Council: At the Crossroads*.

After debate,

The Honourable Senator Corbin moved, seconded by the Honourable Senator Mahovlich, that further debate on the motion be adjourned until the next sitting.

The question being put on the motion, it was adopted.

Resuming debate on the inquiry of the Honourable Senator Tardif calling the attention of the Senate to questions concerning post-secondary education in Canada.

Debate.

Après débat,

En amendement, l’honorable sénateur Di Nino propose, appuyé par l’honorable sénateur Cowan, que la motion d’amendement soit modifiée par l’élimination de tous les mots suivant « du Canada et, en particulier, le ministre des Affaires étrangères, à » et leur remplacement par ce qui suit :

« encourager le gouvernement de la République populaire de Chine et le Dalaï Lama, nonobstant leurs différends à l’égard de la relation historique entre le Tibet et la Chine, à poursuivre leurs discussions d’une manière prospective qui mènera à des solutions pragmatiques respectant le cadre constitutionnel chinois et l’intégrité territoriale de la Chine tout en répondant aux aspirations du peuple tibétain, à savoir l’unification et la véritable autonomie du Tibet. ».

L’honorable sénateur Tardif propose, appuyé par l’honorable sénateur Cowan, que le débat sur le sous-amendement soit ajourné à la prochaine séance.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Les articles n^{os} 28 et 26 (interpellations) sont appelés et différés à la prochaine séance.

Reprise du débat sur la motion de l’honorable sénateur Moore, appuyée par l’honorable sénateur Phalen,

Qu’une humble adresse soit présentée à Son Excellence la Gouverneure générale la priant de pourvoir aux postes devenus vacants au Sénat par nomination de personnes compétentes et remplissant les conditions requises.

Après débat,

L’honorable sénateur Tardif propose, appuyée par l’honorable sénateur Cowan, que la suite du débat sur la motion soit ajournée à la prochaine séance.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Reprise du débat sur la motion de l’honorable sénateur Andreychuk, appuyée par l’honorable sénateur Stratton,

Que, conformément à l’article 131(2) du Règlement, le Sénat demande une réponse complète et détaillée du gouvernement, le ministre des Affaires étrangères étant désigné ministre chargé de répondre au douzième rapport du Comité sénatorial permanent des droits de la personne intitulé : *Le Canada et le Conseil des droits de l’homme des Nations Unies : À la croisée des chemins*.

Après débat,

L’honorable sénateur Corbin propose, appuyé par l’honorable sénateur Mahovlich, que la suite du débat sur la motion soit ajournée à la prochaine séance.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Reprise du débat sur l’interpellation de l’honorable sénateur Tardif, attirant l’attention du Sénat sur des questions concernant l’éducation postsecondaire au Canada.

Débat.

DEFERRED VOTE

At 5:30 p.m., pursuant to rule 67, the Senate proceeded to the taking of the deferred standing vote on the subamendment of the Honourable Senator St. Germain, P.C., to the motion in amendment of the Honourable Senator Tkachuk, to the motion of the Honourable Senator Mitchell, seconded by the Honourable Senator Trenholme Counsell, for the third reading of Bill C-288, An Act to ensure Canada meets its global climate change obligations under the Kyoto Protocol.

The question was put on the subamendment of the Honourable Senator St. Germain, P.C., seconded by the Honourable Senator Di Nino, that the motion in amendment be amended by deleting amendment (b)(i)(B) and relettering amendment (b)(i)(C) as amendment (b)(i)(B).

The subamendment was negatived on the following vote:

VOTE DIFFÉRÉ

À 17 h 30 et conformément à l'article 67 du Règlement, le Sénat aborde le vote par appel nominal différé sur le sous-amendement de l'honorable sénateur St. Germain, C.P., à la motion d'amendement de l'honorable sénateur Tkachuk, à la motion de l'honorable sénateur Mitchell, appuyée par l'honorable sénateur Trenholme Counsell, tendant à la troisième lecture du projet de loi C-288, Loi visant à assurer le respect des engagements du Canada en matière de changements climatiques en vertu du Protocole de Kyoto.

La question est mise aux voix sur le sous-amendement de l'honorable sénateur St. Germain, C.P., appuyé par l'honorable sénateur Di Nino, que la motion d'amendement soit modifiée par la suppression de l'amendement b)(i)(B) et par le changement de la désignation littérale de l'amendement b)(i)(C) à celle d'amendement b)(i)(B).

Le sous-amendement est rejeté par le vote suivant :

YEAS—POUR

The Honourable Senators—Les honorables sénateurs

Andreychuk	Eyton	LeBreton	Oliver	Stratton
Carney	Gustafson	Meighen	Segal	Tkachuk—17
Comeau	Johnson	Nancy Ruth	St. Germain	
Di Nino	Keon	Nolin		

NAYS—CONTRE

The Honourable Senators—Les honorables sénateurs

Adams	Corbin	Fox	Mahovlich	Robichaud
Atkins	Cordy	Fraser	Merchant	Rompkey
Bryden	Cowan	Goldstein	Mitchell	Smith
Callbeck	Dawson	Grafstein	Moore	Tardif
Campbell	Downe	Hays	Munson	Trenholme Counsell
Carstairs	Dyck	Hervieux-Payette	Murray	Watt
Chaput	Eggleton	Joyal	Peterson	Zimmer—43
Cook	Fairbairn	Lavigne	Phalen	
Cools	Fitzpatrick	Losier-Cool	Ringuette	

ABSTENTIONS

The Honourable Senators—Les honorables sénateurs

Nil/Aucun

Ordered, That Order No. 8 (inquiry) and all remaining items on the *Order Paper and Notice Paper* be postponed until the next sitting.

Ordonné : Que l'article n° 8 (interpellation) ainsi que tous les points qui restent au *Feuilleton et Feuilleton des Avis* soient différés à la prochaine séance.

REPORTS DEPOSITED WITH THE CLERK OF THE SENATE PURSUANT TO RULE 28(2):

Report of the Department of Foreign Affairs and International Trade on Canada's state of trade for the year 2007.—Sessional Paper No. 1/39-897.

Report on the *Employment Equity Act* (Labour) for the year 2006, pursuant to the *Act*, S.C. 1995, c. 44, s. 20.—Sessional Paper No. 1/39-898.

Report of the Canada Foundation for Sustainable Development Technology (including supplements I and II required by the Funding Agreement of March 31, 2005), together with the Auditors' Report, for the year 2006, pursuant to the *Canada Foundation for Sustainable Development Technology Act*, S.C. 2001, c. 23, sbs. 30(3).—Sessional Paper No. 1/39-899.

Summaries of the Operating and Capital Budgets for 2007-2008 of the Canadian Museum of Nature, pursuant to the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11, sbs. 125(4).—Sessional Paper No. 1/39-900.

Summaries of the Operating and Capital Budgets for 2007-2008 of the Canada Science and Technology Museum Corporation, pursuant to the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11, sbs. 125(4).—Sessional Paper No. 1/39-901.

Summaries of the Operating and Capital Budgets for 2007-2008 of the Canadian Museum of Civilization Corporation, pursuant to the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11, sbs. 125(4).—Sessional Paper No. 1/39-902.

Summaries of the Operating and Capital Budgets for 2007-2008 of the National Gallery of Canada and its affiliate, the Canadian Museum of Contemporary Photography, pursuant to the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11, sbs. 125(4).—Sessional Paper No. 1/39-903.

Reports of the Canadian Polar Commission for the fiscal year ended March 31, 2007, pursuant to the *Access to Information Act* and to the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 and P-21, sbs. 72(2).—Sessional Paper No. 1/39-904.

Reports of the Northwest Territories Water Board for the fiscal year ended March 31, 2007, pursuant to the *Access to Information Act* and to the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 and P-21, sbs. 72(2).—Sessional Paper No. 1/39-905.

Reports of the Mackenzie Valley Land and Water Board for the fiscal year ended March 31, 2007, pursuant to the *Access to Information Act* and to the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 and P-21, sbs. 72(2).—Sessional Paper No. 1/39-906.

Report of Statistics Canada on corporations for the year 2005, pursuant to the *Corporations Returns Act*, S.C. 1998, c. 26, s. 68.—Sessional Paper No. 1/39-907.

RAPPORTS DÉPOSÉS AUPRÈS DU GREFFIER DU SÉNAT CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 28(2) DU RÈGLEMENT

Rapport du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international sur le commerce international du Canada pour l'année 2007.—Doc. parl. n° 1/39-897.

Rapport sur la *Loi sur l'équité en matière d'emploi* (Travail) pour l'année 2006, conformément à la *Loi*, L.C. 1995, ch. 44, art. 20.—Doc. parl. n° 1/39-898.

Rapport de la Fondation du Canada pour l'appui technologique au développement durable (incluant les suppléments I et II conformément à l'Accord de financement du 31 mars 2005), ainsi que le rapport des vérificateurs y afférent, pour l'année 2006, conformément à la *Loi sur la Fondation du Canada pour l'appui technologique au développement durable*, L.C. 2001, ch. 23, par. 30(3).—Doc. parl. n° 1/39-899.

Sommaires des budgets d'exploitation et d'immobilisations de 2007-2008 du Musée canadien de la nature, conformément à la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, ch. F-11, par. 125(4).—Doc. parl. n° 1/39-900.

Sommaires des budgets de fonctionnement et d'immobilisations de 2007-2008 de la Société du Musée des sciences et de la technologie du Canada, conformément à la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, ch. F-11, par. 125(4).—Doc. parl. n° 1/39-901.

Sommaires des budgets de fonctionnement et d'immobilisations de 2007-2008 de la Société du Musée canadien des civilisations, conformément à la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, ch. F-11, par. 125(4).—Doc. parl. n° 1/39-902.

Sommaires des budgets de fonctionnement et d'immobilisations de 2007-2008 du Musée des beaux-arts du Canada et son affilié, le Musée canadien de la photographie contemporaine, conformément à la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, ch. F-11, par. 125(4).—Doc. parl. n° 1/39-903.

Rapports de la Commission canadienne des affaires polaires pour l'exercice terminé le 31 mars 2007, conformément à la *Loi sur l'accès à l'information* et à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. A-1 et P-21, par. 72(2).—Doc. parl. n° 1/39-904.

Rapports de l'Office des eaux des Territoires du Nord-Ouest pour l'exercice terminé le 31 mars 2007, conformément à la *Loi sur l'accès à l'information* et à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. A-1 et P-21, par. 72(2).—Doc. parl. n° 1/39-905.

Rapports de l'Office des terres et des eaux de la vallée du Mackenzie pour l'exercice terminé le 31 mars 2007, conformément à la *Loi sur l'accès à l'information* et à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. A-1 et P-21, par. 72(2).—Doc. parl. n° 1/39-906.

Rapport de Statistique Canada sur les sociétés pour l'année 2005, conformément à la *Loi sur les déclarations des personnes morales*, L.C. 1998, ch. 26, art. 68.—Doc. parl. n° 1/39-907.

Copy of the Rules amending the Bankruptcy and Insolvency General Rules (SOR/2007-61) made by Order in Council P.C. 2007-400 on March 22, 2007, pursuant to the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, sbs. 209(2).—Sessional Paper No. 1/39-908.

Report on the administration of the *Atlantic Fisheries Restructuring Act* for the fiscal year ended March 31, 2007, pursuant to the *Act*, R.S.C. 1985, c. A-14, sbs. 8(1).—Sessional Paper No. 1/39-909.

Reports of the Canadian International Trade Tribunal for the fiscal year ended March 31, 2007, pursuant to the *Access to Information Act* and to the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 and P-21, sbs. 72(2).—Sessional Paper No. 1/39-910.

Reports of the Canada-Newfoundland and Labrador Offshore Petroleum Board for the fiscal year ended March 31, 2007, pursuant to the *Access to Information Act* and to the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 and P-21, sbs. 72(2).—Sessional Paper No. 1/39-911.

Reports of Farm Credit Canada for the fiscal year ended March 31, 2007, pursuant to the *Access to Information Act* and to the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 and P-21, sbs. 72(2).—Sessional Paper No. 1/39-912.

ADJOURNMENT

The Honourable Senator Comeau moved, seconded by the Honourable Senator Oliver:

That the Senate do now adjourn.

The question being put on the motion, it was adopted.

(Accordingly, at 5:36 p.m. the Senate was continued until 1:30 p.m. tomorrow.)

Changes in Membership of Committees Pursuant to Rule 85(4)

Standing Senate Committee on Agriculture and Forestry

The names of the Honourable Senators Phalen, Harb and Lavigne substituted for those of the Honourable Senators Mercer, Peterson and Phalen (*June 7*).

Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce

The name of the Honourable Senator Tkachuk substituted for that of the Honourable Senator Segal (*June 7*).

Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs

The names of the Honourable Senators Jaffer, Joyal and Hays substituted for those of the Honourable Senators Rompkey, Robichaud and Moore (*June 7*).

Copie des Règles correctives visant les Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité (DORS/2007-61) établies par le décret C.P. 2007-400 en date du 22 mars 2007, conformément à la *Loi sur la faillite*, L.R.C. 1985, ch. B-3, par. 209(2).—Doc. parl. n° 1/39-908.

Rapport sur l'application de la *Loi sur la restructuration du secteur des pêches de l'Atlantique* pour l'exercice terminé le 31 mars 2007, conformément à la *Loi sur la restructuration du secteur des pêches de l'Atlantique*, L.R.C. 1985, ch. A-14, par. 8(1).—Doc. parl. n° 1/39-909.

Rapports du Tribunal canadien du commerce extérieur pour l'exercice terminé le 31 mars 2007, conformément à la *Loi sur l'accès à l'information* et à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. A-1 et P-21, par. 72(2).—Doc. parl. n° 1/39-910.

Rapports de l'Office Canada—Terre-Neuve-et-Labrador des hydrocarbures extracôtiers pour l'exercice terminé le 31 mars 2007, conformément à la *Loi sur l'accès à l'information* et à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. A-1 et P-21, par. 72(2).—Doc. parl. n° 1/39-911.

Rapports de Financement agricole Canada pour l'exercice terminé le 31 mars 2007, conformément à la *Loi sur l'accès à l'information* et à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. A-1 et P-21, par. 72(2).—Doc. parl. n° 1/39-912.

AJOURNEMENT

L'honorable sénateur Comeau propose, appuyé par l'honorable sénateur Oliver,

Que le Sénat s'ajourne maintenant.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

(En conséquence, à 17 h 36 le Sénat s'ajourne jusqu'à 13 h 30 demain.)

Modifications de la composition des comités conformément à l'article 85(4) du Règlement

Comité sénatorial permanent de l'agriculture et des forêts

Les noms des honorables sénateurs Phalen, Harb et Lavigne substitués à ceux des honorables sénateurs Mercer, Peterson et Phalen (*7 juin*).

Comité sénatorial permanent des banques et du commerce

Le nom de l'honorable sénateur Tkachuk substitué à celui de l'honorable sénateur Segal (*7 juin*).

Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles

Les noms des honorables sénateurs Jaffer, Joyal et Hays substitués à ceux des honorables sénateurs Rompkey, Robichaud et Moore (*7 juin*).

APPENDIX
(see p. 1645)

Tuesday, June 12, 2007

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs has the honour to present its

THIRTEENTH REPORT

Your Committee, to which was referred Bill S-4, An Act to amend the Constitution Act, 1867 (Senate tenure), has, in obedience to the Order of Reference of Tuesday, February 20, 2007, examined the said Bill and now reports the same with the following amendments:

1. Page 2, clause 1 (short title): Replace the word “2006” with the word:

“2007”.

2. Page 2, clause 2: Replace lines 8 to 16 with the following:

“29. (1) Subject to subsection (2), the place of a Senator in the Senate shall, subject to the provisions of this Act, be held for a term of fifteen years, and the term shall not be extended or renewed.

(2) The place of a Senator shall become vacant when the Senator attains the age of seventy-five years.

(3) Notwithstanding subsection (1) but subject to the provisions of this Act, the place of a Senator who is summoned to the Senate before the coming into force of the Constitution Act, 2007 (Senate tenure) shall continue to be held until the Senator attains the age of seventy-five years.”.

and with the following recommendation:

“That the bill, as amended, not be proceeded with at third reading until such time as the Supreme Court of Canada has ruled with respect to its constitutionality. ”.

Attached as an appendix to this Report are the observations of your Committee on Bill S-4.

Respectfully submitted,

Le président,

DONALD H. OLIVER

Chair

ANNEXE
(voir p. 1645)

Le mardi 12 juin 2007

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles a l'honneur de présenter son

TREIZIÈME RAPPORT

Votre Comité, auquel a été renvoyé le projet de loi S-4, Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs), a, conformément à l'ordre de renvoi du mardi 20 février 2007, étudié ledit projet de loi et en fait maintenant rapport avec les amendements suivants :

1. Page 2, article 1 (titre abrégé) : Remplacer le mot « 2006 » avec le mot :

« 2007 ».

2. Page 2, article 2 : Remplacer les lignes 8 à 13 par ce qui suit :

« 29. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et des autres dispositions de la présente loi, le mandat des sénateurs est de quinze ans; il ne peut être ni prolongé, ni renouvelé.

(2) Le siège d'un sénateur devient vacant lorsque celui-ci atteint l'âge de soixante-quinze ans.

(3) Malgré le paragraphe (1), mais sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le mandat du sénateur appelé au Sénat avant l'entrée en vigueur de la Loi constitutionnelle de 2007 ».

et avec la recommandation suivante :

« Que le projet de loi, tel qu'amendé, ne soit pas lu une troisième fois tant que la Cour suprême du Canada ne se sera pas prononcée sur sa constitutionnalité. ».

Ont été jointes en annexe au présent rapport les observations de votre Comité sur le projet de loi S-4.

Respectueusement soumis,

APPENDIX

**Bill S-4, An Act to amend the
Constitution Act, 1867 (Senate tenure)****Observations to the Report of the
Standing Senate Committee on
Legal and Constitutional Affairs****Introduction**

“Suppose you appoint them for nine years, what will be the effect? For the last three or four years of their term they would be anticipating its expiry, and anxiously looking to the administration of the day for reappointment; and the consequence would be that a third of the members would be under the influence of the executive.”

--- George Brown, 1865¹

George Brown, a member of John A. Macdonald and George-Étienne Cartier’s coalition government for the then province of Canada, went on to describe in his speech how their aim was to fashion an Upper House which would be “a thoroughly independent body – one that would be in the best position to canvass dispassionately the measures of this house and stand up for the public interest in opposition to hasty or partisan legislation.”

It is clear from the Confederation Debates that the framers of Canada’s Constitution did consider the option of a nine year renewable term for appointed senators but concluded that it would threaten the independence of the Upper Chamber from the executive – in other words, from the Prime Minister and his cabinet. Consequently, the Fathers of Confederation rejected a fixed renewable term and chose instead, for both the Senate and Canada’s new Supreme Court, appointment for life. In the early 1960’s, the term for the members of both institutions was changed to appointment until the age of 75.

Bill S-4, while brief in length, proposes a major change to the current practice at least in so far as the Senate is concerned. New senators would be appointed on the recommendation of the Prime Minister to eight year renewable terms, with no mandatory retirement at the age of 75. Two closely interrelated questions immediately came to mind. Would essential features of our parliamentary democracy, as constructed at the time of Confederation, be affected, and is this a change to our Constitution which can legally be made by the federal Government acting alone through Parliament without the involvement of the provinces?

The place of the Senate within the governing framework of Canada was arguably the most important and contentious issue faced by the framers of our Constitution. Though there

¹ Legislative Assembly, February 8, 1865

were some, particularly those from the most populous region, Upper Canada (Ontario), who would have preferred a unicameral parliament, a second chamber was critical for those from the less populous regions. As George Brown described it: “Our Lower Canada (Quebec) friends have agreed to give us representation by population in the lower house, on the express condition that they shall have equality in the upper house. On no other condition could we have advanced a step.”² Alexander Mackenzie, who went on to serve as our second Prime Minister, observed: “The most important question that arises relates to the constitution of the upper house.”³

In addition to the equality of representation from the three regions of the country (Maritimes, Quebec, Ontario), there was also a debate about whether senators should be appointed or elected, with the view of John A. Macdonald finally prevailing: “There is, I repeat, a greater danger of an irreconcilable difference of opinion between the two branches of the legislature, if the upper be elective, than if it holds its commission from the Crown.”⁴

In the end, the compromise reached called for a Senate with equal representation from the three regions, made up of members who were appointed for life terms by the executive. That this was a compromise designed to achieve unanimity among the participants was underscored by Alexander Mackenzie, who said: “While it is my opinion that we would be better without an upper house, I know the question is not, at the present moment, what is the best possible form of government, according to our particular opinions, but what is the best that can be framed for a community holding different views on the subject.”⁵

To follow Alexander Mackenzie’s line of thought, the two key questions at the present moment for the members of this Committee are whether the measures contained in Bill S-4 bring us closer to the “best possible form of government” and whether there is a constitutional obligation for the federal government to take into account the views of those in our federal community, namely the provinces, who may hold a different opinion about what is proposed? These are the questions which informed the work of this Committee.

Bill S-4 arises out of the June 2006 election promise of the Conservative Party to “begin reform of the Senate by creating a national process for choosing elected senators from each province and territory”.

The new Conservative Government began that reform by introducing Bill S-4 on May 30, 2006, choosing to deal with the issue of tenure of new senators before advancing changes to their method of selection.

² Legislative Assembly, February 8, 1865

³ Legislative Assembly, February 23, 1865

⁴ Legislative Assembly, February 6, 1865, Macdonald’s preference for an appointed upper chamber was based on his experience with the parliament for the United Canadas where the two elected chambers often found themselves in deadlock.

⁵ Legislative Assembly, February 23, 1865

The subject matter of the bill was referred to a Special Senate Committee on June 28, 2006, which recommended in principle defined term limits for new senators and concluded that “there appears to be no need for additional clarity on the constitutionality of Bill S-4...”. However, following the presentation of the Committee’s Report, the Government introduced, on December 13, 2006, Bill C-43, the Senate Appointment Consultation Act. This new development in the federal Government’s Senate reform initiative led some senators, as well as a number of constitutional scholars and provincial authorities, to reconsider their earlier analysis of Bill S-4, particularly as concerned its constitutionality. Consequently, this Committee, building on the work of the Special Committee, has given closer attention to the evolving constitutional issues, and the principles defined in the ruling of the Supreme Court in 1979, known as the *Upper House Reference*.

I. 8-Year Term Appointments

The core of Bill S-4 is the proposal to provide fixed eight-year terms for new senators. In 1979, the Supreme Court of Canada was asked whether it was within the legislative authority of Parliament to enact legislation changing the tenure of members of the Senate. The Court said:

“At some point, a reduction of the term of office might impair the functioning of the Senate in providing what Sir John A. Macdonald described as “the sober second thought in legislation”. The [1867 Constitution] Act contemplated a constitution similar in principle to that of the United Kingdom, where members of the House of Lords hold office for life. The imposition of compulsory retirement at age seventy-five did not change the essential character of the Senate. **However, to answer this question we need to know what change of tenure is proposed.**”⁶
(emphasis added)

It would appear from this statement that some Senate tenure terms would be constitutional – but others would not. None of the witnesses who testified before the Committee was able to state where the dividing line is to be found. Even the Government’s legal counsel, Warren Newman, General Counsel, Constitutional and Administrative Law Section of Justice Canada, acknowledged that certain changes, such as a reduction to one year, would not pass constitutional muster, thereby acknowledging on behalf of the Government that its ability to make changes to Senate tenure under section 44 is not absolute. But no one could identify the critical dividing line.

Henry S. Brown, a constitutional lawyer with Gowling Lafleur Henderson, provided the Committee with a lengthy written opinion and also testified in person. He pointed out that in the *Upper House Reference*, the Supreme Court said that Parliament is not permitted unilaterally (i.e. without the involvement of the provinces) to make alterations which would “affect the fundamental features, or essential characteristics, given to the Senate as a means of ensuring regional representation and provincial representation in the federal legislative process”.⁷

⁶ *Authority of Parliament in relation to the Upper House (Re)*, [1980] 1 S.C.R. 54, 76-77.

⁷ *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, March 29, 2007, Issue No. 24:81-82, quoting from the Supreme Court’s opinion.

A second test that must be met is whether the proposed reduction in the term of office “might impair the functioning of the Senate in providing what Sir John A. Macdonald described as ‘the sober second thought in legislation’.”⁸

Mr. Brown emphasized that:

“the Supreme Court specifically referred to the independence of the Senate as forming part of its fundamental features. The Court said that the ‘intention was to make the Senate a thoroughly’ – and I emphasize the word ‘thoroughly’ – ‘independent body which would canvass dispassionately the measures of the House of Commons’ and that this was ‘accomplished by providing for the appointment of members of the Senate with tenure for life.’”⁹

There are therefore three critical characteristics that must be maintained in any proposed change of tenure: (1) the Senate’s thorough independence; (2) the Senate’s capacity to provide sober second thought; and (3) the Senate’s role as a means of provincial and regional representation.

Witnesses raised a number of concerns about the proposed 8-year term that related to these constitutional issues, including the fact that the term would allow a two-term Prime Minister to appoint every single senator in the Chamber. This would profoundly undermine the Senate’s ability to fulfil its role as “a thoroughly independent body” of sober second thought. Virtually every expert who testified before us agreed that this is a significant problem.

Indeed, the Premier of New Brunswick, Shawn Graham, wrote on April 20, 2007 to say:

“An additional concern of the Government of New Brunswick regarding Bill S-4 in its current form is the ability of any Federal Government in power for at least two full mandates to completely replenish the ranks of the Senate using an as yet undefined process. This follows directly from the proposed reduction in the tenure of Senators to only 8 years. Again here, this can only lead to a dilution of the independence of regional representation in the Senate. For a Province like New Brunswick, it is difficult to conceive how such a proposal could be favourable to its interests.”¹⁰

As noted above, under the *Upper House Reference* an alteration which would “affect the fundamental features, or essential characteristics, given to the Senate as a means of ensuring regional representation and provincial representation in the federal legislative process” is beyond

⁸ *Id.*, 24:82.

⁹ *Ibid.*, quoting from the Supreme Court decision in the *Upper House Reference*.

¹⁰ Submission from Shawn Graham, Premier of New Brunswick, dated April 20, 2007, p. 7.

the jurisdiction of Parliament acting unilaterally to enact. Premier Graham certainly believes this to be such an alteration.

Other important issues were also raised questioning the merits of the proposed 8-year terms. Several witnesses spoke of the value in having Senators who, by virtue of their long careers in the Senate, have acquired expertise in particular subject areas as well as in the procedural rules of the Senate – the so-called “Deans” of the Senate. There was concern that the long-term perspective now applied in the Senate would be impaired or lost.

A witness raised the issue that the proposed term would reduce the stability of the Senate, noting that “the present tenure virtually ensures that the Senate will exercise a powerful potential oversight and curtailment function for several years after the governing party is replaced in the House of Commons....This may result in a significant change in the Senate’s overview function, and will certainly mean that the resulting Senate is no longer ‘thoroughly independent’ as required by the Supreme Court of Canada in *Re Upper House*.”¹¹

We were also impressed by the thoughtful comments from those who have closely studied the British House of Lords. Reform of that House has been the subject of extensive thought, study and debate for a decade. The proposal now under consideration is that peers should sit for 15 years, the equivalent of three electoral cycles of the European Parliament, with one-third being replaced every five years. This 15-year term would not be renewable.

Gerard Horgan, a Canadian political scientist currently teaching at the International Study Centre for Queen’s University in the United Kingdom, described the findings of the Royal Commission on Reform of the House of Lords (the “Wakeham Commission”) which reported in 2000, as follows:

“The Commission’s aspirations for the membership of the House of Lords in many instances paralleled those expressed for the Canadian Senate. For instance, the Commission took the view that long tenure would, ‘encourage members to be independent minded and take a long-term view, discourage the politically ambitious from seeking a place in the second chamber, contribute to a less partisan style of debate, and allow members time to absorb the distinctive ethos of the second chamber and to learn how to contribute most effectively to its proceedings.’

Given those aspirations and having taken into account the possible disadvantages of long tenure, the Commission concluded that members should serve for the equivalent of three electoral cycles, a term of 12 to 15 years. In addition, the Commission noted that it did consider a term based on two electoral cycles but that it ‘concluded that terms of this length would be too short for the purposes of creating the kind of second chamber which we envisage.’

.....

¹¹ Brown Submission, p. 34.

In summary, then, first, the principled argument for at minimum a three-to-one ratio of Lords to Commons terms was made by the Wakeham Commission. Second, although the last word on Lords reform is a long way from being written, the force of the argument for a term of significant length for the U.K. upper chamber has been sufficient to gain government support for a 15-year term. Third, given the possibility of selecting only a portion of provincial senatorial contingents at each consultative election, one of the possible objections to a significant term for senators is obviated.

To close, I would just say that what I have hoped to do with my submissions and remarks is to provide honourable senators with evidence that there are reasoned arguments in favour of significantly longer terms for upper chambers. However, and I say this not out of a motivation to flatter but because I believe it is true, on these issues, you, senators, are the true experts. If I as a researcher wanted to know how long it takes a new member to understand the ethos of the Senate, I would come and ask you. In the case of this legislation, it is as important that you look to your own experience as it is that you hear from people like me.”¹²

Dr. Meg Russell of University College London similarly urged consideration of longer terms:

“In terms of maintaining the ethos of the independence and much of what people value about the House of Lords, many people have argued that long term lengths are important. As Professor Horgan has said, the royal commission recommended 15 years. The government has also recently recommended 15 years.”¹³

Lord Howe, a Conservative member of the House of Lords, testified that in his opinion, “15 years should be a minimum length of tenure.”¹⁴

We agree. Our amendment to Bill S-4 changes the proposed 8-year term, which we believe would not meet the Supreme Court’s test for constitutionality, to a 15-year term, which we believe would be more likely to meet the constitutional test.

II. Non-Renewable Appointments

The proposal in Bill S-4 that the new term appointments for Senators should be open to renewal by the Prime Minister of the day was a source of much concern for many witnesses. The Bill itself is silent on the question of renewability. However, the Right Honourable Stephen

¹² *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, March 22, 2007, Issue No. 23:103-105.

¹³ *Id.*, 23:105.

¹⁴ *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, March 28, 2007, Issue No. 24:12.

Harper told the Special Senate Committee on Senate Reform that, “By its silence, you can presume that there would be the possibility of renewal.”¹⁵

Both the Leader of the Government in the Senate, when she spoke to Bill S-4 in the Senate Chamber, and Prime Minister Harper, when he appeared before the Special Senate Committee on Senate Committee, were clear that the decision to permit renewal of the Senate appointments was designed with a view to senators being elected. However, to date, the Government has not proposed a constitutional amendment for an elected Senate. Bill S-4 does not address this in any way.

The overriding issue for many witnesses was the impact of renewability on the independence of a new Senator. Prime Minister Harper dismissed these concerns, saying:

“In my assessment of whether senators would alter their behaviour in light of a renewable term, I tend to dismiss that. In my experience, whether members of either House are willing to work with the government is determined first and foremost by their party affiliation. That is not likely to change whether the terms are renewable or otherwise. That is my take on human nature as it pertains to the legislative process.”¹⁶

Although this may be an accurate description of what takes place in the House of Commons, the situation in the Senate is somewhat more nuanced. In fact, there is a strong tradition in the Senate of independent voting. This is borne out by statistics. Professor Andrew Heard of Simon Fraser University told our Committee that he conducted a study of voting patterns in the Senate in the period 2001 to 2005. He testified:

“There is a perception, at least, that, over time, senators have more freedom of personal action than individual MPs do. There has been little statistical or empirical work on this, so I did a study that covered the period of 2001 to 2005... I looked at 125 formal divisions involving 122 members of the Senate and 7,700 votes. This is only a fraction of the votes, because, as you realize, many votes are settled on a voice vote, and those include a formal recorded vision but no idea of who was in fact dissenting from the vote. I took the record of votes where individual senators are recorded abstaining, voting for or against a bill, and I wanted to see how often they vote against their caucus position and how often they abstain. **It was quite clear that there is a wide practice of independence among senators in a relative sense, certainly relative to the House of Commons.**”¹⁷ (emphasis added)

Professor Heard was adamant that permitting terms to be renewed would seriously impact the independence of senators:

¹⁵ *Proceedings of the Special Senate Committee on Senate Reform*, September 7, 2006, Issue No. 2:12.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, March 21, 2007, Issue No. 23:45.

“I do have a serious concern about the possibility of renewal terms. The possibility of a prime minister deciding which of the senators deserve to be reappointed to a new term seriously raises questions about the potential voting patterns of senators who wish to be reappointed. In this respect, I believe that renewable terms would have the potential to seriously impact the independence of senators voting.”¹⁸

Other witnesses agreed. Professor Jennifer Smith, Chair of the Department of Political Science at Dalhousie University, testified that a renewable term diminishes the independence of the appointee and thus affects the Senate’s function as the chamber of sober second thought. In her considered opinion, it also engages the Senate’s function of federal representation, because the appointee’s independence is compromised by the prospect of the renewable appointment. As such, it affects the character of the Senate as established at Confederation.

Professor David Smith of the Saskatchewan Institute of Public Policy expressed similar views:

“A provision for renewable appointment would make a senator who desired renewal susceptible to influence from the Prime Minister, who would continue to make the nominations to the Governor General. Ambition and a view to future opportunities would assume far greater significance than they have today in the calculations that members of the upper house bring to their work. That comment is not intended as a criticism of such behaviour but as a statement of political life that would now apply to the Senate.”¹⁹

However, it must be pointed out that while there was a clear consensus among the witnesses who appeared that renewability would undermine the independence of the Senate, there were views expressed that raised concerns with non-renewability when combined with a relatively short fixed term. Professor Smith, for example, told the Committee:

“A provision for non-renewable appointment for a fixed term would result in a chamber characterized by continual turnover. The features now cited as the Senate’s strengths of experience, knowledge and perspective would disappear. More than that, rather than Senate membership coming at the end of an individual’s career, it could come at its inexperienced beginning. For example, a person in their thirties appointed to the Senate for eight years would be in a position to seek a seat in the House of Commons by the time she or he was 40. If that were the case, Senate tenure might be seen as easily as prefatory to a period in the Commons as it is now seen to follow time in the lower house or in another occupation. In other words, the relationship between the two chambers would be reversed and the independence that now attaches to senators, whose political ambitions are at an end, would be compromised.”²⁰

¹⁸ *Id.*, 23:46.

¹⁹ *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, April 25, 2007, Issue No. 25:33.

²⁰ *Ibid.*

The Committee recognizes as well that there are dual militating objectives. So long as Senators continue to be appointed, then allowing for reappointments could significantly undermine a senator's independence, striking at the very core of the constitutional role and responsibility of the Chamber in which they would serve. If, however, there is at some point a change to elect Senators, then a prohibition against a second (or third) term could undermine the accountability that is at the core of elections.

We also received strong representations on the issue of renewability from the Premier of New Brunswick, who noted that a renewable term

“...would allow the Prime Minister to improve the accountability of Senators through the suggested advisory electoral process, assuming that the federal Government proceeded with such a change. It is through elections that the population can truly express their approval with the work done by their Senate representatives. If the Senators could hold office for one term only, then elections would not improve their accountability. In the Government of New Brunswick's opinion, this is one feature of the proposal that is likely to reduce the effectiveness of the Senate as a representative institution. There is also the likelihood that reappointment would increase party line loyalties. A Senator will invariably have to vote according to the values and position of the Federal Government in power if s/he wishes a reappointment. This can only lead to an increased pressure on the Senators to abandon the interests of their regions in favour of adherence to the agenda of the government in the House of Commons. This would effectively compromise the ability of the Senate to act as a “Chamber of sober second thought”.

It should also be noted that the apparent ability of the Federal Government to reappoint Senators, if Bill S-4 becomes law, when combined with the apparent removal of the current age limit of 75, means that such individuals could remain in office longer than what is currently allowed under s. 29 of the *Constitution Act, 1867*.”²¹

The Premier of Newfoundland and Labrador recently wrote to Prime Minister Harper, with a copy to your Committee's chair, to express his Government's concerns with Bill S-4. He said the bill's “potential for re-appointment would have a limiting effect on the independence of Senators, leaving future appointees beholden to the Prime Minister, and under pressure to curry favour with the Prime Minister so as to enhance the likelihood of re-appointment. This Bill, if enacted, would therefore diminish the independence of the Senate, its ability to act as a “chamber of sober second thought”, and its effectiveness in providing representation for regional and provincial interests.”²²

In Britain, the proposals are clearly for one non-renewable 15-year term in the House of Lords. Lord Tyler, Liberal Democrat member of the House of Lords, told us:

²¹ Submission from Shawn Graham, Premier of New Brunswick, dated April 20, 2007, p. 6-7.

²² Letter from Danny Williams, Q.C., Premier of Newfoundland and Labrador, dated May 30, 2007, p. 1.

“Most important of all, if we are to have the degree of independence from party control in future, whether it is from an elected base or from some form of nomination from the parties, we want people, once they come into the second chamber, whether we call it the Senate or whatever, to feel as free from party emphasis, party influence, party pressure as they can be.”²³

We agree with the many witnesses and other representations which raised concern that the prospect of reappointment could significantly undermine the independence of Senators, and therefore the Senate as a whole. Few would argue that the independence of the Supreme Court of Canada would not be affected if the current tenure of its members – namely, appointment to the age of 75 – were altered to provide for 8-year terms, renewable at the sole discretion of the sitting Prime Minister (whose legislation and policy initiatives often come before the Court). The independence of Parliament’s second Chamber is no less important to our system of government. Accordingly, we have amended Bill S-4 to provide expressly that the 15-year term appointment for new Senators may not be renewed.

III. 75-Year Age Limit

The *Constitution Act, 1867* originally provided for Senators to be appointed for life. This was considered the best guarantee of independence from the Government, similar to that afforded members of the judiciary. This provision was amended in 1965, to provide for tenure up to the age of 75. This amendment followed a similar change of tenure for members of Canada’s judiciary.

Bill S-4 would remove that upper age limit, thus allowing Senators to be appointed and remain in office for their appointed 8-year term, even if that term takes the individual beyond the age of 75. For example, the Prime Minister could choose to appoint someone at the age of 73, and have that person serve the 8-year term, even though they would be in the Senate until the age of 81. As proposed, a Prime Minister could appoint a new Senator at the age of 75, 80 or even older, because there would no longer be any upper age limit. (The Bill, however, leaves intact the constitutional requirement that a Senator be at least 30 years old.)

Although not many witnesses who appeared before us addressed this issue, those who did were almost uniformly opposed to the proposal. For example, Professor Andrew Heard noted that since 1965 (when the 75-year retirement age was established), almost 23 per cent of senators have died before their end of term. He then continued:

“There is a larger consideration about how the chamber has to cope with this reality of people at an advanced age. It is not just the fact that people die at a much more frequent rate than MPs. In the same period, only 3 per cent of MPs have died, compared to 23 per cent of senators. It also has an impact on the Senate’s work because of a number of senators being ill, having to take extended time off or perhaps not work as full hours as they would otherwise. Doing away with mandatory retirement would run the risk of further impacting the work of the

²³ *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, March 28, 2007, Issue No. 24:12.

Senate with these age-related issues. I see little reason to proceed with it, and I am concerned about the consequences of abolishing mandatory retirement.”²⁴

Other witnesses also recommended keeping the mandatory retirement age of 75, arguing it encourages a greater diversity of viewpoints in the Senate.

Your Committee was also struck by the contrast between the proposal in Bill S-4 and current efforts in progress now in the United Kingdom to reform the House of Lords. We held two hearings by teleconference from London, one with academics closely familiar with the House of Lords, and the second with three members of that House. Dr. Meg Russell, a close observer of the House of Lords both as an academic (now at University College London) and a consultant to the British Government and the Royal Commission on House of Lords reform in 1999, told our Committee:

“We are in a rather different position from you. Obviously, you have already moved away from life tenure and toward retirement age 75. We have not got that far. For us, any move to less than life is quite a significant one.”²⁵

The Lords who testified spoke strongly in favour of a retirement age. Lord Howe of Aberavon, a Conservative, said, “We [the House of Lords] might need to set a retirement age because otherwise we have a predominantly elderly house. I am sure we need a kind of retirement system.”²⁶

Baroness Deech, a Crossbencher (independent member), said:

“It is more important to have a retirement age than to have a particular length of tenure. Whatever the length of tenure is, it should be such that you are not tempted to use your periods in the upper house as a springboard to a lucrative position in business or as prelude to being elected to the lower house. In other words, it should be a period of time toward the end of a career, without people being too old. To have a retirement age of 75 or something like that is a good idea -- perhaps an age comparable to that of judges. If judges stay wise until the age of 70 or 75, then I think senators can do so as well.”²⁷

Canadian judges are required to retire at the age of 75. Most Canadians retire from their work at the age of 65. In view of Professor Heard’s statistical analysis, removing the current age limit could effectively return the Senate to a Chamber to which members are appointed for life.

²⁴ *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, March 21, 2007, Issue No. 23:44.

²⁵ *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, March 22, 2007, Issue No. 23:105.

²⁶ *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, March 28, 2007, Issue No. 24:12.

²⁷ *Id.*, 24:13.

We believe that it would be a step backward for the Senate to remove the provision requiring retirement at age 75. This may become appropriate if the Constitution is amended to provide for elected members of the Senate. However, no such proposal has been put forward by the current Government.

Removal of the 75-year age limit would likely have an effect on the nature and quality of the work of this Chamber, and undoubtedly also on the attitude of Canadians toward this Chamber. If, as we were told by the Government, a goal of this Bill is to ensure that the Senate experiences a renewal of ideas and perspectives, we are not convinced that removing the 75-year mandatory retirement is the optimal path to that goal. We refrain from speculating on the reason for this Government proposing this change while leaving the minimum age of 30 unchanged. There is no minimum age for the House of Commons.

We believe the amendment in 1965, that required Senators, like judges, to retire at the age of 75, was an appropriate improvement for the work and contribution of the Senate as a whole. We have heard no testimony that provides a convincing reason why this now should be revoked, but we have heard compelling testimony that the limitation should remain. Accordingly, we have amended Bill S-4 to maintain the constitutional provision requiring retirement of Senators at the age of 75.

IV. Concerns as to the Constitutionality of Bill S-4

During Second Reading debate of Bill S-4, the major concern of many senators was whether Parliament has the authority to adopt this constitutional amendment unilaterally pursuant to section 44 of the *Constitution Act, 1982*. This issue was considered by the Special Senate Committee on Senate Reform, which conducted a subject matter study of Bill S-4 as one part of its review of Senate Reform issues. Although that Committee concluded that changes to tenure could be accomplished through a reliance on section 44, a number of critical questions remained unresolved for many senators concerning the constitutionality of the Bill. This was the major reason for referring the Bill to the Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs for further examination. The constitutionality of Bill S-4 was therefore a primary focus of our hearings. We sought to determine whether Parliament has the authority on its own to adopt the constitutional amendment set out in Bill S-4, or whether under the Constitution, this amendment in fact requires the agreement of the provinces.

Amending Formulae

The *Constitution Act, 1982* sets out four procedures whereby constitutional amendments may be adopted. The general procedure for amending the Constitution of Canada is set out in section 38. It permits amendments where authorized by each of the Senate and House of Commons, and by the legislative assemblies of at least 2/3 of the provinces that have at least 50 per cent of the population of all the provinces (the so-called 7/50 amending formula). Sections 41, 43 and 44 then set out three other amending procedures, for particular constitutional amendments. Section 41 enumerates certain amendments that require unanimous agreement among the Senate, House of Commons and the legislative assemblies of all the provinces. Section 43 relates to amendments that apply to one or more, but not all the provinces.

The position of the Government is that Bill S-4 may properly be passed under section 44. That section states in full:

s. 44. Subject to sections 41 and 42, Parliament may exclusively make laws amending the Constitution of Canada in relation to the executive government of Canada or the Senate and House of Commons.

As described above, section 41 refers to certain amendments which require unanimity, while section 42 deals with amendments which can only be made under the 7/50 amending formula set out in section 38.

Section 42(1) of the *Constitution Act, 1982*, reads as follows:

s. 42. (1) An amendment to the Constitution of Canada in relation to the following matters may be made only in accordance with subsection 38(1):

- (a) the principle of proportionate representation of the provinces in the House of Commons prescribed by the Constitution of Canada;
- (b) the powers of the Senate and the method of selecting Senators;
- (c) the number of members by which a province is entitled to be represented in the Senate and the residence qualifications of Senators;
- (d) subject to paragraph 41(d), the Supreme Court of Canada;
- (e) the extension of existing provinces into the territories; and
- (f) notwithstanding any other law or practice, the establishment of new provinces.

Historical Background

Until 1982, the primary constitutional document was the *British North America Act of 1867*, now referred to as the *Constitution Act, 1867*. When it was enacted in 1867 by the British Parliament (interestingly, passed first by the British House of Lords and subsequently by the British House of Commons), there was no thought of providing a method of amending it other than through a subsequent Act of the United Kingdom Parliament.²⁸ As a result, there were a number of instances when the British Parliament was asked to adopt what one scholar described as “rather technical bills”, such as the Canadian Speaker (Appointment of Deputy) Act, 1895, which clarified the power of the Canadian Parliament to provide for a deputy speaker in the Senate. As the scholar observed, “This was not a satisfactory arrangement.”²⁹

In 1949, the *British North America Act* was amended to permit the Parliament of Canada on its own to make certain amendments to the Constitution. The relevant provision was s. 91(1). It provided, in relevant part:

²⁸ *Amending Canada's Constitution*, James Ross Hurley (1996), p. 7. There were minor exceptions, as described by Hurley. These are not relevant to the present issue.

²⁹ *Id.*, p. 12.

s. 91. ..., it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated, that is to say,

- (1) The amendment from time to time of the Constitution of Canada, except as regards matters coming within the classes of subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the provinces, or as regards rights or privileges by this or any other Constitutional Act granted or secured to the Legislature or the Government of a province, or to any class of persons with respect to schools or as regards the use of the English or the French language or as regards the requirements that there shall be a session of the Parliament of Canada at least once each year, and that no House of Commons shall continue for more than five years from the day of the return of the Writs for choosing the House: provided, however, that a House of Commons may in time of real or apprehended war, invasion or insurrection be continued by the Parliament of Canada if such continuation is not opposed by the votes of more than one-third of the members of such House.

Before this section was repealed in 1982 and replaced by section 44, quoted above, section 91(1) was used five times. Notably for present purposes, it was used in 1965 to amend the provision that then gave Senators tenure for life by imposing compulsory retirement at age 75. The Supreme Court characterized all five of the amendments under s. 91(1) as “federal ‘housekeeping’ matters”.³⁰

*The Upper House Reference*³¹

In 1978, the Canadian Government, led by the Right Honourable Pierre Trudeau, referred a series of questions to the Supreme Court of Canada to determine whether the federal Parliament could pass legislation under s. 91(1) to abolish or to effect certain reforms to the Senate. One of the questions asked whether it was within the legislative authority of the Parliament to enact legislation “to change the tenure of members of [the Senate]”.

In its December 21, 1979 opinion, known as the *Upper House Reference*, the Court devoted considerable attention to the historical background that led to the creation of the Senate, quoting at length from the Confederation debates that detailed the purpose of the Senate, including the need to protect sectional [now referred to as regional] and provincial interests. The Court noted the role of the Senate in providing, as Sir John A. Macdonald had characterized it, “the sober second thought in legislation.” The Court said, “In creating the Senate in the manner provided in the Act, it is clear that the intention was to make the Senate a thoroughly independent body which could canvass dispassionately the measures of the House of Commons. This was accomplished by providing for the appointment of members of the Senate with tenure for life.”³²

³⁰ *Authority of Parliament in relation to the Upper House (Re)*, [1980] 1 S.C.R. 54, 65 (hereinafter the *Upper House Reference*).

³¹ *Authority of Parliament in relation to the Upper House (Re)*, [1980] 1 S.C.R. 54.

³² *Id.*, at p. 77.

The Court rejected the suggestion that section 91(1) could be used to abolish the Senate, and summed up its response to the various specific Senate reform questions as follows:

“...[I]t is our opinion that while s. 91(1) would permit some changes to be made by Parliament in respect of the Senate as now constituted, it is not open to Parliament to make alterations which would affect **the fundamental features, or essential characteristics**, given to the Senate as a means of ensuring regional and provincial representation in the federal legislative process. The character of the Senate was determined by the British Parliament in response to the proposals submitted by the three provinces in order to meet the requirement of the proposed federal system. It was that Senate, created by the Act, to which a legislative role was given by s. 91. In our opinion, **its fundamental character cannot be altered by unilateral action by the Parliament of Canada** and s. 91(1) does not give that power.”³³ (emphasis added)

On the particular question whether Parliament could act unilaterally under s. 91(1) to change the tenure of members of the Senate, the Court said:

“At present, a senator, when appointed, has tenure until he attains the age of seventy-five. **At some point, a reduction of the term of office might impair the functioning of the Senate in providing what Sir John A. Macdonald described as “the sober second thought in legislation”**. The Act contemplated a constitution similar in principle to that of the United Kingdom, where members of the House of Lords hold office for life. The imposition of compulsory retirement at age seventy-five did not change the essential character of the Senate. **However, to answer this question we need to know what change of tenure is proposed.**”³⁴ (emphasis added)

Discussion

The *Upper House Reference* was decided in 1979; the Constitution was patriated in 1982, at which time s. 91(1) was repealed and the amending formulae consisting of sections 38, 41, 43 and 44 were enacted. One of the questions before us was whether the *Upper House Reference* continues to apply as good law, or whether it was superseded by the passage of the *Constitution Act, 1982*. Put another way, was section 44 intended to give Parliament new powers, or was it intended to substantially reproduce the former subsection 91(1)?

The current Government put forward Bill S-4 arguing that those alterations which, using the language of the Supreme Court, “would affect the fundamental features, or essential characteristics, given to the Senate as a means of ensuring regional and provincial representation in the federal legislative process,” and therefore require provincial consent, have all been codified in section 42 of the *Constitution Act, 1982*. In other words, if a proposed change to the Senate is not enumerated in section 42, then it may be effected by Parliament acting unilaterally

³³ *Id.*, at p. 78-79.

³⁴ *Id.*, at p. 76-77.

under section 44. This position was stated on behalf of the Government to our Committee by Matthew King, Assistant Secretary to the Cabinet, Legislation and House Planning, Privy Council Office:

“It is the government’s position that the chosen approach, namely, to amend section 29 of the Constitution Act, 1867, using section 44 of the Constitution Act, 1982, is entirely constitutional.

The government’s view is based on its opinion that the elements of Senate reform that require the use of the general amending formula, the so-called 7/50 amending formula are clearly set out in section 42 of the 1982 Act, those being section 42(b), the powers of the Senate and the method of selecting senators, and section 42(c), the number of members by which a province is entitled to be represented in the Senate and the residency qualification of senators.

As tenure is not one of the elements specified in section 42, it is the Government’s position that Parliament has the power to enact Bill S-4 through the use of section 44.”³⁵

This position is buttressed by the preamble to Bill S-4, which uses the language of the *Upper House Reference*, saying:

WHEREAS Parliament wishes to maintain the essential characteristics of the Senate within Canada’s parliamentary democracy as a chamber of independent, sober second thought.

However, as Joseph Magnet, a constitutional law professor at the University of Ottawa, told us very clearly:

“To some extent, the "whereas" clauses provide some insight as to the purpose. The "whereas" clauses refer to the democratic principle. They also try to provide some supports – may I say, perhaps a little self-serving – to try to bring the Bill S-4 amendment into the understood permissible limits of the old section 91(1). In other words, the "whereas" clauses say that a purpose is to preserve the essential characteristics of the Senate as a chamber of sober second thought. The "whereas" clauses say that specifically. It is an interesting and helpful statement but it is not overriding.”³⁶

The overwhelming weight of testimony that our Committee heard supported the proposition that the *Upper House Reference* continues as good law, and that section 44 does not provide Parliament with any greater amending powers than existed under the former subsection 91(1). For example, Professor Magnet told the Committee:

³⁵ *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, March 21, 2007, Issue No. 23:9.

³⁶ *Id.*, 23:49.

“The whole idea of the patriation bill was to leave things as they were, except to patriate the Constitution and the Charter of Rights and Freedoms with an amending formula. The patriation bill was specifically justified as not increasing the powers of Parliament. Section 31 of the Constitution Act, 1982, makes this intention plain. It says, “nothing in this charter extends the legislative powers of Parliament.” That intent carries by design to section 44, in which, although not in the Charter, the marginal notes make clear that nothing changes.

The upshot of this is that section 44 is no larger in scope than the old section 91(1). Section 44, in my respectful opinion, cannot support legislation that would change the fundamental features or the essential character of the Senate. Contrary to some of the opinions senators have heard, it is my advice that if a court sees in Bill S-4 the first step in changing these fundamental features, section 44 will not necessarily support it. Section 44 does not give Parliament increased powers to change the essential characteristics of the Senate except for the four matters mentioned in section 42(b) and (c).”³⁷

Other constitutional experts testified to the same conclusion, including constitutional law Professor John McEvoy of the University of New Brunswick, who supported his position with excerpts from the historical record of deliberations at the time of consideration of the *Constitution Act, 1982*. He told us of a motion that was introduced in 1981 by the Honourable Jake Epp to specifically exclude the Senate from the unilateral federal amending power (the section that would become section 44) altogether. Explaining his purpose, Mr. Epp stated:

“This amendment would assure that the role and scope of the Senate could not be changed simply through the House or a federal initiative.”

Professor McEvoy told us that Mr. Epp withdrew this amendment only after he was assured by the Minister of Justice that this amendment was unnecessary, as the federal amending power was limited in scope, applying only to internal issues such as a change in quorum in the Senate. He said:

“The significance of this historical record is that the stated intention at the time of consideration of what became the *Constitution Act, 1982* – at least as expressed before the 1981 Special Joint Committee on the Constitution, co-chaired by Senator Joyal – was to maintain the status quo.”³⁸

Professor Andrew Heard pointed out a critical problem with the current Government’s reasoning that if something is not specifically enumerated in sections 41 or 42, then it may be amended unilaterally by Parliament under section 44. Professor Heard had testified before the Special Committee on Senate Reform. That Committee stated in its report that Professor Heard

³⁷ *Id.*, 23:51-52.

³⁸ *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, March 22, 2007, Issue No. 23:82.

believed that section 44 permits Parliament to act alone in reducing Senate tenure. When he appeared before our Committee, however, Professor Heard told us that he had reconsidered, and changed his opinion since testifying previously. He presented a powerful argument.

Professor Heard pointed out that section 42 cannot be an exhaustive list of those items that cannot be unilaterally changed by Parliament, as a number of critical items are absent. For example, the old section 91(1) explicitly provided that the federal amending power could not be used to change the requirement that there must be an election at least every five years. That is not listed anywhere in the amending powers of the 1982 Constitution. Similarly, the right to vote in a federal election is not addressed in any of the amending formulae. Both matters arguably are amendments “in relation to the... House of Commons” that are not specifically listed in section 41 or 42 as requiring provincial consent. Yet it would be absurd to argue that Parliament has the right to pass an amendment that would give it the right to stay in power for 10, 20 or 30 years without a general election, or to limit the right to vote, for example to the majority party’s supporters. As Professor Heard said:

“If one took the argument that section 44 literally only has the exceptions applied in sections 41 and 42, then Parliament could do away with the five-year limit. It could, in theory, perhaps, do away with the right to vote and being candidates. **No Supreme Court will accept that and that is precisely my point: They will read further context into the limits that are imposed in that literal reading of section 44.**”³⁹ (emphasis added)

Henry Brown, Q.C., of the law firm Gowling, Lafleur Henderson, and constitutional law Professor Errol Mendes agreed with Professor Heard’s argument. His logic is compelling and we agree, as well.

The next question, then, is: is Bill S-4 a permitted exercise of unilateral federal authority under section 44, within the limits described by the Supreme Court in the *Upper House Reference*? Here again, the overwhelming weight of expert evidence heard by our Committee concluded that there are significant constitutional concerns as to whether this bill can properly be passed by Parliament alone, without the involvement of the provinces.

An important factor for several constitutional experts was the Government’s introduction of Bill C-43 in the House of Commons on December 13, 2006. That Bill would provide for “consultative elections” to determine electors’ preferences for the appointment of senators to represent a province. At the time that the subject matter of Bill S-4 was considered by the Special Committee on Senate Reform, the Prime Minister, the Right Honourable Stephen Harper, testified before that Committee and stated his Government’s belief “that the Senate should be elected”.⁴⁰ He also declared his Government’s intention to “introduce a bill in the House of Commons to create a process to choose elected senators. This bill will further demonstrate how seriously the government takes the issue of serious Senate reform.”⁴¹

³⁹ *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, March 21, 2007, Issue No. 23:76.

⁴⁰ *Proceedings of the Special Senate Committee on Senate Reform*, September 7, 2006, Issue No. 2:9.

⁴¹ *Id.*, 2:8.

No bill was introduced during the Special Committee's study, and therefore could not be considered by that Committee. Bill C-43 was only tabled in the House of Commons almost two months after the Special Senate Committee concluded its study on the subject matter of Bill S-4.

The Government's position is that Bills S-4 and C-43 should not be considered together, but rather each on its own. Mr. Matthew King of the Privy Council Office told us:

"It is the view of the Government that these bills [S-4 and C-43] are not tied one to the other. Rather, the Government has made it clear that the two bills stand alone and each should be considered on their own merit."⁴²

We appreciate that the Government wishes us to consider Bill S-4 on its own, separate from Bill C-43. However, the testimony of constitutional law experts made it clear that a court would likely proceed differently by looking closely at all the initiatives for Senate reform.

Professor Magnet, who was clear that he was simply presenting his best impartial advice, took us through a careful analysis of how a court would approach the question of the Bill S-4's constitutionality, should it be seized of it. He said:

"First, a court would use the tested and true method of constitutional analysis referred to in so many of the Supreme Court of Canada precedents. The court would ask: What is the object and purpose, the pith and substance, the legal and practical effect of this amendment?"⁴³

To answer this question, Professor Magnet looked at a number of factors, including the substance and preamble to Bill S-4, the history of Senate reform proposals, and Prime Minister Harper's statements before the Special Committee on Senate Reform. He then testified:

"This makes it clear that Bill S-4 is part of more to come. All of this will tempt a court to see Bill S-4 as part of an overall design with an object and purpose, a pith and substance to change, step by step, the regional representation, first, by changing tenure; second, by providing for election; and, as Prime Minister Harper said, lastly, by trying to create, probably through constitutional amendment, a change in provincial representation."⁴⁴

Professor Magnet told the Committee that in his opinion, a Court would consider this to fall outside the scope of those amendments permitted under section 44. He said, "Section 44, in my respectful opinion, cannot support legislation that would change the fundamental features or the essential character of the Senate. Contrary to some of the opinions senators have heard, it is

⁴² *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, March 21, 2007, Issue No. 23:10.

⁴³ *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, March 21, 2007, Issue No. 23:49.

⁴⁴ *Id.*, 23:50.

my advice that if a court sees in Bill S-4 the first step in changing these fundamental features, section 44 will not necessarily support it.”⁴⁵

He concluded:

“I believe there is a real risk that Bill S-4 will not survive constitutional scrutiny. I believe there is a real risk. I do not say it will not survive, I simply say there is a real risk that it will not survive; and I cannot be more precise than that.”⁴⁶

Professor Magnet’s testimony was persuasive for Roger Gibbins, the President and Chief Executive Office of Canada West Foundation, who has been one of the longest-standing advocates of Senate reform in Canada. He appeared before our Committee (as he had appeared before the Special Committee on Senate Reform) arguing strongly in favour of Bill S-4. However, after listening to Professor Magnet, Mr. Gibbins told our Committee:

“I am still reeling somewhat from Professor Magnet's comments because he raised concerns in my mind about the constitutionality that were not there earlier in the day. He made the argument, quite persuasively, that if the court sees this as the first step, it would likely strike it down. At least, that is the bottom line that I read.

If that message sinks in and if it stands up, and it sounded pretty persuasive today, then going the Supreme Court reference [route] may make sense. More fundamentally, it is an invitation to the Supreme Court to shut the process down.

I am caught here. I am not sure what to do because I always believed that some element of Senate reform is necessary to strengthen the ties that Canadians have to their national Parliament, and to have this debate simply shut down and not have another government touch it for another generation or two would have adverse consequences for the country.

I am torn on this. I would say that the test you have heard this evening has introduced more serious questions in my mind about the constitutionality of what we are doing, and I find that deeply depressing, but also somewhat convincing.”⁴⁷

Professor Errol Mendes, another professor of constitutional law, agreed with Professor Magnet:

“It is generally known that Bill S-4 is only a precursor to a larger attempt to have future appointments to the Senate come under a federally regulated advisory elections framework. **In my view, if the two statutes or two attempts are linked, it profoundly is unconstitutional.**

⁴⁵ *Id.*, 23:52.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Id.*, 23:56-57.

In my view, this is an attempt to do what cannot be done directly without the clear instructions of section 42 and the general amending formula. Keep in mind that the patriation reference decision in 1981 informed the then Prime Minister, Pierre Trudeau, that he would breach constitutional convention if he repatriated the Constitution without the substantial consent of the provinces yet the Supreme Court of Canada halted that attempt and the rest is history.

In the development of the federal advisory elections of the Senate, we have a much more serious attempt linked to Bill S-4. This does indirectly what cannot be done directly, both under constitutional conventions and under the Constitution Act 1867 and 1982, without the involvement of provinces and provincial consent.

...

In conclusion, with all the arguments I have presented, there is good reason to suggest that Bill S-4 should be withdrawn until further study is undertaken to understand what is really at stake in this piecemeal and dubious attempt to reform the Senate so that it is consistent with the principles of modern democracy.⁴⁸ (emphasis added)

Provincial governments similarly conclude that the two bills must be considered together. The Honourable Marie Bountrogianni, Minister of Intergovernmental Affairs and Minister responsible for Democratic Renewal for the Government of Ontario, wrote that:

“I agree with the legal and constitutional experts who testified before your Committee that Bills C-43 and S-4 should be considered together, rather than in isolation. Bill S-4 and Bill C-43 are inextricably linked. Without term limits, Senators would be effectively elected for life; without elections, the Prime Minister’s appointment power would be excessive. Together, the inevitable changes occasioned by these pieces of legislation would fundamentally alter the functioning of Parliament by changing the essential character of the Senate. Yet, the federal government introduced legislation without meaningfully consulting provinces or obtaining provincial consent.”⁴⁹

The Government of Quebec recently wrote to your Committee, and told us that with the introduction of Bill C-43,

“[T]he federal government’s intentions are now known. Bill S-4 can no longer be taken in isolation. It must now be considered in light of Bill C-43, for its effect is different depending on whether the current method of selecting senators stays the same or is changed.

Were it not for Bill C-43, the fixed eight-year term should be non-renewable, for reasons of independence. On the other hand, if the Senate becomes an elected

⁴⁸ *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, March 29, 2007, Issue No. 24:63-64.

⁴⁹ Letter from Dr. Marie Bountrogianni, Minister of Intergovernmental Affairs and Minister Responsible for Democratic Renewal, Government of Ontario, dated May 30, 2007.

chamber, as contemplated by Bill C-43, then the renewable character of the term becomes an important accountability mechanism.

Since Bill S-4 does not oppose the renewability of the eight-year term, we can therefore recognize that there is an organic link between Bill S-4 and Bill C-43. The two bills are thus to be seen as two components of a single federal legislative initiative whose overall objective is 'to create an elected Senate', to use Prime Minister Harper's phrase. The apprehensions expressed by the Government of Quebec in September 2006 with regard to the federal government's intentions are confirmed with the addition of Bill C-43.

This context leads the Government of Quebec to reconsider its support for Bill S-4 because it can no longer be considered a limited measure. It is a measure that is now part of a broader initiative revealed by Bill C-43.⁵⁰ (emphasis added)

The Government of Quebec also raised questions about the relationship between the proposed reforms to the Senate and Bill C-56, an Act to amend the Constitution Act, 1867 (Democratic representation), which the federal government tabled in the House of Commons on May 11, 2007. The Government of Quebec wrote:

"Although the Senate of Canada has been unable to fully meet the objectives that underlay its creation, it nonetheless remains an integral component of the compromise that gave birth to Canada in 1867, and it is closely tied to the balance of the federation in general and to the balance of the forces at play in the Parliament of Canada in particular.

Even in matters concerned with the composition of the House of Commons, the federal context has an influence. Indeed, proportionality there cannot be reduced to a simple mathematical fact. It must follow from a subtle trade-off between various factors, one being the need for Quebecers as a nation to maintain an effective place within federal institutions so that their voices can be usefully heard in the governance of our country.

Bill C-56, which would reduce Quebec's weight in the House of Commons, is in this context another major source of concern with respect to the current federal initiatives in the institutional sphere. This is another bill whose withdrawal was requested by a unanimous resolution adopted by Quebec's National Assembly on May 16, 2007.

The federal government's legislative objectives for the Senate also may prompt demands concerning the distribution of seats in the Senate. This is a matter which, from the standpoint of the Government of Quebec, and as it pointed out before the Special Senate Committee, the interests at play have deep roots which touch upon Canadian duality and the very origins of the federation.

⁵⁰ Submission from Benoit Pelletier, Minister Responsible for Canadian Intergovernmental Affairs, Francophones within Canada, the Agreement on Internal Trade, the Reform of Democratic Institutions and Access to Information, Government of Quebec, dated May 31, 2007, pp. 4-5.

It must always be remembered that the overall balance of representation in the federal Parliament was a crucial issue for Quebec in 1867 and continues to be one for the Quebec of today.”⁵¹

Professor Emeritus Alan Cairns urged us to view Bill S-4 as only the first of a three-stage process of Senate reform – tenure, consultative elections, and redistribution of seats. He told us:

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

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

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

We have to ask ourselves the question, then, as we decide how to vote on stage 1: Suppose there is no stage two implementation; have we then improved the system? By itself, I would argue that **stage one not followed by some version of stage two has negative consequences because it would simply increase the power of the Prime Minister in the appointing process** by the rapid turnover which he would have completely under his control for successive eight-year periods.”⁵² (emphasis added)

However, even viewing Bill S-4 on its own, as the Government would wish, there are still concerns that it exceeds the authority of Parliament under section 44, and requires the involvement of the provinces. For example, constitutional law professor John McEvoy testified:

“The decision to alter Senate tenure to eight years, whether or not open to a second term on an individual basis, is of such importance that, in my view, it goes beyond a matter of interest to the federal Parliament alone. It is not an internal modification to the Senate; it is a structural change that should involve a level of provincial consent. The historical and structural approaches to constitutional interpretation support this

⁵¹ *Id.*, pp. 8-9.

⁵² *Id.*, March 28, 2007, Issue No. 24:36-37.

conclusion. It is a change that should be considered along with reform of the method of selection.”⁵³

Professor McEvoy was also clear that in his view, the proposed changes in Bill S-4 would affect the Senate’s role as a body of regional representation, because that role is an integral part of its roles as a revising body and body of inquiry:

“Regional representation, inquiry role and revising role are three symbiotic parts of the role of the Senate. A regional representative is not only to represent the views of that particular region in one single role, but in all of its roles. The voice of the Senate is very important, and I would disagree with the premise that one should divide the Senate into those three distinct roles. They are symbiotic.”⁵⁴

Professor Don Desserud of the University of New Brunswick testified:

“My points are simple; I have two to make. First, I believe that this amendment does not fall under section 44 and does fall under section 42. Second, I think comparisons to previous amendments, which reduced the tenure of senators by imposing the 75-year retirement age, are not directly comparable to this one....

Section 42 says that amendments in relation to the powers and methods of appointments of senators use the general amending formula – the seven-50 rule. It does not say amendments that drastically change the powers or amendments that improve the powers; it says amendments in relation to the powers.

... I do not see how changing the tenure of senators to fixed eight-year terms can be seen as anything but a change in the powers of the Senate.”⁵⁵

Professor David E. Smith of the Saskatchewan Institute of Public Policy, who has written extensively on the Senate of Canada, told us:

“On September 20, 2006, I appeared before the Special Senate Committee on Senate Reform to discuss Bill S-4 on Senate tenure. In those remarks, I said that I thought that the fundamental character of the Senate of Canada, to be inferred from the criteria for appointment established at Confederation: that is, age and property qualifications of nominees; life tenure, originally; a fixed number of senators; and that enunciated 90 years later by the Supreme Court of Canada in its Senate reference opinion that that criterion is independence. Any proposal to alter the Senate, whose effect would compromise the Senate's independence and which, at the same time, has not met some standard of provincial concurrence for amendment of the Constitution -- a set of circumstances, I believe, that echoes those leading to the

⁵³ *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, March 22, 2007, Issue No. 23:85-86.

⁵⁴ *Id.*, 23:93.

⁵⁵ *Id.*, 23:87.

reference opinion itself in 1980 -- would undermine the essential characteristic of the upper house in my view.

The government maintains that the proposed change to a fixed term of eight years for senators in place of a mandatory retirement age of 75 may be implemented by Parliament acting alone under section 44 of the Constitution Act, 1982. Honourable senators have heard contradictory testimony from constitutional experts as to the soundness of that position. **My own view is that a fixed term for senators -- whether renewable, or elected or appointed, challenges the principle of independence that the Fathers of Confederation sought to entrench in the structure of the Senate and which the Supreme Court of Canada reiterated in 1980.**⁵⁶ (emphasis added)

Professor Jennifer Smith, Chair of the Department of Political Science at Dalhousie University, was blunt in her characterization of the potential impact of Bill S-4:

“I am not certain about whether it is constitutionally valid under section 44 for the Parliament of Canada to make this change. The reason I say that is simply because I can imagine the argument on the other side. I can imagine the argument that might be presented to a court and how they might come to the conclusion that an eight-year renewable term has enough of an impact on the functioning of the Senate that it gets to the power of the Senate and, therefore, **you are arbitrarily changing what is, after all, a foundational institution of Confederation. That is like pulling a rug out from under the people of Canada.** That is an issue.”⁵⁷ (emphasis added)

And in fact, this is an issue of significant concern to a number of provincial governments. Several of the governments which have written to us expressed their disagreement with the unilateral attempt by the current Government to reform the Senate.

The Premier of New Brunswick, Shawn Graham, wrote to our Committee on April 20, 2007. He said:

“The Government of New Brunswick has carefully considered the proposed amendment [Bill S-4] and is not able to support this amendment in its current form. **The Government of New Brunswick does not accept the conclusions of the [Special Senate Reform] Committee that the Government of Canada has the constitutional authority to unilaterally proceed with this proposed change to the tenure of Senators. Our review of jurisprudence on this issue, contained in the attached position paper, supports the view that the provinces must give consent to any change that affects representation in the Senate.**

⁵⁶ *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, April 25, 2007, Issue No. 25:32-33.

⁵⁷ *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, March 28, 2007, Issue No. 24:41.

Without other substantive changes to the Senate, the limitation of the tenure of Senators to eight years is more likely to reduce the effectiveness of this forum for regional and sectoral interests in Parliament than to improve it. The absence of any detail regarding the selection of Senators and their eligibility to be reappointed (or not) is also an area of concern.

The genius of the Canadian Constitution is the careful balance that has been struck between the more populated and less populated regions of the country as well as between the rights of the majority and the protection of minorities. While a term limit of eight years might be appropriate as part of a comprehensive reform of the Senate, a piecemeal and unilateral approach by the Government of Canada to Senate Reform has the potential to lead to a highly unsatisfactory and divisive result.⁵⁸ (emphasis added)

The concerns expressed by Premier Graham are shared by the Government of Ontario. The Honourable Marie Bountrogianni, Minister of Intergovernmental Affairs and Minister Responsible for Democratic Renewal, Government of Ontario, wrote recently to your Committee, expressly endorsing the constitutional and other concerns outlined by Premier Graham in his letter.⁵⁹

Minister Bountrogianni had testified before the Special Committee on Senate Reform. After making it clear that Senate reform is not a priority for the Ontario Government, she said:

“When the Senate was established at the time of Confederation, it was established on the basis of appointed senators, lifetime tenure, and regional equality, rather than representation by population. **Clearly, changing any of these pieces is a significant departure from the intended role of the Senate, that of “chamber of sober second thought,” and requires a full national discussion and the consent of the Canadian public.**⁶⁰ (emphasis added)

In her recent letter to your Committee, Minister Bountrogianni reiterated her Government’s reservations regarding the unilateral nature of the federal government’s proposed Senate reforms, saying, “I believe it is appropriate under our constitutional federal system that significant changes to federal institutions are agreed to by both partners – the federal government and the provinces. All Premiers, in a July 28, 2006 communique, agreed that ‘the Council of the Federation must be involved in any discussion on changes to important features of key Canadian institutions such as the Senate and the Supreme Court of Canada.’”⁶¹

Specifically with respect to Bill S-4, Minister Bountrogianni wrote:

⁵⁸ Letter from Shawn Graham, Premier of New Brunswick, dated April 20, 2007.

⁵⁹ Letter from Dr. Marie Bountrogianni, Minister of Intergovernmental Affairs and Minister Responsible for Democratic Renewal, Government of Ontario, dated May 30, 2007.

⁶⁰ *Proceedings of the Special Senate Committee on Senate Reform*, September 21, 2006, 5:50.

⁶¹ Letter from Dr. Marie Bountrogianni, Minister of Intergovernmental Affairs and Minister Responsible for Democratic Renewal, Government of Ontario, dated May 30, 2007.

“Turning to the reforms proposed in Bill S-4, the Government of Ontario generally endorses the constitutional and other concerns outlined by Premier Graham in his letter of April 20, 2007 to your Committee. Piece-meal and unilateral Senate reform has “the potential to lead to a highly unsatisfactory and divisive result.” I note that similar concerns regarding an incremental reform approach were raised by the Governments of Saskatchewan and Newfoundland and Labrador.

Bill S-4, on its own, would dramatically alter the real functioning of the Senate, detracting from its traditional role as an independent chamber of sober second thought. The Bill is silent on the issue of term renewals, which means that Senators could become unduly beholden to the Prime Minister if seeking a new term. They may be prone to follow the dictates of the Prime Minister, who, by the end of two terms in office, could conceivably have filled the Senate with members of his own party.

The Prime Minister’s new power to appoint every member of the Senate over eight years would significantly expand his appointment power and impair the independent functioning of the upper chamber. The result would be a partisan institution with nearly co-equal powers to the House of Commons and an institution that would be more likely to exercise those powers in order to please or obstruct a government, creating an untenable situation.

In addition, the Government of Ontario is concerned that the federal government has also introduced Bill C-43, the *Senate Appointment Consultations Act*. Bill C-43 establishes a new process for selecting senators in the form of so-called “advisory” elections. The Prime Minister himself has not hesitated to link the two pieces of legislation as part of his broader Senate reform agenda. I agree with the legal and constitutional experts who testified before your Committee that Bills C-43 and S-4 should be considered together, rather than in isolation.

Bill S-4 and Bill C-43 are inextricably linked. Without term limits, Senators would be effectively elected for life; without elections, the Prime Minister’s appointment power would be excessive. Together, the inevitable changes occasioned by these pieces of legislation would fundamentally alter the functioning of Parliament by changing the essential character of the Senate. Yet, the federal government introduced legislation without meaningfully consulting provinces or obtaining provincial consent.

...

The Government of Ontario has concerns about the constitutionality of Bill S-4 and Bill C-43 and notes that serious questions on this point were also raised by a variety of legal scholars and political scientists before both your Committee and the Special Committee.⁶²

⁶² Ibid.

The Premier of Newfoundland and Labrador, Danny Williams, Q.C., wrote to the Prime Minister to express his Government's view that Bill S-4 and Bill C-43 "represent attempts to alter the Constitution of Canada so as to significantly change the powers of the Senate and the method of selecting Senators within the meaning of Section 42(1)(b) of the *Constitution Act, 1982*. Such constitutional amendments may not be made by acts of Parliament alone, but also require resolutions of the legislatures of at least two-thirds of the provinces that have, in the aggregate, at least fifty per cent of the population."⁶³ He said:

"The choices that we make about our national institutions are fundamental choices about how Canadian society represents itself through sovereign government. These choices should not be made lightly. They will have long-lasting effects on the way that our society is governed and the operation of the Federation. Any changes should be carefully considered by both constitutional orders of government in the context of a national public debate. The current piecemeal and unilateral approach does not suffice. There are many reasons to believe that Bills S-4 and C-43, if passed, will have numerous unintended and negative consequences. They also only address some of the aspects of the Senate that could be reformed. I understand that you have taken this approach because the threshold for changing the Constitution is so high. But it is so by design; constitutions are the basic rules that shape our democracy and should not be easy to change. Constitutional change should take place after careful and thorough consideration.

Changes to an essential national institution like the Senate should involve government-to-government consultation. You will recall that this is the position upon which all Premiers agreed at the Council of the Federation meeting in St. John's last July. However, there have been no indications that government-to-government consultations are planned, much less any attempt to seek the endorsement of provincial legislatures for the reforms proposed.

In light of the concerns outlined above, the Government of Newfoundland and Labrador requests that your Government withdraw Bills S-4 and C-43. While we would prefer that you not reinstate your Senate reform initiative, if you do it should be in the form of a comprehensive reform package, developed through formal government-to-government consultation, and with reference to the general constitutional amending formula in section 38(1) of the *Constitution Act, 1982*.⁶⁴

The Premier of Nunavut, Paul Okalik, recently wrote to your Committee making it clear that his Government believes that Senate reform, including the proposed change to an 8-year term, should proceed through a single, comprehensive reform process involving the provinces and territories. He wrote:

"I feel it is critical that the provinces and territories be involved in any constitutional reform and this is particularly true of Senate reform.

⁶³ Letter from Danny Williams, Q.C., Premier of Newfoundland and Labrador, dated May 30, 2007.

⁶⁴ *Ibid.*

The Government of Nunavut believes that there are several issues which should be examined with respect to Senate reform. The Government of Nunavut is interested in making representations and working with the Government of Canada and the other provinces and territories to make the Senate more effective and representative. In particular, the representation in the Senate for northerners is something which requires attention.

However, such reform, including the proposal for a fixed 8 year term for Senators set out in Bill S-4, is best addressed through a single, comprehensive reform process which is consistent with the Constitution.⁶⁵

The Government of Quebec was unequivocal in its assessment of the impact of the reforms to the Senate proposed by the current federal Government. Minister Pelletier (an acknowledged constitutional law expert) wrote that, “The transformation of the Senate raises some fundamental issues for Quebec and the Canadian federation in general.... The federal bills on the Senate do not represent a limited change.”⁶⁶ He later noted, “In short, the Senate exists in a complex and coherent constitutional environment that is tied to considerations underlying the federal compact and the balance of intergovernmental relations.”⁶⁷

The Quebec Government was blunt in its view of the required course of action with respect to Bill S-4:

“In summary, the Government of Quebec considers that the federal legislative initiative represented by bills S-4 and C-43 is liable to modify the nature and role of the Senate, in a manner which departs from the original pact of 1867.

Such changes are beyond the unilateral powers of the Parliament of Canada. They instead require a coordinated constitutional amendment formula, which in turn requires the participation and consent of the provinces.

The well-known legal rule that one may not do indirectly what cannot be done directly fully applies to the amendment process that is in question here with bills S-4 and C-43.

The Government of Quebec is not opposed to modernizing the Senate. But if the aim is to alter the essential features of that institution, the only avenue is the initiation of a coordinated federal-provincial constitutional process that fully associates the constitutional players, one of them being Quebec, in the exercise of constituent authority.

⁶⁵ Letter from Paul Okalik, Premier of Nunavut, dated May 18, 2007.

⁶⁶ Submission from Benoit Pelletier, Minister Responsible for Canadian Intergovernmental Affairs, Francophones within Canada, the Agreement on Internal Trade, the Reform of Democratic Institutions and Access to Information, Government of Quebec, dated May 31, 2007, p. 6.

⁶⁷ *Id.*, p. 7.

The Government of Quebec, with the unanimous support of the National Assembly, therefore requests the withdrawal of Bill C-43. It also requests the suspension of proceedings on Bill S-4 so long as the federal government is planning to unilaterally transform the nature and role of the Senate.⁶⁸ (emphasis added)

The only provincial government on record as supporting Bill S-4 is that of Alberta. The Government of Saskatchewan, while acknowledging that it has received legal advice that Bill S-4 could be enacted pursuant to section 44 of the *Constitution Act, 1982*, nevertheless has repeated several times that it does not support an incremental approach to reforming the Senate “and does not support Bill S-4”.⁶⁹

The Government of British Columbia wrote to your Committee saying first that Senate and constitutional reform are not a high priority for that Government; British Columbia favours abolishing rather than reforming the Senate; failing that, “substantive changes would be required to make the Senate a truly effective body that would enrich our federal parliamentary system and fairly represent British Columbia’s role in the federation.” Minister van Dongen told us that his Government recognizes that there are differing views on the appropriate constitutional amending process, and “British Columbia does not have strong views on either the substance of the bill [S-4] or its constitutional implications at this time.”⁷⁰

In summary, your Committee received representations opposing the proposed unilateral Senate reforms contained in Bill S-4 from the governments of the two largest provinces in Canada and the governments of two of the smallest provinces and one territory. In total, these governments represent significantly more than 50 per cent of the population of the country, and three out of the four regions described in our Constitution. Only one province has come forward supporting the Bill. Other provinces have expressed at best ambivalence and more generally opposition to the proposed incremental approach.

As was reiterated by the Supreme Court of Canada in the *Upper House Reference*, a fundamental, indeed critical role of the Senate of Canada is to protect and defend regional and provincial interests against the combination of majorities in the House of Commons. As Sir John A Macdonald said during the Confederation debates at the Quebec Conference, quoted by the Supreme Court of Canada:

“To the Upper House is to be confided the protection of sectional [now referred to as regional] interests: therefore is it that the three great divisions are there equally represented for the purpose of defending such interests against the combinations of majorities in the Assembly.”⁷¹

⁶⁸ *Id.*, p. 11.

⁶⁹ Letter from Harry Van Mulligan, Minister of Government Relations for Saskatchewan, dated May 29, 2007. See also his prior correspondence dated March 21, 2007 and September 22, 2006.

⁷⁰ Letter from John van Dongen, Minister of State for Intergovernmental Relations for British Columbia, dated May 30, 2007.

⁷¹ *Upper House Reference*, p. 67.

We believe the concerns expressed by these governments must be afforded considerable weight. If we do not represent the interests of our regions and provinces now, when what is at stake is the very institution established to defend those interests, then we give justification to those critics who question our continued value in Canadian parliamentary democracy.

Conclusion

The overwhelming weight of testimony that our Committee heard supported the conclusion that there are significant constitutional concerns if we proceed as proposed by the current federal Government and pass Bill S-4 pursuant to the amending powers set out in section 44 of the *Constitution Act, 1982*. Experts in Canadian constitutional law have cautioned that this is not a matter for unilateral federal amendment, but rather is one that requires the consent of the provinces. And indeed, several provincial governments have written to express their considered view that this is not a matter for unilateral federal action, but rather a constitutional amendment to which they must be party.

As a legislative committee of the Senate, a revising body, we believe it is our duty within the Canadian parliamentary structure to amend bills brought before us to the best of our ability. In that spirit, we have amended Bill S-4 in our best effort to correct those elements that we believe would render it clearly unconstitutional. However, we know that serious concerns remain whether the Bill, even as amended, falls within the legislative authority of Parliament. Furthermore, in amending the particular provisions of the Bill, we were conscious that we were making alterations which arguably “would affect the fundamental features or essential characteristics” given to the Senate at Confederation. The Supreme Court of Canada was very clear in its 1979 decision:

“At some point, a reduction of the term of office might impair the functioning of the Senate in providing what Sir John A. Macdonald described as “the sober second thought in legislation”.”⁷²

We have exercised our best efforts to provide a term of office that will not impair the functioning of the Senate – however, we recognize, as did the Government of then-Prime Minister Trudeau, that this is not a matter for any Government or any Parliament to decide; this is a matter of the Constitution of Canada, and should be referred for consideration to the Supreme Court of Canada. In 1979, the Supreme Court invited the Government to return and tell the Court what change of tenure is proposed. We believe the Court got it right, and that is the proper procedure to be followed.

Constitutional law professor Errol Mendes testified that if Bill S-4 were passed, with fixed-term senators then appointed, and legislation subsequently passed by Parliament and these new senators, “**there would be constitutional chaos**” if Bill S-4 were then found to be unconstitutional.⁷³ The Government’s lawyer, Warren J. Newman, subsequently wrote to your Committee, seeking to distinguish the Supreme Court jurisprudence upon which Professor

⁷² *Id.*, at p. 76.

⁷³ *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, March 29, 2007, 24:65.

Mendes relied. The irrefutable fact, however, is that no one can say with certainty what the Court would hold the consequences to be. “Constitutional chaos” remains a serious concern.

The stakes are high. This is not a situation where we can accede to the Government’s wish for speedy Senate reform, and wait to find out later whether the Government was right, or whether in fact the many constitutional experts who expressed concern about the constitutionality of this bill were right.

We therefore urge the Government to take the time necessary to do it right as it moves to change the constitutional arrangement negotiated at the time of Confederation. We ask the Government to refer Bill S-4 as we have amended it to the Supreme Court of Canada. This is what many of the witnesses who appeared before us recommended; this is what we have concluded is the prudent thing to do.

We appreciate that the Prime Minister and his Government are anxious to move quickly on Senate reform. But we believe, and we trust that the Prime Minister would agree, that the Constitution is more important. There is no real, objective urgency that demands passing this Bill quickly. Conversely, the stakes if we get it wrong are significant indeed – as Professor Mendes characterized the potential consequences, “constitutional chaos.”

Several supporters of Bill S-4 have said that they accept the bill’s reforms to the Senate at least in part in the hope that the reforms introduced by the Bill would so destabilize the status quo that further, comprehensive reform of the Chamber would become obviously necessary. Roger Gibbins has written that he supports the Bill as a means of “destabilizing the status quo to the point where Canadians say, ‘This is a mess, and we’ve got to sort it out.’”⁷⁴

Professor Gerard Horgan told us:

“The advantage of what is being done with the incremental reform, as I see it, is that it is introducing instability into the system. Right now we have what most people would think of as a stable suboptimal system. By introducing these incremental reforms, it will perhaps cause instability and drive the process forward.”⁷⁵

Your Committee believes that changes to any country’s constitution should be guided by a desire to ameliorate existing tension and not to exacerbate them, and this is how we have approached our work on the examination of Bill S-4.

We are convinced that the only way to ensure that the approach that the Government has taken on Senate reform is indeed constitutional is for the Government to refer Bill S-4 as we have amended it to the Supreme Court of Canada on a constitutional reference.

⁷⁴ Testimony of Roger Gibbins in the *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, March 21, 2007, Issue No. 23:58; see also Mr. Gibbins’ testimony in the *Proceedings of the Special Senate Committee on Senate Reform*, September 19, 2006, 3:7.

⁷⁵ *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, March 22, 2007, Issue No. 23:108.

We also note the strong concerns expressed by a number of provincial governments and constitutional experts concerning the constitutionality of Bill C-43, and the “inextricable linking” (in the words of the Government of Ontario) between that Bill and Bill S-4. We believe that the constitutional reference should therefore include Bill C-43 along with Bill S-4, as we have amended it.

ANNEXE

**Le projet de loi S-4, Loi modifiant la
Loi constitutionnelle de 1867 (mandat des sénateurs)****Observations au rapport du
Comité sénatorial permanent des
affaires juridiques et constitutionnelles****Introduction**

« Supposons que vous les nommiez pour neuf ans, quelle sera la conséquence? Pendant les trois ou quatre dernières années de leur service ils auront devant les yeux l'expiration de leur mandat, et se tourneront avec anxiété du côté du gouvernement alors au pouvoir pour obtenir la faveur de se faire nommer de nouveau; la conséquence sera qu'ils se trouveront entièrement sous l'influence de l'exécutif. »

--- George Brown, 1865¹

George Brown, membre du gouvernement de coalition de John A. Macdonald et George-Étienne Cartier dans ce qui est alors la province du Canada, explique plus loin dans son discours qu'on a voulu faire de la Chambre haute « un corps parfaitement indépendant, un corps qui serait dans la meilleure position possible pour étudier sans passion les mesures de cette Chambre, et défendre les intérêts publics contre toute tentative de législation hâtive ou entachée d'esprit de parti. »

Il ressort clairement des débats sur la Confédération que les constituants canadiens ont envisagé la possibilité d'un mandat de neuf ans renouvelable pour les sénateurs nommés, mais qu'ils ont conclu que cela menacerait l'indépendance de la Chambre haute vis-à-vis de l'exécutif – c'est-à-dire du premier ministre et de son cabinet. C'est pourquoi les Pères de la Confédération ont rejeté le mandat fixe renouvelable et préféré, à la fois pour le Sénat et la Cour suprême, la nomination à vie. Au début des années 1960, il a été décidé que les membres des deux institutions exerceraient leur mandat jusqu'à 75 ans.

Le projet de loi S-4, bien que bref, apporte un changement majeur à la pratique actuelle en ce qui concerne le Sénat du moins. Les sénateurs seraient désormais nommés sur la recommandation du premier ministre pour un mandat de huit ans renouvelable sans retraite obligatoire à 75 ans. Deux questions étroitement liées viennent tout de suite à l'esprit. Des traits essentiels de notre démocratie parlementaire telle qu'établie au moment de la Confédération s'en trouveraient-ils affectés et est-ce un changement que le gouvernement fédéral peut légalement apporter en passant par le Parlement sans la participation des provinces?

¹ Assemblée législative, 8 février 1865.

La place du Sénat dans l'appareil gouvernemental du Canada est sans doute la question la plus importante et la plus litigieuse à laquelle font face nos constituants. Certains d'entre eux, notamment ceux de la région la plus peuplée, le Haut-Canada (Ontario), préféreraient un parlement unicaméral, mais une seconde chambre est essentielle aux yeux de ceux des régions moins peuplées. Comme l'explique George Brown : « Nos amis du Bas-Canada ne nous ont concédé la représentation d'après la population qu'à la condition expresse qu'ils auraient l'égalité dans le conseil législatif. Ce sont là les seuls termes possibles d'arrangement²[.] » Alexander Mackenzie, qui doit devenir notre deuxième premier ministre, observe : « La constitution de la chambre haute est la question la plus importante³. »

Il y a eu débat non seulement sur l'égalité de représentation des trois régions du pays (Maritimes, Québec, Ontario), mais sur la question de savoir si les sénateurs devaient être nommés ou élus, l'opinion de John A. Macdonald ayant finalement prévalu : « Il y a, je le répète, un risque plus grand de divergence de vues irréconciliable entre les deux organes du pouvoir législatif si la chambre haute est élue que si elle est nommée par la Couronne⁴. »

Les constituants s'entendent finalement sur un Sénat où les trois régions sont représentées à égalité et dont les membres sont nommés à vie par l'exécutif. Que ce soit là un compromis conçu pour obtenir l'unanimité des participants, Alexander Mackenzie n'en fait pas mystère : « Tout en estimant que nous serions mieux sans chambre haute, je sais qu'il ne s'agit pas pour le moment de choisir la meilleure forme de gouvernement possible, selon nos opinions particulières, mais de faire le mieux qu'on peut pour une communauté dont les vues sur la question divergent⁵. »

Si l'on reprend les termes d'Alexander Mackenzie, les deux grandes questions qui se posent actuellement aux membres du Comité sont de savoir si les dispositions du projet de loi S-4 nous rapprochent de «la meilleure forme de gouvernement possible» et s'il y a obligation constitutionnelle pour le gouvernement fédéral de tenir compte des vues des membres de notre communauté fédérale, à savoir les provinces, qui voient peut-être d'un autre œil ce qui est proposé? Voilà les questions qui ont encadré le travail du Comité.

Le projet de loi S-4 découle de la promesse électorale faite par le Parti conservateur en juin 2006 d'amorcer «la réforme du Sénat en élaborant un processus national permettant de choisir des sénateurs élus pour chaque province et territoire. »

Le nouveau gouvernement conservateur a lancé cette réforme en déposant le 30 mai 2006 le projet de loi S-4, préférant traiter la durée du mandat des nouveaux sénateurs avant d'apporter des changements à la façon de les sélectionner.

² Assemblée législative, 8 février 1865

³ Assemblée législative, 23 février 1865

⁴ Assemblée législative, 6 février 1865. La préférence de Macdonald pour une chambre haute nommée tenait à son expérience du parlement du Canada-Uni, où les deux chambres élues se trouvaient souvent dans l'impasse.

⁵ Assemblée législative, 23 février 1865

Le sujet du projet de loi a été renvoyé le 28 juin 2006 à un comité sénatorial spécial qui a recommandé en principe l'établissement d'un mandat de durée fixe pour les nouveaux sénateurs et conclu « qu'il ne semble pas nécessaire d'obtenir plus de précisions sur la constitutionnalité du projet de loi S-4... » Cependant, après le dépôt du rapport du Comité, le gouvernement a déposé le 13 décembre 2006 le projet de loi C-43, Loi sur les consultations concernant la nomination des sénateurs. Cette nouvelle étape dans la réforme voulue par le gouvernement fédéral a conduit des sénateurs ainsi qu'un certain nombre de constitutionnalistes et d'autorités provinciales à reconsidérer leur analyse du projet de loi S-4, notamment par rapport à sa constitutionnalité. C'est pourquoi le Comité, en prolongement du travail du Comité spécial, s'est intéressé de plus près aux questions constitutionnelles en évolution et aux principes définis dans le jugement que la Cour suprême a rendu en 1979, à savoir le *Renvoi relatif à la Chambre haute*.

I. Mandat de huit ans

Le projet de loi S-4 a pour objet de fixer à huit ans la durée du mandat des nouveaux sénateurs. En 1979, la Cour suprême du Canada s'est vu demander si le Parlement avait le pouvoir législatif d'édicter une loi modifiant la durée du mandat des sénateurs. La Cour a statué comme suit :

« À un certain point, la réduction de la durée des fonctions pourrait nuire au bon fonctionnement du Sénat qui assure, pour reprendre les paroles de Sir John A. Macdonald, "un deuxième coup d'œil attentif à la loi". L'Acte [Loi constitutionnelle de 1867] prévoit une constitution semblable, en principe, à celle du Royaume-Uni, où les membres de la Chambre des lords siègent à vie. L'imposition de la retraite obligatoire à l'âge de soixante-quinze ans n'a pas modifié le caractère essentiel du Sénat. **Cependant, pour répondre à la question, il faudrait que nous sachions quels changements sont proposés**⁶. »
[gras ajouté]

Cette assertion donne à penser que certaines durées de mandat seraient conformes à la Constitution, et d'autres non. Aucune des personnes qui ont témoigné devant le Comité n'a pu déterminer où se situait la ligne de démarcation. Même l'avocat général du gouvernement, Warren Newman, Section du droit administratif et constitutionnel du ministère de la Justice, a reconnu que certains changements, comme la réduction du mandat à un an, ne seraient pas jugés valables sur le plan constitutionnel. Il a de ce fait reconnu au nom du gouvernement que le pouvoir de modifier la durée du mandat des sénateurs en vertu de l'article 44 n'est pas absolu. Par contre, personne n'a pu tracer la ligne de démarcation critique.

Henry S. Brown, avocat de droit constitutionnel au cabinet Gowling Lafleur Henderson, a fourni au Comité un avis écrit fouillé et a aussi témoigné en personne. Il a signalé que, dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*, la Cour suprême a dit que le Parlement n'est pas habilité à apporter unilatéralement (c.-à-d. sans l'intervention des provinces) des modifications qui

⁶ *Renvoi : Compétence du Parlement du Canada relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54, 76-77.

« porteraient atteinte aux caractéristiques fondamentales ou essentielles attribuées au Sénat pour assurer la représentation régionale et provinciale dans le système législatif fédéral⁷ ».

La Cour devait aussi déterminer si la réduction de la durée du mandat « pourrait nuire au bon fonctionnement du Sénat qui assure, pour reprendre les paroles de sir John A. Macdonald, “un deuxième coup d’œil attentif à la loi⁸” ».

M. Brown a signalé ceci :

« [...] la Cour suprême du Canada a fait explicitement mention de l’indépendance du Sénat qui est l’une de ses caractéristiques fondamentales. La Cour a dit que “on voulait faire du Sénat un organisme tout à fait” — et je souligne les mots “tout à fait” — “indépendant qui pourrait revoir avec impartialité les mesures adoptées par la Chambre des communes. On y est arrivé en disposant que les membres du Sénat seraient nommés à vie⁹.” »

Il y a donc trois caractéristiques essentielles à préserver dans toute proposition visant à modifier la durée du mandat : 1) l’indépendance totale du Sénat; 2) sa capacité d’assurer un second examen objectif; 3) son rôle de représentation provinciale et régionale.

Au sujet du mandat de huit ans, des témoins ont exprimé plusieurs appréhensions liées aux questions constitutionnelles, dont le fait qu’un premier ministre en poste pour deux mandats nommerait la totalité des sénateurs. Cette situation limiterait gravement la capacité du Sénat de remplir son rôle d’« organisme tout à fait indépendant » qui assure un second examen objectif. Presque tous les experts qui ont témoigné s’entendaient pour dire qu’il s’agissait là d’un problème important.

Le premier ministre du Nouveau-Brunswick, Shawn Graham, a écrit ceci au Comité le 20 avril 2007 :

« Une préoccupation additionnelle du gouvernement du Nouveau-Brunswick au sujet du projet de loi S-4 dans sa forme actuelle est le fait que tout gouvernement fédéral qui serait au pouvoir pendant au moins deux mandats complets pourrait renouveler complètement l’effectif du Sénat au moyen d’un processus qui n’est pas encore défini. Cela découle directement de la réduction proposée, qui ramènerait à seulement huit ans la durée du mandat des sénateurs. Sous cet aspect également, la mesure ne peut que restreindre l’indépendance des représentants régionaux au Sénat. Pour une province comme le Nouveau-Brunswick, il est

⁷ *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 29 mars 2007, Fascicule n° 24:81-82, passage tiré de l’arrêt de la Cour suprême.

⁸ *Id.*, 24:82.

⁹ *Ibid.*, passage tiré de l’arrêt de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*.

difficile de concevoir comment une telle proposition pourrait favoriser ses intérêts¹⁰. »

Comme indiqué plus haut, le Parlement n'est pas habilité, selon le *Renvoi relatif à la Cour suprême*, à apporter unilatéralement des modifications qui, « porteraient atteinte aux caractéristiques fondamentales ou essentielles attribuées au Sénat pour assurer la représentation régionale et provinciale dans le système législatif fédéral ». Le premier ministre Graham est manifestement d'avis que la mesure proposée constitue une modification de cette nature.

D'autres observations importantes ont mis en doute le bien-fondé du mandat de huit ans. Plusieurs témoins ont dit que les longs états de service des sénateurs leur permettaient d'acquérir une expertise précieuse sur des sujets particuliers et sur les règles de procédure du Sénat. Ils craignaient que la vision à long terme qui existe actuellement au Sénat s'affaiblisse ou se perde.

Un témoin a souligné que le mandat proposé diminuerait la stabilité du Sénat : « La durée du mandat actuel garantit pratiquement que le Sénat exercera une surveillance étroite et jouera un rôle de frein plusieurs années après le remplacement du parti au pouvoir à la Chambre des communes [...] Cela pourrait transformer considérablement la fonction de surveillance du Sénat, et il est certain que le Sénat ne sera plus un organisme "tout à fait indépendant", comme l'exige la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*¹¹. »

Le Comité a été impressionné par les commentaires réfléchis des témoins qui ont étudié de près la Chambre des lords britannique. La réforme de cette chambre a fait l'objet de beaucoup de réflexion, d'études et de débats au cours des dix dernières années. La proposition actuellement à l'étude est un mandat de 15 ans, soit l'équivalent de trois cycles électoraux du Parlement européen, et le remplacement du tiers des lords tous les cinq ans. Ce mandat de 15 ans ne serait pas renouvelable.

Gerard Horgan, politologue canadien qui enseigne à l'International Study Centre de l'Université Queen's au Royaume-Uni, a commenté ainsi les résultats du rapport de la Commission royale sur la réforme de la Chambre des lords (commission Wakeham), publié en 2000 :

« Les aspirations de cette commission quant à la composition de la Chambre des lords concordent souvent avec les souhaits exprimés en rapport avec le Sénat canadien. Par exemple, la commission en question a fait valoir qu'un mandat de longue durée aurait les effets suivants : [*Traduction*] "Encourager les lords à faire preuve d'indépendance d'esprit et adopter une vision à long terme; dissuader les candidats politiquement ambitieux de solliciter un siège dans la seconde chambre; favoriser un style de débat qui est moins partisan; et laisser aux lords le temps d'absorber l'ethos particulier de la seconde chambre et d'assimiler la manière de s'y prendre pour contribuer avec le plus d'efficacité possible aux travaux." »

¹⁰ Mémoire de Shawn Graham, premier ministre du Nouveau-Brunswick, 20 avril, 2007, p. 8.

¹¹ Mémoire de M. Brown, p. 36.

Étant donné ces aspirations et compte tenu des inconvénients possibles d'un mandat de longue durée, la commission a conclu que les lords devraient siéger l'équivalent de trois cycles électoraux, soit de 12 à 15 ans. En outre, la commission a dit avoir bien envisagé un mandat correspondant à deux cycles électoraux, mais a déterminé que [*Traduction*] "Ce serait un mandat d'une durée insuffisante pour créer le genre de seconde chambre que nous envisageons."

[...]

En résumé, la commission Wakeham a d'abord fait valoir le principe selon lequel il doit y avoir tout au moins un rapport de trois pour un entre les membres de la Chambre des lords et les députés à la Chambre des communes. Ensuite, même si la réflexion sur la réforme de la Chambre des lords est loin d'avoir atteint son terme, l'argument en faveur d'un mandat d'une longue durée à la chambre haute ou au Royaume-Uni s'est révélé suffisamment convaincant pour que le gouvernement appuie l'idée d'un mandat de 15 ans. Enfin, étant donné la possibilité de choisir seulement une partie du contingent sénatorial provincial à chacune des élections consultatives, c'est une des objections possibles à l'idée d'établir un mandat d'une longue durée qui disparaît.

Pour terminer, je dirais simplement ceci : j'espère que mon mémoire et mes observations permettront aux honorables sénateurs de voir qu'il existe des raisonnements valables en faveur de l'adoption d'un mandat de longue durée à la chambre haute. Par contre, et ce n'est pas pour vous flatter que je le dis, car j'estime que cela est vrai : vous, sénateurs, êtes les véritables spécialistes de la question. Si, en tant que chercheur, je voulais savoir combien de temps il faut à un nouveau sénateur pour saisir l'ethos de la chambre, je vous poserais la question à vous. Dans le cas du projet de loi dont il est question, il importe tout autant que vous creusiez votre propre expérience que d'écouter des gens comme moi¹². »

Meg Russell, du University College London, a elle aussi préconisé vivement l'étude de mandats plus longs :

« Pour ce qui est de l'ethos de la Chambre et de son indépendance et de ce que les gens apprécient à propos de la Chambre des lords, pour une grande part, les gens ont été nombreux à faire valoir qu'il importe d'avoir des mandats de plus longue durée. Comme le professeur Horgan l'a fait valoir, la commission royale a demandé 15 ans. De même, le gouvernement a recommandé récemment un mandat de 15 ans¹³. »

¹² *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 22 mars 2007, Fascicule n° 23:103-105.

¹³ *Id.*, 23:105.

Lord Howe, membre conservateur de la Chambre des lords, a dit qu'à son avis, « 15 ans devrait être la durée minimale d'un mandat¹⁴ ».

Le Comité est du même avis. Son amendement vise à porter le mandat de huit à quinze ans, car selon lui le premier ne répondrait pas au critère de la Cour suprême en matière de constitutionnalité tandis que le deuxième serait plus susceptible d'y satisfaire.

II. Mandats non renouvelables

Un bon nombre de témoins ont dit se préoccuper grandement de la proposition voulant que le premier ministre puisse renouveler les nouveaux mandats des sénateurs. Le projet de loi S-4 passe sous silence la question du renouvellement. Cependant, le très honorable Stephen Harper a dit au Comité sénatorial spécial sur la réforme du Sénat : « Ce silence vous permet de présumer qu'il y aurait possibilité de renouvellement¹⁵. »

La leader du gouvernement au Sénat, lorsqu'elle a parlé du projet de loi S-4 à la Chambre haute, et le premier ministre Harper, dans son témoignage devant le Comité sénatorial spécial sur la réforme du Sénat, ont dit clairement que la décision d'autoriser le renouvellement des mandats s'inscrivait dans le contexte de l'élection des sénateurs. Or, jusqu'ici, le gouvernement n'a pas proposé de modifier la Constitution pour prévoir un Sénat élu. Le projet de loi S-4 ne traite aucunement cette question.

Pour beaucoup de témoins, la question primordiale est l'effet du caractère renouvelable des mandats sur l'indépendance des nouveaux sénateurs. M. Harper a jugé ces préoccupations non fondées :

« En ce qui concerne la possibilité que les sénateurs modifient leur comportement si le mandat est renouvelable, j'aurais tendance à écarter cette hypothèse. À la lumière de l'expérience que j'ai acquise, la volonté des membres de l'une ou l'autre des chambres de collaborer avec le gouvernement est déterminée d'abord et avant tout par leur appartenance politique. Que le mandat soit renouvelable ou qu'il ne le soit pas, cela ne fera probablement aucune différence. C'est mon opinion sur la nature humaine en ce qui concerne le processus législatif¹⁶. »

Cette affirmation décrit sans doute fidèlement ce qui se passe à la Chambre des communes, mais la situation au Sénat est un peu plus nuancée. En fait, il existe au Sénat une longue tradition de vote indépendant, ce que confirment les statistiques. M. Andrew Heard, professeur à l'Université Simon Fraser, a dit au Comité avoir effectué une étude sur les habitudes de vote au Sénat pour la période de 2001 à 2005 :

¹⁴ *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 28 mars 2007, Fascicule n° 24:12.

¹⁵ *Délibérations du Comité sénatorial spécial sur la réforme du Sénat*, 7 septembre 2006, Fascicule n° 2:12.

¹⁶ *Ibid.*

« On a l'impression, à tout le moins, qu'avec le temps, les sénateurs en viennent à disposer d'une plus grande liberté et d'une plus grande marge de manœuvre dans leurs choix que les députés. Il y a eu peu d'études statistiques ou empiriques à ce sujet, alors j'ai fait moi-même un petit examen de la période allant de 2001 à 2005 [...] J'ai examiné 125 scrutins officiels auxquels ont participé 122 sénateurs, ce qui représente plus de 7 700 voix. Ce n'est qu'une fraction de toutes les mises aux voix, car, bien sûr, comme vous le savez, bien des mises aux voix se font oralement, et ces scrutins par appel nominal ne nous indiquent pas qui a fait dissidence. J'ai pris note des mises aux voix où des sénateurs se sont officiellement abstenus ou ont voté pour ou contre un projet de loi afin de déterminer dans combien de cas ils ont voté contre la position de leur caucus ou se sont abstenus. **J'en ai conclu que les sénateurs sont très indépendants, certainement plus que les députés**¹⁷. » [gras ajouté]

M. Heard était convaincu que la possibilité de renouveler les mandats nuirait sérieusement à l'indépendance des sénateurs :

« J'ai néanmoins une préoccupation concernant le mandat renouvelable. La possibilité que le premier ministre détermine quel sénateur pourrait voir son mandat renouvelé soulève de sérieuses questions quant à la façon dont voteront les sénateurs qui souhaitent voir leur mandat renouvelé. À cet égard, j'estime que la possibilité de renouveler le mandat pourrait nuire à l'indépendance des sénateurs lors des mises aux voix¹⁸. »

D'autres témoins partageaient cet avis. Jennifer Smith, chef du Département de science politique à l'Université Dalhousie, a fait valoir qu'un mandat renouvelable diminue l'indépendance de la personne nommée et influe par conséquent sur le rôle du Sénat comme lieu de second examen objectif. À son avis, il a aussi un effet sur le rôle de représentation fédérale du Sénat, car la perspective d'un renouvellement de mandat compromet l'indépendance du sénateur. Le renouvellement de mandat se répercute donc sur la nature du Sénat définie à l'époque de la Confédération.

David Smith, professeur à l'Institut de politiques d'intérêt public de la Saskatchewan, a exprimé une opinion semblable :

« Une disposition concernant la nomination renouvelable rendrait un sénateur désireux d'être renommé susceptible d'être influencé par le premier ministre, qui continuerait de faire les nominations à être approuvées par le gouverneur général. L'ambition et la perspective de possibilités futures occuperaient beaucoup plus de place qu'elles en ont aujourd'hui dans les calculs que les membres de la Chambre haute mettent dans leur travail. Ce commentaire se veut non pas une critique de ce

¹⁷ *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 21 mars 2007, Fascicule n° 23:45.

¹⁸ *Id.*, 23:46.

comportement, mais plutôt une déclaration au sujet de la vie politique qui serait dorénavant caractéristique du Sénat¹⁹. »

Il faut toutefois préciser que, s'il ressort clairement des témoignages que le caractère renouvelable des mandats nuirait à l'indépendance du Sénat, certains ont émis des réserves sur le caractère non renouvelable conjugué à une durée fixe relativement courte. Par exemple, M. Smith a dit au Comité :

« Une disposition concernant la nomination non renouvelable pour un mandat fixe aurait pour effet de créer un renouvellement continu de la Chambre. Les caractéristiques constituant à ce jour les forces du Sénat — l'expérience, les connaissances, le recul — disparaîtraient. De plus, plutôt que de devenir membre du Sénat à la fin de sa carrière, une personne inexpérimentée pourrait y entrer au début de sa carrière. Par exemple, une personne dans la trentaine nommée au Sénat pour un mandat de huit ans serait en position d'espérer obtenir un siège aux Communes à 40 ans. Si c'était le cas, le mandat des sénateurs pourrait bien être facilement perçu comme préliminaire à une période aux Communes, alors qu'il est actuellement perçu comme la suite d'une période passée dans la Chambre basse ou dans un autre emploi. En d'autres termes, la relation entre les deux Chambres serait renversée, et l'indépendance actuelle des sénateurs, dont la carrière politique tire à sa fin, serait compromise²⁰. »

Le Comité reconnaît aussi que toute médaille a son revers. Tant que les sénateurs continuent d'être nommés, la possibilité de renouveler les mandats risque de porter sérieusement atteinte à leur indépendance et de miner par conséquent l'essence même du rôle et de la responsabilité constitutionnels de la Chambre haute. Si, en revanche, on en venait à élire les sénateurs, l'interdiction d'un deuxième (ou troisième) mandat pourrait compromettre l'obligation de rendre des comptes, qui est à la base d'un Sénat élu.

Le premier ministre du Nouveau-Brunswick est intervenu vigoureusement sur cette question, signalant qu'un mandat renouvelable

« [...] permettrait au premier ministre fédéral de renforcer l'obligation des sénateurs de rendre des comptes dans le contexte du processus électoral consultatif suggéré, si on suppose que le gouvernement fédéral apporterait un tel changement. C'est au moyen d'élections que la population peut vraiment exprimer son approbation du travail effectué par ses représentants au Sénat. Si les sénateurs ne peuvent exercer leurs fonctions que pendant un mandat, des élections ne renforceront pas leur obligation de rendre des comptes. Le gouvernement du Nouveau-Brunswick est d'avis que cette caractéristique de la proposition réduirait probablement l'efficacité du Sénat en tant qu'institution représentative. Un autre facteur est la probabilité qu'un mandat renouvelable renforcerait le respect de la discipline de parti. Une sénatrice ou un sénateur, s'il désire un nouveau mandat,

¹⁹ *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 25 avril 2007, Fascicule n° 25:33.

²⁰ *Ibid.*

ne manquera pas de voter conformément aux valeurs et aux principes du gouvernement fédéral au pouvoir. Cela ne peut qu'intensifier les pressions exercées sur les sénateurs pour qu'ils abandonnent les intérêts de leur région pour se conformer au programme du gouvernement à la Chambre des communes. En pratique, cela compromettrait la capacité du Sénat d'agir en tant que "chambre de second examen objectif".

Il faut également remarquer que, étant donné la capacité apparente du gouvernement fédéral de renouveler le mandat des sénateurs si le projet de loi S-4 est adopté, ajoutée à l'abolition apparente de l'actuelle limite d'âge de 75 ans, les sénateurs pourraient demeurer en fonction plus longtemps que ne le permet actuellement l'article 29 de la *Loi constitutionnelle de 1867*²¹. »

Le premier ministre de Terre-Neuve et du Labrador a écrit récemment au premier ministre Harper en envoyant copie de la lettre au président du Comité pour exprimer les préoccupations de son gouvernement concernant le projet de loi S-4. Il déclare que la disposition du projet de loi « prévoyant la renouvellement du mandat limiterait l'indépendance des nouveaux sénateurs en les rendant redevables au premier ministre et en les poussant à gagner sa faveur pour améliorer leurs chances de reconduction. Ce projet de loi amoindrirait donc l'indépendance du Sénat, son aptitude à servir de chambre de mûre réflexion et son efficacité à représenter les intérêts régionaux et provinciaux²². »

Au Royaume-Uni, les propositions visent nettement un mandat non renouvelable de 15 ans à la Chambre des lords. Lord Tyler, membre libéral démocrate de la Chambre des lords, a déclaré au Comité :

« Plus important encore, si nous devons bénéficier dans l'avenir d'indépendance par rapport aux partis, qu'il s'agisse de membres élus ou d'une forme de mise en candidature par les partis, nous voulons que les gens, lorsqu'ils arrivent à la Chambre haute, qu'elle soit appelée Sénat ou autre, se sentent aussi libres de toute influence ou pression de parti qu'ils peuvent l'être²³. »

Le Comité partage l'avis des nombreux témoins et des auteurs de mémoire qui craignent que la possibilité d'un renouvellement ne porte sérieusement atteinte à l'indépendance des sénateurs et, par conséquent, du Sénat dans son ensemble. Rares sont ceux qui soutiendraient que l'indépendance de la Cour suprême du Canada ne serait pas ébranlée si le mandat actuel de ses membres – qui exercent leur charge jusqu'à l'âge de 75 ans – était transformé en mandat de huit ans, renouvelable selon le bon vouloir du premier ministre en poste (dont les lois et les politiques sont souvent contestées devant la Cour). L'indépendance de la Chambre haute du Parlement n'a pas moins d'importance pour notre régime gouvernemental. Par conséquent, le Comité a amendé le projet de loi S-4 de façon à prévoir expressément que le mandat de 15 ans des nouveaux sénateurs n'est pas renouvelable.

²¹ Mémoire de Shawn Graham, premier ministre du Nouveau-Brunswick, 20 avril 2007, p. 7-8.

²² Lettre de Danny Williams, premier ministre de Terre-Neuve-et-Labrador, 30 mai 2007, p. 1. [traduction]

²³ *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 28 mars 2007, Fascicule n° 24:12.

III. Limite d'âge de 75 ans

La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoyait au départ la nomination à vie des sénateurs, considérée comme la meilleure garantie d'indépendance à l'égard du gouvernement, et les mêmes modalités existaient au sein de la magistrature. Cette disposition a été modifiée en 1965 pour fixer une limite d'âge, 75 ans; elle a été adoptée à la suite d'un changement semblable dans la magistrature canadienne.

Le projet de loi S-4 supprimerait cette limite d'âge, ce qui permettrait aux sénateurs nommés de rester en poste pour leur mandat de huit ans même après avoir atteint l'âge de 75 ans. Par exemple, le premier ministre pourrait décider de nommer sénateur quelqu'un de 73 ans, qui exercerait son mandat de huit ans en restant au Sénat jusqu'à 81 ans. Selon la proposition, le premier ministre pourrait nommer un nouveau sénateur de 75 ou 80 ans, voire plus âgé, parce qu'il n'y aurait plus d'âge maximal. (Le projet de loi conserve cependant la règle constitutionnelle voulant qu'un sénateur ait au moins 30 ans.)

Bien que peu de témoins aient abordé la question, ceux qui l'ont fait se sont presque tous opposés à la proposition. Par exemple, M. Andrew Heard a signalé que, depuis 1965 (année où la limite de 75 ans a été établie), près de 23 p. 100 des sénateurs sont décédés avant la fin de leur mandat. Il a poursuivi ainsi :

« Il faut donc se demander de façon plus générale comment le Sénat peut faire face à cette réalité, soit le fait qu'il est composé de personnes qui sont à un âge avancé. Ce n'est pas seulement le fait que le taux de mortalité des sénateurs est plus élevé que celui des députés. Pendant la même période, seulement 3 p. 100 des députés sont morts, en comparaison avec 23 p. 100 des sénateurs. C'est aussi le fait que cela a une incidence sur le travail du Sénat, car nombreux sont les sénateurs qui sont malades, qui doivent prendre des congés prolongés ou ne peuvent travailler à temps plein comme ils voudraient le faire. Supprimer la retraite obligatoire pourrait aggraver les problèmes que connaît déjà le Sénat en raison de l'âge avancé des sénateurs. Rien ne justifie que l'on abolisse la retraite obligatoire et l'abolition de la retraite obligatoire pourrait avoir des conséquences néfastes²⁴. »

D'autres témoins ont aussi recommandé de maintenir à 75 ans l'âge de la retraite obligatoire pour encourager une plus grande diversité d'opinions au Sénat.

Le Comité a été frappé par le contraste entre la proposition que renferme le projet de loi S-4 et les efforts actuels pour réformer la Chambre des lords au Royaume-Uni. Il a tenu deux audiences par téléconférence avec des témoins de Londres : la première avec des universitaires qui ont une connaissance approfondie de la Chambre des lords et la seconde avec trois membres de cette chambre. Meg Russell, proche observatrice de la Chambre des lords à titre de chercheuse (au University College London actuellement) et de consultante auprès du

²⁴ *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 21 mars 2007, Fascicule n° 23:44.

gouvernement britannique et de la Commission royale sur la réforme de la Chambre des lords en 1999, a déclaré au Comité :

« Notre situation est assez différente de la vôtre. Vous avez déjà abandonné le mandat à vie et avez établi l'âge de la retraite à 75 ans. Nous ne sommes pas allés si loin. Pour nous, tout mandat qui n'est pas un mandat à vie représente une décision assez importante²⁵. »

Les lords qui ont témoigné se sont dits très favorables à l'établissement d'un âge limite pour la retraite. Lord Howe of Aberavon, un conservateur, a dit : « Il se peut que nous [la Chambre des lords] devions imposer un âge limite pour la retraite, car sinon nous aurons une chambre majoritairement composée d'ainés. Je suis convaincu qu'il nous faut une sorte de système de retraite²⁶. »

La baronne Deech, membre indépendant, a indiqué :

« Il est plus important de disposer d'un âge pour la retraite que d'une durée limite pour les mandats. Peu importe la durée du mandat, elle devrait être telle qu'on ne soit pas tenté d'utiliser le temps passé à la Chambre haute comme tremplin vers un poste lucratif en affaires, ou comme prélude à une élection à la Chambre basse. En d'autres mots, ce devrait être une période menant à la fin d'une carrière, sans que les gens ne soient trop âgés. Que l'âge de la retraite soit établi à 75 ans ou quelque chose du genre est une bonne idée — peut-être un âge de la retraite comparable à celui des juges. Si les juges demeurent sages jusqu'à l'âge de 70 ou 75 ans, alors je crois que les sénateurs le peuvent aussi²⁷. »

Les juges canadiens sont obligés de prendre leur retraite à 75 ans. La plupart des Canadiens arrêtent de travailler à 65 ans. À la lumière de l'analyse statistique de M. Heard, l'abolition de la limite d'âge actuelle risquerait de ramener le Sénat à la situation d'antan, où les sénateurs étaient nommés à vie.

Le Comité estime que l'abolition de la retraite obligatoire à 75 ans équivaldrait à un recul. Cette mesure pourrait devenir acceptable si la Constitution était modifiée de façon à établir un Sénat élu. Toutefois, le gouvernement actuel n'a pas fait de proposition en ce sens.

L'abolition de la limite d'âge de 75 ans aurait probablement un effet sur la nature et la qualité des travaux du Sénat et influerait assurément sur l'attitude des Canadiens envers cette chambre. Si, comme le gouvernement l'a indiqué, un des objectifs du projet de loi est le renouvellement des idées et des points de vue au Sénat, le Comité n'est pas convaincu que l'abolition de la retraite obligatoire soit la meilleure façon d'y arriver. Il s'abstient d'émettre des

²⁵ *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 22 mars 2007, Fascicule n° 23:105.

²⁶ *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 28 mars 2007, Fascicule n° 24:12.

²⁷ *Id.*, 24:13.

hypothèses sur la raison pour laquelle le gouvernement propose cette mesure en maintenant l'âge minimal de 30 ans. Il n'y a pas d'âge minimal pour la Chambre des communes.

Le Comité est d'avis que la disposition adoptée en 1965 et fixant l'âge de la retraite à 75 ans pour les sénateurs, à l'exemple des juges, a eu pour effet d'améliorer le travail et la contribution du Sénat dans son ensemble. Aucun des témoignages entendus ne lui a fourni une raison probante de supprimer cette disposition, mais il a entendu des arguments de poids en faveur du maintien de la limite.

Par conséquent, le Comité a amendé le projet de loi S-4 de façon à conserver la disposition constitutionnelle exigeant que les sénateurs prennent leur retraite à 75 ans.

IV. Préoccupations relatives à la constitutionnalité du projet de loi S-4

Au cours du débat en deuxième lecture du projet de loi S-4, la principale préoccupation de nombreux sénateurs était de savoir si le Parlement a le pouvoir d'adopter cette modification constitutionnelle unilatéralement en vertu de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette question a été examinée par le Comité sénatorial spécial sur la réforme du Sénat, qui a étudié l'objet du projet de loi S-4 dans le cadre de son examen des questions touchant la réforme du Sénat. Bien que le Comité ait conclu que des modifications pourraient être apportées à la durée du mandat des sénateurs en invoquant l'article 44, pour de nombreux sénateurs il subsistait d'importantes questions au sujet de la constitutionnalité du projet de loi. C'est là la principale raison du renvoi de la mesure législative au Comité permanent des affaires juridiques et constitutionnelles pour qu'il procède à un examen plus approfondi. La constitutionnalité du projet de loi S-4 était donc la préoccupation première de nos audiences. Nous avons cherché à déterminer si le Parlement a le pouvoir d'adopter de sa propre initiative la modification constitutionnelle énoncée dans le projet de loi S-4 ou si, en vertu de la Constitution, la modification nécessite l'accord des provinces.

Formules de modification

La *Loi constitutionnelle de 1982* énonce quatre procédures par lesquelles des modifications constitutionnelles peuvent être adoptées. La procédure générale de modification de la Constitution du Canada est énoncée à l'article 38. Cette disposition permet les modifications qui sont autorisées par le Sénat et la Chambre des communes, et par les assemblées législatives d'au moins deux tiers des provinces dont la population confondue représente au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces (appelée formule de modification 7/50). Les articles 41, 43 et 44 présentent ensuite trois autres formules relatives à des modifications constitutionnelles particulières. L'article 41 énumère certaines modifications qui doivent obtenir le consentement unanime du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de toutes les provinces. L'article 43 traite de modifications qui s'appliquent à une ou à plusieurs provinces, mais non à toutes.

Le gouvernement est d'avis que le projet de loi S-4 pourrait être dûment adopté en vertu de l'article 44 qui prévoit ce qui suit :

44. 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.

Comme il est mentionné ci-dessus, l'article 41 porte sur certaines modifications qui doivent faire l'unanimité, tandis que l'article 42 traite de modifications qui ne peuvent être apportées que selon la formule de modification 7/50 énoncée à l'article 38.

Le paragraphe 42(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* se lit comme suit :

42. (1) Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait conformément au paragraphe 38(1) :

- (a) le principe de la représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes prévu par la Constitution du Canada;
- (b) les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs;
- (c) le nombre des sénateurs par lesquels une province est habilitée à être représentée et les conditions de résidence qu'ils doivent remplir;
- (d) sous réserve de l'alinéa 41*d*), la Cour suprême du Canada;
- (e) le rattachement aux provinces existantes de tout ou partie des territoires;
- (f) par dérogation à toute autre loi ou usage, la création de provinces.

Contexte historique

Jusqu'en 1982, le principal document constitutionnel était l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, aujourd'hui appelée *Loi constitutionnelle de 1867*. Lorsque le Parlement britannique a adopté cette loi en 1867 (fait intéressant, elle a d'abord été adoptée par la Chambre des lords, puis par la Chambre des communes britannique), on n'a pas pensé à prévoir un mécanisme permettant de la modifier, sauf par l'adoption ultérieure d'une nouvelle loi du Parlement du Royaume-Uni²⁸. En conséquence, le Parlement britannique a dû à quelques reprises adopter des lois « de nature plutôt technique », par exemple l'*Acte concernant l'Orateur canadien (nomination d'un suppléant) 1895*, qui clarifiait le pouvoir du Parlement canadien de nommer un orateur suppléant au Sénat. Comme le chercheur James Ross Hurley l'a fait remarquer, « cet arrangement était plutôt boiteux²⁹ ».

En 1949, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* a été modifié afin de permettre au Parlement du Canada d'apporter de sa propre initiative certaines modifications à la Constitution. À cet égard, le paragraphe 91(1) prévoyait notamment ce qui suit :

91. [...], il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

²⁸. *La modification de la Constitution du Canada*, James Ross Hurley (1996), p. 7. M. Hurley a décrit certaines exceptions mineures, qui n'ont aucun rapport avec la question qui nous occupe.

²⁹ *Id.*, p. 12.

- (1) La modification, de temps à autre, de la constitution du Canada, sauf en ce qui concerne les matières rentrant dans les catégories de sujets que la présente loi attribue exclusivement aux législatures des provinces, ou en ce qui concerne les droits ou privilèges accordés ou garantis, par la présente loi ou par toute autre loi constitutionnelle, à la législature ou au gouvernement d'une province, ou à quelque catégorie de personnes en matière d'écoles, ou en ce qui regarde l'emploi de l'anglais ou du français, ou les prescriptions portant que le parlement du Canada tiendra au moins une session chaque année et que la durée de chaque chambre des communes sera limitée à cinq années, depuis le jour du rapport des brefs ordonnant l'élection de cette chambre; toutefois, le parlement du Canada peut prolonger la durée d'une chambre des communes en temps de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées, si cette prolongation n'est pas l'objet d'une opposition exprimée par les votes de plus du tiers des membres de ladite chambre.

Avant qu'il ne soit abrogé en 1982 et remplacé par l'article 44 susmentionné, le paragraphe 91(1) a été utilisé à cinq reprises, notamment en 1965 pour modifier la disposition qui prévoyait alors la nomination des sénateurs à vie en imposant la retraite à l'âge de 75 ans. La Cour suprême a décrit les cinq modifications prévues au paragraphe 91(1) comme des « questions fédérales « internes » »³⁰.

*Le Renvoi relatif à la Chambre haute*³¹

En 1978, le gouvernement canadien, alors dirigé par le très honorable Pierre Trudeau, a renvoyé une série de question à la Cour suprême du Canada afin qu'elle détermine si le Parlement du Canada pouvait adopter une loi en vertu du paragraphe 91(1) dans le but d'abolir le Sénat ou d'y apporter certaines réformes. L'une des questions visait à déterminer s'il ressortissait de la compétence législative du Parlement de promulguer des lois pour « changer le mandat des membres [du Sénat] ».

Dans son avis du 21 décembre 1979, connu comme le *Renvoi relatif à la Chambre haute*, la Cour suprême a porté une grande attention au contexte historique qui a donné lieu à la création du Sénat, citant abondamment les débats entourant la Confédération qui décrivent avec précision la raison d'être du Sénat, notamment la protection des intérêts des sections [aujourd'hui appelées régions] et des provinces. La Cour a mentionné le rôle que joue le Sénat pour assurer, pour reprendre les paroles de Sir John A. Macdonald, « un deuxième coup d'œil attentif à la loi ». Elle a déclaré : « En créant le Sénat de la manière prévue à l'Acte, il est évident qu'on voulait en faire un organisme tout à fait indépendant qui pourrait revoir avec impartialité les mesures adoptées par la Chambre des communes. On y est arrivé en disposant que les membres du Sénat seraient nommés à vie³². »

³⁰ *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54 (ci-après *Renvoi relatif à la Chambre haute*).

³¹ *Renvoi relatif à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54.

³² *Id.*

La Cour a rejeté l'idée selon laquelle le paragraphe 91(1) permet d'abolir le Sénat, et elle a résumé sa réponse aux diverses questions précises sur la réforme du Sénat comme suit :

« [N]ous sommes d'avis que, bien que le par. 91(1) permette au Parlement d'apporter certains changements à la constitution actuelle du Sénat, il ne lui permet pas d'apporter des modifications qui porteraient atteinte aux **caractéristiques fondamentales ou essentielles** attribuées au Sénat pour assurer la représentation régionale et provinciale dans le système législatif fédéral. Le Parlement britannique a déterminé le caractère du Sénat d'après les propositions soumises par les trois provinces pour rencontrer les exigences du système fédéral proposé. C'est à ce Sénat, créé par l'Acte, que l'art. 91 a donné un rôle législatif. Nous sommes d'avis que **le Parlement du Canada ne peut en modifier unilatéralement le caractère fondamental** et le par. 91(1) ne l'y autorise pas.³³ » [gras ajouté]

Au sujet de la question de savoir si le Parlement peut modifier unilatéralement la durée du mandat des sénateurs en vertu du paragraphe 91(1), la Cour a déclaré :

« Actuellement, lorsqu'ils sont nommés, les sénateurs occupent leur charge jusqu'à l'âge de soixante-quinze ans. **À un certain point, la réduction de la durée des fonctions pourrait nuire au bon fonctionnement du Sénat qui assure, pour reprendre les paroles de Sir John A. Macdonald, [TRADUCTION] « un deuxième coup d'œil attentif à la loi »**. L'Acte prévoit une constitution semblable, en principe, à celle du Royaume Uni, où les membres de la Chambre des lords siègent à vie. L'imposition de la retraite obligatoire à l'âge de soixante-quinze ans n'a pas modifié le caractère essentiel du Sénat. **Cependant, pour répondre à cette question, il nous faudrait savoir quels changements on se propose d'apporter à la durée des fonctions**³⁴. » [gras ajouté]

Discussion

La décision concernant le *Renvoi relatif à la Chambre haute* a été rendue en 1979; la Constitution a été rapatriée en 1982, et le paragraphe 91(1) a été abrogé et que les formules de modification prévues aux articles 38, 41, 43 et 44 ont été promulguées à la même époque. Nous devons déterminer si le *Renvoi relatif à la Chambre haute* est toujours pertinent ou s'il a été remplacé par l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Autrement dit, l'article 44 visait-il à accorder au Parlement de nouveaux pouvoirs ou à reproduire, pour l'essentiel, l'ancien paragraphe 91(1)?

Le gouvernement actuel a présenté le projet de loi S-4 en soutenant que ces modifications qui, pour reprendre le discours de la Cour suprême, « porteraient atteinte aux caractéristiques fondamentales ou essentielles attribuées au Sénat pour assurer la représentation régionale et provinciale dans le système législatif fédéral », et nécessiteraient donc le consentement des provinces, ont toutes été codifiées à l'article 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Autrement dit, si une modification proposée au Sénat n'est pas mentionnée à l'article 42,

³³ *Id.*

³⁴ *Id.*

le Parlement peut l'adopter unilatéralement en vertu de l'article 44. Cette position a été présentée au Comité par Matthew King, secrétaire adjoint du Cabinet, Législation et planification parlementaire, Bureau du conseil privé, au nom du gouvernement :

« Le gouvernement estime que l'approche choisie — qui consiste à modifier l'article 29 de la Loi constitutionnelle de 1867 en se fondant sur l'article 44 de la Loi constitutionnelle de 1982 —, est parfaitement valide sur le plan constitutionnel.

Le gouvernement estime que les éléments de la réforme du Sénat qui nécessitent l'application de la formule de modification générale — qu'on appelle la formule d'amendement 7/50 — sont clairement énoncés à l'article 42 de la loi de 1982 et qu'il s'agit, en vertu de l'alinéa 42*b*), des pouvoirs du Sénat et de la méthode de sélection des sénateurs et, en vertu de l'alinéa 42*c*), du nombre de sénateurs qui peuvent représenter une province de même que les conditions de résidence des sénateurs.

Comme la durée du mandat n'est pas un des éléments expressément prévus par l'article 42, le gouvernement estime que le Parlement a le pouvoir d'adopter le projet de loi S-4 en invoquant l'article 44³⁵. »

Cette position est renforcée par le préambule du projet de loi S-4, qui reprend les propos du *Renvoi relatif à la Chambre haute*, en précisant :

Attendu que le Parlement entend préserver les caractéristiques essentielles du Sénat, lieu de réflexion indépendante, sereine et attentive au sein de la démocratie parlementaire canadienne.

Toutefois, Joseph Magnet, professeur de droit constitutionnel de l'Université d'Ottawa, nous a précisé très clairement ce qui suit :

« Dans une certaine mesure, ces attendus donnent une certaine idée de son objet. Ils font référence au principe démocratique. Ils tentent par ailleurs de fournir quelques indications — que je trouve personnellement bien utiles — du fait que le projet de loi S-4 reste dans les limites autorisées de l'ancien paragraphe 91(1). Autrement dit, les attendus indiquent qu'il s'agit de préserver les caractéristiques essentielles du Sénat en tant que lieu de réflexion indépendante, sereine et attentive. Les attendus l'indiquent de façon spécifique. C'est une affirmation intéressante et utile, mais elle n'est pas prépondérante³⁶. »

La vaste majorité des témoignages que le Comité a entendus appuyaient l'affirmation selon laquelle le *Renvoi relatif à la Chambre haute* continue d'être une mesure pertinente et l'article 44 ne donne pas au Parlement plus de pouvoirs de modification que ne lui en accordait l'ancien paragraphe 91(1). Par exemple, M. Magnet a déclaré au Comité :

³⁵ *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 21 mars 2007, Fascicule n° 23:9.

³⁶ *Id.*, 23:49.

« L'objet même du projet de loi de rapatriement était de laisser les choses en l'état, sauf à rapatrier la Constitution en y ajoutant la Charte des droits et libertés ainsi qu'un mode de révision de la Constitution. Le rapatriement évitait spécifiquement d'étendre les pouvoirs du Parlement. L'article 31 de la Loi constitutionnelle de 1982 indique expressément l'intention du législateur : « La présente charte n'élargit pas les compétences législatives de quelque organisme ou autorité que ce soit » . Cette intention s'applique par hypothèse à l'article 44 qui, bien que ne figurant pas dans la charte, comporte des notes marginales indiquant clairement l'absence de tout changement.

Il en découle que la portée de l'article 44 n'est pas plus vaste que celle de l'ancien paragraphe 91(1). À mon avis, l'article 44 ne saurait justifier une mesure législative qui modifierait les caractéristiques fondamentales ou essentielles du Sénat. Contrairement à certaines opinions formulées à l'intention des sénateurs, je considère que pour un tribunal qui verrait dans le projet de loi S-4 une première étape en direction d'une modification de ces caractéristiques fondamentales, ce projet de loi ne serait pas nécessairement conforme à l'article 44, qui ne confère au Parlement aucun pouvoir supplémentaire pour modifier les caractéristiques essentielles du Sénat, sauf sur les quatre sujets énoncés aux alinéas 42*b*) et *c*)³⁷. »

D'autres spécialistes de la Constitution sont arrivés à la même conclusion, notamment le professeur de droit constitutionnel John McEvoy, de l'Université du Nouveau-Brunswick, qui a étayé sa position par des extraits du compte rendu historique des délibérations tenues lors de l'examen de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il a fait état d'une motion présentée en 1981 par l'honorable Jake Epp dans le but précis d'exclure le Sénat de toute modification pouvant être apportée unilatéralement par le Parlement (ce qui deviendrait l'article 44). Pour expliquer son objectif, M. Epp avait déclaré :

« L'amendement rendrait impossible pour la seule Chambre, ou dans le cadre d'une simple initiative fédérale, de modifier le rôle ou les pouvoirs du Sénat. »

M. McEvoy a mentionné que M. Epp avait retiré cet amendement seulement après que le ministre de la Justice lui a assuré que l'amendement était inutile étant donné que le pouvoir fédéral de modification avait une portée restreinte et ne s'appliquait qu'à des questions internes comme une modification du quorum au Sénat. Il a déclaré :

« Le sens de ce fait historique tient au fait que l'intention déclarée, à l'époque où on étudiait le texte qui allait devenir la Loi constitutionnelle de 1982 — ou du moins, l'intention exprimée devant le Comité mixte spécial de la Constitution de 1981, coprésidé par le sénateur Joyal — était de maintenir le statu quo³⁸. »

³⁷ *Id.*, 23:51-52.

³⁸ *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 22 mars 2007, Fascicule n° 23:82.

M. Andrew Heard a fait ressortir un problème crucial du raisonnement actuel du gouvernement, à savoir que si une question n'est pas mentionnée aux articles 41 ou 42, le Parlement peut la modifier unilatéralement en vertu de l'article 44. M. Heard a témoigné devant le Comité spécial sur la réforme du Sénat. Dans son rapport, ce comité a déclaré que, selon M. Heard, l'article 44 permet au Parlement d'agir unilatéralement pour réduire la durée du mandat des sénateurs. Toutefois, lorsque M. Heard a comparu devant notre Comité, il nous a appris qu'il avait revu sa position depuis son précédent témoignage. Il a présenté un puissant argument.

M. Heard a fait remarquer que l'article 42 ne peut être une liste exhaustive des questions que le Parlement ne peut modifier unilatéralement puisqu'il y manque certaines questions essentielles. Par exemple, l'ancien paragraphe 91(1) prévoyait expressément que le pouvoir fédéral de modification ne pouvait servir à modifier l'obligation de tenir une élection au moins tous les cinq ans. Cette obligation n'est mentionnée nulle part dans les pouvoirs de modification énoncés dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. De même, le droit de voter lors d'une élection fédérale n'est traité dans aucune des formules de modification. On peut soutenir que ces deux questions sont des modifications « portant sur [...] la Chambre des communes » qui ne sont pas expressément mentionnées aux articles 41 ou 42 comme nécessitant le consentement des provinces. Et pourtant, il serait absurde d'avancer que le Parlement a le droit d'adopter une modification qui permettrait au gouvernement de rester au pouvoir pendant 10, 20 ou 30 ans sans tenir d'élection générale, ou encore de restreindre le droit de vote en ne le donnant, par exemple, qu'aux militants d'un parti au pouvoir. M. Heard a déclaré :

« Si on soutenait que l'article 44 ne renfermait que les exceptions prévues aux articles 41 et 42, eh bien, le Parlement pourrait abolir le mandat maximal de cinq ans. Il pourrait, en théorie peut-être, abolir le droit de vote et le droit de se présenter comme candidat. **La Cour suprême ne serait jamais d'accord et c'est précisément mon argument : la cour ne va pas interpréter plus largement les limites imposées dans cette interprétation littérale de l'article 44**³⁹. » [gras ajouté]

Henry Brown, c.r., de la société d'avocats Gowling, Lafleur et Henderson, et le professeur de droit constitutionnel Errol Mendes abondent dans le sens de M. Heard. Sa logique est puissante et nous a convaincus nous aussi.

La prochaine question est donc la suivante : le projet de loi S-4 est-il un exercice autorisé du pouvoir fédéral unilatéral prévu à l'article 44 dans les limites décrites par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*? Là encore, la grande majorité des témoignages de spécialistes que le Comité a entendus ont révélé d'importantes préoccupations sur le plan constitutionnel quant à savoir si le projet de loi peut dûment être adopté unilatéralement par le Parlement, sans que les provinces n'aient leur mot à dire.

Pour plusieurs spécialistes de la Constitution, la présentation du projet de loi du gouvernement C-43 à la Chambre des communes le 13 décembre 2006 est un facteur important. En effet, ce projet de loi prévoit la consultation des électeurs en ce qui touche leurs choix

³⁹ *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 21 mars 2007, Fascicule n° 23:76.

concernant la nomination de sénateurs représentant une province. Au moment où le Comité spécial sur la réforme du Sénat a examiné l'objet du projet de loi S-4, le premier ministre, le très honorable Stephen Harper a témoigné devant lui et déclaré que son gouvernement était convaincu que « le Sénat devrait être élu⁴⁰ ». Il a également précisé l'intention de son gouvernement de « présenter à la Chambre [...] un projet de loi ayant pour objet d'instaurer un processus de sélection des sénateurs élus. Ce projet de loi sera une preuve supplémentaire du sérieux avec lequel le gouvernement envisage la question d'une réforme véritable du Sénat⁴¹. »

Aucun projet de loi à cet égard n'a été présenté au cours de l'étude du Comité spécial et n'a donc pu être étudié par celui-ci. Le projet de loi C-43 n'a été déposé à la Chambre des communes que près de deux mois après que le Comité sénatorial spécial eut terminé son étude sur l'objet du projet de loi S-4.

Le gouvernement est d'avis que les projets de loi S-4 et C-43 ne devraient pas être étudiés ensemble, mais plutôt individuellement. M. Matthew King, du Bureau du Conseil privé, nous a déclaré ce qui suit :

« Le gouvernement estime [que le projet de loi C-43] n'est pas lié au projet de loi S-4. Bien au contraire, il a affirmé sans équivoque que ces deux projets de loi ne sont pas liés entre eux et que chacun d'eux doit être évalué individuellement⁴². »

Nous comprenons que le gouvernement désire que nous étudions le projet de loi S-4 individuellement, indépendamment du projet de loi C-43. Toutefois, les témoignages des experts en droit constitutionnel ont indiqué clairement qu'un tribunal procéderait différemment en examinant attentivement toutes les initiatives liées à une réforme du Sénat.

M. Magnet, qui a bien fait savoir qu'il présentait simplement son meilleur avis impartial, s'est livré à une analyse minutieuse de la façon dont un tribunal qui serait saisi de cette question aborderait la constitutionnalité du projet de loi S-4. Il a déclaré :

« Tout d'abord, [le tribunal] appliquerait la méthode éprouvée de l'analyse constitutionnelle mentionnée dans de très nombreux arrêts de la Cour suprême du Canada. Il se demanderait quels sont l'objet, la substantifique moelle et les effets juridiques et pratiques de cet amendement⁴³. »

Pour répondre à cette question, M. Magnet a examiné un certain nombre de facteurs, notamment la teneur et le préambule du projet de loi S-4, l'historique des propositions de réforme du Sénat, et les déclarations du premier ministre Harper devant le Comité sénatorial spécial sur la réforme du Sénat. Il a ensuite mentionné ce qui suit :

⁴⁰ *Délibérations du Comité sénatorial spécial sur la réforme du Sénat*, 7 septembre 2006, Fascicule n° 2:9.

⁴¹ *Id.*, 2:8.

⁴² *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 21 mars 2007, Fascicule n° 23:10.

⁴³ *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 21 mars 2007, Fascicule n° 23:49.

« Il affirme ainsi que le projet de loi S-4 fait partie d'un ensemble à venir. Tout cela devrait amener le tribunal à considérer le projet de loi S-4 comme un élément d'une démarche globale ayant pour objet et substantifique moelle de modifier progressivement la représentation régionale — tout d'abord en modifiant la durée du mandat; deuxièmement en imposant le processus électoral; et enfin, comme l'a dit le premier ministre Harper, en essayant de provoquer, probablement par le biais d'une modification constitutionnelle, un changement dans la représentation des provinces⁴⁴. »

M. Magnet a précisé au Comité que, selon lui, un tribunal jugerait que le projet de loi déborde le cadre des modifications permises par l'article 44. Il a déclaré : « À mon avis, l'article 44 ne saurait justifier une mesure législative qui modifierait les caractéristiques fondamentales ou essentielles du Sénat. Contrairement à certaines opinions formulées à l'intention des sénateurs, je considère que pour un tribunal qui verrait dans le projet de loi S-4 une première étape en direction d'une modification de ces caractéristiques fondamentales, ce projet de loi ne serait pas nécessairement conforme à l'article 44⁴⁵. »

Il a terminé en disant :

« [J]'estime que le projet de loi S-4 risque de ne pas survivre à un contrôle quant à sa constitutionnalité. Je n'affirme pas qu'il n'y survivrait pas. Je dis simplement qu'il risque de ne pas y survivre, et je ne peux pas apporter davantage de précisions⁴⁶. »

Le témoignage de M. Magnet a convaincu Roger Gibbins, président et chef de la direction de la Canada West Foundation et défenseur de longue date de la réforme du Sénat au Canada. M. Gibbins a témoigné devant le Comité (comme il l'a fait devant le Comité sénatorial spécial sur la réforme du Sénat) pour défendre fermement le projet de loi S-4. Toutefois, après avoir écouté les propos de M. Magnet, M. Gibbins a déclaré ce qui suit au Comité :

« Je me remets à peine des déclarations de M. Magnet, parce qu'il a soulevé des doutes dans mon esprit au sujet de la constitutionnalité du projet de loi, doutes que je n'avais pas plus tôt aujourd'hui. Il a présenté des arguments convaincants : si la cour estime qu'il s'agit d'une première étape, elle rejettera la mesure. C'est du moins la conclusion que je vois.

Si ce message est bien compris et a du sens, et j'ai trouvé cela assez convaincant aujourd'hui, ce serait une bonne idée de renvoyer la question à la Cour suprême. Mais plus essentiel encore, c'est inviter la Cour suprême à mettre un terme au processus.

Je suis décontenancé. Je ne sais pas très bien quoi faire parce que j'ai toujours cru qu'une certaine réforme du Sénat était nécessaire pour renforcer les liens entre les Canadiens et leur Parlement national, et je crains les conséquences, si ce débat était

⁴⁴ *Id.*, 23:50.

⁴⁵ *Id.*, 23:52.

⁴⁶ *Ibid.*

ajourné sans qu'un autre gouvernement veuille y toucher avant une ou deux générations.

Je suis déchiré. Je dois dire que les questions soulevées ce soir en ont soulevé aussi d'importantes dans mon esprit quant à la constitutionnalité de ce que nous faisons et même si cela me chagrine, je trouve ces arguments assez convaincants⁴⁷. »

M. Errol Mendes, qui enseigne lui aussi le droit constitutionnel, est d'accord avec le professeur Magnet :

« Il est généralement reconnu que le projet de loi n'est que le précurseur d'une entreprise beaucoup plus vaste visant à inscrire les nominations au Sénat dans le cadre d'une élection fédérale consultative. **À mon avis, si deux textes de loi ou les deux tentatives sont ainsi reliés, ce serait profondément inconstitutionnel.**

Il me semble que cela représente une tentative de faire indirectement ce qu'il n'est pas possible de faire directement sans les instructions claires de l'article 42 et de la formule générale d'amendements. N'oublions pas en effet que la Cour suprême, dans le célèbre *Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution*, avisait en 1981 le premier ministre Trudeau qu'il agirait en contravention des conventions constitutionnelles s'il rapatriait la Constitution sans le consentement substantiel des provinces. Il a donc renoncé, la Cour suprême du Canada a fait obstacle à cette tentative, et le reste est passé à l'histoire.

Dans l'élaboration d'un cadre d'élections fédérales consultatives des sénateurs, nous risquons d'avoir affaire à une tentative encore plus grave dans le droit fil du projet de loi S-4. Il s'agirait en effet de faire indirectement ce qu'il serait impossible de faire directement, aussi bien en vertu des conventions constitutionnelles que dans le cadre des lois constitutionnelles de 1867 et de 1982, et cela sans la participation ni le consentement des provinces.

En conclusion, les arguments que je vous ai livrés sont autant de raisons sérieuses qui justifient amplement le retrait du projet de loi S-4 jusqu'à ce qu'une étude sérieuse ait pu être réalisée afin de mieux comprendre les enjeux véritables de cette curieuse tentative faite à l'emporte-pièce pour réformer le Sénat afin de rendre celui-ci conciliable avec les principes d'une démocratie moderne⁴⁸. » [gras ajouté]

Les gouvernements provinciaux sont également d'avis qu'il faut étudier les deux projets de loi séparément. Voici ce qu'écrit l'honorable Marie Bountrogianni, ministre des Affaires intergouvernementales et ministre responsable du Renouveau démocratique de l'Ontario :

⁴⁷ *Id.*, 23:56-57.

⁴⁸ *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 29 mars 2007, Fascicule n° 24:63.

« Je partage l'avis des experts en matière juridique et constitutionnelle qui ont témoigné devant le Comité et selon lesquels les projets de loi C-43 et S-4 devraient être examinés conjointement et non séparément. Le projet de loi S-4 et le projet de loi C-43 sont intimement liés. Sans limites quant au mandat, il ne fait aucun doute que les sénateurs seraient élus à vie; sans élections, le pouvoir de nomination du premier ministre serait excessif. Conjointement, les changements inévitables occasionnés par ces deux lois modifieraient en profondeur le fonctionnement du Parlement en modifiant le caractère essentiel du Sénat. Pourtant, le gouvernement fédéral a déposé le projet de loi sans avoir consulté valablement et au préalable les provinces ou sans avoir obtenu leur consentement⁴⁹. »

Le gouvernement du Québec a récemment écrit au Comité et nous a déclaré qu'avec le dépôt du projet de loi C-43,

« Les intentions fédérales sont donc maintenant connues. Le projet de loi S-4 ne peut plus être pris isolément. Il doit désormais être évalué à la lumière du projet de loi C-43, car son effet est différent selon que le mode actuel de sélection des sénateurs demeure ou est transformé.

Si l'on faisait abstraction du projet de loi C-43, le mandat fixe d'une durée de huit ans devrait être non renouvelable, et ce, pour des raisons d'indépendance. Par contre, dans l'hypothèse d'un Sénat qui se transformerait en chambre composée d'élus, comme l'envisage le projet de loi C-43, le caractère renouvelable du mandat devient un mécanisme important d'imputabilité.

Le fait que le projet de loi S-4 ne s'oppose pas à ce que le mandat de huit ans soit renouvelable exprime un lien organique entre ce projet de loi et le projet de loi C-43. Les deux projets de loi se révèlent ainsi deux composantes d'une même démarche législative fédérale dont l'objectif global est de « créer un Sénat élu », pour reprendre l'expression du premier ministre Harper. Les appréhensions que le gouvernement du Québec exprimait en septembre 2006 à l'égard des intentions fédérales se sont trouvées confirmées avec l'ajout du projet de loi C-43.

Ce contexte amène le gouvernement du Québec à reconsidérer son appui au projet de loi S-4 en raison du fait que celui-ci ne peut plus être considéré comme une mesure limitée. Cette mesure s'inscrit désormais dans une démarche plus large révélée par le projet de loi C-43⁵⁰. » [gras ajouté]

Le gouvernement du Québec s'interroge également sur la relation entre les projets de réforme du Sénat et le projet de loi C-56, Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867

⁴⁹ Lettre de M. Marie Bountrogianni, ministre des Affaires intergouvernementales et ministre responsable du Renouveau démocratique, gouvernement de l'Ontario, 30 mai 2007.

⁵⁰ Mémoire de Benoît Pelletier, ministre responsable des Affaires intergouvernementales canadiennes, de la Francophonie canadienne, de l'Accord sur le commerce intérieur, de la Réforme des institutions démocratiques et de l'Accès à l'information, gouvernement du Québec, 31 mai 2007, p. 4-5.

(représentation démocratique), que le gouvernement fédéral a déposé aux Communes le 11 mai 2007. Voici ce qu'il écrit :

« Bien que le Sénat du Canada n'ait pas été en mesure de rencontrer pleinement les objectifs qui étaient sous-jacents à sa création, il n'en reste pas moins qu'il fait partie intégrante du compromis qui a donné naissance au Canada en 1867, et qu'il est intimement lié à l'équilibre fédératif en général, et à l'équilibre des forces en présence au Parlement du Canada en particulier.

Même en ce qui concerne la composition de la Chambre des communes, le contexte fédératif a une influence. En effet, la proportionnalité ne s'y résume pas à une stricte réalité mathématique. Elle doit être le résultat d'un arbitrage subtil entre plusieurs facteurs, dont la nécessité pour les Québécoises et les Québécois, en tant que nation, de conserver une place effective au sein des institutions fédérales afin de faire utilement entendre leur voix dans la gouvernance de notre pays.

Le projet de loi C-56, prévoyant une diminution du poids du Québec à la Chambre des communes, est, dans ce contexte, une autre source importante d'inquiétude à l'égard des initiatives fédérales actuelles dans le champ institutionnel. C'est un projet de loi dont l'Assemblée nationale du Québec a également demandé le retrait dans sa résolution unanime du 16 mai 2007.

Les objectifs législatifs fédéraux concernant le Sénat sont par ailleurs de nature à faire naître des demandes concernant la répartition des sièges au Sénat, question où, du point de vue du gouvernement du Québec et comme il l'a souligné devant le Comité sénatorial spécial, les intérêts en jeu ont des racines profondes qui touchent à la dualité canadienne et aux origines mêmes de la fédération.

Il faut garder constamment à l'esprit que l'équilibre global de la représentation au sein du Parlement fédéral a constitué un enjeu crucial pour le Québec en 1867 et continue d'en être un pour le Québec d'aujourd'hui⁵¹. »

M. Alan Cairns nous a recommandé de voir dans le projet de loi S-4 la première seulement de trois étapes vers la réforme du Sénat : durée du mandat, élections consultatives et nouvelle répartition des sièges. Il a dit :

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

⁵¹ Id., p. 8-9.

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

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

Au moment de nous prononcer sur la première étape, nous devons déterminer si, advenant l'échec de la deuxième étape, elle constitue tout de même une amélioration du système. J'avancerais que **cette étape, si elle n'est pas accompagnée d'une version quelconque de la deuxième étape, aura des conséquences négatives, car elle accroîtrait tout simplement le pouvoir du premier ministre dans le cadre du processus de nomination**, grâce au contrôle que lui conférerait le roulement rapide découlant de mandats successifs de huit ans⁵². » [gras ajouté]

Toutefois, même si on considère en lui-même le projet de loi S-4, comme le souhaite le gouvernement, certains de ses éléments semblent outrepasser la compétence du Parlement en vertu de l'article 44 et nécessiter la mise à contribution des provinces. Le professeur de droit constitutionnel John McEvoy, par exemple, a déclaré ce qui suit :

« La décision de modifier la durée du mandat des sénateurs pour la limiter à huit ans, de permettre ou non un deuxième mandat, est d'une importance telle qu'elle est davantage qu'un enjeu intéressant le seul Parlement fédéral. Il ne s'agit pas d'une modification interne du Sénat; il s'agit d'un changement de structure qui devrait exiger, dans une certaine mesure, le consentement des provinces. Les démarches historiques structurelles d'interprétation constitutionnelle appuient cette conclusion. C'est un changement qu'il faudrait envisager en même temps que la réforme du mode de sélection⁵³. »

M. McEvoy a aussi dit clairement qu'à son avis, les modifications proposées au projet de loi S-4 auraient une incidence sur le rôle du Sénat comme organe de représentation régionale, ce rôle faisant partie intégrante de ses fonctions en tant qu'organisme de révision et d'enquête :

« La représentation régionale, le rôle d'enquête et le rôle de révision sont les trois parties symbiotiques du rôle du Sénat. Le représentant régional doit défendre les points de vue de la région qu'il représente non seulement dans un rôle, mais dans tous ses rôles. La voix du Sénat est très importante, et je ne suis pas d'accord avec

⁵² *Id.*, 28 mars 2007, Fascicule n° 24:36-37.

⁵³ *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 22 mars 2007, Fascicule n° 23:85-86.

l'hypothèse selon laquelle on devrait diviser le rôle du Sénat en ces trois rôles distincts. Il s'agit de rôles symbiotiques⁵⁴. »

Selon M. Don Desserud, de l'Université du Nouveau-Brunswick :

« Je veux soulever deux points simples. Premièrement, je crois que c'est l'article 42, et non l'article 44, qui s'applique à l'amendement en question. Deuxièmement, je pense que les amendements antérieurs, qui ont modifié la durée du mandat des sénateurs en imposant la retraite obligatoire à 75 ans, ne sont pas directement comparables à l'amendement en question [...] »

L'article 42 précise que la procédure normale de modification — la règle de sept provinces et 50 p. 100 de la population — s'applique aux amendements touchant les pouvoirs et le mode de nomination des sénateurs. L'article ne parle pas d'amendements qui modifient radicalement les pouvoirs ou d'amendements qui augmentent ces pouvoirs; ils parlent d'amendements touchant ces pouvoirs.

[...] Je ne vois pas comment on pourrait envisager la modification de la durée du mandat des sénateurs pour créer des mandats fixes de huit ans comme autre chose qu'une modification des pouvoirs du Sénat⁵⁵. »

M. David E. Smith, de l'Institut de politiques d'intérêt public de la Saskatchewan, qui a beaucoup écrit sur le Sénat du Canada, nous a déclaré ce qui suit :

« Le 20 septembre 2006, je me suis présenté devant le Comité sénatorial spécial sur la réforme du Sénat afin de discuter du projet de loi S-4, qui porte sur la durée du mandat des sénateurs. Dans ces observations, j'ai déclaré que, à mon avis, le caractère fondamental du Sénat du Canada, qui se dégage des critères de nomination établis en 1864, l'âge et les exigences de propriété, l'inamovibilité viagère, à l'origine, de même que le nombre fixe de sénateurs, comme le formule le renvoi de 1980 relatif au Sénat de la Cour suprême du Canada, est l'indépendance. Toute proposition en vue de modifier le Sénat qui aurait pour effet de compromettre l'indépendance de celui-ci et qui, parallèlement, ne satisferait pas à certaines normes d'approbation provinciale pour la modification de la Constitution — un ensemble de circonstances qui rappellent celles qui ont mené au renvoi de 1980 — ébranlerait, selon moi, la principale caractéristique de la Chambre haute du Parlement.

Le gouvernement soutient que la modification proposée de passer à un terme fixe de huit ans pour les sénateurs, au lieu de la retraite obligatoire à l'âge de 75 ans, pourrait être mise en place par le Parlement, agissant seul, sous le régime de l'article 44 de la Loi constitutionnelle de 1982. Les honorables sénateurs ont entendu des témoignages contradictoires des spécialistes de la Constitution à l'égard de la justesse de cette position. **Mon opinion est qu'un mandat fixe pour les sénateurs — renouvelable ou non, qu'ils soient élus ou nommés — remet en question le principe**

⁵⁴ *Id.*, 23:93.

⁵⁵ *Id.*, 23:87.

d'indépendance que les Pères de la Confédération ont tenté d'enraciner dans la structure du Sénat et que la Cour suprême du Canada a réitéré en 1980⁵⁶. » [gras ajouté]

M^{me} Jennifer Smith, chef du Département de science politique à l'Université Dalhousie, n'a pas mâché ses mots pour décrire l'impact éventuel du projet de loi S-4 :

« Je ne suis pas certaine que le Parlement du Canada puisse procéder à cette modification tout en respectant l'article 44 de la Constitution. Je dis cela tout simplement parce que je peux imaginer l'argument qu'on pourrait donner pour affirmer que cette modification est anticonstitutionnelle. Je peux imaginer l'argument qu'on pourrait formuler devant un tribunal, et je peux entrevoir comment ce tribunal pourrait conclure qu'un mandat renouvelable d'une durée de huit ans aurait des répercussions suffisantes sur le fonctionnement du Sénat pour toucher ses pouvoirs, et qu'on **modifie donc arbitrairement ce qui, après tout, est une institution fondamentale de la Confédération. C'est comme couper l'herbe sous le pied des Canadiens.** Cela pose problème⁵⁷. » [gras ajouté]

Et, de fait, cette question préoccupe grandement certains gouvernements provinciaux. Plusieurs de ceux qui nous ont écrit se sont dits en désaccord avec la tentative unilatérale de réformer le Sénat de la part du gouvernement actuel.

Le 20 avril 2007, le premier ministre du Nouveau-Brunswick, Shawn Graham, a écrit ceci au Comité :

« Le gouvernement du Nouveau-Brunswick a examiné attentivement la modification proposée [le projet de loi S-4] et ne peut pas l'appuyer dans sa forme actuelle. **Le gouvernement du Nouveau-Brunswick n'accepte pas les conclusions du Comité [spécial sur la réforme du Sénat] voulant que le gouvernement du Canada ait le pouvoir constitutionnel de procéder unilatéralement au changement proposé de la durée du mandat des sénateurs. Notre étude de la jurisprudence sur la question, formulée dans l'énoncé de principe ci-annexé, appuie l'idée que les provinces doivent accorder leur consentement à tout changement touchant la représentation au Sénat.**

En l'absence d'autres changements importants au Sénat, le fait de limiter à huit ans la durée du mandat des sénateurs a plus de chances de réduire l'efficacité de ce moyen d'expression des intérêts régionaux et sectoriels au Parlement que de l'améliorer. L'absence de tout détail concernant le choix des sénateurs et la possibilité de renouveler (ou non) leur mandat est un autre sujet de préoccupation.

⁵⁶ *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 25 avril 2007, Fascicule n° 25:32-33.

⁵⁷ *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 28 mars 2007, Fascicule n° 24:41.

L'ingéniosité de la Constitution canadienne consiste dans l'équilibre bien pensé qui a été établi entre les régions plus ou moins peuplées du pays ainsi qu'entre les droits de la majorité et la protection des minorités. Bien qu'un mandat limité à huit ans puisse être approprié dans le contexte d'une réforme générale du Sénat, le gouvernement du Canada, en abordant la réforme du Sénat de façon fragmentaire et unilatérale, risque d'obtenir des résultats très insatisfaisants et de provoquer des divisions⁵⁸. » [gras ajouté]

Le gouvernement de l'Ontario partage les préoccupations du premier ministre Graham. Dans la lettre qu'elle a adressée récemment au Comité, l'honorable Marie Bountrogianni, ministre des Affaires intergouvernementales et ministre responsable du Nouveau démocratique de l'Ontario, fait siennes les préoccupations constitutionnelles et autres qu'exprime le premier ministre Graham dans sa lettre.⁵⁹

La ministre Bountrogianni a témoigné devant le Comité spécial sur la réforme du Sénat. Après avoir précisé que la réforme du Sénat n'était pas une priorité pour le gouvernement de l'Ontario, elle a déclaré ceci :

« Quand on créa le Sénat à l'époque de la Confédération, ce fut d'après des principes de nomination des sénateurs, de mandat à vie et d'égalité régionale, non pas suivant la représentation selon la population. **Il est clair que toute modification d'un de ces principes constituerait un important changement par rapport au rôle visé du Sénat — celui d'une chambre de réflexion —, nécessiterait une discussion nationale de grande envergure et l'assentiment du public canadien⁶⁰.** » [gras ajouté]

Dans sa lettre récente au Comité, la ministre Bountrogianni réitère les réserves de son gouvernement concernant la nature unilatérale des projets de réforme du Sénat du gouvernement fédéral : « Je crois qu'il serait approprié en vertu de notre système fédéral constitutionnel que la décision d'apporter des changements importants aux institutions fédérales soit entérinée par les deux partenaires, soit le gouvernement fédéral et les provinces. Tous les premiers ministres, dans un communiqué daté du 28 juillet 2006 étaient d'accord sur ce point : "Le Conseil de la fédération doit prendre part à toute discussion concernant des changements aux caractéristiques les plus importantes de grandes institutions canadiennes telles que le Sénat et la Cour suprême du Canada"⁶¹. »

En ce qui concerne le projet de loi S-4, la ministre Bountrogianni écrit :

« Pour ce qui est des réformes proposées dans le projet de loi S-4, le gouvernement de l'Ontario appuie en règle générale les préoccupations d'ordre constitutionnel et autres soulevées par le premier ministre Graham dans sa lettre du 20 avril 2007 adressée à votre

⁵⁸ Lettre de Shawn Graham, premier ministre du Nouveau-Brunswick, 20 avril 2007.

⁵⁹ Lettre de Mme Marie Bountrogianni, ministre des Affaires intergouvernementales et ministre responsable du Nouveau démocratique, gouvernement de l'Ontario, 30 mai 2007.

⁶⁰ *Délibérations du Comité sénatorial spécial sur la réforme du Sénat*, 21 septembre 2006, 5:50.

⁶¹ Lettre de Mme Marie Bountrogianni, ministre des Affaires intergouvernementales et ministre responsable du Nouveau démocratique, gouvernement de l'Ontario, 30 mai 2007.

comité. Une réforme du Sénat fragmentaire et unilatérale est [traduction] « susceptible d'entraîner un résultat très insatisfaisant et fractionnel ». Je remarque que des préoccupations semblables concernant l'approche progressive en matière de réforme ont été soulevées par les gouvernements de la Saskatchewan et de Terre-Neuve et Labrador.

Le projet de loi S-4, en soi, modifierait de façon radicale le véritable fonctionnement du Sénat, ce qui porterait atteinte au rôle traditionnel qu'il occupe en tant que chambre indépendante de second examen objectif. Le projet de loi est muet sur la question des renouvellements de mandat, ce qui signifie que les sénateurs pourraient devenir inutilement redevables au premier ministre s'ils sollicitent un nouveau mandat. Ils peuvent être prédisposés à se plaire aux volontés du premier ministre, qui, à la fin de deux mandats, pourrait avoir rempli le sénat de membres de son propre parti.

Le nouveau pouvoir de nommer chaque membre du Sénat en vue d'un mandat de huit ans qui incomberait au premier ministre élargirait grandement son pouvoir de nomination et porterait atteinte au fonctionnement indépendant de la Chambre haute. Il en découlerait une institution partisane avec des pouvoirs quasi-égaux à ceux de la Chambre des communes et une institution qui serait susceptible d'exercer ces pouvoirs dans le but de plaire à un gouvernement ou d'entraver son action, créant ainsi une situation embarrassante.

En outre, le gouvernement de l'Ontario s'est dit préoccupé par le fait que le gouvernement fédéral a également déposé le projet de loi C-43, *Loi sur les consultations concernant la nomination des sénateurs*. Le projet de loi C-43 établit un nouveau processus de sélection des sénateurs qui s'apparente à ce qu'il est convenu d'appeler des élections « consultatives ». Le premier ministre lui-même n'a pas hésité à relier ces deux lois comme faisant partie de la réforme plus large du Sénat qu'il propose. Je partage l'avis des experts en matière juridique et constitutionnelle qui ont témoigné devant le comité et selon lesquels les projets de loi C-43 et S-4 devraient être examinés conjointement et non séparément.

Le projet de loi S-4 et le projet de loi C-43 sont intimement liés. Sans limites quant au mandat, il ne fait aucun doute que les sénateurs seraient élus à vie; sans élections, le pouvoir de nomination du premier ministre serait excessif. Conjointement, les changements inévitables occasionnés par ces deux lois modifieraient en profondeur le fonctionnement du Parlement en modifiant le caractère essentiel du Sénat. Pourtant, le gouvernement fédéral a déposé le projet de loi sans avoir consulté valablement et au préalable les provinces ou sans avoir obtenu leur consentement.

Le gouvernement de l'Ontario s'inquiète au sujet de la constitutionnalité des projets de loi S-4 et C-43 et fait remarquer que des questions graves ont été soulevées sur ce point par de nombreux universitaires et politologues tant devant le Comité que le Comité spécial⁶². »

⁶² *Ibid.*

Dans une lettre qu'il a fait parvenir au premier ministre du Canada, le premier ministre de Terre-Neuve-et-Labrador, Danny Williams, c.r., indique que son gouvernement considère que les projets de loi S-4 et C-43 sont des « tentatives pour remanier la Constitution du Canada afin de modifier considérablement les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs au sens de l'alinéa 42(1)b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ces modifications ne peuvent être apportées unilatéralement par le Parlement grâce à la simple adoption de lois; elles nécessitent l'autorisation d'au moins deux tiers des provinces dont la population confondue représente au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces⁶³. » Il écrit :

« Les choix que nous faisons au sujet de nos institutions nationales sont des choix fondamentaux quant à la façon dont le gouvernement souverain représente la société canadienne. Il ne faut pas faire ces choix à la légère. En effet, ils auront des effets à long terme sur la façon dont notre société est gouvernée et sur le fonctionnement de la fédération. Toute modification devrait être étudiée en profondeur par les deux ordres constitutionnels de gouvernement dans le cadre d'un débat public national. L'actuelle approche fragmentaire et unilatérale n'est pas suffisante. Il y a tout lieu de croire que s'ils sont adoptés, les projets de loi S-4 et C-43 auront de nombreuses conséquences négatives et non voulues. En outre, ils ne portent que sur certains aspects du Sénat qui pourraient faire l'objet d'une réforme. Je crois comprendre que vous avez adopté cette approche parce que les conditions pour modifier la Constitution sont si sévères. Elles sont pourtant ainsi à dessein; les constitutions sont les règles de base de notre démocratie et elles devraient être difficiles à modifier. Les modifications constitutionnelles ne devraient être apportées qu'après un examen attentif et minutieux.

La modification d'une institution nationale essentielle comme le Sénat devrait comporter une consultation de gouvernement à gouvernement. Vous vous rappellerez que c'est là la position adoptée par tous les premiers ministres lors de la réunion du Conseil de la fédération tenu à St. John's en juillet dernier. Cependant, rien n'indique que des consultations de gouvernement à gouvernement ont été prévues et aucune tentative n'a été faite pour obtenir l'appui des assemblées législatives provinciales pour les réformes proposées.

Compte tenu des préoccupations susmentionnées, le gouvernement de Terre-Neuve-et-Labrador demande à votre gouvernement de retirer les projets de loi S-4 et C-43. Nous préferions que vous ne repreniez pas votre projet de réforme du Sénat, mais si décidez d'aller de l'avant, vous devriez présenter un ensemble complet de réformes, établi à la suite de consultations de gouvernement à gouvernement et fondé sur la formule générale de modification de la Constitution prévue au paragraphe 38(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁶⁴. »

Dans une lettre envoyée récemment au Comité, le premier ministre du Nunavut, Paul Okalik, mentionne que son gouvernement croit que la réforme du Sénat, y compris le

⁶³ Lettre de Danny Williams, c.r., premier ministre de Terre-Neuve-et-Labrador, 30 mai 2007. [traduction]

⁶⁴ *Ibid.*

mandat proposé de huit ans, devrait s'effectuer dans le cadre d'une démarche unique et exhaustive faisant intervenir les provinces et les territoires. Il écrit ce qui suit :

« Il est indispensable, selon moi, que les provinces et les territoires participent à tout projet de réforme constitutionnelle, en particulier la réforme du Sénat.

Le gouvernement du Nunavut estime que plusieurs questions doivent être étudiées en ce qui a trait à la réforme du Sénat. Il souhaite faire des représentations et collaborer avec le gouvernement du Canada et avec les provinces et les territoires afin de faire du Sénat une institution plus efficace et représentative. Il convient notamment d'accorder de l'importance à la représentation des résidants du nord au Sénat.

La meilleure façon de procéder, entre autres pour limiter à huit ans la durée du mandat des sénateurs, serait de réformer en profondeur l'institution conformément à la Constitution⁶⁵. »

Le gouvernement du Québec a été clair dans son évaluation de l'incidence des réformes proposées au Sénat par l'actuel gouvernement fédéral. Le ministre Pelletier (expert reconnu en droit constitutionnel) écrit : « Cette transformation du Sénat soulève des enjeux fondamentaux pour le Québec et la fédération canadienne en général. [...] Les projets de loi fédéraux sur le Sénat ne représentent pas un changement limité⁶⁶. » Il ajoute plus loin : « Le Sénat s'inscrit en somme dans un environnement constitutionnel complexe et cohérent faisant intervenir des considérations ayant trait au pacte fédératif et à l'équilibre des relations intergouvernementales⁶⁷. »

Le gouvernement québécois n'a pas mâché ses mots pour présenter ses vues sur la voie à suivre en ce qui a trait au projet de loi S-4 :

« Somme toute, le gouvernement du Québec estime que la démarche législative fédérale que constituent les projets de loi S-4 et C-43, est susceptible de modifier la nature et la vocation du Sénat, le tout en dérogation au pacte originel de 1867.

De telles modifications échappent aux pouvoirs unilatéraux du Parlement du Canada. Elles relèvent plutôt d'un mécanisme coordonné de modification constitutionnelle, lequel requiert la participation des provinces et leur consentement.

La règle bien connue en droit, voulant que l'on ne puisse faire indirectement ce que l'on ne peut faire directement, s'applique intégralement en ce qui touche au processus de modification qui est ici en cause avec les projets de loi S-4 et C-43.

⁶⁵ Lettre de Paul Okalik, premier ministre du Nunavut, 18 mai 2007.

⁶⁶ Mémoire de Benoît Pelletier, ministre responsable des Affaires intergouvernementales canadiennes, de la Francophonie canadienne, de l'Accord sur le commerce intérieur, de la Réforme des institutions démocratiques et de l'Accès à l'information, gouvernement du Québec, 31 mai 2007, p. 6.

⁶⁷ *Id.*, p. 8.

Le gouvernement du Québec ne s'oppose pas à une modernisation du Sénat. Mais si l'on cherche à modifier les caractéristiques essentielles de cette institution, la seule avenue est l'engagement d'un processus constitutionnel coordonné sur le plan fédéral-provincial qui associe pleinement les acteurs constitutionnels, dont le Québec, à l'exercice du pouvoir constituant.

Le gouvernement du Québec, avec l'appui unanime de l'Assemblée nationale, demande donc le retrait du projet de loi C-43. **Il demande aussi la suspension des travaux sur le projet de loi S-4 tant et aussi longtemps que le gouvernement fédéral projette de transformer unilatéralement la nature et la vocation du Sénat**⁶⁸. » [gras ajouté]

Le seul gouvernement provincial qui manifeste publiquement son appui au projet de loi S-4 est celui de l'Alberta. Le gouvernement de la Saskatchewan reconnaît avoir obtenu un avis juridique selon lequel le projet de loi S-4 pourrait être adopté conformément à l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais il a déclaré à plusieurs reprises qu'il n'est pas favorable à une réforme progressive du Sénat et qu'il « n'appuie pas le projet de loi S-4⁶⁹ ».

Le gouvernement de la Colombie-Britannique a écrit au Comité pour lui signaler que : la réforme du Sénat et de la Constitution n'est pas une priorité pour lui; la province est plus favorable à l'abolition du Sénat qu'à sa réforme; si le Sénat n'était pas aboli, « des modifications importantes seraient requises pour [en] faire un organe réellement efficace qui pourrait enrichir le système parlementaire fédéral et être équitablement représentatif du rôle qu'occupe la Colombie-Britannique au sein de la fédération⁷⁰ ».

Pour résumer, les gouvernements des deux plus grandes provinces, des deux plus petites provinces et d'un territoire du Canada ont présenté au Comité leurs observations défavorables au sujet de la réforme unilatérale du Sénat prévue dans le projet de loi S-4. Ensemble, ces gouvernements représentent beaucoup plus de la moitié de la population canadienne, et trois des quatre régions décrites dans la Constitution. Une seule province a donné son appui au projet de loi; les autres ont manifesté, dans le meilleur des cas, de l'ambivalence, mais plus généralement, leur opposition à l'approche progressive proposée.

Comme l'a rappelé la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*, l'un des rôles essentiels, voire d'importance capitale, du Sénat du Canada consiste à protéger et à défendre les intérêts régionaux et provinciaux contre les combinaisons de majorités à la Chambre des communes. Sir John A. Macdonald avait déclaré ce qui suit lors des débats sur la Confédération à la Conférence de Québec, et la Cour suprême a repris ses propos :

« À la chambre haute sera confié le soin de protéger les intérêts de section [maintenant appelés intérêts régionaux]; il en résulte que les trois grandes divisions

⁶⁸ *Id.*, p. 12.

⁶⁹ Lettre de Harry Van Mulligan, ministre des Relations gouvernementales de la Saskatchewan, 29 mai 2007. Voir également ses correspondances précédentes du 21 mars 2007 et du 22 septembre 2006.

⁷⁰ Lettre de John van Dongen, ministre d'État aux Relations intergouvernementales de la Colombie-Britannique, 30 mai 2007.

seront également représentées pour défendre leurs propres intérêts contre toutes combinaisons de majorités dans l'Assemblée⁷¹. »

Nous croyons qu'il faut accorder énormément de poids aux préoccupations exprimées par ces gouvernements. Si nous ne représentons pas maintenant les intérêts de nos régions et provinces, au moment où l'institution établie pour les défendre est elle-même en jeu, alors nous donnons raison aux critiques qui mettent en doute que nous soyons encore utiles au sein de la démocratie parlementaire canadienne.

Conclusion

L'immense majorité des témoignages que le Comité a entendus convergent vers la conclusion que la démarche proposée par l'actuel gouvernement fédéral, qui consiste à adopter le projet de loi S-4 conformément aux pouvoirs définis à l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, soulève d'importantes préoccupations sur le plan constitutionnel. Des experts en droit constitutionnel canadien ont souligné que cela ne pouvait se faire en vertu d'une modification unilatérale du fédéral et que le consentement des provinces était nécessaire. Et, de fait, plusieurs gouvernements provinciaux ont écrit pour affirmer que cette question ne relève pas d'une mesure fédérale unilatérale, mais plutôt d'une modification constitutionnelle à laquelle ils doivent être partie.

En tant que membres d'un comité législatif du Sénat, un organe de révision, nous croyons que notre devoir au sein de la structure parlementaire canadienne consiste à modifier au mieux de notre capacité les projets de loi dont nous sommes saisis. Dans cet esprit, nous avons modifié le projet de loi S-4 afin de rectifier les éléments qui, selon nous, le rendraient nettement inconstitutionnel. Nous savons toutefois que de graves préoccupations subsistent quant à la compétence législative du Parlement relative au projet de loi, même dans sa forme modifiée. En outre, en modifiant les dispositions particulières du projet de loi, nous étions conscients d'apporter des changements qui, peut-être, « porteraient atteinte aux caractéristiques fondamentales ou essentielles » attribuées au Sénat au moment de la Confédération. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en 1979, la Cour suprême du Canada a été très claire :

« A un certain point, la réduction de la durée des fonctions pourrait nuire au bon fonctionnement du Sénat qui assure, pour reprendre les paroles de Sir John A. Macdonald, [TRADUCTION] « un deuxième coup d'œil attentif à la loi⁷² » . »

Nous nous sommes efforcés de prescrire un mandat qui n'entraverait pas le fonctionnement du Sénat, mais nous reconnaissons, comme l'avait fait à l'époque le gouvernement du premier ministre Trudeau, que cette question ne relève pas de la décision d'un gouvernement ou d'un parlement quelconque; elle touche à la Constitution du Canada et devrait être renvoyée à la Cour suprême du pays. En 1979, la Cour suprême a invité le gouvernement à revenir devant elle avec une proposition visant la durée du mandat. Nous croyons que la Cour avait raison et que c'est de cette manière qu'il faut procéder.

⁷¹ *Renvoi relatif à la Chambre haute*, p. 67.

⁷² *Id.*, p. 76.

Le professeur de droit constitutionnel Errol Mendes a déclaré que si le projet de loi S-4 était adopté, que des sénateurs étaient nommés pour un mandat fixe et que des lois étaient ensuite adoptées par le Parlement et ces nouveaux sénateurs, « **ce serait le chaos sur le plan constitutionnel** » si on confirmait ultérieurement le caractère inconstitutionnel de S-4⁷³. Dans une lettre au Comité, l'avocat du gouvernement, Warren J. Newman, a par la suite cherché à distinguer la jurisprudence de la Cour suprême sur laquelle s'est appuyé le professeur Mendes. Il demeure un fait irréfutable : personne ne peut dire avec certitude quelles seraient les conséquences selon la Cour. Le « chaos constitutionnel » demeure une préoccupation majeure.

Les enjeux sont élevés. Il ne s'agit pas d'une situation où on peut accéder à la volonté du gouvernement de réformer rapidement le Sénat, puis attendre de voir si le gouvernement a agi à juste titre ou si les nombreux experts constitutionnels qui se sont inquiétés de la constitutionnalité du projet de loi avaient effectivement raison.

Nous exhortons donc le gouvernement à prendre le temps qu'il faut pour bien faire les choses cependant qu'il s'apprête à modifier l'arrangement constitutionnel négocié au moment de la Confédération. Nous demandons au gouvernement de renvoyer le projet de loi S-4 tel que nous l'avons amendé à la Cour suprême du Canada. C'est ce qu'ont recommandé de nombreux témoins et c'est la voie de la prudence, avons-nous conclu.

Nous sommes conscients du fait que le premier ministre et son gouvernement tiennent à procéder rapidement à la réforme du Sénat. Mais nous croyons, et nous ne doutons pas que le premier ministre soit d'accord, que la Constitution prévaut. Aucune urgence réelle, objective, n'exige l'adoption rapide de ce projet de loi. À l'inverse, faire fausse route pourrait avoir des conséquences extrêmement déplorables – M. Mendes a évoqué la possibilité d'un « chaos sur le plan constitutionnel » .

Plusieurs partisans du projet de loi S-4 ont dit l'appuyer du moins en partie parce qu'ils souhaitent que ses modifications déstabilisent le statu quo au point de rendre évidemment nécessaire une réforme en profondeur de la Chambre haute. Roger Gibbins a dit appuyer le projet de loi comme moyen de « déstabiliser le statu quo et nous forcer ou nous préparer à nous poser des questions structurelles plus fondamentales⁷⁴ » .

M. Gerard Horgan nous a dit :

« L'avantage que présente l'adoption progressive des réformes, telle que je la conçois, c'est qu'il s'agit d'introduire de l'instabilité dans le système. En ce moment, nous avons ce que la plupart tiendraient pour un système stable mais sous-optimal. L'introduction progressive des réformes aura peut-être pour effet d'introduire de l'instabilité et de faire avancer le processus⁷⁵. »

⁷³ *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 29 mars 2007, 24:65.

⁷⁴ Témoignage de Roger Gibbins dans les *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 21 mars 2007, Fascicule n° 23:58; voir également le témoignage de M. Gibbins dans les *Délibérations du Comité sénatorial spécial sur la réforme du Sénat*, 19 septembre 2006, 3:7.

⁷⁵ *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 22 mars 2007, Fascicule n° 23:108.

Le Comité croit que toute modification à la constitution d'un pays devrait être motivée par le désir d'atténuer les tensions existantes et non de les exacerber, et c'est dans cette optique que nous avons abordé notre étude du projet de loi S-4.

Nous sommes convaincus que le seul moyen de confirmer la constitutionnalité de la démarche adoptée par le gouvernement à l'égard de la réforme du Sénat consiste pour celui-ci à renvoyer le projet de loi S-4 tel que nous l'avons amendé à la Cour suprême du Canada.

Nous tenons également compte des graves préoccupations d'un certain nombre de provinces et de spécialistes de la Constitution concernant la constitutionnalité du projet de loi C-43, et du lien inextricable (pour reprendre les paroles du gouvernement de l'Ontario) entre ce projet de loi et le projet de loi S-4. Nous croyons que le renvoi constitutionnel devrait donc porter à la fois sur le projet de loi C-43 et le projet de loi S-4 tel que nous l'avons amendé.



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 —
Les Éditions et Services de dépôt
Ottawa (Ontario) K1A 0S5