

SENATE



SÉNAT

CANADA

Second Session
Forty-first Parliament, 2013

*Proceedings of the Standing
Senate Committee on*

LEGAL AND
CONSTITUTIONAL
AFFAIRS

Chair:
The Honourable BOB RUNCIMAN

Thursday, November 7, 2013
Thursday, November 21, 2013
Wednesday, November 27, 2013

Issue No. 1

*Organization meeting
and*

First and second (final) meetings on:
The subject-matter of Division 19 of Part 3 of Bill C-4,
A second Act to implement certain provisions
of the budget tabled in Parliament on March 21, 2013
and other measures

INCLUDING:

THE FIRST REPORT OF THE COMMITTEE
(Rule 12-26 — Expenses incurred by the committee
during the First Session of the Forty-first Parliament)
THE SECOND REPORT OF THE COMMITTEE
(The subject-matter of those elements contained in
Division 19 of Part 3 of Bill C-4)

APPEARING:

The Honourable Peter MacKay, P.C., M.P.,
Minister of Justice and Attorney General of Canada

WITNESSES:

(See back cover)

Deuxième session de la
quarante et unième législature, 2013

*Délibérations du Comité
sénatorial permanent des*

AFFAIRES JURIDIQUES
ET
CONSTITUTIONNELLES

Président :
L'honorable BOB RUNCIMAN

Le jeudi 7 novembre 2013
Le jeudi 21 novembre 2013
Le mercredi 27 novembre 2013

Fascicule n° 1

*Réunion d'organisation
et*

Première et deuxième (dernière) réunions concernant :
L'étude sur la teneur des éléments de la Section 19 de la Partie 3
du projet de loi C-4, Loi n° 2 portant exécution de certaines
dispositions du budget déposé au Parlement le 21 mars 2013
et mettant en œuvre d'autres mesures

Y COMPRIS :

LE PREMIER RAPPORT DU COMITÉ
(L'article 12-26 du Règlement — Dépenses encourues par le comité
au cours de la première session de la quarante et unième législature)
LE DEUXIÈME RAPPORT DU COMITÉ
(La teneur des éléments de la Section 19 de la
Partie 3 du projet de loi C-4)

COMPARAÎT :

L'honorable Peter MacKay, C.P., député,
ministre de la Justice et procureur général du Canada

TÉMOINS :

(Voir à l'endos)

STANDING SENATE COMMITTEE ON
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable Bob Runciman, *Chair*

The Honourable George Baker, P.C., *Deputy Chair*

and

The Honourable Senators:

Batters	Dagenais
Boisvenu	Frum
Braley	Jaffer
* Carignan, P.C. (or Martin)	Joyal, P.C.
* Cowan	McIntyre
(or Fraser)	Plett
	Rivest

*Ex officio members

(Quorum 4)

Changes in membership of the committee:

Pursuant to rule 12-5, membership of the committee was amended as follows:

The Honourable Senator Braley replaced the Honourable Senator McInnis (*November 21, 2013*).

The Honourable Senator Plett replaced the Honourable Senator Beyak (*November 21, 2013*).

The Honourable Senator McInnis replaced the Honourable Senator Braley (*November 21, 2013*).

The Honourable Senator Beyak replaced the Honourable Senator Plett (*November 20, 2013*).

The Honourable Senator Plett replaced the Honourable Senator White (*November 7, 2013*).

COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

Président : L'honorable Bob Runciman

Vice-président : L'honorable George Baker, C.P.

et

Les honorables sénateurs :

Batters	Dagenais
Boisvenu	Frum
Braley	Jaffer
* Carignan, C.P. (ou Martin)	Joyal, C.P.
* Cowan	McIntyre
(ou Fraser)	Plett
	Rivest

* Membres d'office

(Quorum 4)

Modifications de la composition du comité :

Conformément à l'article 12-5 du Règlement, la liste des membres du comité est modifiée, ainsi qu'il suit :

L'honorable sénateur Braley a remplacé l'honorable sénateur McInnis (*le 21 novembre 2013*).

L'honorable sénateur Plett a remplacé l'honorable sénatrice Beyak (*le 21 novembre 2013*).

L'honorable sénateur McInnis a remplacé l'honorable sénateur Braley (*le 21 novembre 2013*).

L'honorable sénatrice Beyak a remplacé l'honorable sénateur Plett (*le 20 novembre 2013*).

L'honorable sénateur Plett a remplacé l'honorable sénateur White (*le 7 novembre 2013*).

ORDER OF REFERENCE

Extract from the *Journals of the Senate*, Tuesday, November 5, 2013:

The Honourable Senator Martin moved, seconded by the Honourable Senator Marshall:

That, in accordance with rule 10-11(1), the Standing Senate Committee on National Finance be authorized to examine the subject-matter of all of Bill C-4, A second Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 21, 2013 and other measures, introduced in the House of Commons on October 22, 2013, in advance of the said bill coming before the Senate;

That the Standing Senate Committee on National Finance be authorized to sit for the purposes of its study of the subject-matter of Bill C-4 even though the Senate may then be sitting, with the application of rule 12-18(1) being suspended in relation thereto; and

That, in addition, and notwithstanding any normal practice:

1. The following committees be separately authorized to examine the subject-matter of the following elements contained in Bill C-4 in advance of it coming before the Senate:
 - (a) the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce: those elements contained in Divisions 2, 3, 9, and 13 of Part 3;
 - (b) the Standing Senate Committee on Energy, the Environment and Natural Resources: those elements contained in Divisions 7 and 14 of Part 3;
 - (c) the Standing Senate Committee on Transport and Communications: those elements contained in Division 8 of Part 3;
 - (d) the Standing Senate Committee on Foreign Affairs and International Trade: those elements contained in Divisions 4 and 16 of Part 3;
 - (e) the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology: those elements contained in Divisions 5, 10 and 11 of Part 3; and
 - (f) the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs: those elements contained in Division 19, of Part 3;
2. The various committees listed in point one that are authorized to examine the subject-matter of particular elements of Bill C-4 submit their final reports to the Senate no later than November 29, 2013;

ORDRE DE RENVOI

Extrait des *Journaux du Sénat* du mardi 5 novembre 2013 :

L'honorable sénatrice Martin propose, appuyée par l'honorable sénatrice Marshall,

Que, conformément à l'article 10-11(1) du Règlement, le Comité sénatorial permanent des finances nationales soit autorisé à examiner la teneur complète du projet de loi C-4, Loi n° 2 portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 21 mars 2013 et mettant en œuvre d'autres mesures, déposé à la Chambre des communes le 22 octobre 2013, avant que ce projet de loi soit présenté au Sénat;

Que le Comité sénatorial permanent des finances nationales soit autorisé à siéger pour les fins de son examen de la teneur du projet de loi C-4 même si le Sénat siège à ce moment-là, l'application de l'article 12-18(1) du Règlement étant suspendue à cet égard;

Que, de plus, et nonobstant toute pratique habituelle :

1. Les comités suivants soient individuellement autorisés à examiner la teneur des éléments suivants du projet de loi C-4 avant qu'il soit présenté au Sénat :
 - a) le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce : les éléments des Sections 2, 3, 9 et 13 de la Partie 3;
 - b) le Comité sénatorial permanent de l'énergie, de l'environnement et des ressources naturelles : les éléments des Sections 7 et 14 de la Partie 3;
 - c) le Comité sénatorial permanent des transports et des communications : les éléments de la Section 8 de la Partie 3;
 - d) le Comité sénatorial permanent des affaires étrangères et du commerce international : les éléments des Sections 4 et 16 de la partie 3;
 - e) le Comité sénatorial permanent des affaires sociales, des sciences et de la technologie : les éléments des Sections 5, 10 et 11 de la Partie 3;
 - f) le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles : les éléments de la Section 19 de la Partie 3;
2. Chacun des différents comités indiqués au point n° un, qui sont autorisés à examiner la teneur de certains éléments du projet de loi C-4, soumette son rapport final au Sénat au plus tard le 29 novembre 2013;

3. As the reports from the various committees authorized to examine the subject-matter of particular elements of Bill C-4 are tabled in the Senate, they be placed on the Orders of the Day for consideration at the next sitting; and
4. The Standing Senate Committee on National Finance be simultaneously authorized to take any reports tabled under point three into consideration during its study of the subject-matter of all of Bill C-4.

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

3. Au fur et à mesure que les rapports des comités autorisés à examiner la teneur de certains éléments du projet de loi C-4 seront déposés au Sénat, l'étude de ces rapports soit inscrite à l'ordre du jour de la prochaine séance;
4. Le Comité sénatorial permanent des finances nationales soit simultanément autorisé à prendre en considération les rapports déposés conformément au point n° trois au cours de son examen de la teneur complète du projet de loi C-4.

La motion, mise aux voix, est adoptée avec dissidence.

Le greffier du Sénat,
Gary W. O'Brien
Clerk of the Senate

MINUTES OF PROCEEDINGS

OTTAWA, Thursday, November 7, 2013
(1)

[*English*]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met at 10:36 a.m. this day, in room 257, East Block, for the purpose of organization, pursuant to rule 12-13.

Members of the committee present: The Honourable Senators Baker, P.C., Batters, Boisvenu, Braley, Dagenais, Frum, Joyal, P.C., McIntyre, Plett, Rivest, and Runciman (11).

In attendance: Laura Barnett, Caroline Sauvé and Sandra Gruescu, analysts, Parliamentary Information and Research Service, Library of Parliament.

Also in attendance: The official reporters of the Senate.

The clerk of the committee presided over the election of the chair.

The Honourable Senator Baker, P.C., moved:

That the Honourable Senator Runciman do take the chair of this committee.

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

The Honourable Senator Runciman took the chair and made an opening statement.

The Honourable Senator Boisvenu moved:

That the Honourable Senator Baker, P.C., be deputy chair of this committee.

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

The Honourable Senator Joyal, P.C. moved:

That the Subcommittee on Agenda and Procedure be composed of the chair, the deputy chair, and one other member of the committee, to be designated after the usual consultation; and

That the subcommittee be empowered to make decisions on behalf of the committee with respect to its agenda, to invite witnesses, and to schedule hearings.

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

The Honourable Senator Braley moved:

That the committee publish its proceedings.

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

The Honourable Senator Dagenais moved:

That, pursuant to rule 12-17, the chair be authorized to hold meetings, to receive and authorize the publication of the evidence when a quorum is not present, provided that a member of the committee from both the government and the opposition be present.

PROCÈS-VERBAUX

OTTAWA, le jeudi 7 novembre 2013
(1)

[*Traduction*]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui, à 10 h 36, dans la salle 257 de l'édifice de l'Est, pour tenir sa séance d'organisation conformément à l'article 12-13 du Règlement.

Membres du comité présents : Les honorables sénateurs Baker, C.P., Batters, Boisvenu, Braley, Dagenais, Frum, Joyal, C.P., McIntyre, Plett, Rivest et Runciman (11).

Également présents : Laura Barnett, Caroline Sauvé et Sandra Gruescu, analystes, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement.

Aussi présents : Les sténographes officiels du Sénat.

La greffière du comité préside à l'élection à la présidence.

L'honorable sénateur Baker, C.P., propose :

Que l'honorable sénateur Runciman soit élu président du comité.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

L'honorable sénateur Runciman occupe le fauteuil et fait une déclaration.

L'honorable sénateur Boisvenu propose :

Que l'honorable sénateur Baker, C.P., soit élu vice-président du comité.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

L'honorable sénateur Joyal, C.P., propose :

Que le Sous-comité du programme et de la procédure se compose du président, du vice-président et d'un autre membre du comité désigné après les consultations d'usage; et

Que le sous-comité soit autorisé à prendre des décisions au nom du comité relativement au programme, à inviter les témoins et à établir l'horaire des audiences.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

L'honorable sénateur Braley propose :

Que le comité fasse imprimer ses délibérations.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

L'honorable sénateur Dagenais propose :

Que, conformément à l'article 12-17 du Règlement, le président soit autorisé à tenir des réunions pour entendre des témoignages et à en permettre la publication en l'absence de quorum, pourvu qu'un représentant du gouvernement et un représentant de l'opposition soient présents.

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

The Honourable Senator McIntyre moved:

That the committee ask the Library of Parliament to assign analysts to the committee;

That the chair be authorized to seek authority from the Senate to engage the services of such counsel and technical, clerical, and other personnel as may be necessary for the purpose of the committee's examination and consideration of such bills, subject-matters of bills, and estimates as are referred to it;

That the Subcommittee on Agenda and Procedure be authorized to retain the services of such experts as may be required by the work of the committee; and

That the chair, on behalf of the committee, direct the research staff in the preparation of studies, analyses, summaries, and draft reports.

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

The Honourable Senator Boisvenu moved:

That, pursuant to section 7, chapter 3:06 of the Senate Administrative Rules, authority to commit funds be conferred individually on the chair, the deputy chair, and the clerk of the committee;

That, pursuant to section 8, chapter 3:06 of the Senate Administrative Rules, authority for certifying accounts payable by the committee be conferred individually on the chair, the deputy chair, and the clerk of the committee; and

That, notwithstanding the foregoing, in cases related to consultants and personnel services, the authority to commit funds and certify accounts be conferred jointly on the chair and deputy chair.

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

The Honourable Senator Plett moved:

That the committee empower the Subcommittee on Agenda and Procedure to designate, as required, one or more members of the committee and/or such staff as may be necessary to travel on assignment on behalf of the committee.

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

The Honourable Senator Batters moved:

That the Subcommittee on Agenda and Procedure be authorized to:

- 1) determine whether any member of the committee is on "official business" for the purposes of paragraph 8(3)(a) of the Senators Attendance Policy, published in the Journals of the Senate on Wednesday, June 3, 1998; and

La motion, mise aux voix, est adoptée.

L'honorable sénateur McIntyre propose :

Que le comité demande à la Bibliothèque du Parlement d'affecter des analystes au comité;

Que le président soit autorisé à demander au Sénat la permission de retenir les services de conseillers juridiques, de techniciens, d'employés de bureau et d'autres personnes, au besoin, pour aider le comité à examiner les projets de loi, l'objet de ces derniers et les prévisions budgétaires qui lui sont renvoyés;

Que le Sous-comité du programme et de la procédure soit autorisé à faire appel aux services des experts-conseils dont le comité peut avoir besoin dans le cadre de ses travaux; et

Que le président, au nom du comité, dirige le personnel de recherche dans la préparation d'études, d'analyses, de résumés et de projets de rapports.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

L'honorable sénateur Boisvenu propose :

Que, conformément à l'article 7, chapitre 3:06 du *Règlement administratif du Sénat*, l'autorisation d'engager des fonds du comité soit conférée individuellement au président, au vice-président et à la greffière du comité;

Que, conformément à l'article 8, chapitre 3:06 du *Règlement administratif du Sénat*, l'autorisation d'approuver les comptes à payer au nom du comité soit conférée individuellement au président, au vice-président et à la greffière du comité; et

Que, nonobstant ce qui précède, lorsqu'il s'agit de services de consultants et de personnel, l'autorisation d'engager des fonds et d'approuver les comptes à payer soit conférée conjointement au président et au vice-président.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

L'honorable sénateur Plett propose :

Que le comité autorise le Sous-comité du programme et de la procédure à désigner, au besoin, un ou plusieurs membres du comité, de même que le personnel nécessaire, qui se déplaceront au nom du comité.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

L'honorable sénatrice Batters propose :

Que le Sous-comité du programme et de la procédure soit autorisé à :

- 1) déterminer si un membre du comité remplit un « engagement officiel » au sens de l'alinéa 8(3)a) de la politique relative à la présence des sénateurs, publiée dans les Journaux du Sénat du mercredi 3 juin 1998; et

- 2) consider any member of the committee to be on “official business” if that member is: (a) attending an event or meeting related to the work of the committee; or (b) making a presentation related to the work of the committee; and

That the subcommittee report at the earliest opportunity any decisions taken with respect to the designation of members of the committee travelling on committee business.

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

The Honourable Senator Rivest moved:

That, pursuant to the Senate guidelines for witness expenses, the committee may reimburse reasonable travelling and living expenses for one witness from any one organization and payment will take place upon application, but that the chair be authorized to approve expenses for a second witness should there be exceptional circumstances.

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

The Honourable Senator Joyal, P.C., moved:

That the Subcommittee on Agenda and Procedure be empowered to direct communications officer(s) assigned to the committee in the development of communications plans where appropriate and to request the services of the Senate Communications Directorate for the purposes of their development and implementation; and

That the Subcommittee on Agenda and Procedure be empowered to allow coverage by electronic media of the committee’s public proceedings with the least possible disruption of its hearings at its discretion.

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

It was agreed that the time slot for regular meetings will be Wednesdays from 4:15 p.m. to 6:15 p.m., and Thursdays from 10:30 a.m. to 12:30 p.m. in room 257 East Block.

It was agreed that the chair and deputy chair would seek permission from the whips to extend the sitting time on Thursdays to 1:15 p.m.

The committee discussed a draft agenda.

At 11 a.m., the committee adjourn to the call of the chair.

ATTEST:

- 2) considérer qu’un membre du comité remplit un « engagement officiel » si ce membre : a) assiste à une activité ou à une réunion se rapportant aux travaux du comité; ou b) fait un exposé ayant trait aux travaux du comité; et

Que le sous-comité fasse rapport à la première occasion de ses décisions relatives aux membres du comité qui voyagent pour les affaires du comité.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

L’honorable sénateur Rivest propose :

Que, conformément aux lignes directrices du Sénat concernant les frais de déplacement des témoins, le comité rembourse les dépenses raisonnables de voyage et d’hébergement à un témoin par organisme, après qu’une demande de remboursement aura été présentée, mais que le président soit autorisé à permettre le remboursement de dépenses à un deuxième témoin de ce même organisme en cas de circonstances exceptionnelles.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

L’honorable sénateur Joyal, C.P., propose :

Que le Sous-comité du programme et de la procédure soit autorisé à diriger au besoin les agents de communications affectés au comité dans l’élaboration des plans de communications et à demander l’appui de la Direction des communications du Sénat aux fins de l’élaboration et de la mise en œuvre de ces plans;

Que le Sous-comité du programme et de la procédure soit autorisé à permettre la diffusion des délibérations publiques du comité par les médias d’information électroniques, de manière à déranger le moins possible ses travaux et à sa discrétion.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Il est convenu que l’horaire des réunions régulières sera le mercredi, de 16 h 15 à 18 h 15, et le jeudi, de 10 h 30 à 12 h 30, dans la salle 257 de l’édifice de l’Est.

Il est convenu que le président et le vice-président demandent la permission au whip pour siéger jusqu’à 13 h 15 le jeudi.

Le comité discute d’un projet d’ordre du jour.

À 11 heures, le comité s’ajourne jusqu’à nouvelle convocation de la présidence.

ATTESTÉ :

OTTAWA, Thursday, November 21, 2013
(2)

[English]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met at 10:47 a.m. this day, in room 257, East Block, the chair, the Honourable Bob Runciman, presiding.

Members of the committee present: The Honourable Senators Baker, P.C., Batters, Beyak, Boisvenu, Dagenais, Frum, Jaffer, Joyal, P.C., McInnis, McIntyre, Rivest, and Runciman (12).

In attendance: Laura Barnett and Caroline Sauvé, analysts, Parliamentary Information and Research Service, Library of Parliament.

Also in attendance: The official reporters of the Senate.

The committee considered a draft report.

It was agreed that, pursuant to rule 12(26), the committee's first report detailing the expenses incurred by the committee during the First Session of the Forty-first Parliament be adopted; and that the chair table the report in the Senate.

At 10:49 a.m., the committee suspended.

At 11:06 a.m., the committee resumed and, pursuant to the order of reference adopted by the Senate on Tuesday, November 5, 2013, began its study of the subject-matter of Bill C-4, A second Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 21, 2013 and other measures.

WITNESSES:

As individuals:

Paul Daly, Assistant Professor of Law, Université de Montréal;

Benoît Pelletier, Professor, Faculty of Law, University of Ottawa;

The Honourable Michel Bastarache, former Justice of the Supreme Court of Canada;

Carissima Mathen, Professor, Faculty of Law, University of Ottawa.

The chair made an opening statement.

Mr. Daly and Mr. Pelletier each made a statement and answered questions.

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

At 12:25 p.m., the committee resumed.

Justice Bastarache and Ms. Mathen each made a statement and answered questions.

At 1:19 p.m., the committee adjourned to the call of the chair.

ATTEST:

OTTAWA, le jeudi 21 novembre 2013
(2)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui, à 10 h 47, dans la salle 257 de l'édifice de l'Est, sous la présidence de l'honorable Bob Runciman (*président*).

Membres du comité présents : Les honorables sénateurs Baker, C.P., Batters, Beyak, Boisvenu, Dagenais, Frum, Jaffer, Joyal, C.P., McInnis, McIntyre, Rivest et Runciman (12).

Également présents : Laura Barnett et Caroline Sauvé, analystes, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement.

Également présents : Les sténographes officiels du Sénat.

Le comité examine l'ébauche d'un rapport.

Conformément à l'article 12(26) du Règlement, il est convenu que le premier rapport du comité à propos des dépenses de celui-ci pendant la première session de la 41^e législature soit adopté, et que le président dépose le rapport au Sénat.

À 10 h 49, la séance est suspendue.

À 11 h 6, la séance reprend, et, conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le mardi 5 novembre 2013, le comité entend son étude de la teneur du projet de loi C-4, Loi n^o 2 portant exécution de certaines dispositions du budget, déposé au Parlement le 21 mars 2013, et mettant en œuvre d'autres mesures.

TÉMOINS :

À titre personnel :

Paul Daly, professeur de droit adjoint, Université de Montréal;

Benoît Pelletier, professeur, faculté de droit, Université d'Ottawa;

L'honorable Michel Bastarache, ancien juge de la Cour suprême du Canada;

Carissima Mathen, professeure, faculté de droit, Université d'Ottawa.

Le président ouvre la séance.

MM. Daly et Pelletier font chacun un exposé, puis répondent aux questions.

À 12 h 12, la séance est suspendue.

À 12 h 25, la séance reprend.

Le juge Bastarache et Mme Mathen font chacun une présentation, puis répondent aux questions.

À 13 h 19, le comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

ATTESTÉ :

OTTAWA, Wednesday, November 27, 2013
(3)

[English]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met at 4:26 p.m. this day, in room 257, East Block, the chair, the Honourable Bob Runciman, presiding.

Members of the committee present: The Honourable Senators Baker, P.C., Batters, Boisvenu, Dagenais, Frum, Jaffer, Joyal, P.C., McIntyre, Plett, Rivest, and Runciman (11).

In attendance: Laura Barnett and Caroline Sauvé, analysts, Parliamentary Information and Research Service, Library of Parliament.

Also in attendance: The official reporters of the Senate.

Pursuant to the order of reference adopted by the Senate on Tuesday, November 5, 2013, continued its study of the subject-matter of Bill C-4, A second Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 21, 2013 and other measures.

APPEARING:

The Honourable Peter MacKay, P.C., M.P., Minister of Justice and Attorney General of Canada.

WITNESSES:

Department of Justice Canada:

Jonathan Shanks, Counsel, Constitutional, Administrative and International Law Section.

Minister MacKay made a statement and answered questions.

At 5:35 p.m., the committee suspended.

At 5:43 p.m., the committee continued in camera, pursuant to rule 12-16(1)(d), to consider a draft report.

It was agreed that senators' staff be permitted to remain in the room for the in camera portion of the meeting.

It was agreed to adopt the draft report on the subject matter of Bill C-4, subject to the approval of the final draft by the Subcommittee on Agenda and Procedure; and that the chair table the report in the Senate.

At 5:59 p.m., the committee adjourned to the call of the chair.

ATTEST:

La greffiere du comité,

Shaila Anwar

Clerk of the Committee

OTTAWA, le mercredi 27 novembre 2013
(3)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui,   16 h 26, dans la salle 257 de l'édifice de l'Est, sous la présidence de l'honorable Bob Runciman (*président*).

Membres du comité présents : Les honorables sénateurs Baker, C.P., Batters, Boisvenu, Dagenais, Frum, Jaffer, Joyal, C.P., McIntyre, Plett, Rivest et Runciman (11).

 galement présents : Laura Barnett et Caroline Sauvé, analystes, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement.

Aussi présents : Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le mardi 5 novembre 2013, le comité poursuit son étude de la teneur du projet de loi C-4, Loi n  2 portant exécution de certaines dispositions du budget, déposé au Parlement le 21 mars 2013, et mettant en œuvre d'autres mesures.

COMPARAÎT :

L'honorable Peter MacKay, C.P., député, ministre de la Justice et procureur général du Canada.

TÉMOINS :

Ministère de la Justice Canada :

Jonathan Shanks, avocat, Section du droit international, administratif et constitutionnel.

Le ministre MacKay fait un exposé, puis répond aux questions.

  17 h 35, la séance est suspendue.

  17 h 43, la séance se poursuit à huis clos afin d'examiner, conformément à l'article 12-16(1)d) du Règlement, une ébauche de rapport.

Il est convenu d'autoriser le personnel des sénateurs à demeurer dans la pièce pendant la séance à huis clos.

Il est convenu que l'ébauche de rapport sur la teneur du projet de loi C-4 soit adoptée, suivant l'approbation de la version finale par le Sous-comité du programme et de la procédure, et que le président soit autorisé à déposer ce rapport au S nat.

  17 h 59, le comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

ATTESTÉ :

REPORTS OF THE COMMITTEE

Thursday, November 21, 2013

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

FIRST REPORT

Your committee, which was authorized by the Senate to incur expenses for the purpose of its examination and consideration of such matters as were referred to it, tables, pursuant to rule 12-26(2), the following report on expenses incurred for that purpose during the First Session of the Forty-first Parliament:

1. With respect to its examination and consideration of legislation:

2011-2012

General Expenses	\$ 1,842
Witness Expenses	<u>71,479</u>
SUBTOTAL	\$ 73,321

2012-2013

General Expenses	\$ 2,752
Witness Expenses	<u>34,079</u>
SUBTOTAL	\$ 36,831

2013-2014

Witness Expenses	\$ <u>9,770</u>
SUBTOTAL	\$ 9,770
TOTAL	\$ <u><u>119,922</u></u>

2. With respect to its special study on Parole Board of Canada User Fees Proposal authorized by the Senate on September 27, 2011:

2011-2012

Witness Expenses	\$ <u>3,702</u>
SUBTOTAL	\$ 3,702
TOTAL	\$ <u><u>3,702</u></u>

3. With respect to its special study on an Act to amend the Criminal Code (production of records in sexual offence proceedings) S.C. 1997, c. 30, authorized by the Senate on October 4, 2011:

2011-2012

Witness Expenses	\$ <u>718</u>
SUBTOTAL	\$ 718
TOTAL	\$ <u><u>718</u></u>

RAPPORTS DU COMITÉ

Le jeudi 21 novembre 2013

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

PREMIER RAPPORT

Votre comité, qui a été autorisé par le Sénat à engager des dépenses aux fins d'examiner toutes questions qui lui ont été renvoyées, dépose, conformément à l'article 12-26(2) du Règlement, le relevé suivant des dépenses encourues à cette fin par votre comité au cours de la première session de la quarante et unième législature :

1. Relatif à son étude des mesures législatives :

2011-2012

Dépenses générales	1 842 \$
Dépenses des témoins	<u>71 479</u>
SOUS-TOTAL	73 321 \$

2012-2013

Dépenses générales	2 752 \$
Dépenses des témoins	<u>34 079</u>
SOUS-TOTAL	36 831 \$

2013-2014

Dépenses des témoins	<u>9 770 \$</u>
SOUS-TOTAL	9 770 \$
TOTAL	<u><u>119 922 \$</u></u>

2. Relatif à son étude spéciale sur proposition relative aux frais d'utilisation de la Commission des libérations conditionnelles du Canada autorisée par le Sénat le 27 septembre 2011 :

2011-2012

Dépenses des témoins	<u>3 702 \$</u>
SOUS-TOTAL	3 702 \$
TOTAL	<u><u>3 702 \$</u></u>

3. Relatif à son étude spéciale sur la Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers dans les cas d'infraction d'ordre sexuel), L.C. 1997, ch. 30, autorisée par le Sénat le 4 octobre 2011 :

2011-2012

Dépenses des témoins	<u>718 \$</u>
SOUS-TOTAL	718 \$
TOTAL	<u><u>718 \$</u></u>

4. With respect to its special study on the proposed Firearms Information Regulations (Non-Restricted Firearms) authorized by the Senate on June 14, 2012:

2012-2013

Witness Expenses	\$	<u>1,978</u>
SUBTOTAL	\$	1,978
TOTAL	\$	<u>1,978</u>

In addition to the expenses for its studies as set out above, your committee also incurred general postal charges of \$ 18.

During the session, your committee held 97 meetings (219 hours), heard 447 witnesses and submitted 30 reports in relation to its work. Your committee examined 29 bills and conducted 3 special studies and received a total of 34 orders of reference.

Respectfully submitted,

Thursday, November 28, 2013

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

SECOND REPORT

Your committee, to which was referred the subject-matter of those elements contained in Division 19 of Part 3 of Bill C-4, A second act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 21, 2013 and other measures, has, in obedience to its order of reference of Tuesday, November 5, 2013, examined the said subject-matter and now reports as follows:

Clauses 471 and 472 of Bill C-4 add two new sections to the *Supreme Court Act* in order to clarify the eligibility criteria for Supreme Court Justices. In effect, the new provisions indicate, "for greater certainty," that a person is required to have been an advocate of at least 10 years' standing at the bar of a province in order to be appointed to the Supreme Court, but that person does not have to be a member of the relevant bar at the time of the appointment.

Between November 21 and November 27, 2013, the committee held two meetings comprising approximately 4 hours on this study. The committee heard testimony from the Honourable Peter MacKay, P.C., M.P., Minister of Justice and Attorney General of Canada, former Justice of the Supreme Court of Canada Michel Bastarache and three law professors: Benoit Pelletier, Paul Daly and Carissima Mathen. The committee also received written submissions from the Government of Québec and from law professor Adam Dodek.

4. Relatif à son étude spéciale sur une proposition de Règlement sur les renseignements relatifs aux armes à feu (armes à feu sans restrictions) autorisée par le Sénat le 14 juin 2012 :

2012-2013

Dépenses des témoins		<u>1 978 \$</u>
SOUS-TOTAL		1 978 \$
TOTAL		<u>1 978 \$</u>

Outre les dépenses encourues dans le cadre de ses études ci-haut mentionnées, votre comité a encouru des frais généraux de poste s'élevant à 18 \$.

Durant la session, le comité a tenu 97 réunions (219 heures), entendu 447 témoins et soumis 30 rapports relatifs à ses travaux. Votre comité a étudié 29 projets de loi et a entrepris 3 études spéciales et a reçu au total 34 ordres de renvoi.

Respectueusement soumis,

Le jeudi 28 novembre 2013

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

DEUXIÈME RAPPORT

Votre comité, auquel a été renvoyé la teneur des éléments de la section 19 de la partie 3 du projet de loi C-4, Loi no 2 portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 21 mars 2013 et mettant en œuvre d'autres mesures, a, conformément à l'ordre de renvoi du mardi 5 novembre 2013, examiné ladite teneur du projet de loi et en fait maintenant rapport comme il suit :

Les articles 471 et 472 du projet de loi C-4 ajoutent deux nouvelles dispositions à la *Loi sur la Cour suprême* afin de clarifier les critères de nomination des juges de la Cour suprême du Canada. Les nouvelles dispositions indiquent qu'il « demeure entendu » qu'une personne doit avoir été inscrite comme avocat au barreau d'une province pendant au moins 10 ans pour être nommée à la Cour suprême, mais qu'elle ne doit pas nécessairement être membre du barreau en question au moment de sa nomination.

Entre le 21 novembre et le 27 novembre, 2013, le comité a tenu deux réunions d'une durée d'environ 4 heures sur cette étude. Le comité a entendu les témoignages de l'honorable Peter MacKay, C.P., député, ministre de la Justice et procureur général du Canada, de l'ancien juge de la Cour suprême du Canada Michel Bastarache et de trois universitaires en droit : Benoit Pelletier, Paul Daly, et Carissima Mathen. En plus, le comité a reçu des mémoires de la part du Gouvernement du Québec et du professeur en droit Adam Dodek.

Testimony from these witnesses touched on the following issues:

- the interpretation (nature and purpose) of sections 5 and 6 of the *Supreme Court Act*;
- the appointment of a member of the Federal Court or Federal Court of Appeal to one of Quebec's three seats on the Supreme Court of Canada;
- the impact of clauses 471 and 472 of Bill C-4, which purport to clarify the *Supreme Court Act*;
- whether a constitutional amendment is required to make such changes;
- the nature of declaratory provisions such as clauses 471 and 472; and
- the implications of the Government of Canada's reference of the subject-matter of Division 19 of Part 3 of Bill C-4 to the Supreme Court of Canada.

The Canadian Bar Association, the Barreau du Québec and former Supreme Court Justice Ian Binnie declined our invitation to appear during the committee's public hearings.

Respectfully submitted,

Les témoignages ont porté sur les questions suivantes :

- l'interprétation (la nature et les intérêts) à accorder aux articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*;
- la nomination de membres à la Cour fédérale ou à la Cour d'appel fédérale à l'un des trois sièges du Québec à la Cour suprême du Canada;
- l'impact des articles 471 et 472 du projet de loi C-4 qui prétendent clarifier la *Loi sur la Cour suprême*;
- si une modification constitutionnelle est nécessaire pour effectuer de tels changements;
- la nature déclaratoire de certaines dispositions de loi tels que les articles 471 et 472; et
- l'implication du renvoi à la Cour suprême du Canada, du Gouvernement du Canada, de la section 19, de la partie 3 du projet de loi C-4.

L'Association du Barreau canadien, le Barreau du Québec et l'ancien juge de la Cour suprême du Canada Ian Binnie ont refusé de participer aux audiences publiques du comité.

Respectueusement soumis,

Le président,

BOB RUNCIMAN

Chair

EVIDENCE

OTTAWA, Thursday, November 7, 2013

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 10:30 a.m., pursuant to rule 12-13 of the *Rules of the Senate*, to organize the activities of the committee.

[English]

Shaila Anwar, Clerk of the Committee: Honourable senators, I see that we have a quorum. As clerk of your committee, it is my duty to preside over the election of the chair, and I'm ready to receive nominations to that effect.

Senator Baker: I nominate Senator Runciman to the position of chair.

Ms. Anwar: Are there any other nominations?

Senator Joyal: I move that nominations be closed.

Ms. Anwar: It is moved by the Honourable Senator Baker that the Honourable Senator Runciman do take the chair of this committee. Is it your pleasure, honourable senators, to adopt the motion?

Hon. Senators: Agreed.

Ms. Anwar: I declare the motion carried.

Senator Bob Runciman (Chair) in the chair.

The Chair: Thank you all. I think we have a few new members on the committee this session. I have had the opportunity to sit on most of the committees in the Senate in the brief time I've been a senator, and I think that you're going to find this — in my view, anyway — perhaps the most interesting committee to serve on. We deal with some extremely controversial issues, issues that are of great import and interest to the majority of Canadians.

I'm looking forward to working with all of you for the next few months and perhaps, who knows, years. It depends on how long the Senate lasts, right?

I'm now going to preside over the election of a deputy chair. I'm ready to receive nominations to that effect. Are there any nominations?

[Translation]

Senator Boisvenu: I nominate my mentor, Senator Baker, as deputy chair of the committee.

[English]

The Chair: It has been moved by the Honourable Senator Boisvenu that the Honourable Senator Baker be deputy chair of the committee. Are we in agreement?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: I declare the motion carried.

TÉMOIGNAGES

OTTAWA, le jeudi 7 novembre 2013

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui, à 10 h 36, conformément à l'article 12-13 du *Règlement du Sénat*, pour tenir sa séance d'organisation

[Traduction]

Shaila Anwar, greffière du comité : Honorable sénatrices et sénateurs, je vois que nous avons le quorum. À titre de greffière du comité, il est de mon devoir de présider à l'élection à la présidence. Je suis prête à recevoir des propositions à cet effet.

Le sénateur Baker : Je propose que le sénateur Runciman soit élu au poste de président.

Mme Anwar : Y a-t-il d'autres propositions?

Le sénateur Joyal : Je propose la clôture des mises en candidature.

Mme Anwar : Il est proposé par l'honorable sénateur Baker que l'honorable sénateur Runciman assume la présidence du comité. Vous plaît-il, honorables sénateurs, d'adopter la motion?

Des voix : D'accord.

Mme Anwar : Je déclare la motion adoptée.

Le sénateur Bob Runciman (président) occupe le fauteuil.

Le président : Merci à tous. Je crois que le comité compte quelques nouveaux membres pour cette session. Durant le peu de temps que je suis sénateur, j'ai eu l'occasion de siéger à la plupart des comités du Sénat, et je pense que vous allez découvrir, enfin c'est mon avis, que ce comité est celui où il est le plus intéressant de siéger. Nous étudions des questions extrêmement controversées, qui sont très importantes pour la majorité des Canadiens et qui suscitent leur attention.

J'ai hâte de travailler avec vous tous au cours des prochains mois et peut-être, qui sait, des prochaines années. Tout dépend de la durée de vie du Sénat, n'est-ce pas?

Je vais maintenant présider à l'élection à la vice-présidence. Je suis prêt à recevoir des propositions à cet effet. Y a-t-il des candidatures?

[Français]

Le sénateur Boisvenu : Je vais proposer mon mentor, le sénateur Baker, comme vice-président du comité.

[Traduction]

Le président : Il est proposé par l'honorable sénateur Boisvenu que l'honorable sénateur Baker soit élu vice-président du comité. Êtes-vous d'accord?

Des voix : D'accord.

Le président : Je déclare la motion adoptée.

Do you wish to make any comments, Senator Baker?

Senator Baker: No, Mr. Chair, but I'm wondering if you have any news as far as possible business of the committee is concerned. Could you mention it to us before this meeting concludes, if you can?

The Chair: I will do that.

The next motion deals with the creation of a Subcommittee on Agenda and Procedure, and we usually refer to that as the steering committee. I guess you have the motion in front of you, but I'll read it for the record:

That the Subcommittee on Agenda and Procedure be composed of the chair, the deputy chair, and one other member of the committee, to be designated after the usual consultation; and

That the subcommittee be empowered to make decisions on behalf of the committee with respect to its agenda, to invite witnesses, and to schedule hearings.

Would someone move that, please?

Senator Joyal: So moved.

The Chair: Discussion? Questions? Comments? Hearing none, is it your pleasure, honourable senators, to adopt the motion?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: The motion is carried.

I should point out that Senator Boisvenu has agreed to be the other member of the steering committee. He's done it for a number of years now and is a true asset to the considerations that the committee undertakes.

Moving on to the next motion, which allows us to publish the committee's proceedings, I would ask for a mover.

Senator Plett: So moved.

The Chair: Moved by the Honourable Senator Plett that the committee publish its proceedings. Is it your pleasure, honourable senators, to adopt the motion?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: I declare the motion carried.

The next motion is the authorization to hold meetings and to receive evidence when quorum is not present. This motion allows the committee to hear evidence with a reduced quorum. We can't move a motion or make any decisions or votes until quorum is present, but it allows us to hear evidence in those kinds of situations that occasionally crop up.

Does anyone have any difficulty with that? If not, could we have a mover? Senator Dagenais has moved that.

Is it your pleasure, honourable senators, to adopt the motion?

Avez-vous des commentaires, sénateur Baker?

Le sénateur Baker : Non, monsieur le président, mais je me demande si vous aviez des nouvelles sur d'éventuels travaux du comité. Pourriez-vous nous en faire part avant la fin de la séance, si possible?

Le président : Je le ferai.

La motion suivante porte sur la création d'un Sous-comité du programme et de la procédure, que nous appelons habituellement le comité de direction. Je suppose que vous avez la motion devant vous, mais je vais la lire :

Que le Sous-comité du programme et de la procédure se compose du président, du vice-président et d'un autre membre du comité désigné après les consultations d'usage; et

Que le sous-comité soit autorisé à prendre des décisions au nom du comité relativement au programme, à inviter les témoins et à établir l'horaire des audiences.

Quelqu'un voudrait-il proposer cette motion, s'il vous plaît?

Le sénateur Joyal : J'en fais la proposition.

Le président : Discussion? Questions? Commentaires? Visiblement, non; honorables collègues, vous plaît-il d'adopter la motion?

Des voix : D'accord.

Le président : La motion est adoptée.

Je dois indiquer que le sénateur Boisvenu a accepté d'être l'autre membre du comité de direction. Il l'a été durant plusieurs années et est un véritable atout sur le plan des études entreprises par le comité.

Nous passons à la motion suivante qui nous autorise à publier les délibérations du comité. Quelqu'un voudrait-il proposer la motion?

Le sénateur Plett : J'en fais la proposition.

Le président : Il est proposé par l'honorable sénateur Plett que le comité publie ses délibérations. Honorables collègues, vous plaît-il d'adopter la motion?

Des voix : D'accord.

Le président : Je déclare la motion adoptée.

La motion suivante porte sur l'autorisation de tenir des réunions et d'entendre des témoignages en l'absence d'un quorum. Cette motion autorise le comité à entendre des témoignages lors des séances tenues avec un quorum réduit. Si nous n'avons pas le quorum, nous ne pouvons pas proposer des motions, prendre des décisions ou voter, mais nous pouvons entendre des témoignages quand ce genre de situation survient occasionnellement.

Avez-vous des objections? Sinon, quelqu'un voudrait-il en faire la proposition? Le sénateur Dagenais en a fait la proposition.

Honorables collègues, vous plaît-il d'adopter la motion?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: I declare the motion carried.

Number 7, the next motion, deals with research staff. I will read that motion as well:

That the committee ask the Library of Parliament to assign analysts to the committee;

That the Subcommittee on Agenda and Procedure be authorized to retain the services of such experts as may be required by the work of the committee; and

That the chair, on behalf of the committee, direct the research staff in the preparation of studies, analyses, summaries and draft reports.

I require a mover.

Senator McIntyre: I so move.

The Chair: Discussion? Seeing none, is it your wish, honourable senators, to adopt the motion?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: I declare the motion carried.

I take this opportunity to introduce the three analysts that have been assigned from the Library of Parliament: Laura Barnett, Caroline Sauvé, and Sandra Gruescu. I invite them to join us. We will circulate CVs to all members so they know their backgrounds.

Welcome, we appreciate you joining us.

We will move on to Motion No. 8, which grants authority to commit funds and certify accounts. I will read the motion into the record:

That, pursuant to section 7, chapter 3:06 of the *Senate Administrative Rules*, authority to commit funds be conferred individually on the chair, the deputy chair, and the clerk of the committee;

That, pursuant to section 8, chapter 3:06 of the *Senate Administrative Rules*, authority for certifying accounts payable by the committee be conferred individually on the chair, the deputy chair, and the clerk of the committee; and

That notwithstanding the foregoing, in cases related to consultants and personnel services, the authority to commit funds and certify accounts be conferred jointly on the chair and deputy chair.

Can I have a mover of that motion? Senator Boisvenu. Any discussion? Is it your pleasure, honourable senators, to adopt the motion?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: I declare the motion carried.

Des voix : D'accord.

Le président : Je déclare la motion adoptée.

Numéro sept, la motion suivante concerne le personnel de recherche. Je vais aussi la lire :

Que le comité demande à la Bibliothèque du Parlement d'affecter des analystes au comité;

Que le Sous-comité du programme et de la procédure soit autorisé à retenir les services des experts-conseils dont le comité peut avoir besoin dans le cadre de ses travaux; et

Que le président, au nom du comité, dirige le personnel de recherche dans la préparation d'études, d'analyses, de résumés et de projets de rapport.

Quelqu'un voudrait-il en faire la proposition?

Le sénateur McIntyre : J'en fais la proposition.

Le président : Discussion? Visiblement, non. Honorables collègues, vous plaît-il d'adopter la motion?

Des voix : D'accord.

Le président : Je déclare la motion adoptée.

Je profite de l'occasion pour vous présenter les trois analystes que la Bibliothèque du Parlement a affectées au comité : Laura Barnett, Caroline Sauvé et Sandra Gruescu. Je les invite à venir s'asseoir avec nous. Nous distribuerons leurs CV au comité afin que tous les membres connaissent leurs antécédents.

Je vous souhaite la bienvenue. Nous sommes heureux de vous avoir parmi nous.

Nous passons à la huitième motion qui concerne l'autorisation d'engager des fonds et d'approuver des comptes à payer. Je lis la motion :

Que, conformément à l'article 7, chapitre 3:06 du *Règlement administratif du Sénat*, l'autorisation d'engager les fonds du comité soit conférée individuellement au président, au vice-président et au greffier au comité;

Que, conformément à l'article 8, chapitre 3:06 du *Règlement administratif du Sénat*, l'autorisation d'approuver les comptes à payer au nom du comité soit conférée individuellement au président, au vice-président et au greffier du comité; et

Que, nonobstant ce qui précède, lorsqu'il s'agit de services de consultants et de personnel, l'autorisation d'engager des fonds et d'approuver les comptes à payer soit conférée conjointement au président et au vice-président.

Quelqu'un voudrait-il en faire la proposition? Le sénateur Boisvenu. Pas de discussion? Honorables collègues, vous plaît-il d'adopter la motion?

Des voix : D'accord.

Le président : Je déclare la motion adoptée.

Number 9 deals with travel. The motion reads:

That the committee empower the Subcommittee on Agenda and Procedure to designate, as required, one or more members of the committee and/or such staff as may be necessary to travel on assignment on behalf of the committee.

Do we have a mover of that motion? Senator Plett moves that motion. Discussion? Seeing none, is it your pleasure, honourable senators, to adopt the motion?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: Number 10 is the designation of members travelling on committee business. The motion reads:

That the subcommittee on agenda and procedure be authorized to:

- 1) determine whether any member of the committee is on “official business” for the purposes of paragraph 8(3)(a) of the Senators Attendance Policy, published in the *Journals of the Senate* on Wednesday, June 3, 1998; and
- 2) consider any member of the committee to be on “official business” if that member is: (a) attending an event or meeting related to the work of the committee; or (b) making a presentation related to the work of the committee; and

That the subcommittee report at the earliest opportunity any decisions taken with respect to the designation of members of the committee travelling on committee business.

Could I have a mover? Senator Batters moves the motion. Questions? Concerns? Seeing none, is it your pleasure, honourable senators, to adopt the motion?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: I declare the motion carried.

We now move to a motion regarding the travelling and living expenses of witnesses. The motion reads:

That pursuant to the Senate guidelines for witness expenses, the committee may reimburse reasonable travelling and living expenses for one witness from any one organization and payment will take place upon application, but that the chair be authorized to approve expenses for a second witness should there be exceptional circumstances.

We apparently have details related to this issue if you have any questions or concerns. Those details for the last session are contained in the committee’s rule 12-26 report that will be circulated at the next committee meeting.

La neuvième motion porte sur les déplacements et se lit comme suit :

Que le comité autorise le Sous-comité du programme et de la procédure à désigner, au besoin, un ou plusieurs membres du comité, de même que le personnel nécessaire, qui se déplaceront au nom du comité.

Quelqu’un voudrait-il en faire la proposition? Le sénateur Plett en fait la proposition. Discussion? Visiblement, non. Honorables collègues, vous plaît-il d’adopter la motion?

Des voix : D’accord.

Le président : La dixième motion concerne la désignation des membres qui voyagent pour le compte du comité et se lit comme suit :

Que le Sous-comité du programme et de la procédure soit autorisé à :

- 1) déterminer si un membre du comité remplit un « engagement officiel » au sens de l’alinéa 8(3)a) de la politique relative à la présence des sénateurs, publiée dans les *Journaux du Sénat* du mercredi 3 juin 1998; et
- 2) considérer qu’un membre du comité remplit un « engagement officiel » si ce membre : a) assiste à une activité ou à une réunion se rapportant aux travaux du comité; ou b) fait un exposé ayant trait aux travaux du comité; et

Que le sous-comité fasse rapport, à la première occasion, de ses décisions relatives aux membres du comité qui voyagent pour les affaires du comité.

Quelqu’un voudrait-il en faire la proposition? La sénatrice Batters en fait la proposition. Des questions? Des préoccupations? Visiblement, non. Honorables collègues, vous plaît-il d’adopter la motion?

Des voix : D’accord.

Le président : Je déclare la motion adoptée.

Nous avons maintenant une motion portant sur les frais de déplacement et de séjour des témoins et qui se lit comme suit :

Que, conformément aux lignes directrices du Sénat concernant les frais de déplacement des témoins, le comité rembourse les dépenses raisonnables de voyage et d’hébergement à un témoin par organisme, après qu’une demande de remboursement aura été présentée, mais que le président soit autorisé à permettre le remboursement de dépenses à un deuxième témoin de ce même organisme en cas de circonstances exceptionnelles.

Apparemment, nous avons des détails sur cette motion au cas où vous auriez des questions ou des préoccupations. Les détails pour la session précédente se trouvent dans le rapport du comité sur l’article 12-26. Ce rapport sera distribué à la prochaine réunion du comité.

Could we have a mover of that motion? Senator Rivest has moved the motion. Questions?

Senator Rivest: What is a reasonable expense?

The Chair: I will refer that to the clerk.

Ms. Anwar: We have used it in the past.

The Chair: We understand the context of the question.

Is it your pleasure, honourable senators, to adopt the motion?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: I declare the motion carried.

Next is a motion dealing with communications:

That the Subcommittee on Agenda and Procedure be empowered to direct communications officer(s) assigned to the committee in the development of communications plans where appropriate and to request the services of the Senate Communications Directorate for the purposes of their development and implementation; and

That the Subcommittee on Agenda and Procedure be empowered to permit coverage by electronic media of the committee's public proceedings with the least possible disruption of its hearings at its discretion.

As committee members know, we do not have a communications officer assigned to the committee on a full-time basis at the moment, so until further notice, the committee will continue to look for assistance on a case-by-case basis. It's something that the subcommittee can look at in the future as well.

Senator Dagenais, did you wish to move the motion?

[*Translation*]

Senator Dagenais: I would like to make a comment first. As you mentioned, the committee deals with important files and as we all know, even in our government's plan, legal affairs are important.

I understand that there is no director of communications, but regarding the decisions our committee makes, did we not at one point consider using the services of a communications specialist to communicate the work of our committee? Because our files have a particular impact on society, whether we are dealing with issues concerning sexual predators, the contraband of cigarettes, or all of the other matters we have dealt with.

[*English*]

The Chair: I wasn't sure of your question. What we have done in the past is we have left it up to steering to make a recommendation depending on the basis of legislation or the business before the committee, whether it's appropriate, whether we feel it's a required need, and then we act it on that basis, rather than having someone assigned on a full-time basis. We try to assess it on a going-forward basis. That's fine? Any other questions?

Quelqu'un voudrait-il en faire la proposition? Le sénateur Rivest en fait la proposition. Y a-t-il des questions?

Le sénateur Rivest : Qu'entend-on par dépenses raisonnables?

Le président : Je transmets votre question à la greffière.

Mme Anwar : Nous avons utilisé cette expression par le passé.

Le président : Nous comprenons le contexte de la question.

Honorables collègues, vous plaî-t-il d'adopter la motion?

Des voix : D'accord.

Le président : Je déclare la motion adoptée.

La motion suivante porte sur les communications :

Que le Sous-comité du programme et de la procédure soit autorisé à diriger, au besoin, les agents de communications affectés au comité pour ce qui est de l'élaboration des plans de communication et à demander l'appui de la Direction des communications du Sénat aux fins de la préparation et de la mise en œuvre de ces plans; et

Que le Sous-comité du programme et de la procédure soit autorisé à permettre la diffusion des délibérations publiques du comité par les médias électroniques, de manière à déranger le moins possible ses travaux et à sa discrétion.

Comme le savent les membres du comité, nous n'avons pas pour le moment un agent de communications affecté à plein temps au comité. Donc, jusqu'à nouvel ordre, le comité continuera de demander de l'aide au cas par cas. C'est aussi une question que le sous-comité pourrait étudier.

Sénateur Dagenais, voulez-vous en faire la proposition?

[*Français*]

Le sénateur Dagenais : J'aurais un commentaire auparavant. Comme vous l'avez mentionné, les dossiers traités au comité sont des dossiers importants et vous le savez comme moi, même dans le plan de notre gouvernement, les affaires juridiques sont importantes.

Je comprends qu'il n'y a pas de directeur des communications, mais quand notre comité prend des décisions, n'avait-on pas pensé un moment donné utiliser les services de quelqu'un en communication pour communiquer les travaux de notre comité? Parce que nos dossiers touchent particulièrement la société, que l'on pense aux dossiers des prédateurs sexuels, la contrebande de cigarettes et tous les dossiers que l'on a traités.

[*Traduction*]

Le président : Je n'étais pas sûr d'avoir compris votre question. Auparavant, nous laissons au comité de direction le soin de formuler une recommandation en se basant sur les mesures législatives étudiées par le comité ou sur les travaux du comité, ainsi que de décider si c'était approprié et nécessaire avant de prendre une décision plutôt que d'avoir un agent affecté à plein temps. Nous essayons d'évaluer au fur et à mesure ce besoin. Cette réponse vous convient-elle? Y a-t-il d'autres questions?

Could I have a mover for this? I don't have a mover at the moment. Senator Joyal has moved the motion. Any further discussion? Is it your pleasure, honourable senators, to adopt the motion?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: The motion is carried.

For your information, the time slots for the regular meetings are Wednesdays at 4:15 p.m. to 6:15 p.m., and Thursdays at 10:30 a.m. to 12:30 p.m. As a rule we always meet in this room. If there is a change, obviously you will be notified.

In the past we have adopted a motion to authorize the chair and the deputy to seek the permission of the whips to extend the Thursday meeting time to 1:15 p.m. That's what we did in the last session, so if no one has any problem with that, I would like to propose a motion that the chair and the deputy chair seek the permission of the whips for the committee to extend its sitting time on Thursdays to 1:15.

Anyone prepared to move that? Not enthusiastically. Senator Plett has moved it. Any questions or concerns about that? We play it by ear. If we feel it's necessary, then we will have the authority to do so. So moved by Senator Plett. Can you indicate your interest in adopting the motion. All in favour?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: Motion carried.

Our final item, other than adjournment, is other business. We could move in camera if you wish, but I don't see the need for that. If something pops up — if a Senator wants to raise an issue — we can move in camera to deal with it, but I don't think it is necessary at the moment.

As Senator Baker suggested, we have had a referral to the committee with a deadline reporting date. These declaratory provisions to the Supreme Court Act clarify — they don't make changes to the law — the existing law that individuals with at least 10 years with the Quebec bar at any time during their career are eligible to sit on the Supreme Court of Canada as a Quebec member. Obviously, we're all familiar with the controversy surrounding that issue, so we've been asked to deal with it and with limited time.

Perhaps we can have a brief discussion now. If anyone has suggestions, I'm hoping we can have a brief steering committee after this meeting to try to give some direction to staff with respect to potential witnesses, looking at the time line. We've asked library research to provide us with some suggestions along those lines. Hopefully, you're open to a brief discussion right now to give us some direction.

Quelqu'un voudrait-il en faire la proposition? Personne pour le moment. Le sénateur Joyal en fait la proposition. Y a-t-il d'autres observations? Honorables collègues, vous plaît-il d'adopter la motion?

Des voix : D'accord.

Le président : La motion est adoptée.

À titre d'information, les horaires des séances sont de 16 h 15 à 18 h 15 les mercredis et de 10 h 30 à 12 h 30 les jeudis. En règle générale, nous tenons nos réunions dans cette salle. Bien évidemment, vous serez avisés de tout changement.

Par le passé, nous avons adopté une motion qui autorisait le président et le vice-président à demander au whip la permission de prolonger la séance de jeudi jusqu'à 13 h 15. C'est ce que nous avons fait à la session précédente. Si personne ne voit d'inconvénient, je voudrais proposer une motion autorisant le président et le vice-président à demander au whip la permission que le comité prolonge la séance de jeudi jusqu'à 13 h 15.

Quelqu'un voudrait-il en faire la proposition? Il y a un manque d'enthousiasme. Le sénateur Plett en fait la proposition. Y a-t-il des questions ou des préoccupations à ce sujet? Nous agissons en fonction de la situation. Si nous jugeons que cette mesure est nécessaire, nous aurons la permission de la prendre. Le sénateur Plett en a fait la proposition. Pouvez-vous signifier votre appui pour cette mesure en votant pour la motion. Tous sont d'accord?

Des voix : D'accord.

Le président : La motion est adoptée.

Notre dernier point, exception faite de lever la séance, concerne les autres affaires. Nous pouvons poursuivre à huis clos si vous le souhaitez, mais je n'en vois pas la nécessité. Si un point est soulevé — si un sénateur veut soulever un point — nous pouvons en discuter à huis clos, mais je ne pense pas que ce soit nécessaire à ce moment-ci.

Ainsi que l'a suggéré le sénateur Baker, nous avons eu un renvoi au comité avec une date limite de présentation de rapport. Ces modifications déclaratoires de la Loi sur la Cour suprême, sans apporter de modifications à la loi actuelle, précisent que les personnes ayant été membres du Barreau du Québec pendant au moins 10 ans peuvent être nommées à la Cour suprême du Canada à titre de représentants de cette province. Nous sommes, bien sûr, tous au courant de la controverse entourant cette mesure, on nous a demandé d'aborder cette question en respectant un délai serré.

Nous pouvons peut-être avoir maintenant une brève discussion. Si quelqu'un a des suggestions, j'espère bien que le comité de direction pourra avoir une petite réunion pour donner quelques instructions au personnel au sujet de témoins potentiels, en tenant compte du délai serré. Nous avons demandé au service de recherche de la Bibliothèque de nous donner quelques suggestions à ce chapitre. J'espère que vous acceptez d'avoir une courte discussion maintenant pour nous donner une certaine orientation.

[Translation]

Senator Boisvenu: What are we being asked to reflect on, exactly? Is this matter before the Supreme Court currently, or will our committee be studying it?

[English]

The Chair: This is a declaration, as I said. It's a declaratory provision. We're going to listen to the case pro and con with respect to eligible criteria. At the end of the day, we may wish to express a view related to this, but it's not an up or down issue for us. At some point, in my view anyway, we will be taking a position with respect to the clarity of that provision; so we'll be hearing pros and cons. I'm sure we had some expression from the Government of Quebec as well early on that they don't believe this is the correct interpretation. I think that's the question we'll be dealing with.

[Translation]

Senator Joyal: To reply to Senator Boisvenu's question, there is a reference before the Supreme Court of Canada by the government, that is supposed to be heard mid-January. The Canadian government has asked the Supreme Court a specific question on the legality of Judge Nadon's nomination. Of course the parties involved, among them the Government of Quebec, are busy preparing their factums.

To reply to your question, there is a reference before the Supreme Court of Canada which is supposed to be heard as a priority in mid-January. The bill in question is an amendment to the Supreme Court Act. We are not being invited to comment on the nature of the reference, since both topics overlap.

[English]

Senator Batters: I was going to add that perhaps the particular provisions are part of the budget implementation bill. Maybe we're being asked to look at those particular provisions.

The Chair: We are. A number of other provisions are referred to other Senate committees as well. It was embodied in the same motion.

[Translation]

Senator Rivest: I would like to see our committee, or even the Senate, despite the reference to the Supreme Court, take an interest in this question, since the Senate exists precisely to protect a certain number of constitutional rights and prerogatives granted to regions. Of course, the institution of the Supreme Court is of primary concern to us. There is a provision that attributes three justices of the Supreme Court to Quebec. This provision regarding the Supreme Court is unique. It does not apply to

[Français]

Le sénateur Boisvenu : Qu'est-ce qu'on nous demande de faire comme réflexion au juste? La Cour suprême est-elle saisie de ce dossier actuellement, ou est-ce notre comité qui en sera saisi?

[Traduction]

Le président : Comme je l'ai dit il s'agit d'une disposition déclaratoire. Nous allons entendre le pour et le contre relativement au critère de nomination. Au bout du compte, nous pourrions exprimer un point de vue sur la question, mais nous ne sommes ni pour ni contre. À un certain stade, je pense que nous allons donner notre avis sur la clarté de cette disposition; nous allons donc entendre les avantages et les inconvénients. Je suis sûr que le gouvernement du Québec a déclaré assez rapidement qu'il ne croyait pas que cette interprétation est la bonne. Je crois que c'est ce que nous allons examiner.

[Français]

Le sénateur Joyal : En réponse à la question du sénateur Boisvenu, il y a une référence devant la Cour suprême du Canada par le gouvernement, qui doit être entendue à la mi-janvier. Le gouvernement canadien a demandé à la Cour suprême une question spécifique sur la légalité de la nomination du juge Nadon. Évidemment, les parties impliquées, dont le gouvernement du Québec, sont à préparer leur factum de représentation.

Pour répondre à votre question, il y a donc une référence devant la Cour suprême du Canada, qui doit être entendue en priorité à la mi-janvier. Le projet de loi dont il s'agit est un amendement à la Loi sur la Cour suprême du Canada. On n'est pas invité à se prononcer sur la nature de la référence, évidemment, cet incident à la référence, puisque les deux sujets se recoupent.

[Traduction]

La sénatrice Batters : J'allais ajouter que ces dispositions font partie du projet de loi d'exécution du budget. Il se peut que l'on nous demande de les examiner.

Le président : Oui, c'est ce que l'on nous demande. Un certain nombre d'autres dispositions sont aussi renvoyées à d'autres comités du Sénat. C'était incorporé dans la même motion.

[Français]

Le sénateur Rivest : Je souhaite que notre comité, ou même le Sénat, malgré le renvoi à la Cour suprême, s'intéresse à cette question, dans la mesure où le Sénat est justement là pour protéger un certain nombre de droits et de prérogatives constitutionnelles consenties à des régions. Bien sûr, l'institution de la Cour suprême nous concerne au premier chef. Dans cette question, il y a une disposition qui attribue au Québec trois juges de la Cour suprême. Cette disposition de la Cour suprême est

other provinces, but it is guaranteed by civil law and historical precedent.

I would like our committee, and perhaps the Senate as well, to express its opinion publicly on this matter, because it is very important. There is some ambiguity regarding the nomination proposed by the government, and it is debatable. If we went forward, the Government of Quebec, which is the primary spokesperson for the interests of Quebec within the Canadian federation, would have to attend our meetings if we heard witnesses. The Quebec Bar would also have to be present. These are the two organizations that are most likely to express an opinion. I would not suggest that we do this *ad infinitum*, because everyone has an opinion on this matter. However, I would like us to do this quickly, in a circumscribed manner, and I would like us to express our opinion, while letting the legal process unfold in the normal manner. As an institution, I think that the Senate has to take a position, given that these are constitutional and legislative rights that are guaranteed to a particular region of Canada, Quebec.

[English]

Senator Joyal: I may have one or two suggestions of law professors who have already expressed their views in written form so we know the substance of their opinions. I might suggest them to the subcommittee today or tomorrow at the latest so that you will be in a position to invite them. As you know, most of those people are teaching or involved in other professional responsibilities. We have to give them notice ahead of time so they could suggest to us when they would be available.

The Chair: All right. Good. Thank you.

Well, we can leave it at that. The steering committee will be looking at the list provided, as well by the Library of Parliament. The clerk will circulate background information to you as quickly as possible so that you're up to speed before we start the process upon return.

[Translation]

Senator Boisvenu: Since we are on leave next week, would it be advisable to hold a meeting of the steering committee so that we can draw up a list of witnesses and be ready when we return?

[English]

The Chair: Yes. I had hoped that we could meet briefly after this meeting.

The clerk has asked me to point out with respect to the distribution of documents received in French only or English only when submitted by private citizens or organizations that the translations will follow as soon as possible. I want you to appreciate it's only initially receiving documents as a rule in both

inédite. Elle ne s'adresse pas à d'autres provinces, mais elle est garantie, compte tenu du droit civil et de la connaissance historique.

Je souhaiterais que notre comité, et éventuellement le Sénat, s'exprime publiquement sur cette question, parce qu'elle est très importante. Il y a une ambiguïté, bien sûr, et c'est discutable, quant à la nomination proposée par le gouvernement. Si on allait de l'avant, au premier chef, le gouvernement du Québec, qui est le premier porte-parole des intérêts du Québec au sein de la fédération canadienne, devrait assister aux séances si nous entendions des témoins. Le Barreau du Québec devrait être présent également. Ce sont les deux organismes sans doute les plus susceptibles de se prononcer. Je ne dirais pas de le faire *ad infinitum*, car tout le monde a son opinion sur la question. Je souhaiterais toutefois qu'on le fasse de façon rapide, circonscrite et que l'on s'exprime, laissant au processus judiciaire la liberté de suivre son cours. Comme institution, je crois que le Sénat doit s'exprimer, étant donné que ce sont des droits constitutionnels et législatifs garantis à une région particulière du Canada qui est le Québec.

[Traduction]

Le sénateur Joyal : J'ai peut-être une ou deux suggestions de professeurs de droit qui ont déjà donné leurs avis par écrit pour que nous connaissions le fond de leurs pensées. Je les proposerai peut-être au sous-comité aujourd'hui ou demain au plus tard afin que vous puissiez les inviter. Comme vous le savez, la plupart de ces personnes enseignent ou ont d'autres responsabilités professionnelles. Nous devons les aviser à l'avance pour leur permettre de nous dire quand elles seront libres.

Le président : Entendu. Très bien. Merci.

Bon, nous pouvons en rester là. Le comité de direction examinera la liste présentée, ainsi que celle de la Bibliothèque du Parlement. La greffière vous remettra aussitôt que possible de la documentation qui vous permettra de vous familiariser avec le dossier avant que nous nous mettions à la tâche à notre retour.

[Français]

Le sénateur Boisvenu : Comme nous sommes en congé la semaine prochaine, est-ce qu'il y aurait lieu d'avoir une réunion du comité directeur pour que l'on puisse prévoir une liste de témoins et être prêts pour le retour?

[Traduction]

Le président : Oui. J'espérais avoir une courte réunion après celle-ci.

Au sujet des documents envoyés par des particuliers ou des organisations et rédigés en français seulement ou en anglais, la greffière voulait que je fasse remarquer que les traductions doivent nous parvenir le plus tôt possible après. Je vous rappelle qu'en général ce sont les ministères qui envoient en même temps

official languages when they're from government departments. You have to understand that there could be a little delay with respect to getting the other language before you.

Is there any discussion related to future business, special studies or other business to raise at this point? Nothing? Then we shall conclude.

(The committee adjourned.)

OTTAWA, Thursday, November 21, 2013

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 10:47 a.m. for the consideration of a draft report; and to examine the subject matter of those elements contained in Division 19 of Part 3 of Bill C-4, A second Act to implement the budget tabled in Parliament on March 21, 2013 and other measures.

Senator Bob Runciman (*Chair*) in the chair.

[*English*]

The Chair: Good morning. Welcome, colleagues, invited guests and members of the general public who are following today's proceedings on the Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs.

We have a number of matters to deal with this morning. One of our witnesses is not going to arrive, we're told, until 11 o'clock. We can probably deal with items 1 and 2 prior to that.

Item 1 is the consideration of a draft report that outlines the expenses incurred by the committee in the last session. I think you all have it in front of you. Any questions or concerns with respect to this?

Senator Jaffer: I move it.

The Chair: Senator Jaffer moves adoption of the report. Any questions or comments? All in agreement?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: Carried. I will be tabling the report later today in the Senate.

Item 2 is the subject matter we're going to be dealing with.

This is the first meeting of the current Parliamentary session. We're here today to begin our study into the subject matter of Bill C-4, a budget implementation bill. Specifically, the Senate has requested that the committee examine certain provisions related to the Supreme Court Act that are contained in Division 19, Part 3 of the bill.

les documents dans les deux langues officielles. Il faut comprendre que vous allez recevoir les versions traduites des documents avec un léger retard.

Avez-vous des observations au sujet des travaux futurs, des études spéciales ou des autres affaires? Aucune? Nous allons donc en rester là.

(La séance est levée.)

OTTAWA, le jeudi 21 novembre 2013

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui, à 10 h 47, pour étudier une ébauche de rapport ainsi que la teneur des éléments de la Section 19 de la Partie 3 du projet de loi C-4, Loi n° 2 portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 21 mars 2013 et mettant en œuvre d'autres mesures.

Le sénateur Bob Runciman (*président*) occupe le fauteuil.

[*Traduction*]

Le président : Bonjour. Bienvenue à mes collègues, aux invités et aux membres du public qui suivent les débats d'aujourd'hui du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

Nous avons un certain nombre de questions à examiner ce matin. D'après ce qu'on nous a dit, un de nos témoins n'arrivera pas avant 11 heures. Nous pouvons probablement traiter les points 1 et 2 de l'ordre du jour avant son arrivée.

Le point n° 1 est l'étude d'une ébauche de rapport qui expose les dépenses encourues par le comité au cours de la dernière session. Je pense que vous l'avez tous. Avez-vous des questions ou des commentaires à ce sujet?

La sénatrice Jaffer : Je propose son adoption.

Le président : La sénatrice Jaffer propose l'adoption du rapport. Y a-t-il des questions ou des commentaires? Tout le monde est d'accord.

Des voix : D'accord.

Le président : Adopté. Je déposerai le rapport un peu plus tard aujourd'hui au Sénat.

Le point n° 2 est la question que nous allons examiner.

C'est la première séance de la session parlementaire qui vient de commencer. Nous sommes ici aujourd'hui pour débiter notre étude de la teneur du projet de loi C-4, un projet de loi d'exécution du budget. Plus précisément, le Sénat a demandé au comité d'examiner certaines dispositions qui touchent la Loi sur la Cour suprême et qui figurent dans la section 19 de la partie 3 du projet de loi.

Our job is to conduct our hearings and then to report our findings to the Senate by November 29, 2013, so that both the Senate and our colleagues on the Finance Committee can consider the evidence and comments that we will gather on this part of the budget bill.

As a reminder to those watching these committee hearings, they're open to the public and also available, via webcast, on the sen.parl.gc.ca website. You can find more information on the schedule of witnesses on the website, under "Senate Committees."

To begin our deliberations, I'm pleased to introduce to the committee Paul Daly, Assistant Professor of Law at the Université de Montréal, and Benoît Pelletier, Professor, Faculty of Law, Civil Law Section, the University of Ottawa. Welcome.

We will begin with opening remarks from each witness. Professor Daly, we will begin with you; please proceed.

Paul Daly, Assistant Professor of Law, Université de Montréal, as an individual: Thank you, Mr. Chair and members of the committee, for the invitation to appear before you today. I appear before you this morning in my personal capacity.

The committee is meeting to discuss clauses 471 and 472 of Bill C-4, which insert new sections, 5.1 and 6.1, in the Supreme Court Act.

These provisions are designed to validate, retrospectively, the appointment of Mr. Justice Nadon from the Federal Court of Appeal to the Supreme Court of Canada, and they will open up the so-called Quebec seats on the Supreme Court of Canada to a wider pool of candidates in the future.

I discuss three general issues in my written submissions and will summarize them briefly.

First, section 6 of the Supreme Court Act, which provides that three judges of the Supreme Court of Canada are to be appointed from the Quebec Superior Court, Quebec Court of Appeal or from amongst the members of the Quebec Bar, was designed to ensure that the Supreme Court of Canada has institutional knowledge of Quebec's distinctive legal tradition, the Civil Code. This was the purpose of the drafter of section 6, Toussaint LaFlamme, who introduced the provision in the 1875 debates on the creation of the Supreme Court of Canada. The means of achieving this important goal was to list three sole sources from which the Quebec seats could be filled, to the exclusion of all other sources. This was a policy choice made by Parliament at the time and a choice that has been maintained to this day.

Second, the declaratory provisions seek to alter the status quo by permitting federal court judges and many other groups who have practised law in Quebec for a period of 10 years to fill the Quebec seats on the Supreme Court of Canada.

Notre travail consiste à tenir des séances à ce sujet et de faire ensuite rapport de nos conclusions au Sénat d'ici le 29 novembre 2013, pour que le Sénat et nos collègues du Comité des finances puissent examiner les témoignages et les commentaires qui touchent cette partie du projet de loi budgétaire.

Je rappelle à ceux qui regardent les audiences du comité à la télévision, qu'elles sont publiques et qu'elles sont également diffusées sur le site web sen.parl.gc.ca. Vous trouverez d'autres renseignements au sujet du calendrier de l'audition des témoins sur le site web, sous la rubrique « Comités du Sénat ».

Pour débiter nos délibérations, j'ai le plaisir de présenter au comité Paul Daly, professeur de droit adjoint à l'Université de Montréal, et Benoît Pelletier, professeur à la faculté de droit, Section de droit civil, à l'Université d'Ottawa. Bienvenus.

Nous allons commencer par entendre les remarques liminaires de chacun des témoins. Monsieur Daly, nous allons commencer par vous. Veuillez commencer.

Paul Daly, professeur de droit adjoint, Université de Montréal, à titre personnel : Je remercie monsieur le président et les membres du comité de m'avoir invité à comparaître aujourd'hui. Je comparais ce matin à titre personnel.

Le comité est réuni pour analyser les articles 471 et 472 du projet de loi C-4, qui ajoutent les nouveaux articles 5.1 et 6.1 à la Loi sur la Cour suprême.

Ces dispositions ont pour but de valider, rétrospectivement, la nomination du juge Nadon de la Cour d'appel fédérale à la Cour suprême du Canada; le gouvernement veut ainsi choisir les trois sièges de juge de la Cour suprême du Canada réservés au Québec parmi un bassin de candidats plus vaste.

Dans mon mémoire, j'aborde trois questions générales que je vais résumer brièvement.

Premièrement, l'article 6 de la Loi sur la Cour suprême, qui énonce que trois juges de la Cour suprême du Canada doivent être choisis parmi les juges de la Cour supérieure du Québec, de la Cour d'appel du Québec ou parmi les membres du Barreau du Québec, a été conçu pour veiller à ce que la Cour suprême du Canada ait, par sa composition, une bonne connaissance de la tradition juridique particulière au Québec, le Code civil. C'était là le but recherché par le rédacteur de l'article 6, Toussaint LaFlamme, qui a introduit cette disposition au cours des débats tenus en 1875 au sujet de la création de la Cour suprême du Canada. La façon choisie retenue pour atteindre cet objectif a été d'énumérer les trois seules sources susceptibles de servir à combler les sièges réservés au Québec, à l'exclusion de toutes les autres sources. C'est le choix politique qu'a fait à l'époque le Parlement et ce choix a été préservé jusqu'à aujourd'hui.

Deuxièmement, les dispositions déclaratoires ont pour but de modifier le statu quo en autorisant les juges de la Cour fédérale et de nombreux autres groupes qui ont pratiqué le droit au Québec pendant au moins 10 ans à occuper les sièges de la Cour suprême du Canada réservés au Québec.

Declaratory provisions function like judicial decisions. Formally, their effect is to declare the law rather than to change it, but this involves the legislature acting as judge and jury. It is a breach of the separation of powers.

Subject to constitutional limits, Parliament can lawfully accomplish this. However, in the British constitutional tradition, of which Canada is a proud member, a distinction is sometimes made between acting lawfully and acting constitutionally. Declaratory laws may be lawful but also unconstitutional, breaching the unwritten constitution.

Parliament should reflect carefully before using this power, and perhaps consider more wide-ranging reform to the qualifications of judges on the Supreme Court of Canada.

Third, there is a potentially problematic limit in Canada's written constitution. Part V of the Constitution Act 1982 requires unanimous consent for changes to the composition of the Supreme Court of Canada.

Although the Supreme Court Act does not form part of the Constitution of Canada, the Supreme Court of Canada may well conclude, in the face of unilateral Parliamentary action, that certain core provisions of the Supreme Court Act, or certain essential and fundamental characteristics of the Supreme Court of Canada, are constitutionally entrenched and beyond the powers of Parliament.

This was the understanding of the drafters of Part V, though it remains to be seen what the court will say.

On these three issues, I think the members of this committee, and the members of Parliament more generally, should carefully reflect before reaching a final decision.

Thank you.

The Chair: Thank you very much. We will move to Professor Pelletier. The floor is yours.

[*Translation*]

Benoît Pelletier, Professor, Faculty of Law, University of Ottawa: Thank you, Mr. Chair and senators, for inviting me here today to discuss Bill C-4, which is before you.

First, allow me to say, and to be quite direct since the time allotted me is very short, that I am convinced, when I look at the Supreme Court Act, that sections 5 and 6 of that act must be read together, that is to say that the one must be interpreted in light of the other as section 6 simply clarifies section 5 in respect of Quebec. This is a drafting technique that we even see in sections 97 and 98 of the Constitution Act, 1867 respecting the appointment of judges to provincial superior and appellate courts.

Les dispositions déclaratoires ont le même effet que les décisions judiciaires. Formellement, elles ont pour effet de déclarer le droit plutôt que de le modifier, mais cela veut dire que l'assemblée législative agit alors comme juge et jury. C'est une violation du principe de la séparation des pouvoirs.

Sous réserve de certaines limites constitutionnelles, le Parlement peut légalement agir de cette façon. Cependant, selon la tradition constitutionnelle britannique, à laquelle appartient fièrement le Canada, on établit parfois une distinction entre le fait d'agir légalement et celui d'agir constitutionnellement. Les lois déclaratoires peuvent être légales, mais également inconstitutionnelles, si elles violent la constitution non écrite.

Le Parlement devrait hésiter à utiliser ce pouvoir et peut-être envisager de réformer en profondeur les conditions d'admissibilité des juges à la Cour suprême du Canada.

Troisièmement, il y a la limite que peut apporter la constitution écrite du Canada, à savoir que la partie V de la Loi constitutionnelle de 1982 exige le consentement unanime des provinces et des territoires lorsqu'il s'agit de modifier la composition de la Cour suprême du Canada.

La Loi sur la Cour suprême ne fait pas partie de la Constitution du Canada, mais la Cour suprême du Canada pourrait fort bien conclure, placée devant une mesure parlementaire unilatérale, que certaines dispositions essentielles de la Loi sur la Cour suprême, ou certaines caractéristiques fondamentales et essentielles de la Cour suprême du Canada, sont garanties par la Constitution et ne relèvent pas des pouvoirs du Parlement.

C'est ce que pensaient les rédacteurs de la partie V, mais nous ne savons bien sûr pas ce que dira le tribunal.

Je crois que les membres du comité, et plus généralement les membres du Parlement, devraient soigneusement réfléchir à ces trois questions avant d'en arriver à une décision définitive.

Je vous remercie.

Le président : Je vous remercie. Nous allons passer à M. Pelletier. Vous avez la parole.

[*Français*]

Benoît Pelletier, professeur, faculté de droit, Université d'Ottawa : Merci, monsieur le président, mesdames et messieurs les sénateurs, de me recevoir aujourd'hui concernant ce projet de loi C-4 dont vous faites l'examen.

Vous me permettez d'abord de dire et d'être plutôt direct puisque le temps qui m'est alloué est très restreint, que lorsque je regarde la Loi sur la Cour suprême, je suis convaincu que les articles 5 et 6 de cette loi doivent être lus en conjonction, c'est-à-dire qu'un article doit être interprété en fonction de l'autre, l'article 6 vient tout simplement préciser l'article 5 en ce qui concerne le Québec. C'est une technique de rédaction que nous retrouvons même en ce qui concerne la nomination des juges des

We see the same drafting technique: there is a general provision for Canada as a whole followed by a particularization and clarification with respect to Quebec.

I would add that I am convinced the English and French versions should also be read together. There are a few differences between the two versions, but they are two official versions and one must search those two versions for the spirit of the legislation, the legislator's intent, and the common sense meaning that emerges from the two versions in question.

On a purely grammatical point, when I look at the French version of section 5 of the Supreme Court Act, I see that it states, for example, that judges must be selected from among the lawyers who are "inscrits pendant au moins dix ans au barreau d'une province." This leads me to make two comments.

First, the word "inscrit" may refer to current or previous standing. This gives rise to two interpretations, either a present, current interpretation, or a past interpretation.

I will add that the word "inscrit" is followed by the word "pendant". If the legislator had wanted judges to be appointed from among the advocates who had standing at the bar at the time of their appointment, it would have said "parmi les avocats inscrits depuis dix ans ou au moins dix ans au barreau d'une province," whereas it stated "pendant dix ans."

In my view, the word "pendant" offers flexibility and attests to the legislator's wish to include in Supreme Court appointments people who have previously had 10 years' standing at the bar of a province and obviously, under section 6, at the Bar of Quebec.

When sections 5 and 6 are read together, that is to say when the two provisions are combined, as I think should be done, we obtain the following result: according to the French version, three judges must be selected from among the current and former judges of the Superior Court of Quebec or of the Court of Appeal of Quebec or from among the lawyers "inscrits" at the Bar of Quebec for at least 10 years, with the double meaning that the word "inscrit" can have and with the use of the word "pendant" that I just mentioned.

In English, however, combining sections 5 and 6 yields the following result:

[English]

Three judges shall be appointed from among people who are or have been judges of the Superior Court of Quebec or of the Court of Appeal of Quebec or who are or have been advocates of at least 10 years standing at the Bar of Quebec.

cours supérieures et des cours d'appel des provinces aux articles 97 et 98 de la Loi constitutionnelle de 1867. On retrouve la même technique de rédaction, c'est une disposition générale pour tout le Canada et après une particularisation ou une précision en ce qui concerne le Québec.

J'ajouterais que je suis convaincu que la version anglaise et la version française doivent aussi être lues ensemble; il y a quelques différences entre ces deux versions, mais il s'agit de deux versions officielles, et on doit chercher dans ces deux versions l'esprit du législateur, l'intention du législateur et le sens commun qui se dégage des deux versions en question.

Sur le plan purement grammatical lorsque je regarde la version française de l'article 5 de la Loi sur la Cour suprême, je constate qu'il est mentionné, entre autres, que les juges doivent être choisis parmi les avocats inscrits pendant au moins 10 ans au barreau d'une province. Cela m'amène à deux commentaires.

D'abord, le mot « inscrit » peut vouloir dire inscrit en ce moment comme il peut vouloir dire qu'il a déjà été inscrit. Cela permet ces deux interprétations. Soit donc une interprétation présente, actuelle, soit une interprétation passée.

J'ajouterais par ailleurs que le mot « inscrit » est suivi du mot « pendant ». Si le législateur avait souhaité que les juges ne soient nommés que parmi les avocats inscrits au barreau au moment de leur nomination, le législateur aurait dit « parmi les avocats inscrits depuis dix ans ou au moins dix ans au barreau d'une province », alors que le législateur a dit « pendant dix ans ».

À mon avis, le mot « pendant » offre une flexibilité et témoigne de la volonté du législateur d'inclure dans les nominations à la Cour suprême des gens qui ont déjà été inscrits pendant 10 ans au barreau d'une province et évidemment, en vertu de l'article 6, au Barreau du Québec.

Lorsqu'on lit l'article 5 et l'article 6 en conjonction, c'est-à-dire lorsqu'on fait un mélange des deux dispositions, comme à mon avis cela doit être fait, cela nous donne le résultat suivant : en ce qui concerne la version française, trois juges doivent être choisis parmi les juges actuels ou anciens de la Cour supérieure du Québec ou de la Cour d'appel du Québec ou parmi les avocats inscrits pendant au moins 10 ans au Barreau du Québec, avec le double sens que peut avoir le mot « inscrit » et avec cette utilisation du mot « pendant » dont je viens de parler.

En anglais, cependant, la conjonction des articles 5 et 6 nous donne le résultat suivant :

[Traduction]

Trois juges sont choisis parmi les personnes qui sont ou ont été juges de la Cour supérieure du Québec ou de la Cour d'appel du Québec ou qui sont ou ont été inscrits depuis au moins 10 ans au Barreau du Québec.

[*Translation*]

As you can see, the English version is even clearer than the French version and thus affords the possibility of appointing to the Supreme Court people who have previously had 10 years' standing at the Bar of Quebec but who are no longer "inscrits" at the time of their appointment to the Supreme Court of Canada.

Now when I consider the spirit of the provision, or rather of the provisions, since I am still talking about sections 5 and 6 of the Supreme Court Act, it seems clear to me that the legislator wanted at least three of the nine Supreme Court judges to be trained in the civil law. Why? Because since the Supreme Court is a general court of appeal, it sometimes hears civil law cases, cases from Quebec, and it is desirable in such instances for there to be at least three civil law judges, and there is even the possibility for the court to sit only five judges in such cases, which enables civil law judges to form the majority on the case and to have the final word on a civil law matter.

The intent, in my view, was thus to appoint to the Supreme Court at least three persons with civil law training. It would be senseless to require those people to have spent their entire careers in the civil law because that would exclude from the Supreme Court of Canada criminal lawyers, who are obviously also necessary for the interpretation and enforcement of the laws. We would thus deprive ourselves of trade lawyers, maritime lawyers and, even worse, constitutional lawyers.

That was obviously a joke, but all that to say that it is not necessary for the person to have constantly practised civil law, or even to be currently practising civil law or to have practised only civil law, but that person must have civil law training. In my opinion, Mr. Chair — and I will close on this point; I will be able to expand on certain aspects during the discussion — the legislator's intent has never been to exclude Federal Court or Federal Court of Appeal judges as candidates for the Supreme Court. In my opinion, it is senseless to believe that Parliament wanted to exclude those judges from Supreme Court appointments.

The same is true of Court of Quebec judges, who, under a strict interpretation of sections 5 and 6, would be excluded from possible appointment to the Supreme Court of Canada. I do not see why a judge from the Court of Quebec — and even less so the Chief Judge of that court — could not eventually be appointed to the Supreme Court and properly represent the civil law tradition on that bench.

Senator Joyal: My first question following Professor Daly's presentation concerns the use of Parliament's declaratory power. You seem to draw a clear distinction between the use of the declaratory power that would apply to the interpretation of a statute, that is to say a regular act of Parliament, and the use of the declaratory power in constitutional interpretation.

[*Français*]

On voit que la version anglaise est encore plus claire que la version française et offre donc une possibilité qui est celle de nommer à la Cour suprême des gens qui ont déjà été inscrits pendant 10 ans au Barreau du Québec, mais qui peuvent ne plus l'être au moment de leur nomination à la Cour suprême du Canada.

Lorsque je regarde maintenant l'esprit de la disposition, enfin des dispositions, je parle toujours des articles 5 et 6 de la Loi sur la Cour suprême, il me semble clair que le législateur a voulu qu'il y ait au moins trois juges à la Cour suprême sur neuf qui aient eu une formation en tant que civiliste. Pourquoi? Parce que la Cour suprême étant un tribunal général d'appel, la Cour suprême entend parfois des causes en matière de droit civil, des causes provenant du Québec, et dans de telles causes, il est souhaitable qu'il y ait au moins trois juges civilistes. Et il y a même la possibilité pour la cour de ne siéger qu'à cinq juges dans de telles causes, ce qui permet aux juges civilistes d'être majoritaires dans le dossier et d'avoir le dernier mot sur un dossier de droit civil.

L'intention, à mon avis, était donc qu'on nomme à la Cour suprême au moins trois personnes qui ont eu une formation comme civiliste. Il serait insensé d'exiger que ces gens aient passé toute leur carrière en droit civil parce que ce serait exclure de la Cour suprême du Canada des criminalistes, qui sont aussi nécessaires à l'interprétation des lois, évidemment, et à l'application des lois. Ce serait se priver des avocats en droit commercial, ce serait se priver des avocats en droit maritime et, pire encore, ce serait se priver des constitutionnalistes.

C'était une blague évidemment, mais tout cela pour dire qu'il n'est pas nécessaire que la personne ait constamment pratiqué en droit civil ni même qu'elle pratique en ce moment en droit civil ou qu'elle n'ait fait que du droit civil, encore faut-il qu'elle ait eu une formation en droit civil. À mon avis, monsieur le président, — je vais terminer avec cela — l'échange me permettra d'approfondir sur certains aspects, mais jamais l'intention du législateur n'a-t-elle pu être d'exclure des candidats à la Cour suprême les juges de la Cour fédérale ou de la Cour d'appel fédérale. À mon avis, il est insensé de croire qu'on a voulu exclure ces juges des nominations à la Cour suprême.

C'est la même chose pour les juges de la Cour du Québec qui, si on adopte une interprétation stricte des articles 5 et 6, seraient exclus de la possibilité de nomination à la Cour suprême du Canada. Je ne vois pas pourquoi un juge de la Cour du Québec — et encore moins la juge en chef de la Cour du Québec — ne pourrait pas éventuellement être nommé à la Cour suprême et dignement représenter la tradition civiliste au sein de cette cour.

Le sénateur Joyal : Ma première question, suite à la présentation du professeur Daly, a trait à l'utilisation du pouvoir déclaratoire du Parlement. Vous semblez établir une nette distinction entre l'utilisation du pouvoir déclaratoire qui s'appliquerait pour l'interprétation d'un statut, c'est-à-dire d'une loi régulière du Parlement, et l'utilisation du pouvoir déclaratoire dans le cadre d'une interprétation constitutionnelle.

My second question, which follows from the first, is whether, if the government contends that it has authority to adopt the bill in question, it would do so under section 91.1 or section 44, since the Parliament of Canada has authority under section 44 of the Constitution Act, 1982 to amend the Constitution of Canada unilaterally in a number of fields. In your view, is the use of the declaratory power as expressed in Bill 19 a valid exercise of the declaratory power within the authority of the Parliament of Canada or does it constitute an exercise of the declaratory power for constitutional purposes?

[English]

Mr. Daly: I think the answer to the question is a matter of principle. This has never been done before, so we don't have a clear statement. I'm not even sure that Professor Pelletier, in his excellent book on constitutional amendments, addresses this issue: What do you do by a declaratory provision that you could not do by a regular provision of the law? Is there a difference between saying we are amending the Supreme Court Act prospectively — and people don't agree on this, but let's say that that is a change to the composition of the Supreme Court of Canada. We would all say that Parliament could not do that, that this would require a constitutional amendment. I don't see how the fact that a provision is declaratory would change that analysis. I don't think you can circumvent the amending procedure, or any other constitutional limitation, by enacting a law that is declaratory rather than prospective.

For example, the interpretation of section 96 of the Constitution Act, 1867 requires, in part, that when the court has to examine whether an administrative tribunal is exercising judicial powers, part of the test is whether this was judicial power at the time of Confederation. I don't think that if there were a declaratory provision or a retroactive provision that said that this tribunal has always been exercising these powers ever since Confederation, this would change the analysis under section 96. I don't think, as a matter of principle, that Parliament can circumvent a constitutional limit by enacting a declaratory provision rather than a prospective provision.

Senator Joyal: And on the use of sections 41 or 91, do you make a distinction in relation to the adoption of this bill?

Mr. Daly: Well, I suppose the problem is in determining what the phrase "composition of the Supreme Court of Canada" in section 41 of Part V of the Constitution Act, 1982 means. There is evidence that the drafters thought it meant that there would be three Quebec judges on the Supreme Court of Canada, drawn from the Quebec courts and from the Quebec bar, and this was in the explanatory notes to the draft of the Constitution Act, which

D'autre part, ma deuxième question qui est en corollaire de la première, si le gouvernement soutient qu'il a compétence pour adopter le projet de loi en question, il le ferait sous l'article 91.1 ou sous l'article 44, puisque selon l'article 44 de la Constitution de 1982, il y a un certain nombre de domaines dans lesquels le Parlement canadien est compétent pour amender unilatéralement la Constitution du Canada. Selon vous, est-ce que l'utilisation du pouvoir déclaratoire tel qu'il est exprimé dans le projet de loi 19 est un exercice valide du pouvoir déclaratoire à l'intérieur des compétences du Parlement du Canada ou s'il n'est pas plutôt l'exercice d'un pouvoir déclaratoire à des fins constitutionnelles?

[Traduction]

M. Daly : Je pense que la réponse à cette question met en jeu un principe. Cela n'a jamais été fait auparavant, de sorte que nous n'avons pas de déclaration claire à ce sujet. Je ne suis même pas certain que M. Pelletier, dans son excellent ouvrage sur les modifications constitutionnelles, aborde cette question : Que peut faire une disposition déclaratoire que ne peut pas faire une disposition législative habituelle? Y a-t-il une différence entre le fait de dire que le but est de modifier rétrospectivement Loi sur la Cour suprême — et certaines personnes ne souscrivent pas à cette affirmation, mais disons que ces dispositions entraînent bien un changement dans la composition de la Cour suprême du Canada. Nous dirions tous que le Parlement ne peut le faire, qu'il faut procéder à une modification constitutionnelle. Je ne vois pas comment le fait qu'une disposition est de nature déclaratoire pourrait modifier cette analyse. Je ne pense pas que l'on puisse contourner la procédure de modification ou toute autre restriction constitutionnelle, en adoptant une loi de nature déclaratoire plutôt qu'une loi uniquement applicable à l'avenir.

Par exemple, pour interpréter l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867, le tribunal doit déterminer si le tribunal administratif en question exerce des pouvoirs judiciaires et une partie du critère applicable est celui de savoir si ses pouvoirs constituaient des pouvoirs judiciaires au moment de la Confédération. Je ne pense pas que l'adoption d'une disposition déclaratoire ou rétroactive qui énoncerait que le tribunal en question a toujours exercé ces pouvoirs depuis le début de la Confédération modifierait l'analyse à effectuer aux termes de l'article 96. Je ne pense pas qu'en principe, le Parlement puisse contourner une restriction constitutionnelle en adoptant une disposition déclaratoire plutôt qu'une disposition ayant effet pour l'avenir.

Le sénateur Joyal : Et pour ce qui est de l'emploi des articles 41 ou 91, faites-vous une différence pour ce qui est de l'adoption de ce projet de loi?

M. Daly : Eh bien, je dirais que le problème vient du fait qu'il faut déterminer le sens de l'expression « composition de la Cour suprême du Canada » à l'article 41 de la partie V de la Loi constitutionnelle de 1982. Il existe des éléments qui montrent que les rédacteurs pensaient que cela voulait dire qu'il y aurait à la Cour suprême du Canada trois juges du Québec, qui seraient choisis parmi les juges des tribunaux du Québec et les membres du

had been agreed on prior to its adoption. The understanding of the drafters seems to have been that this was protected and would be protected from action by Parliament acting on its own.

There is a counter-argument, which is that the Part V procedure applies only to changes to the Constitution of Canada. If one looks at the definition of the Constitution of Canada in the Constitution Act, 1982, the Supreme Court Act is not listed. So the argument made, amongst others, by Professor Pelletier is that in the event of an entrenchment of the Supreme Court in the Constitution, if there were an amendment to the Constitution to insert “the Supreme Court of Canada,” then the unanimity procedure, section 41, would apply to any provisions touching the composition, and the 7/50 formula in sections 38 and 42 would apply to other aspects of the Supreme Court of Canada. Until that time, Parliament can modify unilaterally any provision of the Supreme Court Act.

That also means that Parliament could abolish the Supreme Court of Canada, and it remains to be seen whether the Supreme Court will accept the argument that it can be completely obliterated by unilateral parliamentary action.

[Translation]

Senator Boisvenu: Welcome, gentlemen. It is always a pleasure to see you. Have you read Justice Ian Binnie’s opinion?

Mr. Pelletier: Yes.

Senator Boisvenu: He ultimately gives us a few examples that seem to be of the same kind as Justice Nadon’s appointment. I am thinking, for example, of Justice Louise Arbour, who was appointed directly to the Supreme Court without going through the structures provided for by the Supreme Court Act. Do you share Justice Binnie’s opinion in the case of Mr. Nadon?

Mr. Pelletier: Yes, entirely. I must say I do not believe the legislator sought to exclude as candidates for the Supreme Court of Canada people who are no longer members of the bar but who have become judges at the International Tribunal, the Federal Court of Appeal or the Federal Court, or even, as I mentioned earlier, the Court of Quebec, because we forget to mention that the Court of Quebec is excluded if section 6 is interpreted very restrictively. We are talking about the Superior Court and the Court of Quebec.

I entirely share Justice Binnie’s opinion. However, it raises a question, a problem. I am going to mention it: it is that, under the interpretation that I propose and that Justice Binnie proposes, people who have not been domiciled in Quebec for several years may be appointed.

Barreau du Québec, et cela se trouvait dans les notes explicatives du projet de loi constitutionnelle sur lequel les parties s’étaient entendues avant son adoption. Les rédacteurs semblent avoir pensé que ce principe était protégé et ne pouvait être modifié unilatéralement par le Parlement.

Il y a un contre-argument, selon lequel la procédure de la partie V vise uniquement les changements à la Constitution du Canada. Si on examine la définition de la Constitution du Canada dans la Loi constitutionnelle de 1982, on constate que la Loi sur la Cour suprême n’en fait pas partie. C’est pourquoi M. Pelletier soutient, avec d’autres, que, si l’on inscrivait dans la Constitution les dispositions relatives à la Cour suprême, si l’on modifiait la Constitution pour y insérer « la Cour suprême du Canada », alors la procédure qui exige l’unanimité, l’article 41, s’appliquerait à toute disposition touchant la composition, et la formule 7/50 des articles 38 et 42 s’appliquerait aux autres aspects de la Cour suprême du Canada. Tant que cela n’aura pas été fait, le Parlement pourra modifier unilatéralement n’importe quelle disposition de Loi sur la Cour suprême.

Cela veut également dire que le Parlement pourrait abolir la Cour suprême du Canada, et il reste à savoir si la Cour suprême accepterait l’argument selon lequel elle peut complètement être supprimée par une mesure parlementaire unilatérale.

[Français]

Le sénateur Boisvenu : Bienvenue, messieurs, c’est toujours un plaisir de vous recevoir. Avez-vous lu l’opinion du juge Ian Binnie?

M. Pelletier : Oui.

Le sénateur Boisvenu : Il nous donne quelques exemples, dans le fond, qui semblent être de la même nature que la nomination du juge Nadon. Je pense, entre autres, à la juge Louise Arbour qui a été nommée directement à la Cour suprême sans être passée par les structures prévues par la Loi de la Cour suprême. Partagez-vous l’opinion du juge Binnie dans le cas de maître Nadon?

M. Pelletier : Oui, entièrement. Je dois dire que, à mon avis, le législateur n’a pas pu vouloir exclure des candidats à la Cour suprême du Canada, des gens qui ne sont plus membres du barreau, mais qui sont devenus juges, soit au Tribunal international, soit à la Cour fédérale d’appel ou à la Cour fédérale, ou même, comme je le mentionnais tout à l’heure, à la Cour du Québec, parce qu’on oublie de mentionner que la Cour du Québec se trouve exclue si on applique l’article 6 très restrictivement. On parle de la Cour supérieure et de la Cour du Québec.

Je partage complètement l’opinion du juge Binnie. Il y a cependant une question, un problème que cela soulève. Je vais le mentionner : c’est qu’avec l’interprétation que je propose et que le juge Binnie propose, on peut nommer des gens qui ne sont plus domiciliés au Québec depuis plusieurs années.

In the context in which Quebec takes it for granted that it is entitled to three of the nine seats, I wonder whether we can still consider that a judge who has not resided in Quebec for several years, no longer practises in Quebec and no longer lives in Quebec still comes from Quebec. That is another problem because the act itself does not refer to residence or domicile. I am perfectly aware of that. I am talking here about historical gains that Quebec believed it had made within the Canadian federation and that are very much undermined by the current situation, by the way matters have developed, by the creation of the Federal Court, the Federal Court of Appeal, the Court of Quebec and so on.

I believe we must definitely adapt these provisions to a new situation and interpret them as showing that the legislator, first, never sought to exclude these people as potential candidates for the Supreme Court. However, that nevertheless poses a problem. As a federalist, I, like many others, said: you know, one of the gains from Canadian federalism is that Quebec has three out of nine seats. However, can a judge who has not lived in Quebec for several years still be included in that argument that we as federalists often like to advance? I ask the question, but it is nevertheless beyond the scope of the legal problem we are dealing with here.

Senator Boisvenu: With regard to that legal problem, how will Bill C-4 clarify this situation based on the interpretation that you and Justice Binnie have made?

Mr. Pelletier: I honestly do not believe this act is necessary. I already believe, based on the grammatical and teleological interpretation of sections 5 and 6 that I propose, and that Justice Binnie proposes as well, that the Supreme Court already has everything it needs to validate Justice Nadon's appointment. We may very possibly wind up in a situation such as this: seeing the constitutional debate that Bill C-4 may raise, the court may say that, given the conclusion I have come to in my interpretation of sections 5 and 6 of the Supreme Court Act, it is not necessary for me to state an opinion on the validity of Bill C-4. The fact nevertheless remains that this opens the door to a certain debate.

Senator Boisvenu: Which is more political.

Mr. Pelletier: Experts already say that the Supreme Court Act is constitutional, that is to say that it is implicitly entrenched in the Constitution under subsection 52(2) of the Constitution Act, 1982. I believe it is not constitutional, but very serious experts claim the contrary. In that case, the federal government can always say that these are declaratory provisions and that, as such, sections 5 and 6 will therefore not be changed. That then raises my colleague's argument: how can we seek, by means of a declaratory provision, to have an effect on the current provisions? Does that not amount to doing indirectly what we cannot do directly?

Dans le contexte où le Québec tient pour acquis qu'il a droit à trois juges sur neuf, je me demande si on peut encore considérer qu'un juge qui, depuis plusieurs années, ne réside plus au Québec, ne pratique plus au Québec, ne vit plus au Québec, vient encore du Québec. C'est un autre problème, parce que la loi en soi ne parle pas de résidence et de domicile. J'en suis parfaitement conscient. Je parle ici d'acquis historiques que le Québec croyait avoir à l'intérieur de la Fédération canadienne et qui sont très fragilisés en raison de la situation qui se présente, de l'évolution des choses, de la création de la Cour fédérale, de la Cour d'appel fédérale, de la Cour du Québec et ainsi de suite.

C'est sûr qu'on doit adapter ces dispositions, je crois, à une nouvelle réalité, et les interpréter comme démontrant que le législateur, d'abord, n'a jamais voulu exclure ces gens de candidatures possibles à la Cour suprême. Mais cela pose quand même un problème. En tant que fédéraliste, j'ai dit, comme bien d'autres : vous savez, l'un des acquis du fédéralisme canadien, c'est que le Québec a trois juges sur neuf. Cependant, est-ce qu'un juge qui ne vit plus au Québec depuis plusieurs années peut encore être inclus dans cet argument qu'on aime souvent développer comme fédéralistes? Je pose la question, mais elle est extérieure néanmoins à la problématique juridique à laquelle nous faisons face ici.

Le sénateur Boisvenu : En ce qui concerne cette problématique juridique, en quoi le projet de loi C-4, par rapport à l'interprétation que vous en avez faite, comme le juge Binnie, viendra-t-il clarifier cette situation?

M. Pelletier : Honnêtement je ne crois pas que cette loi est nécessaire. Je crois déjà qu'avec l'interprétation grammaticale et téléologique que je propose, et que le juge Binnie propose également, aux articles 5 et 6, je crois que la Cour suprême a déjà tout ce qu'il faut pour valider la nomination du juge Nadon. Il est fort possible que nous nous retrouvions avec une situation comme celle-ci : voyant le débat constitutionnel que peut poser le projet de loi C-4, que la cour dise que, étant donné la conclusion à laquelle j'en arrive dans mon interprétation des articles 5 et 6 de la Cour suprême, il n'est pas nécessaire que je me prononce sur la validité du projet de loi C-4. Il n'en reste pas moins que cela ouvre la porte à un certain débat.

Le sénateur Boisvenu : Qui est plus politique.

M. Pelletier : Déjà, des experts disent que la Loi sur la Cour suprême est constitutionnelle, c'est-à-dire qu'elle est enchâssée implicitement dans la Constitution en vertu du paragraphe 52(2) de la Loi constitutionnelle de 1982. Je crois qu'elle n'est pas constitutionnelle, mais des experts très sérieux prétendent le contraire. Alors là, le fédéral peut toujours dire que ce ne sont que des dispositions déclaratoires, donc, en soi, on ne change pas les articles 5 et 6. Cela amène alors l'argument de mon collègue : comment peut-on, par une disposition déclaratoire, chercher à avoir un effet sur les dispositions actuelles? N'est-ce pas faire indirectement ce qu'on ne peut pas faire directement?

I would answer that, yes, there is a debate which is not just political and triggered by Bill C-4, and which is unnecessary given the grammatical and teleological interpretation that I think is appropriate to give to sections 5 and 6 of the Supreme Court Act.

[English]

Senator Baker: Before I ask the question I want to ask, something is bothering me. I looked at this particular provision that we're passing judgment on and, having been here in Parliament for 40 years and having watched a good many bills go through this place, as I recall, when the phrase "for greater certainty" is used in the English version — and this one says, as per usual, "for greater certainty for the purposes of section 5."

Now, as I recall, nine chances out of ten, in past legislation, when you go to the French version — and I'm not proficient in French, so I may be off base here a bit, but let me put it to you — you normally see "il est entendu," it is understood for the application of section 5. But in this particular measure, it says: "il demeure entendu."

The reason I'm asking you this question is because I listened to Professor Daly, and he said this will provide a wider pool in the future. He spoke of prospectively, and so on. What I was thinking about when I looked at that wording was this: Is this a question that's retroactive in nature, or is this a question that's retrospective in nature? Do I have a point here? Am I wondering out loud correctly on the French?

Mr. Pelletier: My sense is that the goal here is to have a retroactive provision. When you say "il demeure entendu," it's like if it was, and it is still. So there's a retroactive goal by this provision. This being said, I don't think it is invalid for that reason, and I don't think it's invalid per se. Some people say so, but I don't think it would be invalid for that reason, because most declaratory provisions have that kind of retroactive effect.

Senator Baker: Yes, but you understood my point. Normally — and as I say, I've looked at legislation for about 40 years — "for greater certainty" is followed by "il est entendu." In some cases you find "demeure entendu."

I ask Professor Daly: Were you incorrect, then, in your previous statements to the committee in which you said it's a wider pool in the future?

Mr. Daly: I'm happy to report, Senator Baker, that I had a vibrant discussion with some faculty colleagues about this point. The distinction between "retrospectivity" and "retroactivity" is very difficult. We can certainly count angels on the head of a pin, if you wish to. I think this is retrospective.

Je vous dirai, oui, il y a un débat qui n'est pas que politique et soulevé par le projet de loi C-4, et qui n'est pas nécessaire eu égard à l'interprétation grammaticale et téléologique donnée qu'il convient, à mon avis, de donner aux articles 5 et 6 de la Loi sur la Cour suprême.

[Traduction]

Le sénateur Baker : Avant de poser la question que je souhaite poser, je dois avouer qu'il y a quelque chose qui me dérange. J'ai examiné la disposition sur laquelle nous devons porter un jugement et étant donné que cela fait 40 ans que je siège au Parlement et que j'ai vu passer par cette institution un bon nombre de projets de loi, si je me souviens bien, lorsque l'expression « for greater certainty » est utilisée dans la version anglaise — et celle-ci se lit habituellement, « for greater certainty for the purposes of section 5 ».

Je dirais qu'en fait, 9 fois sur 10, dans les projets de loi que nous avons vus, lorsqu'on examine la version française — je ne parle pas le français couramment et il est possible que je me trompe, mais permettez-moi de vous mentionner ceci — on trouve normalement « il est entendu que », pour l'application de l'article 5... Mais dans ce cas-ci, la version française énonce : « il demeure entendu ».

Je vous pose cette question parce que j'ai écouté M. Daly, et il a affirmé que cela élargirait le bassin des candidats à l'avenir. Il a dit que cela vaudrait pour l'avenir, notamment. Voici ce que je me suis dit lorsque j'ai examiné cette formulation : s'agit-il d'une question de nature rétroactive ou d'une question qui vaut pour l'avenir? Est-ce un point intéressant? Est-ce que j'ai bien raisonné sur le français?

M. Pelletier : À mon avis, le but est ici d'adopter une disposition rétroactive. Lorsque l'on dit « il demeure entendu », cela fait référence à une chose qui était et qui est toujours. Cette disposition a donc un but rétroactif. Cela dit, je ne pense pas qu'elle soit invalide pour cette raison, et je ne pense pas qu'elle soit invalide à cause de sa teneur. Certains l'affirment, mais je ne pense pas qu'on pourrait la déclarer invalide pour cette raison, parce que la plupart des dispositions déclaratoires ont ce genre d'effet rétroactif.

Le sénateur Baker : Oui, mais vous avez compris ce que je voulais dire. Habituellement — et comme je le dis, cela va faire près de 40 ans que j'examine des textes législatifs — « for greater certainty » est rendu par « il est entendu ». Dans certains cas, vous trouvez « demeure entendu ».

Je demande à monsieur Daly : Avez-vous donc eu tort de dire, dans vos déclarations antérieures devant le comité, que cela aurait pour effet d'élargir le bassin à l'avenir?

M. Daly : Je suis heureux de vous dire, sénateur Baker, que j'ai eu une discussion très animée à ce sujet avec certains collègues de la faculté. La distinction qu'il convient d'établir entre « rétrospectivité » et « rétroactivité » est très complexe. Cela revient un peu à discuter du sexe des anges. Cette disposition me paraît rétrospective.

Let me give you the following example. If the Federal Court had come to the conclusion that Mr. Justice Nadon was not eligible to be appointed to the Supreme Court of Canada and Parliament took a different view, then it would have to enact retroactive legislation because there was a final decision of a court. But while the matter is still pending, retrospective legislation gives guidance to the court on how it is to interpret the provision in the future, when the matter comes before it.

One example of a distinction between retroactivity and retrospectively would be the following: If Parliament, tomorrow, made it an offence to appear before the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs for professors of law who have appeared before the committee in the past, that would be retroactive. It would change something that happened in the past. If Parliament were to pass, however, a bill with which I would be more agreeable, which said that any professor of law who has testified before the committee will receive a tax credit on their next tax return, then that would be retrospective. It looks backwards, but it has effects in the future. It doesn't penalize me for something I've already done.

The provisions before you are, in my view, retrospective, but to the extent that they look backwards and try to change things in the past, one could argue, I think incorrectly, that they're retroactive. I don't think the distinction between retroactivity and retrospectivity should detain you too long.

Senator Baker: I'll just conclude on this. I obviously won't get to my main question, but Driedger's interpretation of statutes gives a two-sentence definition of "retroactive" versus "retrospective." It appears to me that the change — I don't know; I could be wrong, but I think Professor Pelletier has put his finger on it, the difference between "il est entendu" and "il demeure entendu" is that one would be retroactive and the other one would be retrospective, because one would apply as you said, Professor Daly, to a wider pool in the future, whereas the other one would have a retroactive application, Professor Pelletier.

Mr. Pelletier: My point of view is that if the Supreme Court of Canada decides that Mr. Justice Nadon's appointment is invalid, then Mr. Iacobucci's appointment was invalid in the past; Mr. Le Dain's appointment was invalid in the past; Louise Arbour's and Mr. Rothstein's appointments were invalid in the past.

So my view is that the Justice Department and the minister want to make sure that these appointments are also considered to be valid in the mind, the spirit and the intention of the federal legislature. That's why I say it's retroactive more than retrospective.

Je vais vous donner l'exemple suivant. Si la Cour fédérale en était arrivée à la conclusion que le juge Nadon ne pouvait être nommé à la Cour suprême du Canada et que le Parlement ait une opinion différente, alors il aurait dû adopter une disposition législative rétroactive parce que c'était la décision définitive d'un tribunal. Mais étant donné que cette affaire est encore devant les tribunaux, une mesure rétrospective donne au tribunal une indication sur la façon dont il doit interpréter la disposition à l'avenir, lorsqu'il sera saisi de la question.

Voici un exemple de la différence que l'on peut faire entre rétroactivité et rétrospectivité. Si demain le Parlement érigait en infraction le fait de comparaître devant le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles pour les professeurs de droit qui ont déjà comparu devant le comité, une telle disposition serait rétroactive. Elle modifierait une situation qui s'est produite dans le passé. Par contre, si le Parlement adoptait un projet de loi que je serais plus enclin à accepter, qui énonçait que tout professeur de droit qui a témoigné devant le comité obtiendrait un crédit d'impôt pour sa prochaine déclaration de revenus, alors une telle mesure serait rétrospective. Elle envisage une situation antérieure, mais a des effets pour l'avenir. Elle ne me pénalise pas pour quelque chose que j'ai déjà fait.

Les dispositions qui vous sont soumises sont, à mon avis, rétrospectives. Mais dans la mesure où elles s'appliquent à une situation antérieure et essaient de modifier des choses qui se sont produites dans le passé, on pourrait soutenir, à tort à mon avis, qu'elles ont un effet rétroactif. Je ne pense pas que vous devriez consacrer trop de temps à examiner la distinction entre rétroactivité et rétrospectivité.

Le sénateur Baker : Je terminerais sur ce point. Je ne pourrais évidemment pas poser ma question principale, mais dans son ouvrage sur l'interprétation des lois, Driedger définit en deux phrases les notions de mesure « rétroactive » et « rétrospective ». Il me semble que ce changement — je n'en suis pas certain; il est possible que je me trompe, mais je crois que M. Pelletier a touché un point sensible lorsqu'il a dit que la différence entre « il est entendu » et « il demeure entendu » est qu'une de ces formules serait de nature rétroactive et que l'autre serait rétrospective, parce qu'une d'entre elles s'appliquerait, comme vous l'avez dit, M. Daly, à un bassin plus vaste à l'avenir, alors que l'autre aurait uniquement une application rétroactive, monsieur Pelletier.

M. Pelletier : Je pense que, si la Cour suprême du Canada décide que la nomination du juge Nadon n'est pas valide, alors celle du juge M. Iacobucci ne l'était pas non plus; tout comme celle de M. Le Dain, celle de Louise Arbour et celle de M. Rothstein.

Je pense donc que le ministère de la Justice et le ministre veulent être certains que ces nominations seront déclarées conformes à l'esprit et à l'intention du législateur fédéral. C'est la raison pour laquelle elle me paraît davantage rétroactive que rétrospective.

Senator Baker: May I have a second round? I didn't get to the actual question I wanted to ask. Thank you.

[Translation]

Senator McIntyre: I note that, on October 12, the government introduced Bill C-4, adding sections 5.1 and 6.1 and also referred two questions to the Supreme Court for its consideration under section 53 of the Supreme Court Act.

My question is this: why proceed in this manner; and the question I ask myself is this: why introduce these new provisions and request a reference on the same subject at the same time?

[English]

Mr. Daly: A very good article by a journalist named Alison Crawford was published around that time, and she laid out five options.

[Translation]

The federal government had five options at that point. The five options were bad; every option was bad. I think the government ultimately chose the argument that would make it clear Justice Nadon's appointment was valid. Belt and suspenders, you could say. That makes the matter difficult for the court because they have Parliament's opinion on the matter before them. At the same time, however, for the sake of clarity, I think that was the best way to seek that clarity. When you weigh the breach of the separation of powers against the need for clarity, the task before you is to say: does the lack of clarity make it necessary to proceed in this manner?

Mr. Pelletier: For more guarantees, is it necessary? I said no earlier. However, this opens up an important debate, which the Supreme Court will be able to avoid if it actually finds that Justice Nadon's appointment is valid under sections 5 and 6 and that there are no grounds to add declaratory provisions.

However, if we find ourselves in a situation in which Quebec says that the Supreme Court Act is constitutional and that the addition of provisions to the Supreme Court Act must be done in accordance with the constitutional amendment procedure, the court will have a difficult choice to make. Either it will rule on the constitutionality of the Supreme Court Act, and I believe the court will not wish to do so, or it will not rule on it and come to the conclusion that, given its findings on sections 5 and 6, it does not need to rule on the question of whether the Supreme Court Act is constitutional.

Earlier, however, my colleague Mr. Daly mentioned that I was of the view that the Supreme Court Act is not constitutional. I still hold that view. However, when he said that my assumption could hypothetically lead the Parliament of Canada to abolish the Supreme Court of Canada, I answered in my book that no, it

Le sénateur Baker : Pourrais-je intervenir au deuxième tour de questions? Je n'ai pas pu poser la question que je voulais vraiment poser. Merci.

[Français]

Le sénateur McIntyre : Je remarque que le 12 octobre dernier, le gouvernement présentait le projet de loi C-4 ajoutant les dispositions 5.1 et 6.1, et de plus, soumettait au jugement de la Cour suprême deux questions en vertu de la l'article 53 de la Loi sur la Cour suprême.

Ma question est la suivante : pourquoi procéder de cette façon et la question que je me pose, pourquoi introduire ces nouvelles dispositions et demander un renvoi sur le même sujet au même moment?

[Traduction]

M. Daly : Il y a eu un excellent article qui a été publié à ce moment-là par une journaliste nommée Alison Crawford, et elle a proposé cinq options.

[Français]

Le gouvernement fédéral avait cinq options à ce point-là. Les cinq opinions étaient mauvaises, chaque option était mauvaise. Je pense que finalement le gouvernement a choisi le moyen qui mettrait au clair la validité de la nomination du juge Nadon. Ceinture et bretelle, on pourrait dire. Cela rend la tâche difficile à la cour parce qu'ils ont l'opinion du Parlement sur la question devant eux. Mais en même temps, pour la clarté, je pense que c'était le meilleur moyen de chercher cette clarté-là. Quand vous pesez la brèche de séparation des pouvoirs contre le besoin de clarté c'est la tâche devant vous de dire : est-ce que le manque de clarté est nécessaire de procéder de cette façon?

M. Pelletier : Pour plus de garanties. Est-ce nécessaire? J'ai dit que non, tout à l'heure. Cependant, cela ouvre un débat important auquel la Cour suprême pourra cependant échapper si vraiment elle en vient à la conclusion que la nomination du juge Nadon est valide en vertu des articles 5 et 6 actuels et qu'il n'y a pas lieu d'ajouter des dispositions déclaratoires.

Mais si on se retrouve dans une situation où le Québec dit que la Loi sur la Cour suprême est constitutionnelle et le fait d'ajouter des dispositions à la Loi sur la Cour suprême doit se faire en vertu de la procédure de modification constitutionnelle, la cour aura un choix difficile à faire. Ou elle se prononce sur la constitutionnalité de la Loi sur la Cour suprême, et je crois que la cour ne souhaitera pas le faire, ou elle ne se prononce pas là-dessus et en vient à la conclusion qu'étant donné ses conclusions sur les articles 5 et 6, qu'il n'est pas nécessaire qu'elle se prononce sur la question de la constitutionnalité ou non de la Loi sur la Cour suprême.

Mais tout à l'heure, mon collègue Daly mentionnait que moi j'étais d'avis que la Loi sur la Cour suprême n'est pas constitutionnelle. Je maintiens toujours cet avis-là. Lorsqu'il mentionnait cependant que mon hypothèse pourrait amener hypothétiquement l'abolition de la Cour suprême du Canada

could not because, in my view, judicial independence is protected by section 101 of the Constitution Act, 1867, and that is what would protect the Supreme Court of Canada from abolition by the Parliament of Canada. We are talking about something else. We are talking about the application of section 101, which is not in Part V of the Constitution Act, 1982, or support for the judicial independence the court enjoys, which independence presumes on the court's existence and essential functions.

[English]

Mr. Daly: I'm happy to correct the record in respect of Professor Pelletier's position on abolition.

I would just add that what's really at issue in the current debate is section 6 of the Supreme Court Act. Section 5 is not at the heart of this. I think everyone who has looked at the question agrees that section 5 allows anyone who has practised for any period of 10 years to become a member of the Supreme Court of Canada, and that includes judges of the federal courts.

None of the examples cited — Justice Arbour, in fact, was the subject of a special provision in section 56.1 of the Judges Act to allow her to take up her role at an international tribunal. Justice Le Dain, Justice Iacobucci and Justice Rothstein were all appointed validly under section 5, and no one takes the view these appointments were invalid. Perhaps some people do — Mr. Galati might take that view — but I don't think it's the majority view.

Justice Le Dain is an excellent example. Here was a distinguished civilist who practised for many years with great distinction in Quebec and went on to do many other great things, but when the time came to elevate him to the Supreme Court of Canada from the Federal Court of Appeal, he was not nominated to one of the Quebec seats. That was also the case with Justice Arbour, who was a graduate of the Université de Montréal's Civil Law Faculty.

These examples, unfortunately, do not give us any clarity on section 6. The unbroken tradition, as far as I know — well, Mr. Justice Abbott was appointed to a Quebec seat from cabinet, as far as I recall, but no other person has been appointed to one of the Quebec seats on the Supreme Court of Canada from the federal courts.

In fact, there was an interesting historical episode in the 1920s involving Mr. Justice Audette, who was a judge then at the Exchequer Court of Canada, which is the forerunner to today's Federal Court. Again, a very distinguished civil lawyer, who was never appointed as an ad hoc member of the Supreme Court of Canada due to concerns about the appropriateness of nominating Quebec judges from the federal courts.

par le Parlement du Canada, j'ai répondu dans mon livre que, non, parce qu'à mon avis l'indépendance judiciaire est protégée par l'article 101 de la Loi constitutionnelle de 1867 et c'est ce qui protégerait la Cour suprême du Canada contre une abolition par le Parlement du Canada. On parle d'autre chose. On parle de l'application de l'article 101 qui n'est pas dans la partie V de la Loi constitutionnelle de 1982 ou soutien de l'indépendance judiciaire dont jouit la cour, laquelle indépendance présume de l'existence de la cour et présume également de l'essentiel de ses fonctions.

[Traduction]

M. Daly : Je me fais le plaisir de corriger le compte rendu au sujet de la position de M. Pelletier sur l'abolition.

J'ajouterais simplement que le débat actuel porte uniquement sur l'article 6 de la Loi sur la Cour suprême. L'article 5 n'est pas au cœur de cette discussion. Je pense que tous ceux qui ont examiné la question admettent que l'article 5 autorise toute personne qui a pratiqué le droit pendant une période de 10 ans à devenir juge de la Cour suprême du Canada, et cela comprend les juges des cours fédérales.

Aucun des exemples cités — la juge Arbour a fait l'objet de l'application d'une disposition spéciale de l'article 56.1 de la Loi sur les juges pour l'autoriser à prendre un poste de juge dans un tribunal international. Les juges Le Dain, Iacobucci et Rothstein ont tous été nommés valablement aux termes de l'article 5, et personne ne considère que ces nominations étaient invalides. Il y a peut-être des gens qui le pensent — M. Galati pourrait être de cette opinion —, mais je ne pense pas qu'elle soit majoritaire.

Le cas du juge Le Dain est un excellent exemple. C'était un civiliste distingué qui a brillamment pratiqué le droit pendant des années au Québec et qui a fait beaucoup de bonnes choses par la suite, mais lorsqu'est venu le temps de le nommer à la Cour suprême du Canada, de la Cour d'appel fédérale où il siégeait, il n'a pas été nommé en qualité de juge représentant le Québec. Cela a également été le cas de la juge Arbour, qui était diplômée de la Faculté de droit civil de l'Université de Montréal.

Malheureusement, ces exemples n'éclairent pas vraiment l'article 6. La tradition constante, pour autant que je sache — et bien que le juge Abbott ait été nommé à un poste de juge du Québec alors qu'il faisait partie du Cabinet, si je me souviens bien, mais aucun juge ne siégeant dans les cours fédérales n'a jamais été nommé à la Cour suprême du Canada pour occuper un des sièges du Québec.

En fait, il y a eu un épisode historique intéressant dans les années 1920 qui concernait le juge Audette, qui était à l'époque juge de la Cour de l'Échiquier du Canada, l'ancêtre de la Cour fédérale d'aujourd'hui. Encore une fois, il s'agissait d'un civiliste éminent, qui n'a jamais été nommé juge suppléant à la Cour suprême du Canada parce que la nomination d'un juge qui siégeait auparavant dans des tribunaux fédéraux à un poste de juge représentant le Québec faisait problème.

The historical evidence points in the direction of the reading of section 6, which is that Parliament made a legitimate choice to narrow the pool of potential candidates. We can agree or disagree about the wisdom of this choice, and Parliament is free to revisit this choice, but it is a choice that was made, and it is that choice which is at the centre of the current debate.

Senator Jaffer: In light of what you have said, Professor Daly, as written in the new section 6.1 proposed by Bill C-4, it does not refer to a place of residency of judges. People have talked about Justice Louise Arbour, but as you have already correctly stated, she did not get one of the Quebec seats, so that argument does not apply.

In your opinion, do you think it is important that a person should be a resident of Quebec in order for the three Quebec seats to be filled?

Mr. Daly: Of course, one of the difficulties with that is that Parliament has provided that judges of the federal courts have to be resident in Ottawa, which may make it more difficult to attract people to become members of the federal courts. I don't know. You have to draw lines, right?

I could give you the example of a Canadian law student who studied civil law with great distinction, went on to doctoral studies at Oxford and became a distinguished professor of comparative constitutional law, then returned to Canada and was a member of a provincial bar for nine years and 364 days. This person would still not be eligible for appointment to the Supreme Court of Canada. Parliament has to draw lines. It has to make choices. It's difficult.

One of the difficulties with the line-drawing exercise that you are being asked to undertake is that lawyers today are more mobile than they ever were before. There are historic agreements which have been entered into by the law societies across Canada, including the Barreau du Québec, which allow for the mobility of lawyers between provinces. So you could have a very distinguished civil lawyer who is practising for a lengthy period of time in British Columbia who would be considered for nomination.

I don't want to take a firm position on whether a residency requirement is a good idea. What I do want to say is that these examples show that this matter is not straightforward and that when you start tinkering with these provisions, you start to raise a lot of questions. I think the way this matter has been presented suggests that you should close your eyes and close your ears to these other issues, but there are other issues concerning interprovincial mobility.

While the committee is charged with the study of these provisions, it might ask, for example, whether the law should be amended to require bilingualism on the part of judges of the Supreme Court of Canada, or for gender representation, a guaranteed number of female judges on the Supreme Court of Canada.

Les preuves historiques incitent à interpréter l'article 6 de la façon suivante : le Parlement peut légitimement décider de réduire le bassin des candidats potentiels. Nous pouvons souscrire ou non à la sagesse de cette décision, mais le Parlement a toute liberté de revoir cette décision, mais c'est une décision qui a été prise et c'est une décision qui est au centre du débat actuel.

La sénatrice Jaffer : À la lumière de ce que vous avez dit, monsieur Daly, la disposition telle que rédigée, le nouvel article 6.1 du projet de loi C-4, ne mentionne aucunement le lieu de résidence des juges. Les gens ont parlé du cas de la juge Louise Arbour, mais comme vous l'avez déjà affirmé à juste titre, elle n'a pas obtenu un des sièges réservés au Québec, de sorte que cet argument ne la vise pas.

Pensez-vous qu'il soit important que la personne qui remplit un des sièges réservés au Québec soit une résidente du Québec?

M. Daly : Bien sûr, un des problèmes vient du fait que le Parlement exige que les juges des cours fédérales résident à Ottawa, ce qui risque d'inciter certaines personnes à refuser de devenir juges d'une cour fédérale pour cette raison. Je n'en sais rien. Il faut bien mettre des limites, n'est-ce pas?

Je pourrais vous donner l'exemple d'un étudiant en droit canadien qui a étudié le droit civil et obtenu d'excellents résultats, qui a fait des études de doctorat à Oxford et qui est devenu un distingué professeur de droit constitutionnel comparé. Il est ensuite revenu au Canada et a été membre d'un barreau provincial pendant neuf ans et 364 jours. Cette personne ne pourrait toujours pas être nommée juge à la Cour suprême du Canada. Le législateur doit tracer des limites. Il doit faire des choix. Cela n'est pas facile.

Un des problèmes que pose l'imposition de limite, tâche que vous êtes invités à exercer, c'est que de nos jours, les avocats sont plus mobiles que jamais. Il y a des ententes historiques qui ont été conclues par les différents barreaux canadiens, y compris le Barreau du Québec, qui facilite la mobilité des avocats d'une province à l'autre. Il pourrait donc arriver qu'un excellent civiliste pratique le droit pendant de longues périodes en Colombie-Britannique et pourrait être proposé comme candidat.

Je ne voudrais pas me prononcer définitivement sur la question de savoir si l'exigence de la résidence est une bonne idée. Je tiens toutefois à dire que ces exemples montrent que cette question n'est pas simple et que, lorsque l'on commence à modifier ces dispositions, cela soulève de nombreuses questions. J'estime que la façon dont cette question a été présentée nous demande de fermer les yeux et les oreilles à ces autres questions, mais il y a d'autres aspects qui touchent la mobilité interprovinciale.

Le comité est certes chargé d'étudier ces dispositions, mais il pourrait demander, par exemple, s'il convient de modifier la loi pour exiger que les juges de la Cour suprême du Canada soient bilingues, ou pour assurer une représentation équitable des sexes, et avoir un nombre fixe de juges de sexe féminin à la Cour suprême du Canada.

I would urge the committee to at least consider the possibility that a more global reform is desirable, at least consideration of more a global reform, rather than tinkering around the edges.

[*Translation*]

Senator Dagenais: I listened to you carefully. For three years, I sat on a judicial appointments committee — I see that makes you smile, Mr. Daly. In their nomination proceedings, they normally express their choice to sit on the Superior Court, the Court of Appeal or the Tax Court of Canada. I believe that Mr. Nadon was sitting on the Tax Court bench. What I do understand is that, if you decide to sit on the Tax Court of Canada, your place of residence is definitely Ottawa. People know that.

In the case before us, the person was at a disadvantage because he was a member of the Tax Court of Canada and lived in Ottawa. However, I understand you, Mr. Pelletier, when you say that the person has been a member of the Bar of Quebec for 10 years. The question is therefore whether it is a disadvantage to live in Ottawa. However, the fact that you have been a member of the Bar of Quebec for 10 years should not strip you of the privilege of being appointed to the Supreme Court. Should we not set aside place of residence because that means all those who prefer to sit on the Tax Court of Canada would be at a disadvantage?

Mr. Pelletier: First, residence is not at all a judicial criterion at this time. However, it can be considered politically.

I would like to take the opportunity you have afforded me to respond to my colleague Mr. Daly. When I talked earlier about the appointments of justices Iacobucci, Le Dain and Arbour, they would be impossible if the court were to find that Justice Nadon's appointment is invalid. I was not referring solely to the English version of section 5 of the Supreme Court Act; there is also a French version, and it will have to be interpreted by the Supreme Court of Canada. If only the English version is considered, it will obviously be said that only Justice Arbour's appointment could be questioned. Everything depends on how the court would interpret that ambiguity between the English and the French versions of section 5.

I do not believe that section 6 is the central issue; I believe it is the English and French versions of sections 5 and 6 that are central to the debate. Section 6 is not the only provision; there is section 5. Section 6 will be interpreted in relation to section 5, the French version in relation to the English version, and vice versa.

With regard to all these interpretations, I have come to the conclusion that Justice Nadon's appointment was valid from both a grammatical and teleological standpoint.

J'invite le comité à au moins envisager la possibilité de procéder à une réforme plus globale, et au moins à réfléchir à une réforme plus globale plutôt que de modifier certains aspects mineurs.

[*Français*]

Le sénateur Dagenais : Je vous ai écoutés attentivement. J'ai siégé pendant trois ans à un comité de nomination des juges — je vois que cela vous fait sourire, monsieur Daly. Normalement, dans leur candidature, ils manifestaient leur choix d'être à la Cour supérieure, à la Cour d'appel ou à la Cour fédérale de l'impôt. Je pense que M. Nadon siégeait à la Cour fédérale de l'impôt. Ce que je peux comprendre, c'est que si vous décidez de siéger à la Cour fédérale de l'impôt, c'est sûr que votre lieu de résidence est à Ottawa. Les gens le savent.

Dans le cas qui nous préoccupe, la personne était désavantagée parce qu'elle était à la Cour fédérale de l'impôt et demeurait à Ottawa. Par contre, je vous ai bien compris, M. Pelletier, quand vous dites que pendant 10 ans, la personne est membre du Barreau du Québec. La question est donc de savoir si c'est désavantageux de demeurer à Ottawa. Cependant, si vous êtes membre du Barreau du Québec pendant 10 ans, cela ne devrait pas vous enlever le privilège d'être nommé à la Cour suprême. Est-ce qu'on ne devrait pas mettre de côté le lieu de résidence parce que cela veut dire que tous ceux qui préfèrent siéger à la Cour fédérale de l'impôt seraient désavantagés?

M. Pelletier : D'abord, la résidence n'est pas du tout un critère en ce moment sur le plan juridique. Cependant, elle peut être considérée sur un plan politique.

Je voudrais profiter de l'occasion que vous me fournissez pour répondre à mon collègue, M. Daly. Lorsque je parlais des nominations des juges Iacobucci, Le Dain et Arbour, tout à l'heure, elles seraient impossibles si la cour en venait à la conclusion que celle du juge Nadon est invalide. Je ne renvoyais pas qu'à la version anglaise de l'article 5 de la Loi sur la Cour suprême; il y a aussi une version française qui, elle, devra être interprétée par la Cour suprême du Canada. Il est évident que si on ne s'en tient qu'à la version anglaise, on va dire qu'il n'y avait que la nomination de la juge Arbour qui, en soi, pourrait être remise en question. Tout dépend de l'interprétation que la cour donnerait à cette ambiguïté qu'il y a entre la version française et la version anglaise de l'article 5.

Par ailleurs, je ne crois pas que l'article 6 soit le cœur du débat, je crois que ce sont les articles 5 et 6, dans les versions française et anglaise, qui sont au cœur du débat. Il n'y a pas que l'article 6, il y a l'article 5. L'article 6 va être interprété en tenant compte de l'article 5, la version française en tenant compte de la version anglaise, et vice versa.

Par rapport à toutes ces interprétations, j'en viens à la conclusion que la nomination du juge Nadon était valide, tant du point de vue grammatical que du point de vue téléologique.

Coming back to the residence question, however, I would recall that it is not a legal issue in itself, but it can be a political concern which, if not addressed today, will have to be addressed one day. I heard some honourable senators around the table say “Quebec seats.” Should we not ultimately say “civil law seats” instead? Is it still a “Quebec seat” when the judge has not lived in Quebec for many years?

The Government of Quebec’s argument is troubling, probably more so because Justice Nadon has not lived in Quebec for many years than because he comes from the Federal Court of Appeal. I believe the question will have to be asked because, when federalists, of whom I am one, tell Quebecers that one of the gains in the Canadian system is that Quebec has three out of nine judges, it will eventually have to be determined what a judge “from Quebec” or “representing Quebec” is. Since I come from the civil law tradition, when I say “representing Quebec,” I do not mean “adopting Quebec’s viewpoint on various issues” but rather “representing the Quebec civil law tradition and still a resident of Quebec.”

These are the political issues. This committee can very legitimately decide to defer these political issues to another time, while still being sensitive, however, to the argument advanced here by the Government of Quebec.

[English]

The Chair: I want to encourage our witnesses to try and be as concise as possible. We still have quite a number of senators who would like additional questions put to you, and we’re getting limited in time.

Senator Batters: Thank you both for coming before us today on this important issue. I have a couple of questions for Mr. Pelletier.

It’s your contention that the distinct nature that Mr. Daly spoke about is preserved by requiring the civil law training; that’s your contention?

Mr. Pelletier: Right.

Senator Batters: Would you agree with former Supreme Court Justice Binnie’s view that to find otherwise in this particular case, other than to have this result that our government is proposing here, would lead to an absurd result?

Mr. Pelletier: I agree with Mr. Binnie’s conclusions completely. My view is that the main goal behind section 6 is to make sure that there are at least three out of nine justices in the Supreme Court who are familiar with civil law or who had training in civil law. That is why it is required that they were or are members of the Bar of Quebec, and that they have been

Cependant, si je reviens à la question de la résidence, je rappelle que ce n’est pas une question juridique en soi, mais cela peut être une préoccupation politique qui, si elle n’est pas abordée aujourd’hui, devra l’être un jour. Autour de la table, j’ai entendu d’honorables sénateurs parler de « *Quebec seats* ». Dans le fond, ne devrait-on pas plutôt parler de « *civil law seats* »? Est-ce encore un « *Quebec seat* » quand le juge ne réside plus au Québec depuis plusieurs années?

C’est en ce moment l’argument du gouvernement du Québec qui est inquiet, probablement plus inquiet du fait que le juge Nadon ne réside plus au Québec depuis plusieurs années que du fait qu’il vient de la Cour fédérale d’appel. À mon avis, la question va devoir se poser parce que lorsque les fédéralistes, dont je suis, disent aux Québécois que l’un des acquis dans le système canadien est que le Québec a trois juges sur neuf, il va éventuellement falloir définir ce qu’est un juge « provenant du Québec » ou « venant du Québec » ou « représentant le Québec ». Étant de tradition civiliste, quand je dis « représentant le Québec », cela ne veut pas dire « adoptant le point de vue du Québec dans les différents dossiers », mais plutôt « représentant la tradition civiliste québécoise et étant encore un résident du Québec ».

Ce sont les questions politiques. Ce comité peut très légitimement décider de reporter ces questions politiques à plus tard, tout en étant sensible, cependant, à l’argumentation qui est invoquée ici par le gouvernement du Québec.

[Traduction]

Le président : J’inviterais les témoins à être aussi concis que possible. Il y a encore un bon nombre de sénateurs qui aimeraient vous poser des questions supplémentaires et il ne nous reste plus beaucoup de temps.

La sénatrice Batters : Merci à vous d’être venus aujourd’hui pour parler de cette importante question. J’aimerais poser quelques questions à M. Pelletier.

Vous estimez que la nature distincte dont M. Daly a parlé est préservée en exigeant que les juges aient une formation en droit civil; c’est bien votre affirmation?

M. Pelletier : Tout à fait.

La sénatrice Batters : Souscrivez-vous à l’opinion du juge Binnie, ancien juge de la Cour suprême, selon laquelle, si l’on pensait le contraire dans ce cas particulier, si l’on ne recherchait pas le résultat proposé par notre gouvernement avec ces mesures, nous en arriverions à un résultat absurde?

M. Pelletier : Je souscris complètement aux conclusions de M. Binnie. J’estime que l’objet principal de l’article 6 est de garantir qu’il y ait au moins trois des neuf juges de la Cour suprême qui connaissent bien le droit civil ou qui ont reçu une formation en droit civil. C’est la raison pour laquelle il est exigé que ces personnes ont été, ou soient, membres du Barreau du

members of the Bar of Quebec for 10 years in order to make sure that there are at least three justices who know civil law.

What pleases me, though, is that we all know that in today's world, even common-law justices are sensitive to the civil law reality. That is, I would say, what is good is bijuralism, the concept where civil law justices try to get more familiar with common-law principles, and common-law lawyers and justices try to get more familiar with the civil law tradition. That is what is good. But it was not necessarily the case at the time the provision was adopted.

The goal was to make sure that at least three would be good enough in civil law to hear a case and to decide on a case with the perspective that the court could have only five judges sitting on a civil law case, giving the majority to the three civil law trained justices.

The Chair: We're into second round. Two senators have indicated they have additional questions.

[*Translation*]

Senator Joyal: Mr. Pelletier, section 41 provides that the composition of the Supreme Court is entrenched, and section 38 provides that the Supreme Court of Canada is subject to a special provision respecting its amendment in accordance with the 7/50 formula.

In your opinion, what is entrenched by the expression "the composition of the Supreme Court of Canada" in paragraph 41(d)? Is it the seats or the civil law tradition? And in what context could the composition of the Supreme Court be reduced or increased? Because, according to what you have just said, it is in fact not the places of residence that are entrenched; it is not the current residence of the judge or potential candidate. In practice, then, what is entrenched in "the composition of the Supreme Court" under section 41?

Mr. Pelletier: In my opinion, nothing, because I do not believe the Supreme Court of Canada Act is part of the Constitution of Canada within the meaning of subsection 52(2) of the Constitution Act, 1982. It must be understood that subsection 52(2) states a definition of the Constitution of Canada that includes the Constitution Act, 1982 and all the acts and orders referred to in the schedule to the Constitution Act, 1982. The Supreme Court Act does not appear in that schedule.

I believe that sections 41 and 42, which refer to the Supreme Court, will not apply until the Supreme Court Act has first been entrenched and included in the Constitution of Canada and will probably apply even to its inclusion, which has not yet been done.

That being said, this is part of the debate among legal experts because subsection 52(2) states that the Constitution of Canada "includes". So this is not an exhaustive definition. Some jurists

Québec, qu'elles aient été membres du Barreau du Québec pendant 10 ans pour être sûr qu'au moins trois de ces juges connaissent le droit civil.

Ce qui me fait plaisir, c'est que nous savons tous que, dans le monde d'aujourd'hui, même les juges de common law sont sensibles à la réalité du droit civil. C'est là, à mon avis, un aspect très intéressant du bijuridisme, la notion selon laquelle les juges de droit civil essaient de se familiariser avec les principes de la common law tandis que les avocats et les juges de common law essaient de se familiariser avec la tradition de droit civil. C'est une excellente chose. Mais ce n'était pas nécessairement le cas au moment où la disposition a été adoptée.

Le but est de veiller à ce qu'au moins trois juges connaissent suffisamment le droit civil pour entendre une affaire et la trancher, en sachant que la cour pourrait confier une affaire de droit civil à une formation de cinq juges, ce qui donnerait la majorité aux trois juges ayant reçu une formation en droit civil.

Le président : Nous allons commencer le deuxième tour de questions. Deux sénateurs ont fait savoir qu'ils aimeraient poser d'autres questions.

[*Français*]

Le sénateur Joyal : Monsieur Pelletier, l'article 41 prévoit que la composition de la Cour suprême est enchâssée; et l'article 38 prévoit que la Cour suprême du Canada fait également l'objet d'une disposition particulière en ce qui concerne son amendement sur la formule de 7/50.

Selon vous, qu'est-ce qui est enchâssé, d'après l'alinéa 41d), par l'expression « la composition de la Cour suprême du Canada »? Est-ce que ce sont les sièges ou est-ce la tradition civiliste? Et dans quel contexte pourrait-on réduire ou augmenter la composition de la Cour suprême? Car selon ce que vous venez de dire, en fait, ce ne sont pas les lieux de résidence qui sont enchâssés, ce n'est pas de l'actuelle résidence du juge ou du candidat potentiel. Donc, en pratique, qu'est-ce qui est enchâssé par l'article 41 sous « la composition de la Cour suprême »?

M. Pelletier : À mon avis rien, parce que je ne crois pas que la Loi sur la Cour suprême du Canada fasse partie de la Constitution du Canada, au sens du paragraphe 52.2 de la Loi constitutionnelle de 1982. Il faut savoir que l'article 52.2 donne une définition de la Constitution du Canada, qui inclut la Loi constitutionnelle de 1982 et toutes les lois et les textes figurant dans l'annexe de la Loi constitutionnelle de 1982. La Loi sur la Cour suprême n'est pas dans l'annexe.

Pour ma part, je crois que les articles 41 et 42, qui parlent de la Cour suprême, ne s'appliqueront que le jour où la Loi sur la Cour suprême aura d'abord été enchâssée et intégrée dans la Constitution canadienne, et probablement s'appliqueront même pour son intégration, qui n'a pas encore été faite.

Cela étant dit, cela fait partie du débat des juristes, car l'article 52.2 dit que la Constitution du Canada « comprend ». Donc ce n'est pas une définition exhaustive. À ce moment-là,

therefore say the Supreme Court Act should be implicitly included in the definition of the Constitution of Canada, while others say no and that the current provisions of section 41 and section 42 will not apply until we want to entrench the act in the Constitution and thereafter.

I belong to this second school. That is why I do not see any problem of validity with the declaratory provisions that are proposed here, except that I am not satisfied that they are useful. If we take the other option, saying that the Supreme Court Act is constitutional in nature and is indeed part of the Constitution of Canada within the meaning of subsection 52(2) of the Constitution Act, 1982, then the act of adding declaratory provisions here opens an entire debate. Either you say that a declaratory provision does not affect the content of the Constitution Act in some way and that it can be added unilaterally by the Parliament of Canada, or you say that the declaratory provisions amount to doing indirectly what cannot be done directly, that is to say that they amend sections 5 and 6 of the Supreme Court of Canada Act. Yes, that is an issue for debate.

I do not subscribe to that argument, being of the view that the Supreme Court Act is not part of the Constitution of Canada within the meaning of subsection 52(2) of the Constitution Act, 1982.

Senator Joyal: Professor Daly?

[*English*]

Mr. Daly: There's not much to add to that excellent and comprehensive answer from Professor Pelletier. The only thing I would say is that if the court were to find that the composition of the Supreme Court of Canada is entrenched, it may well go on to say, as you have suggested, that what is entrenched is the civilist tradition. They may also say that this tradition is respected by the appointment of Federal Court judges to the Quebec seats, so it would not be an alteration to the composition of the court.

That's another possible conclusion of many possible conclusions when the court is confronted with this question.

Senator Baker: Two brief questions. I will put them all together.

What does section 30, as I recall of the Supreme Court Act — I don't have it before me, but section 30 of the act clearly — it takes too long to read it, but to my recollection, what it says, basically, is it sort of gives a counterbalance to both your arguments in that in cases of a quorum of five, or fewer than five in some extraordinary cases, where a case is being appealed from Quebec, the two justices from Quebec must be from the Superior Court of Quebec or the Appellate Division of the Superior Court of Quebec. What does that do to your argument?

certain juristes disent que la Loi sur la Cour suprême devrait être incluse implicitement dans la définition de la Constitution du Canada; et d'autres juristes disent que non, et que les dispositions actuelles de l'article 41 et de l'article 42 ne s'appliqueront que le jour où on voudra enchâsser la loi dans la Constitution et après.

Moi, je suis de cette deuxième tendance. C'est pour cela que je ne vois pas de problème de validité avec les dispositions déclaratoires qui sont proposées ici, si ce n'est que je ne suis pas convaincu de leur utilité. Si on prend l'autre option, disant que la Loi sur la Cour suprême est de nature constitutionnelle et fait bel et bien partie de la Constitution du Canada au sens du paragraphe 52.2 de la Loi constitutionnelle de 1982, alors le fait d'ajouter ici des dispositions déclaratoires ouvre tout un débat. Soit on dit qu'une disposition déclaratoire n'affecte pas, en quelque sorte, le contenu de la Loi constitutionnelle et que cela peut être apporté unilatéralement par le Parlement du Canada, soit on dit que les dispositions déclaratoires en viennent à faire indirectement ce qu'on ne peut pas faire directement, c'est-à-dire modifier les articles 5 et 6 de la Loi sur la Cour suprême du Canada. Oui, là, il y a un débat.

Pour ma part je ne souscris pas à ce débat, étant d'opinion que la Loi sur la Cour suprême ne fait pas partie de la Constitution du Canada au sens de l'article 52.2 de la Loi constitutionnelle de 1982.

Le sénateur Joyal : Professeur Daly?

[*Traduction*]

M. Daly : Il n'y a pas grand-chose à ajouter à l'excellente réponse que vient de fournir M. Pelletier. Je dirais uniquement que, si la cour devait juger que la composition de la Cour suprême du Canada est garantie par la Constitution, elle pourrait fort bien dire, comme vous l'avez suggéré, que seule la tradition civiliste est garantie. Les juges pourraient également déclarer que cette tradition est respectée lorsqu'on nomme des juges de la Cour fédérale aux sièges représentant le Québec, de sorte que ce ne serait pas une modification de la composition de la cour.

C'est une conclusion possible, parmi de nombreuses autres, à laquelle pourrait en arriver la cour lorsqu'elle aura à trancher cette question.

Le sénateur Baker : Deux brèves questions. Je vais les réunir.

Quel est l'effet de l'article 30, d'après mon souvenir de la Loi sur la Cour suprême — je ne l'ai pas devant les yeux, mais l'article 30 de la loi indique clairement — il serait trop long de le lire, mais d'après mon souvenir, il dit essentiellement, pour concilier vos deux arguments, que, lorsqu'il y a un quorum de cinq juges ou de moins de cinq juges dans certaines affaires extraordinaires, lorsque l'appel est originaire du Québec, les deux juges qui représentent le Québec doivent être de la Cour supérieure du Québec ou de la Section d'appel de la Cour supérieure du Québec. En quoi cela influence-t-il votre argument?

My second question is what do you think of the selection committee, that is that the minister consulted with the Attorney General of Quebec, the Chief Justice of Quebec, the Chief Justice of the Superior Court of Quebec, the Chief Justice, and consulted with the Canadian bar and the Bar of Quebec, but then also consulted with the Superior Court of the Court of Appeal, the Federal Court of Appeal, and consulted with the Chief Judge of the Federal Court? In other words, the Federal Court and the Federal Court of Appeal Chief Justices were a part of the decision making, of the suggestions, and that's it. And then that was passed to House of Commons politicians, made up of three conservatives and two members of the opposition, to come up with three names.

Do you have any comments at all about that selection committee that we have in place for appointments to the Supreme Court of Canada?

If you don't want to comment on that, which maybe you don't, then would you comment on my first question regarding section 30, sort of interfering with the position that you put forward so far?

Mr. Pelletier: I will answer the first question. I will ask my colleague to answer the second.

My point of view is that whether a disposition or provision may be invoked, I doubt very much that the legislator wanted to exclude the talent, the competence of the judges of the Federal Court of Appeal, la Cour canadienne de l'impôt, la Cour du Québec, from an appointment to the Supreme Court of Canada.

I think that to me it is clear that anyone who has been a lawyer, a 10-year member of the Bar of Quebec, could be appointed to the Supreme Court of Canada even if that person is today a judge at the Federal Court, Court of Appeal, or whatever else.

So I don't see any contradiction in anything. If you interpret the dispositions as allowing appointments like that of Justice Nadon, of course if you interpret the dispositions restrictively, narrowly, then you come to another conclusion.

If you interpret the dispositions in a much wider sense, taking into account the abolition of Canada as a society, then you may come to a more inclusive interpretation, which is the one that I propose to you.

As far as the second question, I may not answer it directly, your question, and probably will not to your satisfaction, but let me say that it could be possible without a constitutional amendment to make sure that Quebec is more involved in the process of selecting the judges for the Supreme Court of Canada.

I'm not saying appointing the judges. I'm just saying participating in the selection of judges to the Supreme Court.

A couple of years ago when I was a Quebec minister, I proposed to Irwin Colter, at that time federal justice minister, to add Quebec to the current process for the appointment of the

Ma deuxième question est que j'aimerais savoir ce que vous pensez du comité de sélection, c'est-à-dire du fait que le ministre ait consulté le procureur général du Québec, le juge en chef du Québec, le juge en chef de la Cour supérieure du Québec, le juge en chef ainsi que le Barreau canadien et le Barreau du Québec, et qu'il ait également consulté la Cour supérieure de la Cour d'appel, la Cour d'appel fédérale, et consulté le juge en chef de la Cour fédérale? Autrement dit, les juges de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale ont participé à la prise de cette décision, à la formulation de ces suggestions et c'est tout. Le dossier a ensuite été transmis aux politiciens de la Chambre des communes, composée de trois conservateurs et de deux membres de l'opposition, qui devaient fournir trois noms.

Avez-vous des commentaires à faire au sujet du comité de sélection que nous avons mis en place pour les nominations à la Cour suprême du Canada?

Si vous ne voulez pas faire de commentaire sur ce point, ce qui est possible, pourriez-vous alors commenter ma première question au sujet de l'article 30, qui vient en quelque sorte malmener la position que vous avez présentée jusqu'ici?

M. Pelletier : Je vais répondre à la première question. Je demanderais à mon collègue de répondre à la seconde.

J'estime que la question de savoir si l'on peut invoquer ou non une disposition donnée importe peu. Je doute fort que le législateur ait voulu exclure les talents et les compétences des juges de la Cour d'appel fédérale, de la Cour canadienne de l'impôt, de la Cour du Québec, pour une nomination éventuelle à la Cour suprême du Canada.

Il me paraît clair que toute personne qui a été avocate, membre du Barreau du Québec pendant 10 ans, peut être nommée à la Cour suprême du Canada, même si cette personne est aujourd'hui juge à la Cour fédérale, à la Cour d'appel ou dans une autre cour.

Je ne vois pas donc pas qu'il y ait là de contradiction. Si vous interprétez ces dispositions comme si elles autorisaient des nominations comme celle du juge Nadon, bien sûr si vous interprétez ces dispositions de façon restrictive, étroite, alors vous en arriveriez à une autre conclusion.

Si vous interprétez ces dispositions de façon beaucoup plus large, en tenant compte de l'abolition du Canada comme société, alors vous pourriez en arriver à une interprétation plus ouverte, qui est celle que je vous propose.

Quant à la seconde question, je ne vais peut-être pas y répondre directement, et ma réponse ne vous satisfera pas, mais je pourrais vous dire qu'il est tout à fait possible de faire en sorte que le Québec participe davantage au processus de sélection des juges de la Cour suprême du Canada, sans réviser la Constitution.

Je ne parle pas de la nomination des juges. Je parle uniquement de sa participation au choix des juges de la Cour suprême.

Il y a quelques années, lorsque j'étais un ministre du Québec, j'ai proposé à Irwin Colter, qui était à l'époque le ministre fédéral de la Justice, d'ajouter le Québec au processus actuel de

justices to the Supreme Court in allowing Quebec to propose different names, and that the federal government would propose different names, and that a committee would decide on the names, and when a name appears on both lists, these names should be preferred to the names that only appear on one list.

I said to Mr. Cotler, “You already have a process for selecting the justices of the Supreme Court. That way, Quebec could have a say with regard to these appointments that you will continue to make. The appointments will be made by the federal government, and there will be an objective committee analyzing the federal list and the Quebec list.”

The Chair: I’m going to have to jump in, because we’re exceeding our time.

Mr. Pelletier: It did not happen.

The Chair: No, it did not happen. I want to give Professor Daly a brief opportunity to respond as well before we adjourn.

Mr. Daly: Justice Binnie does not discuss section 30 in his opinion, and I think he should have. I don’t think it helps his argument; I think it helps my argument that there was a choice made. I refer you again to the story of Justice Audette who was never appointed as an ad hoc judge, even though he was a civilist, because of concerns that you could not appoint ad hoc judges to the Quebec seats from the federal courts. I don’t think it helps. I think Justice Binnie also neglects to an extent the purpose and spirit of section 6. Professor Pelletier has done a much better job of giving the argument in favour of the validity of Justice Nadon’s appointment. There’s also significant historical materials that I hope the court will analyze.

On the appointments committee, it is very difficult to know what the consultations consisted of. The consultation of Chief Justice Crampton of the Federal Court of Appeal may simply have been Chief Justice Crampton, when asked for any opinion on this list, responding, “I cannot give you an opinion because I would be in a conflict of interest.” That may well have been his response. In terms of the consultations, in terms of the discussions the committee had, and in terms of the names on the long list and the names that were on the short list, we know nothing. It is not possible to give a considered comment.

The Chair: I’m sure we could go on at great length. That is a very helpful and interesting contribution to our deliberations, and we thank you both for your appearance here today.

We will hear from our next panel of witnesses, the Honourable Michel Bastarache, former Justice of the Supreme Court of Canada; and Carissima Mathen, Professor, Faculty of Law at the University of Ottawa. Welcome. We appreciate your taking time out of your busy schedules to be with us today.

Mr. Bastarache, the floor is yours.

nomination des juges de la Cour suprême, en autorisant le Québec à proposer différents noms; le gouvernement fédéral proposerait ensuite d’autres noms et un comité choisirait parmi tous ces noms et lorsqu’un nom apparaîtrait sur les deux listes, ce nom serait préféré à ceux qui apparaissent sur une seule des listes.

J’ai dit à M. Cotler : « Vous avez déjà un processus de sélection des juges de la Cour suprême. De cette façon, le Québec aurait son mot à dire au sujet des nominations que vous allez continuer à faire. Ces nominations seront effectuées par le gouvernement fédéral et il y aura un comité objectif qui analysera la liste fédérale et la liste du Québec. »

Le président : Je dois intervenir parce que nous avons dépassé l’horaire.

M. Pelletier : Cela ne s’est pas fait.

Le président : Non, cela ne s’est pas fait. J’aimerais donner aussi à M. Daly la possibilité de présenter une brève réponse, avant d’ajourner la séance.

M. Daly : Dans son opinion, le juge Binnie n’aborde pas la question de l’article 30, et je pense qu’il aurait dû le faire. Je ne pense pas que cette disposition étaye son argument; je pense qu’il renforce mon argument selon lequel il a fallu faire un choix. Je vous rappelle encore une fois le cas du juge Audette qui n’a jamais été nommé juge suppléant, même s’il était un civiliste, parce qu’on craignait qu’il ne soit pas possible de nommer un juge suppléant à un des sièges réservés au Québec, si ce juge siégeait auparavant à une juridiction fédérale. Je ne pense pas que cela soit utile. Je pense que le juge Binnie néglige également, dans une certaine mesure, le but et l’objet de l’article 6. M. Pelletier a fourni des arguments beaucoup plus solides en faveur de la validité de la nomination du juge Nadon. Il existe également des textes historiques importants qui seront analysés, je l’espère, par la cour.

Pour ce qui est du comité de nomination, il est très difficile de savoir en quoi ont consisté les consultations. Il est très possible que la consultation du juge en chef de la Cour d’appel fédérale, le juge Crampton, ait consisté à lui demander de donner son avis sur cette liste et qu’il ait répondu : « Je ne peux pas vous donner mon avis parce que je serais en conflit d’intérêts. » C’est peut-être bien là la réponse qu’il a fournie. Pour ce qui est des consultations, pour ce qui est des discussions que le comité a eues, ainsi que des noms qui ont figuré sur la liste préliminaire et sur la liste restreinte, nous ne savons rien. Il n’est donc pas possible de présenter un commentaire réfléchi.

Le président : Je suis sûr que nous pourrions poursuivre cette discussion encore longtemps. Votre contribution a été très utile à nos délibérations et nous vous remercions tous les deux d’avoir comparu aujourd’hui.

Nous allons entendre notre prochain groupe de témoins, l’honorable Michel Bastarache, ancien juge de la Cour suprême du Canada, et Carissima Mathen, professeure à la faculté de droit de l’Université d’Ottawa. Bienvenus. Nous apprécions le fait que vous ayez pris le temps de vous joindre à nous aujourd’hui.

Monsieur Bastarache, vous avez la parole.

[Translation]

Hon. Michel Bastarache, former Justice of the Supreme Court of Canada, as an individual: Good afternoon. Thank you for inviting me here today. I will be making my presentation in French, but I will answer questions in the language in which they are asked.

Two questions were referred to the Supreme Court. If the court answers “yes” to question 1, question 2 will be moot, because sections 5 and 6 as they stand will be confirmed to already allow a person formally called to the Barreau du Québec for 10 years to be appointed to the court. If the court answers “no,” it will have to consider question 2. In that event, the amendments would not confirm the previous interpretation but would really constitute an amendment. The question then would simply be whether or not it is a constitutional amendment.

First, is it a good, acceptable policy to allow Federal Court judges to be appointed to the Supreme Court? My answer is yes, for two reasons.

First, because I think it is important to prevent any doubts that might be raised about the legitimacy of the appointments of three former justices of the Supreme Court of Canada, all three of whom were appointed by reason of their membership in a bar association prior to their appointment.

Second, Federal Court judges can clearly make a valuable contribution to the work of the Supreme Court, possessing as they do judicial expertise in areas that provincial superior courts do not deal with, particularly in immigration, refugee, navigation, maritime and even tax law. It is useful for the Supreme Court to have the perspective of these judges. And even if they are not engaged in civil law as such, it must also be understood that they cite Quebec civil law as suppletive law in cases in which federal law is incomplete. It should also be noted that not all judges from Quebec are experts in civil law, as was the case of Justice Fish in particular.

I therefore think it is important that the Federal Court include judges from Quebec in order to show the impact that federal law has on Quebec law and to facilitate the integration of civil rights and common law. It would be inconceivable in these circumstances to disqualify Federal Court judges from Quebec.

The onus is on the Prime Minister to ensure that persons are appointed based on the reasons for which the rule was established requiring that three judges from Quebec sit on the Supreme Court of Canada.

Second question: Is it logical and right to allow a person who is no longer a member of the bar to be eligible?

Custom dictates that it is, since we have three examples in justices Le Dain, Iacobucci and Arbour, but it must also be understood that the problem, if there is one, already exists if section 6 is interpreted restrictively. A member of the Barreau du Québec who practises in Gatineau may very well live in Ottawa.

[Français]

L'honorable Michel Bastarache, ancien juge de la Cour suprême du Canada, à titre personnel : Bonjour. Je vous remercie de m'avoir invité. Je vais faire ma présentation en français, mais je répondrai aux questions dans la langue qu'elles vont être posées.

Il y a deux questions posées à la Cour suprême, si la cour répond oui à la première, la deuxième devient sans objet parce que les articles 5 et 6, tel que libellés aujourd'hui, permettrait à une personne qui a déjà été membre du Barreau du Québec pendant 10 ans d'être nommé à la cour. Si la cour répond par la négative, il va être nécessaire de répondre à la deuxième question. Dans un tel cas, les modifications qui ne confirmeraient pas l'interprétation antérieure, mais constitueraient vraiment une modification. La question consisterait alors simplement à savoir si c'est une modification de nature constitutionnelle ou pas.

D'abord, est-ce que c'est une politique correcte, acceptable, que de prévoir la nomination du juge des cours fédérales à la Cour suprême? Ma réponse est oui, et ceci pour deux raisons.

D'abord, parce qu'il est important, selon moi, de lever tout doute possible quant à la régularité des nominations de trois anciens juges de la Cour suprême du Canada, tous trois ont été nommés en raison de leur appartenance à un barreau antérieurement à leur nomination.

Ensuite, il est clair que les juges des cours fédérales apportent un bagage très valable d'expérience dans les domaines du droit où les cours provinciales ne s'aventurent pas beaucoup, notamment dans le droit de l'immigration, des réfugiés, de la navigation, de la marine, même des impôts. Il est utile que la Cour suprême ait la perspective de ces juges. Et même s'ils ne font pas du droit civil proprement dit, il faut aussi savoir qu'ils recourent au droit civil québécois comme droit supplétif dans des affaires où le droit fédéral est incomplet. Il faut aussi préciser que tous les juges du Québec ne sont pas des experts en droit civil, notamment le juge Fish qui est justement remplacé.

Il me semble donc important que la Cour fédérale compte des juges du Québec pour y témoigner de l'impact du droit fédéral sur le droit québécois, et faciliter l'intégration des droits civils et de common law. Il serait inconcevable dans ce contexte de disqualifier des juges du Québec siégeant à une cour fédérale.

C'est au premier ministre de s'assurer que les personnes nommées en fonction des raisons pour lesquelles on a établi la règle voulant que trois juges du Québec siègent à la Cour suprême du Canada.

Deuxième question. Est-ce qu'il est logique et correct de prévoir qu'un juriste qui n'est plus membre du barreau soit éligible?

La coutume le veut puisque nous avons trois exemples, les juges Le Dain, Iacobucci et Arbour. Mais il faut aussi penser que le problème, s'il en est un, existe déjà, si on adopte une interprétation restrictive de l'article 6. Un membre du Barreau du Québec, qui pratique à Gatineau, peut très bien vivre à

Will he be disqualified because he practises in Ontario? In my view, the act provides for no residence test that need be considered.

It must also be understood that many lawyers in modern society are members of several bars. I myself belong to four. In fact, one need only pay one's dues to remain a member of a bar association. This means that we will never have an act that provides for all circumstances and all situations. We must trust those who appoint and trust that they will simply attach importance to the fundamental reason why we want to maintain a contingent of three Federal Court judges from Quebec.

Fourth question: Can Parliament adopt amendments to the Supreme Court Act? To answer that question, it must simply be determined whether that will constitute a change to the composition of the court. If so, a constitutional amendment is necessary.

In my view, the object of paragraph 41(d) of the Constitution Act, 1982 is to make mandatory the convention that prevailed at that time. The convention was simply that the number of Quebec judges would always be three in order to establish a regional balance and a balance between the two major systems of law in the country.

If the government wanted to reduce the number of Quebec representatives to two, for example, that would affect the composition of the court. If qualifications are the issue, that does not change the representation. One year ago, the Government of Quebec requested a change to qualifications to ensure that all judges appointed to the Supreme Court would be bilingual. If that did not require a constitutional amendment, why would this require one?

The question is what interest is sought to be protected by fixing the 1982 standard, and it is clear in my mind that an amendment to the Supreme Court Act would have no constitutional effect because the Supreme Court Act itself is not a constitutional statute.

The fundamental issue, the substantive issue, is obviously the interpretation of the current provisions, that is to say sections 5 and 6. The rules of statutory interpretation provide that, where there is ambiguity or inconsistency between the English and French versions of a statute, a common meaning must be found, that to say the one compatible with each of the versions, even if one is more precise than the other.

Here the English version of section 5 is perfectly clear, where it contains the words "has been," which are applicable to the status of the judge or to that of the lawyer. The French version is ambiguous because the word "ancien" seems at first glance to concern only a judge, although a broader interpretation is also possible. The common meaning is best conveyed by the English version and I think that is entirely correct.

Ottawa. Est-ce qu'il va être disqualifié parce qu'il pratique en Ontario? D'après moi, il n'y a aucun critère de résidence dans la loi auquel on devrait porter attention.

Il faut aussi comprendre que dans la société moderne, il y a beaucoup d'avocats qui sont membres de plusieurs barreaux. Moi-même, je suis membre de quatre barreaux. En fait, il suffit de payer sa cotisation pour retenir son membership dans un barreau. Ce qui veut dire qu'on n'aura jamais une loi qui va prévoir tous les contextes et toutes les situations. Il faut faire confiance à ceux qui nomment et il faut faire confiance que ces personnes vont tout simplement attacher une importance à la raison fondamentale pour laquelle on veut assurer une représentation de trois juges à la Cour fédérale qui soient du Québec.

Quatrième question, est-ce que le Parlement peut adopter des modifications, celles qui sont prévues à la Loi sur la Cour suprême? Pour répondre à la question, il faut tout simplement déterminer si ceci va constituer un changement à la composition de la cour. Si oui, il faut un amendement constitutionnel.

À mon avis, l'objet de l'alinéa 41d) de la Loi constitutionnelle de 1982 est de rendre obligatoire la convention qui prévalait à cette date. La convention voulait simplement que le nombre de juges du Québec soit toujours de trois pour créer un équilibre régional et un équilibre entre les deux grands systèmes de droit au pays.

Si on voulait réduire, par exemple le nombre de représentants du Québec à deux, on affecterait la composition de la cour. Si on parle de qualifications, on ne change pas la représentation. D'ailleurs, le gouvernement du Québec demandait, il y a un an, qu'on change les qualifications pour s'assurer que tous les juges nommés à la Cour suprême soient bilingues. Si cela ne demandait pas un amendement constitutionnel, pourquoi est-ce que ceci demanderait un amendement constitutionnel?

La question consiste à savoir quel intérêt on visait à protéger en fixant la norme en 1982 et, pour moi c'est clair, la modification de la Loi de la Cour suprême n'aurait aucune portée constitutionnelle parce que la Loi sur la Cour suprême elle-même n'a pas de statut constitutionnel.

La question fondamentale, la question de fond, c'est évidemment celle de l'interprétation des dispositions actuelles, c'est-à-dire les articles 5 et 6. Les règles d'interprétation statutaire stipulent qu'en cas d'ambiguïté ou d'inconsistance entre la version française et anglaise d'une loi, il faut chercher à établir le sens commun, c'est-à-dire celui susceptible d'être envisagé dans chacune des versions, même si l'une est plus précise que l'autre.

Ici, la version anglaise est parfaitement claire à l'article 5, en utilisant les mots « *has been* » qui sont applicables au statut du juge ou au statut de l'avocat. La version française est ambiguë parce que le mot « ancien » semble à première vue ne se rapporter qu'au juge, quoique l'interprétation plus large soit aussi possible. Le sens commun est celui le mieux traduit par la version anglaise et cela me semble tout à fait correct.

Section 6 cannot be read in isolation. It must be read in the light of, in conjunction with, section 5. Why? First, because the rules of statutory interpretation require consideration of the general legislative context, but also because section 6 refers directly to section 5 in that it starts by providing that at least three, and I quote, “judges” shall be selected, judges qualified in accordance with section 5.

Section 6, in this instance, cannot disqualify a person who is already qualified under section 5. Its purpose is simply to ensure that three of the persons contemplated in section 5 shall represent Quebec. Qualification by virtue of membership in the bar is thus the same as in section 5.

It would be utterly illogical for a member qualified under section 5 to be disqualified on the day he or she is appointed to the Federal Court, just as it would be illogical for a 20-year-old admitted to the Barreau du Québec for one day suddenly to be eligible for appointment to the Supreme Court of Canada. The rules of interpretation strictly provide that an absurd interpretation must always be avoided.

In conclusion, in my opinion, the amendment to the Supreme Court Act may be made without constitutional amendment. I believe, however, that it is not necessary, simply because the correct interpretation of sections 5 and 6 permits the appointment of a Federal Court judge to represent Quebec. Thank you.

[English]

Carissima Mathen, Professor, Faculty of Law, University of Ottawa, as an individual: Thank you very much. I would like to say what an honour it is to appear before this committee as well as with a panellist of the stature of a former Supreme Court justice. Of course, as academics, we're quite used to disagreeing with judges when they are on the court, but I note he was also an academic; so there's no escape for me today.

I will make three brief points.

First, in regard to sections 5 and 6, as we all know, Justice Nadon's nomination was accompanied by a memorandum from another former Supreme Court justice, Ian Binnie. Mr. Binnie concluded that there is no statutory impediment to appointing Justice Nadon.

Together with Professor Michael Plaxton of the University of Saskatchewan, I examined Mr. Binnie's analysis in an article entitled “Purposive Interpretation, Quebec and the Supreme Court Act,” and I have submitted that article to the committee.

L'article 6 ne peut pas être lu isolément. L'article 6 doit être lu à la lumière de l'article 5, conjointement avec celui-ci. Pourquoi? D'abord, parce que les règles d'interprétation statutaire requièrent que l'on tienne compte du contexte législatif général, mais aussi parce que l'article 6 se réfère directement à l'article 5 en commençant par prévoir qu'au moins trois, et je cite : « des juges » sont choisis, donc des juges qualifiés selon le paragraphe 5.

Or, l'article 6 ne peut pas, dans ce cas, avoir pour objet de disqualifier une personne qui est déjà qualifiée en vertu de l'article 5. Son objet est simplement d'assurer que parmi les personnes visées à l'article 5, il y en aura trois qui représentent le Québec. La qualification en vertu de l'appartenance au barreau est donc la même que dans l'article 5.

Il serait totalement illogique qu'un membre qualifié selon l'article 5 soit disqualifié le jour où il est nommé à la Cour fédérale comme il serait illogique qu'une personne de 20 ans, qui est admise pour une journée au Barreau du Québec devienne tout d'un coup admissible à la nomination à la Cour suprême du Canada. Les règles d'interprétation prévoient strictement que toute interprétation qui mène à un résultat absurde doit être écartée.

En conclusion, à mon avis, la modification de la Loi sur la Cour suprême peut être effectuée sans modification constitutionnelle. Je crois cependant qu'elle n'est pas nécessaire, tout simplement parce que l'interprétation correcte des articles 5 et 6, permettent la nomination d'un juge de la Cour fédérale pour représenter le Québec. Merci.

[Traduction]

Carissima Mathen, professeure, faculté de droit, Université d'Ottawa, à titre personnel : Je vous remercie. J'aimerais vous dire que c'est un honneur de comparaître devant le comité à côté d'un témoin qui a la stature d'un ancien juge de la Cour suprême. Bien sûr, les universitaires comme moi ont souvent l'habitude de ne pas souscrire aux déclarations des juges en activité, mais je note qu'il est également un universitaire; je ne pourrai donc pas m'en sortir aujourd'hui.

Je ferai trois brèves remarques.

Premièrement, pour ce qui est des articles 5 et 6, comme nous le savons tous, la nomination du juge Nadon était accompagnée d'une note d'un autre ancien juge de la Cour suprême, Ian Binnie. M. Binnie concluait qu'il n'y avait aucun obstacle légal à la nomination du juge Nadon.

Avec M. Michael Plaxton, de l'Université de la Saskatchewan, j'ai examiné l'analyse à laquelle a procédé M. Binnie dans un article intitulé « L'interprétation téléologique, le Québec et la Loi sur la Cour suprême », et j'ai transmis cet article au comité.

Very briefly, Professor Plaxton and I agree with Mr. Binnie's analysis of section 5. We do believe that his analysis of section 6 was incomplete. He seems to treat section 6 as effectively identical to section 5. In our opinion, it is not.

The purpose of section 5 is to clearly guarantee minimum legal expertise for the court as a whole. The purpose of section 6 is, additionally, to set out specific rules to guarantee minimal expertise with respect to Quebec's distinctive legal traditions. So section 6 responds to a functional concern that is not present in section 5.

In addition, our research indicated that section 6 was an attempt by successive parliaments to assure Quebecers that at least the three judges drawn from that province would have sufficient links with its legal culture.

Second, a comment about declaratory legislation: Clauses 471 and 472 are described as declaratory. Unlike ordinary legislation, declaratory legislation purports to determine the meaning of existing law. Traditionally, it follows an adverse judicial ruling. For this reason, it is assumed to operate retroactively, to change the state of affairs under which that ruling was rendered.

In the present case, passage of these clauses would mean that 10 years' bar membership is all that has ever been required for appointment to the court, under section 5 or 6.

Declaratory legislation enacted in the absence of an adverse judicial ruling — the situation here — is rare.

In determining the appropriate uses of declaratory legislation, one must consider both its goals and the law it is purporting to affect. To the extent that the clauses in issue purport to define the purpose that animated an earlier parliament or parliaments, this does not seem to be an appropriate use of declaratory legislation in that it trenches on the competence of the courts to interpret legislative purpose.

Parliament may imbue the law with a new or amplified purpose. It may, through declaratory legislation, determine the application of sections 5 and 6, but its ability to define the law's original purpose is more limited, and for good reason.

Finally, a point about the procedure that the government has chosen: It's very unusual to seek to pass legislation whilst referring that legislation to the court for guidance.

An example of where this has occurred, a long time ago, is with respect to the Anti-Inflation Act reference, which of course was enacted in a time of economic crisis.

Très brièvement, M. Plaxton et moi souscrivons à l'analyse de l'article 5 qu'a faite M. Binnie. Nous pensons par contre que son analyse de l'article 6 est incomplète. Il semble dire que l'article 6 est en fait identique à l'article 5. À notre avis, ce n'est pas le cas.

L'article 5 a clairement pour but de garantir un minimum d'expertise juridique à l'ensemble des juges de la cour. L'article 6 a en outre pour but d'exposer des règles précises qui visent à garantir une expertise minimale pour ce qui est de la tradition juridique particulière du Québec. L'article 6 répond donc à une préoccupation fonctionnelle que l'on ne retrouve pas à l'article 5.

En outre, il ressort de notre recherche que l'article 6 constitue une tentative de la part des législateurs successifs de garantir aux Québécois qu'au moins les trois juges originaires de cette province auront des liens suffisamment étroits avec sa culture juridique.

Deuxièmement, un commentaire au sujet des textes législatifs déclaratoires : les articles 471 et 472 du projet de loi sont décrits comme étant de nature déclaratoire. À la différence d'une mesure législative ordinaire, une mesure déclaratoire a pour but de déterminer le sens du droit existant. Traditionnellement, une telle mesure fait suite à une décision judiciaire insatisfaisante. Pour cette raison, il est tenu pour acquis qu'elle a un effet rétroactif, qu'elle change l'état du droit en vertu duquel la décision a été prononcée.

En l'espèce, selon certains passages de ces articles du projet de loi, le fait d'être membre d'un barreau pendant 10 ans est la seule condition à respecter pour pouvoir être nommé à la cour, selon l'article 5 ou l'article 6.

Une mesure législative déclaratoire édictée sans qu'une décision judiciaire insatisfaisante ait été rendue — la situation actuelle — est une chose rare.

Pour savoir quel est l'usage approprié d'une mesure législative déclaratoire, il faut examiner à la fois ses buts et la loi qu'elle entend toucher. Dans la mesure où les articles en question tentent de définir l'intention d'un ou plusieurs parlements antérieurs, il ne semble pas qu'un tel usage d'une mesure législative déclaratoire soit approprié parce qu'elle empiète sur la compétence des tribunaux qui est de dégager l'intention du législateur.

Le Parlement a le pouvoir de donner à une loi un objet nouveau ou élargi. Il peut, en adoptant une mesure législative déclaratoire, préciser l'application des articles 5 et 6, mais sa capacité à définir quel était l'objet initial d'une loi est plus limitée, et pour de bonnes raisons.

Enfin, une remarque au sujet de la procédure qu'a choisie le gouvernement : il est très inhabituel de demander l'adoption d'un projet de loi, tout en référant ce projet de loi à la cour pour qu'elle se prononce à son sujet.

Cela s'est produit il y a longtemps avec le renvoi sur la Loi anti-inflation, qui a bien sûr été édictée pendant une crise économique.

While I believe that seeking the court's advice is prudent, it is inconsistent for the Attorney General to propose legislation in the house, which implies belief in its validity, and then admit, through a reference to the Supreme Court, that there may be questions around its ability to do so. The initiation of a reference suggests that these clauses may be premature.

That concludes my prepared remarks. Thank you.

The Chair: Thank you. We'll begin the questioning with Senator Joyal.

[Translation]

Senator Joyal: Mr. Bastarache, I would like to go back to page 2 of your brief, where you elaborate on Parliament's ability to adopt amendments to the Supreme Court Act. If I correctly understand your interpretation and what you are proposing, the Constitution Act, 1982 entrenched the part of the Supreme Court Act that recognizes that the composition of the Supreme Court bench includes three judges from Quebec.

Mr. Bastarache: That is correct.

Senator Joyal: It is that provision of the act that was entrenched, but those three seats must not be interpreted as being seats essentially linked to the ability to express, to promote or to interpret the civil law tradition of the Canadian system which, based on the Constitution acts of 1867 and 1982, obviously comprises two cohabiting legal systems: the common law and the civil law tradition. In other words, is this about more than simply three seats? Is it really also about the ability to express the civil law tradition that we sought to entrench in 1982.

Mr. Bastarache: I believe that was the motivation for providing a one-third representation in the Supreme Court of Canada, but I do not believe it was essentially to ensure that there were three civil law experts on the bench, for the good reason that there were never three civil law experts. We did not have that recently. I believe that the issue was a motivation, a desire for regional representation — three judges from Ontario, three judges from Quebec, one from the Atlantic and two from the west — and we had variations in the composition of the court because, at one point, there were three judges from the west and two from Ontario, but that derogation was not wanted in the case of Quebec. We always wanted to ensure that Quebec had its three judges.

Now I believe this is an exercise of discretion by the Prime Minister, who makes the appointments, to ensure that, in those Quebec appointments, we have people who are specialists in civil law matters. Bear in mind, however, that virtually no civil law matters go before the Supreme Court. There is a very small percentage. There are many cases from Quebec, but they are cases in criminal law, labour law, family law and all the various fields. The reason why there are few is that there is a tendency in the Supreme Court of Canada to let the Quebec Court of Appeal resolve the issues that are really strictly Quebec civil law matters.

Je pense qu'il est prudent de demander l'avis de la cour, mais il me paraît incohérent que le procureur général propose une mesure législative à la Chambre des communes, ce qui laisse entendre qu'il estime qu'elle est valide et admettre ensuite, en présentant un renvoi à la Cour suprême, qu'il existe peut-être certains doutes sur sa capacité de le faire. La demande de renvoi indique que ces articles du projet de loi sont peut-être prématurés.

Voilà qui conclut mes commentaires. Je vous remercie.

Le président : Merci. Nous allons commencer les questions avec le sénateur Joyal.

[Français]

Le sénateur Joyal : Monsieur Bastarache, je voudrais retourner à la page 2 de votre mémoire, lorsque vous élaborez sur la capacité du Parlement d'adopter des modifications à la Loi sur la Cour suprême. Si je comprends bien votre interprétation et ce que vous nous proposez, la Loi constitutionnelle de 1982 a enchâssé la partie de la Loi de la Cour suprême qui reconnaissait que la composition du banc de la Cour suprême est de trois juges en provenance du Québec.

M. Bastarache : C'est cela.

Le sénateur Joyal : C'est cette disposition de la loi qui était enchâssée, mais il ne faut pas interpréter ces trois sièges comme étant des sièges essentiellement reliés à la capacité d'exprimer, de faire valoir ou d'interpréter la tradition civiliste du système canadien qui, d'après la Loi constitutionnelle de 1867 et de 1982, comprend évidemment deux systèmes juridiques qui cohabitent : la common law et la tradition civiliste. En d'autres mots, est-ce plus que simplement trois sièges? C'est vraiment aussi la capacité d'exprimer la tradition civiliste qu'on a voulu enchâsser, en 1982.

M. Bastarache : Je pense que c'était la motivation pour donner une représentation d'un tiers à la Cour suprême du Canada, mais je ne crois pas que c'était essentiellement pour s'assurer de trois juristes experts en droit civil, pour la bonne raison qu'il n'y a jamais eu trois experts en droit civil. On ne l'avait pas, justement, tout dernièrement. Je crois que la question, c'était une motivation selon laquelle on voulait une représentation régionale — trois juges de l'Ontario, trois juges du Québec, un de l'Atlantique, deux de l'Ouest — et on a eu des variations dans la composition de la cour parce qu'à un moment donné, il y a eu trois juges de l'Ouest et deux de l'Ontario, mais on ne voulait pas que cette dérogation puisse se faire dans le cas du Québec. On voulait toujours s'assurer que le Québec a ses trois juges.

Maintenant, je crois que c'est une question d'exercice de la discrétion de la part du premier ministre, qui fait les nominations, de s'assurer qu'à l'intérieur de ces nominations du Québec, on ait des gens qui soient des spécialistes des questions de droit civil. Cependant, rappelez-vous que les questions de droit civil qui vont à la Cour suprême, il n'y en a pratiquement pas. Il s'agit d'un infime pourcentage. Il y a beaucoup de causes du Québec, mais ce sont des causes de droit criminel, de droit du travail, de droit de la famille, de tous les différents domaines. La raison pour laquelle il y en a peu, c'est qu'à la Cour suprême du Canada, il y a une

The court intervenes when problems arise in the decisions of the Quebec Court of Appeal, divisions, in particular divisions over substantive issues. Generally, there are very few.

I believe the concern was to guarantee Quebec a very important place on the Supreme Court of Canada.

Senator Joyal: So, three seats?

Mr. Bastarache: That is correct.

Senator Joyal: Then what meaning do you attach to section 42, which submits the Supreme Court of Canada to the 7/50 amendment formula? Does that have an impact or is it purely, I was going to say, ornamental? Because section 42 very clearly states that to amend the Supreme Court of Canada, and I quote:

[English]

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

Which is 7/50.

— (d) subject to paragraph 41(d), the Supreme Court of Canada.

So the Supreme Court of Canada if I read the Constitution of 1992 with the purpose is beyond the unilateral power of the federal government, either under 44 or 91, to change something of the Supreme Court of Canada, without resorting to the amending formula. In other words, what is the scope of 42(1)(d) in relation to the Supreme Court of Canada?

Mr. Bastarache: If you wanted to change the representation of Quebec, you could do it, is what you're saying, without the participation of Quebec?

Senator Joyal: I'm not saying that.

Mr. Bastarache: It seems to me you would never reach that —

Senator Joyal: I'm not saying that. Because if you change the participation of Quebec under 7/50, it could mean that you could abolish the three seats of Quebec, without Quebec concurring.

Mr. Bastarache: Yes.

Senator Joyal: I think the Quebec seats are protected under section 41, the unanimity formula, which maintains some sort of veto right for Quebec.

But in the context of section 42, whereby it's clearly stated that the Supreme Court of Canada is under the 7/50 amending formula, my question to you is: What is covered, then, under 42(1)(d) of the Supreme Court Act?

Mr. Bastarache: I don't know. I never set my mind to that issue. But, as you know, the Supreme Court is a federal institution; it was created not by the Constitution itself. The

tendance à laisser la Cour d'appel du Québec régler les problèmes qui sont vraiment strictement de droit civil québécois. La cour intervient quand il y a des problèmes à l'intérieur des décisions de la Cour d'appel du Québec, des divisions, et surtout des divisions qui portent sur des notions de fond. En général, il y en a très peu.

La préoccupation, je crois, c'était d'assurer une place très importante du Québec au sein de la Cour suprême du Canada.

Le sénateur Joyal : Donc, trois sièges?

M. Bastarache : C'est cela.

Le sénateur Joyal : À ce moment-là, quel sens donnez-vous à l'article 42 qui soumet à la formule d'amendement de 7/50 la Cour suprême du Canada? Est-ce que cela a une portée ou est-ce purement, j'allais dire ornamental? Parce que l'article 42 dit très bien que pour modifier la Cour suprême du Canada, et je cite :

[Traduction]

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

... qui est le 7/50...

— d) sous réserve de l'alinéa 41d), la Cour suprême du Canada.

De sorte que la Cour suprême du Canada, si j'interprète la Constitution de 1992 selon son but, ne peut être modifiée unilatéralement par le gouvernement fédéral, que ce soit aux termes de l'article 44 ou de l'article 91, sans mettre en œuvre la procédure de modification. Autrement dit, quelle est la portée de l'alinéa 42(1)d) à l'égard de la Cour suprême du Canada?

M. Bastarache : Si vous vouliez modifier la représentation du Québec, il serait possible de le faire, d'après vous, sans la participation du Québec?

Le sénateur Joyal : Ce n'est pas ce que je dis.

M. Bastarache : Il me semble que l'on ne pourrait jamais...

Le sénateur Joyal : Ce n'est pas ce que je dis. Parce que si l'on modifie la participation du Québec avec la formule 7/50, cela veut dire que vous pourriez supprimer les trois sièges sans l'accord du Québec.

M. Bastarache : Oui.

Le sénateur Joyal : Je pense que les sièges réservés au Québec sont protégés par l'article 41, qui exige l'unanimité, ce qui préserve un certain droit de veto pour le Québec.

Mais dans le contexte de l'article 42, qui énonce clairement que la Cour suprême du Canada est visée par la procédure de modification 7/50, voici la question que je vous pose : qu'est-ce qui est visé, dans cette hypothèse, par l'alinéa 42(1)d) de la Loi sur la Cour suprême?

M. Bastarache : Je ne sais pas. Je n'ai jamais étudié cet aspect. Comme vous le savez, la Cour suprême est une institution fédérale; elle n'a pas été créée par la Constitution elle-même. La

Constitution of 1867 only provides for the power of the federal government to establish a Supreme Court; so this is why it's not a constitutional body in itself.

It is protected indirectly by the amendment formula, but there's no clause that directly says, "There shall be a Supreme Court of Canada; it shall be composed of nine judges representing the regions," or something like that. So it's an indirect protection for the province of Quebec.

As you say, I think the important element is that there is sort of a veto in the sense that one-third representation from Quebec is totally protected.

Senator Joyal: I know the time is flying. My second question would be for Professor Mathen.

Professor Mathen, would it not be better for us, in relation to Bill C-4 that we suspend the proclamation of that bill until the decision of the Supreme Court be made public in relation to the reference that the Canadian government has addressed to the court, instead of legislating to influence the interpretation of the court?

Ms. Mathen: I would confine my answer to clauses 471 and 472. I do believe that it is inappropriate and unwise to pass legislation at the same time that the executive has sought advice from the Supreme Court. The Supreme Court has, on occasion, refused to answer reference questions where the questions were moot, were ripe, where the court clearly felt that there could be a possibility of uncertainty; and I think where the court felt that the use of the reference function was inappropriate.

So I believe that both should not be going at the same time, and it is certainly unusual and, in my opinion, unwise for the government to pursue both tracks.

Senator Joyal: Would you agree that it would be better for us to suspend the implementation of 471 and 472 until the decision of the Supreme Court be made public?

Ms. Mathen: I believe the government could either withdraw the proposed changes to the Supreme Court Act or withdraw the reference. It has sought the advice of the Supreme Court. If the government feels that it is more prudent to pass this legislation and see what happens, it is also free to do that. I don't believe that it is now duty-bound to proceed with the reference.

Senator Joyal: Yes, but the reference is there; it was already sent to the Supreme Court on October 22. The court has already fixed a hearing date in January; so the legal process is on.

Since we are asked to legislate at the same moment that we are asking the court to interpret the substance of the legislation, would it not be better for us to suspend the implementation of the legislation until the decision of the court?

Constitution de 1867 ne fait qu'attribuer au gouvernement fédéral le pouvoir d'établir une Cour suprême; c'est la raison pour laquelle elle ne constitue pas elle-même un organe constitutionnel.

Elle est protégée indirectement par la procédure de modification, mais il n'y a pas de disposition qui énonce expressément : « Il y aura une Cour suprême du Canada; elle sera composée de neuf juges représentant les régions », ou quelque chose du genre. C'est donc une protection indirecte pour la province de Québec.

Comme vous le dites, je pense que l'élément important est qu'il y ait une sorte de veto dans le sens où la représentation du Québec par trois juges sur neuf est totalement protégée.

Le sénateur Joyal : Je sais que le temps passe très rapidement. Ma deuxième question s'adresse à Mme Mathen.

Madame Mathen, ne serait-il pas préférable pour nous, pour ce qui est du projet de loi C-4, de suspendre la proclamation de ce projet de loi en attendant que la Cour suprême ait rendu sa décision sur le renvoi que le gouvernement canadien lui a transmis, plutôt que d'adopter une mesure législative pour influencer l'interprétation de cette cour.

Mme Mathen : Je vais limiter ma réponse aux articles 471 et 472 du projet de loi. J'estime qu'il n'est pas approprié et qu'il n'est pas sage d'adopter une mesure législative au moment même où le pouvoir exécutif a demandé l'avis de la Cour suprême. Il est déjà arrivé que la Cour suprême refuse de se prononcer sur un renvoi lorsque les questions posées étaient théoriques, désuètes ou lorsque le tribunal a clairement estimé qu'il pouvait y avoir une incertitude; et je crois aussi, lorsque le tribunal a pensé que le recours au renvoi n'était pas approprié.

J'estime donc que ces deux mesures ne devraient pas être prises en même temps, et il est tout à fait inhabituel, et à mon avis peu judicieux de la part du gouvernement, d'utiliser ces deux mécanismes.

Le sénateur Joyal : Admettez-vous qu'il serait préférable pour nous de suspendre la mise en œuvre des articles 471 et 472 du projet de loi en attendant que la Cour suprême ait rendu sa décision?

Mme Mathen : Je pense que le gouvernement pourrait soit retirer les changements proposés à la Loi sur la Cour suprême, soit retirer le renvoi. Il a demandé l'avis de la Cour suprême. Si le gouvernement estime qu'il est plus prudent d'adopter ce projet de loi et voir ce qui se passe, il a également toute liberté de le faire. Je ne pense pas qu'il soit maintenant obligé de poursuivre le renvoi.

Le sénateur Joyal : Oui, mais le renvoi a déjà été envoyé à la Cour suprême le 22 octobre. La Cour suprême a déjà fixé une date d'audience en janvier; le processus juridique est donc enclenché.

Étant donné qu'on nous demande de légiférer au moment même où nous demandons à la cour d'interpréter le fond de la mesure législative, ne serait-il pas préférable pour nous de suspendre la mise en œuvre de cette mesure en attendant la décision de la Cour suprême?

Because suppose the court comes to the conclusion that the interpretation of sections 5 and 6 of the Supreme Court Act are not in sync with what the bill purports to achieve, then the bill will be unconstitutional. We will have adopted something unconstitutional.

So instead of immediately adopting something that the court might find down the road is unconstitutional, would it not be better for us to suspend the adoption of this bill until the court has ruled? And if the court rules in sync with the purpose of the bill, we will not need to adopt the bill; the court will already have ruled.

Ms. Mathen: To my mind, section 53, the reference power in the Supreme Court, would allow the moving party to withdraw. There's no other vested right, for example, that would be affected. So I would say it's not clear to my mind that the reference must go forward. With that in mind, there is a choice, I believe legitimately, that the government would face, one of which would be to suspend passage of the bill. But I'm not prepared to say that given the current structure of the way that references proceed in the Supreme Court that the reference must happen. It does not need to happen.

Mr. Bastarache: Is the Supreme Court not being asked whether the federal government has the power to amend the Supreme Court Act?

Senator Joyal: I can read the questions to the court. I have them here in front of me. The first question is:

Can a person who was, at any time, an advocate of at least 10 years standing at the Barreau du Québec be appointed to the Supreme Court of Canada as a member of the Supreme Court from Quebec pursuant to section 5 and 6 of the Supreme Court Act?

That's the first question. The second question:

Can Parliament enact legislation that requires that a person be or has previously been a barrister or advocate of at least 10 years standing at the bar of a province as a condition of appointment as a judge of the Supreme Court of Canada or enact the annexed declaratory provisions as set out in clauses 471 and 472 of the Bill entitled *Economic Action Plan 2013 Act, No. 2*?

In other words, the government is asking to pronounce on this bill, on the constitutionality of this bill, and we're asked to adopt the bill at the same time.

Mr. Bastarache: That's why I was asking that you read it out. I think it's very improper to ask whether you can adopt the legislation and adopt the legislation before you get the answer.

Senator Joyal: That's what I think. That's why I propose that we suspend the adoption of this bill, or we don't proclaim the bill, at least, or the bill would not come into force until a specific date down the road, so that we're not caught in an untenable position here.

Supposons que la cour en arrive à la conclusion que l'interprétation des articles 5 et 6 de la Loi sur la Cour suprême n'est pas conforme à l'objet du projet de loi, alors ce projet de loi sera déclaré inconstitutionnel. Nous aurons adopté une mesure inconstitutionnelle.

De sorte qu'au lieu d'adopter immédiatement une mesure que la cour pourrait déclarer inconstitutionnelle par la suite, ne serait-il pas préférable pour nous de suspendre l'adoption de ce projet de loi en attendant la décision de la cour? Et si la décision de la cour est conforme à l'objet du projet de loi, nous n'aurons pas besoin de l'adopter; la cour se sera déjà prononcée.

Mme Mathen : À mon avis, l'article 53, le pouvoir de présenter un renvoi à la Cour suprême, autorise la partie à l'origine du renvoi à le retirer. Il n'y a pas de droit acquis, par exemple, qui serait touché. Je dirais donc que je ne suis pas convaincue que le renvoi doive nécessairement être poursuivi. Cela dit, il y a un choix, qui me paraît légitime, que le gouvernement pourrait faire, à savoir qu'il pourrait suspendre l'adoption du projet de loi. Mais je ne suis pas prête à affirmer que, compte tenu du mécanisme actuel des renvois à la Cour suprême, ces renvois doivent nécessairement être entendus. Ce n'est pas obligatoire.

M. Bastarache : N'a-t-on pas demandé à la Cour suprême si le gouvernement fédéral avait le pouvoir de modifier la Loi sur la Cour suprême?

Le sénateur Joyal : Je peux lire les questions posées à la cour. Je les ai devant moi. La première question est la suivante :

Une personne qui a autrefois été inscrite comme avocat pendant au moins 10 ans au Barreau du Québec peut-elle être nommée à la Cour suprême du Canada à titre de juge de la Cour suprême pour le Québec conformément aux articles 5 et 6 de la Loi sur la Cour suprême?

C'est la première question. Voici la seconde :

Le Parlement peut-il légiférer pour exiger, à titre de condition de sa nomination au poste de juge de la Cour suprême du Canada, qu'une personne soit ou ait été inscrite comme avocat au barreau d'une province pendant au moins dix ans ou adopter des dispositions déclaratoires telles que celles prévues aux articles 471 et 472 du projet de loi intitulé *Loi n° 2 sur le plan d'action économique de 2013*, ci-annexé?

Autrement dit, le gouvernement lui demande de se prononcer sur ce projet de loi, sur la constitutionnalité de ce projet de loi, et on nous demande en même temps d'adopter le projet de loi.

M. Bastarache : C'est la raison pour laquelle je vous demandais de lire ces questions. Il me paraît tout à fait irrégulier de demander à la cour s'il est possible d'adopter ce projet de loi et de l'adopter avant d'avoir obtenu la réponse.

Le sénateur Joyal : C'est ce que je pense. C'est la raison pour laquelle je propose de suspendre l'adoption du projet de loi, ou de ne pas le proclamer en vigueur, au moins, ou pour que celui-ci n'entre pas en vigueur avant une certaine date, pour que nous ne nous trouvions pas dans une situation intenable.

Mr. Bastarache: You could, however, pronounce on the ability of the federal government to adopt a bill such as that, if the first question is answered in a negative by the Supreme Court.

Senator Joyal: Yes, but we are in the “if” context.

Mr. Bastarache: Yes.

Senator Joyal: So that’s why what I want to get from you is what should be the logical approach to this.

Mr. Bastarache: Since you’re asking the Supreme Court, “Do we, Parliament, have the power to adopt this legislation?” I would think the logical approach is to wait for the answer before introducing legislation.

Senator Joyal: That’s what I think.

Are you of the same opinion, Professor Mathen?

Ms. Mathen: The reason I qualify my answer is that I don’t see the reference function in itself binding the government in any way. The reference function is purely advisory. I think you could certainly make an argument that, having now sought the advice of the Supreme Court, the government has indicated uncertainty, but that’s a political stance that the government can take. Do I think it would be prudent to wait for the answer? Yes. Do I think that they are required to wait for the answer or they could resile from the proceeding? I think they could do that.

[*Translation*]

Senator McIntyre: My first question is for Justice Bastarache. Welcome to the Senate of Canada. I understand that sections 5 and 6 are only declaratory amendments and that they make no changes to the present act. They simply provide clarification.

Do you think it was necessary for the government to make legislative amendments to sections 5 and 6? Were the provisional amendments made insufficient?

Mr. Bastarache: Based on my interpretation of sections 5 and 6, it was not necessary to provide clarification because I believe it is clear that a Federal Court judge can be appointed to represent Quebec on the Supreme Court of Canada. Now legislation can be adopted to clarify matters if that is not clear. In my opinion, however, we should really wait until the Supreme Court has ruled in the negative before concluding that there is a need to bring in an amendment.

[*English*]

Senator McIntyre: My second question is directed to Ms. Mathen. Justice Nadon’s appointment to the Supreme Court of Canada, as you know, is currently being challenged in Federal Court, based on two arguments. The first argument

M. Bastarache : Vous pourriez toutefois vous prononcer sur la capacité du gouvernement fédéral à adopter un projet de loi de ce genre, si la Cour suprême donne une réponse négative à la première question.

Le sénateur Joyal : Oui, mais nous sommes dans un contexte hypothétique.

M. Bastarache : Oui.

Le sénateur Joyal : C’est la raison pour laquelle j’aimerais savoir ce qui vous paraîtrait être une approche logique dans cette situation.

M. Bastarache : Puisque vous demandez à la Cour suprême : « Est-ce que nous, le Parlement, avons le pouvoir d’adopter ce projet de loi? » Je pense que l’approche logique consisterait à attendre la réponse avant de présenter une mesure législative.

Le sénateur Joyal : C’est ce que je pense.

Êtes-vous du même avis, madame Mathen?

Mme Mathen : Je nuance ma réponse parce que je ne pense pas qu’un renvoi lie véritablement le gouvernement. Le mécanisme du renvoi est purement consultatif. Je pense que l’on pourrait bien sûr soutenir qu’étant donné que nous avons maintenant demandé l’avis de la Cour suprême, le gouvernement a indiqué qu’il existait une incertitude sur cette question, mais c’est une position politique que le gouvernement peut adopter. Est-ce que je pense qu’il serait prudent d’attendre la réponse? Oui. Est-ce que je pense que le gouvernement est tenu d’attendre la réponse ou de mettre un terme au renvoi? Je pense qu’il pourrait le faire.

[*Français*]

Le sénateur McIntyre : Ma première question s’adresse au juge Bastarache. Bienvenue au Sénat du Canada. Je comprends que les articles 5 et 6 ne sont que des modifications apportées et déclaratoires et qu’elles n’apportent pas de modifications à la loi actuelle. Elles apportent tout simplement des éclaircissements.

Selon vous, était-il nécessaire pour le gouvernement d’apporter des modifications législatives aux articles 5 et 6? Les modifications provisoires apportées n’étaient-elles pas suffisantes?

M. Bastarache : Selon mon interprétation des articles 5 et 6, il n’était pas nécessaire d’avoir une clarification, parce que je crois que c’est clair qu’un juge de la Cour fédérale peut être nommé pour représenter le Québec à la Cour suprême du Canada. Maintenant, si ce n’est pas clair, on peut adopter une législation pour clarifier les choses. Mais d’après moi, il faudrait vraiment attendre que la Cour suprême se prononce de façon négative avant de conclure qu’il y a une nécessité d’apporter un amendement.

[*Traduction*]

Le sénateur McIntyre : Ma seconde question s’adresse à Mme Mathen. La nomination du juge Nadon à la Cour suprême du Canada est, à l’heure actuelle, contestée devant la Cour fédérale, en vertu de deux arguments. Le premier argument

relates to the interpretation of sections 5 and 6 of the Supreme Court Act. The second argument is, as I understand, a constitutional one, and it relates to certain sections of the Constitution Act, 1982 and, more specifically, 41(d).

As we all know, those sections have yet to be judicially interpreted, and there's a lot of disagreement amongst constitutional scholars. In your opinion, how successful will those two arguments be before the Federal Court, when the Federal Court hears that matter? I know it's just a question of opinion, but still.

Ms. Mathen: I would be able to answer those questions in terms of my opinion of the merits of the argument as opposed to how the court might decide.

As I have stated in my scholarship, I do believe that as currently drafted and taking into account the historical information that we have with respect to the intention of Parliament, the current section 6 does pose a statutory bar to Federal Court judges satisfying the requirement. I think it's a closer issue with respect to the bar membership, and Professor Plaxton and I have detailed our reasons for coming to this conclusion.

With respect to the constitutional argument, that is a very close question, because of course the Supreme Court Act itself has never been regarded as a part of the written Constitution of Canada. It's not mentioned in the list of documents in section 52. That list, though, has generally been thought of as being non-exhaustive, which raises the possibility that mere statutory law could in some way be incorporated into the Constitution, and that is a question, I think, that we need some guidance on.

We've just had three days of debate in the Supreme Court of Canada around section 5. We have no jurisprudence on it. Frankly, we're a little bit at sea in terms of knowing what is the proper approach even to an amending formula. Is it the traditional living tree approach, the progressive approach? Is there more room for the framers' intent? Should we be a little more cautious in terms of expanding the written meaning of Part V? Because amendment is a political procedure.

We assume that constitutions are not drafted in vain and that no particular provision is redundant or has no meaning, and so the mention of the Supreme Court in Part V has to mean something. I'll confine myself to section 41(d).

I do think that the specific mention of composition in a part that requires unanimity at the very least confirms the current practice of the special reserve of seats for Quebec. I do not believe that composition in this case includes qualifications. So I would draw the distinction there, and that's how I would answer the question.

concerne l'interprétation des articles 5 et 6 de la Loi sur la Cour suprême. Le second est, si j'ai bien compris, un argument constitutionnel qui touche certains articles de la Loi constitutionnelle de 1982 et plus précisément, l'alinéa 41d).

Comme nous le savons tous, ces articles n'ont pas été interprétés par les tribunaux et soulèvent de nombreuses discussions entre les constitutionnalistes. À votre avis, ces deux arguments vont-ils convaincre la Cour fédérale lorsqu'elle entendra cette affaire? Je sais que c'est une question d'opinion, mais je tiens quand même à la poser.

Mme Mathen : Je pourrais répondre à ces questions en disant ce que je pense du bien-fondé des arguments et non pas en fonction de ce que le tribunal pourrait décider.

Comme je l'ai mentionné dans mon mémoire, je pense que tel que l'article 6 actuel est rédigé, et compte tenu des données historiques que nous possédons au sujet de l'intention du Parlement, ces dispositions constituent un empêchement légal à ce que les juges de la Cour fédérale répondent à cette exigence. La question concernant l'appartenance au barreau est plus délicate et M. Plaxton et moi-même avons exposé les raisons pour lesquelles nous en sommes arrivés à cette conclusion.

Pour ce qui est de l'argument constitutionnel, c'est une question très délicate, parce qu'il est évident que la Loi sur la Cour suprême elle-même n'a jamais été considérée comme faisant partie de la Constitution écrite du Canada. Elle n'est pas mentionnée dans la liste des documents de l'article 52. Il est vrai que cette liste a généralement été considérée comme étant non limitative, ce qui laisse la possibilité qu'une simple loi puisse être, d'une façon ou d'une autre, incorporée à la Constitution, et c'est un aspect sur lequel j'estime qu'il serait bon d'avoir certaines directives.

Nous venons d'avoir un débat devant la Cour suprême du Canada qui a duré trois jours au sujet de l'article 5. Il n'y a aucune jurisprudence à ce sujet. Franchement, nous sommes un peu perdus pour ce qui est de savoir quelle est la bonne approche à adopter, ne serait-ce qu'au sujet de la procédure de modification. Doit-on adopter l'approche progressiste, l'approche traditionnelle de l'arbre vivant? Dispose-t-on de davantage de flexibilité pour ce qui est de l'intention des rédacteurs? Devrions-nous être plus prudents avant d'élargir le sens des dispositions de la partie V? Parce qu'une modification est une procédure politique.

Il faut partir du principe que les constitutions ne sont pas rédigées pour rien et qu'aucune disposition n'est redondante ou n'est dépourvue de sens; ainsi, le fait de mentionner la Cour suprême dans la partie V doit vouloir dire quelque chose. Je vais me limiter à l'alinéa 41d).

J'estime que le fait que la composition soit expressément mentionnée dans une partie qui exige l'unanimité confirme à tout le moins la pratique actuelle qui consiste à réserver des sièges pour le Québec. Je ne pense pas qu'ici la composition comprenne les conditions d'admissibilité. Je ferai donc une distinction ici, mais c'est ainsi que je répondrai à la question.

Senator Baker: In view of what Justice Bastarache has given us, his opinion that we should not pass this measure until the Supreme Court of Canada has made a judgment, I note that there is no coming-into-force section following this particular division that we're talking about here; that the coming-into-force provision in this bill is at clause 470, whereas the Supreme Court Act is at clause 471. So perhaps the committee can make note of that when reporting back to the Senate, and thereby back to the government.

My question, Justice Bastarache, relates to an opinion that you've expressed here today that a Federal Court judge or a judge of the Appellate Division of the Federal Court deals with important matters such as immigration, marine matters, taxation and many other matters that are covered by federal laws that are not covered in the Supreme Court divisions in the provinces.

However, the Government of Quebec put forward a very strong argument that the person selected — obviously, Justice Nadon — was not their selected choice, or they wouldn't be so outraged at the appointment. But they believed that the appointment should have come from their superior court or the appellate division of the superior court in Quebec.

You have pointed out that you believe that the appointment could come from the Federal Court, because the Federal Court deals with very important matters that are not dealt with at the Superior Court level and the appellate division of the Superior Court in the province.

However, don't you think that section 30 of the Supreme Court Act sort of negates your argument in defining where the ad hoc judges should come from in the case of Quebec? In the case my friend Senator Joyal has just passed to me, it says:

Unless two of the judges available fulfil the requirements of section 6, the ad hoc judge for the hearing of an appeal from a judgment rendered in the Province of Quebec shall be a judge of the Court of Appeal or a judge of the Superior Court of that province designated in accordance with subsection (1).

Why would that provision be there, if not to address the very concern that has been expressed that a judge of the Superior Court or the appellate division would deal with matters that are Quebec-based more so than somebody of the Federal Court?

Mr. Bastarache: First of all, wasn't that adopted before the creation of the Federal Court? So you couldn't mention it; it didn't exist at the time.

Le sénateur Baker : Compte tenu de ce que nous a dit le juge Bastarache, de son opinion selon laquelle il serait préférable de ne pas adopter cette mesure tant que la Cour suprême du Canada n'aura pas rendu son jugement, je constate qu'il n'y a pas d'article d'entrée en vigueur à la fin de la section dont nous parlons en ce moment; la disposition d'entrée en vigueur de ce projet de loi se trouve à l'article 470 alors que la Loi sur la Cour suprême est mentionnée à l'article 471. Le comité pourrait donc peut-être mentionner ce point dans son rapport au Sénat qui sera ensuite transmis au gouvernement.

Ma question, monsieur le juge Bastarache, concerne une opinion que vous avez exprimée ici aujourd'hui selon laquelle un juge de la Cour fédérale ou un juge de la Section d'appel de la Cour fédérale traite de questions importantes comme l'immigration, les questions maritimes, la fiscalité et de nombreux autres sujets qui sont régis par des lois fédérales, mais qui ne sont pas traités par les sections des cours suprêmes des provinces.

Le gouvernement du Québec a toutefois présenté un argument très solide en disant que la personne choisie — bien évidemment le juge Nadon — n'était pas conforme à son choix ou il n'aurait pas été aussi choqué par cette nomination. Ce gouvernement estimait toutefois que le juge nommé aurait dû être choisi parmi ceux de la Cour supérieure ou de la Section d'appel de la Cour supérieure du Québec.

Vous avez mentionné que vous estimiez qu'un juge de la Cour fédérale pouvait être nommé à la Cour suprême, parce que la Cour fédérale s'occupe de questions très importantes dont n'est pas saisie la Cour supérieure ni la Section d'appel de la Cour supérieure des provinces.

Ne pensez-vous pas toutefois que l'article 30 de la Cour suprême vient en quelque sorte réfuter votre argument lorsqu'il définit comment doivent être choisis les juges suppléants dans le cas du Québec? Dans l'affaire que mon ami le sénateur Joyal vient de me signaler, on peut lire :

Lorsqu'au moins deux des juges pouvant siéger ne remplissent pas les conditions fixées à l'article 6, le juge suppléant choisi pour l'audition d'un appel d'un jugement rendu dans la province de Québec doit être un juge de la Cour d'appel ou un juge de la Cour supérieure de cette province, désigné conformément au paragraphe (1).

Pourquoi avoir inséré cette disposition si l'intention n'était pas de répondre à la préoccupation qui a été exprimée, à savoir qu'un juge de la Cour supérieure ou de la Section d'appel serait plus apte à entendre les affaires originales du Québec qu'un juge de la Cour fédérale?

M. Bastarache : Premièrement, cette disposition n'a-t-elle pas été adoptée avant la création de la Cour fédérale? Vous ne pourriez donc pas la mentionner puisqu'elle n'existait pas à l'époque.

The other thing is that I think the preoccupation was that Quebec courts be represented, and it was sort of a logical conclusion that you would name the two principal courts in Quebec.

Senator Baker: They could have said the Court of the Exchequer. It was the Exchequer Court that dealt with the very same matters the Federal Court is dealing with.

Mr. Bastarache: I don't think so.

Senator Baker: Prior to 1968.

Mr. Bastarache: The jurisdiction is not identical.

Senator Baker: That's true. You are right.

Mr. Bastarache: But the question, I think, wasn't really posed in that sense. I think what you wanted was to make sure that the one-third representation of Quebec was ensured, and they found that that was the most convenient way to define it. But you are talking only about a very short representation there.

Senator Baker: Yes. Let me ask you a question I asked to the former witnesses, something I've not really put my mind to, but it's the wording of the section that we are asked to consider, and the words "for greater certainty."

As I recall, most of the legislation in the past — I've been here for some 40 years watching legislation go through these committees — and invariably, nine chances out of ten, the English "for greater certainty for the purpose of" is usually accompanied by "il est entendu," "for the application of." This says "il demeure entendu."

The previous witnesses said they believe that is retrospective and not retroactive, but I put forward the opinion, just looking at it, that it appears to me to be retroactive in nature in the French version.

Do you have any opinion on that?

Mr. Bastarache: Well, "demeure entendu" simply means that there is no change, that basically it has always been the case.

Senator Baker: It has always been the case.

Mr. Bastarache: This, of course, is consistent with the "greater certainty" terms used in the English language.

But, of course, if the court doesn't agree that a person can be appointed under 5.1, then it is not for greater certainty; it's to change, basically. So I think they would have to amend at least that part and say that they are changing the Supreme Court Act. But as I said earlier in my original remarks, I think they can do that.

L'autre aspect est que je pense que la préoccupation était que les tribunaux du Québec soient représentés et il était donc logique de nommer les deux principaux tribunaux du Québec.

Le sénateur Baker : La loi aurait pu parler de la Cour de l'Échiquier. C'est la Cour de l'Échiquier qui s'occupait des mêmes domaines que ceux dont s'occupe actuellement la Cour fédérale.

M. Bastarache : Je ne le pense pas.

Le sénateur Baker : Avant 1968.

M. Bastarache : La compétence de ces juridictions n'est pas identique.

Le sénateur Baker : Vous avez raison.

M. Bastarache : Mais la question ne s'est pas vraiment posée à mon avis de cette façon. Je pense que le but était de veiller à garantir la représentation d'un tiers accordée au Québec et les rédacteurs ont estimé que c'était la façon la plus commode de le faire. Mais il s'agit en fait d'un mandat très court.

Le sénateur Baker : Oui. Permettez-moi de vous poser une question que j'ai posée aux témoins précédents, un aspect auquel je n'ai pas vraiment réfléchi, mais c'est la formulation de l'article qu'il nous est demandé d'étudier et l'expression « for greater certainty » dans la version anglaise.

Si je me souviens bien, la plupart des projets de loi que nous avons examinés — et cela fait près de 40 ans que j'examine les projets de loi soumis à ces comités — et invariablement, neuf fois sur dix, l'expression anglaise « for greater certainty for the purpose of » est habituellement rendue par « il est entendu », « for the application of ». Cette disposition-ci énonce : « Il demeure entendu ».

Les témoins précédents ont estimé que cette disposition était rétrospective et non pas rétroactive, mais j'émets l'opinion, simplement en lisant ce texte, qu'il me semble être de nature rétroactive, d'après la version française.

Avez-vous une opinion à ce sujet?

M. Bastarache : Eh bien, « demeure entendu » veut simplement dire qu'il n'y a pas de changement, et que, pour l'essentiel, cela a toujours été le cas.

Le sénateur Baker : Cela a toujours été le cas.

M. Bastarache : Cela est, bien sûr, tout à fait conforme à l'expression « greater certainty » utilisée dans la version anglaise.

Bien entendu, si le tribunal déclare qu'une personne ne peut pas être nommée aux termes de l'article 5.1, alors cela ne demeure pas entendu; c'est un changement, essentiellement. Il faudrait donc que le gouvernement modifie au moins cette partie et affirme qu'il est en train de modifier la Loi sur la Cour suprême. Mais comme je l'ai dit plus tôt dans mes remarques liminaires, je crois qu'il a le pouvoir de le faire.

Senator Baker: Yes, but do you agree that by not using “il est entendu,” which is the normal reflection of “for greater certainty for the purpose of” in English, by using “demeure entendu,” that what in effect they’re doing is they’re making a retroactive declaration instead of a retrospective declaration?

Mr. Bastarache: It doesn’t matter, because a declaration is a declaration. It doesn’t create any rights.

[Translation]

Senator Dagenais: Thanks to our two witnesses. I followed you when you chaired the judicial appointments commission in Quebec. If I understood you correctly, the appointment of a judge to the Supreme Court cannot be invalidated because the judge does not reside in Quebec. I understand that it would be enough to be a member of the Barreau du Québec. I completely agree with you, but I wanted to clarify that thought with you.

We know very well, and Mr. Pelletier has described this very well, that the Government of Quebec is perhaps making a political issue out of this. Perhaps one should live in Quebec in order to be appointed a Supreme Court judge. I understand that being a member of the Quebec bar would be enough. You yourself mentioned that you are a member of four bar associations.

Mr. Bastarache: As you know, the Supreme Court judges who represent Quebec do not live in Quebec.

Senator Dagenais: I am pleased to have that clarification, Mr. Justice. Thank you very much.

[English]

Senator Jaffer: Thank you both very much for your presentations. They were really interesting. I have one narrow question and then a wider question.

For you, justice, my question is this: While you were on the bench, did you ever have a situation where you both had a reference and then Parliament was studying that same issue at the same time?

Mr. Bastarache: No.

Senator Jaffer: So this is an unusual situation?

Mr. Bastarache: But I might remark that when I was on the bench and Louise Arbour was on the bench, we were five judges with training in civil law. Quebec was not under-represented.

Senator Jaffer: That was my second question. But my first question was whether you ever had a situation of a reference in a bill in Parliament at the same time while you were a judge.

Mr. Bastarache: No.

Senator Jaffer: I guess it is difficult for the judges to be in this kind of position, but I won’t have you comment on that.

Le sénateur Baker : Oui, mais ne convenez-vous pas qu’en n’utilisant pas « il est entendu » qui est la traduction habituelle de l’anglais « for greater certainty for the purpose of » et en utilisant l’expression « demeure entendu », cela a pour effet de rendre la déclaration rétroactive plutôt que retrospective?

M. Bastarache : Cela n’importe pas, parce qu’une déclaration est une déclaration. Elle ne crée aucun droit.

[Français]

Le sénateur Dagenais : Je remercie nos deux témoins. Je vous ai suivi lorsque vous présidiez la Commission de la nomination des juges au Québec. Si je vous ai bien compris, c’est qu’on ne pourrait pas invalider la nomination d’un juge à la Cour suprême parce qu’il ne réside pas au Québec. Je comprends qu’en étant membre du Barreau québécois, ce serait suffisant. Je suis totalement d’accord avec vous, mais je voulais éclaircir cette réflexion avec vous.

On sait très bien que, actuellement, et M. Pelletier l’a très bien décrit, c’est peut-être le gouvernement du Québec qui en fait une notion politique. Il faudrait peut-être demeurer au Québec pour être nommé juge à la Cour suprême. Je comprends que le fait d’être membre du barreau ce serait suffisant. Vous avez mentionné vous-même que vous êtes membre de quatre barreaux.

M. Bastarache : Comme vous le savez, les juges de la Cour suprême qui représentent le Québec ne vivent pas au Québec.

Le sénateur Dagenais : Je suis content d’entendre l’éclaircissement, M. le juge. Merci beaucoup.

[Traduction]

La sénatrice Jaffer : Je vous remercie tous les deux pour vos exposés. Ils étaient très intéressants. J’ai une question assez précise et une autre plus vaste.

Pour vous, monsieur le juge, ma question est la suivante : pendant que vous siégiez, ne vous êtes-vous jamais trouvé dans la situation où un renvoi vous avait été soumis et où le Parlement étudiait la même question au même moment?

M. Bastarache : Non.

La sénatrice Jaffer : C’est donc une situation inhabituelle.

M. Bastarache : Je ferai peut-être remarquer que, lorsque je siégeais et que Louise Arbour siégeait également, nous étions cinq juges ayant une formation en droit civil. Le Québec n’était donc pas sous-représenté.

La sénatrice Jaffer : C’était ma seconde question. Ma première question était de savoir si, au moment où vous étiez juge, vous vous êtes trouvé dans une situation où il y avait un renvoi et un projet de loi présenté au Parlement.

M. Bastarache : Non.

La sénatrice Jaffer : Je crois que les juges trouvent ce genre de situation assez délicate, mais je ne vous demande pas de commenter cet aspect.

My larger question is because I come from a certain part of Canada and certain representation that is not at all represented in the court systems, and has never been. The ethnic community has never been represented in the Supreme Court of Canada. I very much respect Quebec's legal culture and the civil law. I respect that. I'm not talking about that. But in a way, we are tinkering with this, because we really need to look at the Supreme Court of Canada is really not representative of the new Canada.

I would like either of you to comment. If you are really looking at changing the way the Supreme Court works, definitely to protect the civil, but there are other communities that need protection as well. Because it talks about legal culture, so I would like both of your views on that.

Mr. Bastarache: I think that question was raised in the Victoria Conference, in the different conferences that led to the amendment to the Constitution in 1982. But then that raises a lot of questions. It raises the question, of course, of regional representation, and you may remember at the time that the Western provinces thought that they were greatly under-represented.

Senator Jaffer: We still do.

Mr. Bastarache: Of course, there is no representation for the territories either, so that is a question. But it couldn't be raised without raising the other question, which was politically very difficult, which was the participation of provincial governments in the appointment process, or whether you would have an appointment process that would take out of the hands of the Prime Minister total discretion in the appointment.

But all of this means that you would have to have a constitutional amendment to deal with the issues you raise, and of course this is not the issue in front of us now. It's only a question of determining whether the interpretation of this act has to be what it is.

Why I disagree with my colleague here is that I think that the Supreme Court Act is not a constitutional provision, and you shouldn't use constitutional norms of interpretation to interpret general legislation.

The Chair: Ms. Mathen, do you wish to respond, as well?

Ms. Mathen: I would simply say that the larger question of how to ensure that the Supreme Court of Canada meets the needs of the country as a whole and responds to feelings of inclusion or alienation is an important one. It is interesting to note that decades ago there was a suggestion that British Columbia be guaranteed a judge. Western alienation reaches far back.

Ma question plus vaste vient du fait que je suis originaire d'une certaine partie du Canada et d'un secteur de la population qui n'est pas du tout représenté dans la magistrature et qui ne l'a jamais été. La communauté ethnique n'a jamais été représentée à la Cour suprême du Canada. J'ai beaucoup de respect pour la culture juridique québécoise et pour le droit civil. Je respecte tout cela. Ce n'est pas ce dont je parle. Mais, d'une certaine façon, nous sommes en train de modifier certaines choses, mais nous devrions tenir compte du fait que la Cour suprême du Canada n'est pas vraiment représentative du nouveau Canada.

J'aimerais que l'un ou l'autre d'entre vous réponde à cette question. Si l'on veut réfléchir aux façons de modifier le fonctionnement de la Cour suprême, il faut bien sûr protéger le droit civil, mais il y a d'autres communautés qui ont également besoin d'être protégées. Cela touche la culture juridique et j'aimerais avoir vos deux points de vue sur cette question.

M. Bastarache : Je crois que cet aspect a été soulevé à la conférence de Victoria, au cours des différentes conférences qui ont débouché sur la modification de la Constitution en 1982. Mais cela soulève alors beaucoup de questions. Cela soulève, bien évidemment, la question de la représentation régionale et vous vous souvenez peut-être qu'à l'époque les provinces de l'Ouest estimaient qu'elles étaient gravement sous-représentées.

La sénatrice Jaffer : Nous le pensons toujours.

M. Bastarache : Il y a aussi le fait que les territoires ne sont pas non plus représentés et cela fait donc problème. Mais il n'est pas possible d'aborder cet aspect sans soulever d'autres questions, politiquement très délicates, savoir la participation des gouvernements provinciaux au processus de nomination ou la nécessité d'adopter un processus de nomination qui retirerait au premier ministre tout pouvoir discrétionnaire en matière de nomination.

Tout ceci veut dire qu'il faudrait procéder à une modification de la Constitution pour régler les problèmes que vous soulevez et, bien sûr, ce n'est pas la question qui nous est soumise aujourd'hui. Il s'agit simplement de savoir si l'interprétation de cette loi est bien l'interprétation actuelle.

La raison pour laquelle je ne souscris pas aux affirmations de ma collègue ici, c'est que je pense que la Loi sur la Cour suprême n'est pas une disposition constitutionnelle et qu'il ne faudrait pas utiliser des principes d'interprétation constitutionnelle pour interpréter une disposition législative générale.

Le président : Madame Mathen, voulez-vous également répondre à cette intervention?

Mme Mathen : Je dirais simplement que la question plus vaste de savoir comment veiller à ce que la Cour suprême du Canada réponde aux besoins de l'ensemble du pays et tienne compte des sentiments d'exclusion ou d'aliénation est une question importante. Il est intéressant de noter qu'il y a quelques dizaines d'années, on avait suggéré de garantir à la Colombie-Britannique un juge à la Cour suprême. Le sentiment d'aliénation de l'Ouest est très ancien.

I would say that it is clear that this legislation is a response to a particular situation that is being narrowly construed and, you know, it leaves many other questions unanswered.

Senator Batters: Thank you both for attending today. I have to say, to be able to review the opinion of one former Supreme Court judge and then to have another one testifying before us today is very much an honour, so thank you for coming.

Mr. Justice Bastarache, I have one comment and then a question for you. First of all, I thought the point you made in your opening statement about how section 6 can't be read in isolation because we need to view it in the general context and because it also refers directly to section 5 — so you can't disqualify someone who is already qualified by section 5 — I thought that was a very important point that we need to remember here.

Here is my question for you, sir: I think that I read in the materials that this particular reference is being heard by the court in January. Given your experience on the court — I'm not asking for a precise time — what would a normal time frame be before a judgment would be rendered on that sort of a matter?

Mr. Bastarache: I think this is a very unusual reference, and the time will be very short. I don't think it will be more than a few weeks.

Senator Batters: A few weeks, okay.

Mr. Bastarache: A few weeks. Because the other references were very different, like the succession of Quebec or something like that, well —

Senator Batters: Or the Senate.

Mr. Bastarache: Or the Senate. You would need a lot more consideration. But here it is a very technical issue, and I think people probably have a view and will test it against the representations that are made.

Senator Batters: Yes, because Mr. Justice Nadon — I believe he was appointed in the late summer; is that correct? Given the circumstance right now, he can't hear cases until this is resolved. So until this is resolved, the court is hearing cases with eight members. There's always the prospect, I guess, of a 4-4 tie in that sort of a situation.

The Chair: We have a few minutes left if there are any additional questions. Senator Joyal, briefly.

Senator Joyal: You qualify the Supreme Court Act as being non-constitutional on the basis — we heard from Professor Pelletier that it is not in the list of 52, but we all know the decision of the Supreme Court is very clear about this — that the list of 52 is not exhaustive. They are legislation, and I remember to have

Je dirais qu'il est évident que ce projet de loi répond à une situation particulière qui est envisagée de façon très étroite et comme vous le savez, il laisse de nombreuses autres questions sans réponse.

La sénatrice Batters : Merci à tous les deux d'être venus aujourd'hui. Je dois dire que pouvoir obtenir l'avis d'un ancien juge de la Cour suprême et avoir aujourd'hui un autre juge de la même cour qui témoigne devant nous est un grand honneur et je vous remercie d'être venus.

Monsieur le juge Bastarache, j'aimerais faire un commentaire et vous poser une question. Tout d'abord, j'estime que la remarque que vous avez faite dans votre déclaration liminaire au sujet du fait que l'article 6 ne peut être interprété de façon isolée parce qu'il faut tenir compte du contexte général et parce qu'il fait référence également directement à l'article 5 — puisqu'il n'est pas possible de disqualifier quelqu'un qui est déjà admissible aux termes de l'article 5 — j'ai pensé que c'était là une remarque très importante qu'il ne faudrait pas oublier.

Voici la question que je vous adresse : je pense avoir vu dans les documents que ce renvoi sera entendu par la Cour suprême en janvier. Compte tenu de l'expérience que vous avez de cette cour — je ne vous demande pas un délai précis, mais quel serait le délai normal pour que soit rendu un jugement dans une affaire de ce genre?

M. Bastarache : Cela me paraît être un renvoi tout à fait inhabituel et je crois que ce délai sera très court. Je ne pense pas qu'il dépassera quelques semaines.

La sénatrice Batters : Quelques semaines, très bien.

M. Bastarache : Quelques semaines. Les autres renvois étaient très différents, comme celui sur la succession du Québec ou quelque chose du genre, eh bien...

La sénatrice Batters : Ou le Sénat.

M. Bastarache : Ou le Sénat. Il faut envisager une étude beaucoup plus longue dans ces cas-là. Mais il s'agit ici d'une question très technique et je pense que les juges ont probablement une opinion à ce sujet et l'examineront à la lumière des arguments qui seront présentés.

La sénatrice Batters : Oui, parce que le juge Nadon — je crois qu'il a été nommé à la fin de l'été, est-ce bien exact? Étant donné la situation actuelle, il ne peut entendre aucune affaire tant que ce problème ne sera pas résolu. De sorte qu'en attendant une solution, la Cour suprême entendra ses affaires avec huit juges. Il y a toujours la possibilité d'une égalité à 4 contre 4 dans ce genre de situation.

Le président : Il me reste quelques minutes pour des questions supplémentaires. Sénateur Joyal, soyez bref.

Le sénateur Joyal : Vous affirmez que la Loi sur la Cour suprême n'est pas de nature constitutionnelle en vous fondant — nous avons entendu M. Pelletier nous le dire — sur le fait qu'elle ne figure pas dans la liste de l'article 52, mais nous savons tous que la décision de la Cour suprême est très claire à ce sujet — la

read some very eloquent decisions coming from you that qualify the Official Languages Act as being quasi-constitutional, considering they refer to basic principles underlying the Canadian constitution, like the protection of minorities, and linguistic minorities, of course, being at the core of the federal structure that we have.

I am tempted to conclude that the Supreme Court Act is quasi-constitutional legislation, being mentioned specifically twice in Part V of the Constitution under sections 41 and 42. And if you read the marginal notes of the framers in 1981, they wanted to give substance to those two sections, because they clearly spell them out of the power of section 44 for the federal government to unilaterally change the constitution of Canada in relation to the executive government: the Senate and the House of Commons.

My reading of Part V in relation to the Supreme Court would seek to give it substance, because the legislator speaks for a purpose, and it was not put in under subsection 42(1)(d) for the sake of adding to the list. Section 42 says any amendment in relation to the Supreme Court of Canada. It is a very broad approach to the Supreme Court Act.

I'm more concerned about the interpretation of the Supreme Court, especially in relation to the principles that are at stake in sections 41 and 42; they call upon the intervention of the provinces, either in unanimity — 41 — or 7/50. In other words, it calls upon what I call the federal amending formula. And if the legislator has put the Supreme Court of Canada — anything in relation to the Supreme Court of Canada — under the federal approach, that is, a concurrence of seven provinces, it has to mean something.

It also has in section 41(d), to me, the composition is not only three seats from Quebec; it is three seats with a civil law capacity. Otherwise, it would mean three seats to be occupied by anybody. That's not the purpose of the composition of the Supreme Court.

It is essentially because one of the key fundamental principles of our federal structure is that we have two legal traditions: the common-law and the civil law tradition.

It seems to me that it is very fast concluding to say that in section 41 the composition is only the three seats. To me, the civil law tradition is enshrined under subsection 41(d), as much as the essential characteristic of the Supreme Court of Canada is functioning in its essential characteristic — are enshrined under 42(d), that is, 7/50. Otherwise, it would mean nothing.

liste de l'article 52 n'est pas limitative. Ce sont de textes législatifs et je me souviens avoir lu des décisions très claires que vous aviez rédigées qui qualifiaient la Loi sur les langues officielles de quasi constitutionnelle, étant donné qu'elle fait référence aux principes fondamentaux qui sous-tendent la Constitution canadienne, comme la protection des minorités et des minorités linguistiques, bien sûr, parce qu'elle est au cœur de notre de structure fédérale.

Je suis tenté de conclure que la Loi sur la Cour suprême est une loi quasi constitutionnelle puisqu'elle est mentionnée expressément à deux reprises dans la partie V de la Constitution aux articles 41 et 42. Si vous lisez les notes marginales des rédacteurs de 1981, vous constaterez qu'ils souhaitaient donner une grande portée à ces deux articles, parce qu'ils les ont exclus très clairement de la portée de l'article 44 pour empêcher le gouvernement fédéral de modifier unilatéralement la Constitution du Canada en ce qui a trait au pouvoir exécutif : le Sénat et la Chambre des communes.

La façon dont je comprends la partie V en ce qui concerne la Cour suprême serait d'y voir le souci d'introduire une garantie, parce que le législateur ne parle pas pour ne rien dire et il n'a pas ajouté cette loi à l'alinéa 42(1)d) pour le seul plaisir de le faire. L'article 42 parle de modification touchant la Cour suprême du Canada. C'est une approche très large à la Loi sur la Cour suprême.

Je suis moins sûr de l'interprétation de la Cour suprême, en particulier à l'égard des principes qui sont en jeu aux articles 41 et 42; ils prévoient l'intervention des provinces, soit de façon unanime — 41 — ou 7/50. Autrement dit, ils mettent en jeu ce que j'appelle la procédure fédérale de révision. Si le législateur a décidé d'assujettir la Cour suprême du Canada — tout ce qui touche la Cour suprême du Canada — au mécanisme fédéral, c'est-à-dire l'accord des sept provinces, cela doit être pour quelque chose.

Il a également, avec l'alinéa 41d), d'après moi, prévu que la composition ne visait pas seulement à assurer trois sièges au Québec, mais plutôt à attribuer trois sièges à des juges ayant une formation de droit civil. Autrement dit, cela pourrait vouloir dire que ces sièges peuvent être occupés par n'importe qui. Ce n'est pas le but de la disposition relative à la composition de la Cour suprême.

C'est essentiellement parce qu'un des principaux fondamentaux de notre structure fédérale est que nous avons deux traditions juridiques : la common law et la tradition de droit civil.

Il me semble que ce serait conclure un peu rapidement que de dire que l'article 41 prévoit uniquement une composition qui comprend ces trois sièges. Pour moi, la tradition de droit civil est garantie par l'alinéa 41d), tout autant que la caractéristique essentielle de la Cour suprême du Canada qui est de fonctionner selon sa caractéristique essentielle — elle est garantie aux termes de l'alinéa 42d), c'est-à-dire 7/50. Autrement, cela ne voudrait rien dire.

That's why I'm not of the view that the Supreme Court Act is merely another Canadian statute. It is a statute with a quasi-constitutional substance, because it is formally recognizing the amending formula under the federal amending formula; that is implying the concurrence of provinces at various degrees. Don't you think —

Mr. Bastarache: I agree with you, but not with regard to the whole act. If you read the whole —

Senator Joyal: I said “the essential characteristic.” I didn't say the daily functioning.

Mr. Bastarache: When we say that some legislation is quasi-constitutional, it is because, as you said, it refers either to the implementation of charter rights or because of the fundamental principles of the constitution.

Now, the Supreme Court, of course, is an essential part of the constitution in the sense that it has the power to invalidate legislation. It is part of the democratic guarantees for the nation, so those aspects of the Supreme Court Act — I think you're right — could be seen as constitutionally protected and couldn't be changed unless there was an amendment to the constitution.

But I don't think you can say that for the whole act or everything that's there.

Senator Joyal: I'm not contending that.

Mr. Bastarache: And I think, for instance, that the amendment to provide that the judges be bilingual could be adopted without any kind of constitutional amendment.

I think I lost my train of thought. I wanted to address some other issue that you raised there.

The Chair: We're going to have to wrap up, in any event. I want to thank Professor Mathen for appearing here today and providing her input on this issue, as well as Justice Bastarache. As Senator Batters indicated, it was a real honour.

Mr. Bastarache: I will just add one thing. I remember now. You say that the guarantee of three seats is mostly a guarantee that there will be competency in the civil law, but that is guaranteed by the fact that you either have to be a judge from Quebec or have practised civil law in Quebec — or under the civil law system in Quebec — for 10 years.

In that sense, you will necessarily have, within the three members of Quebec, someone who has civil law training.

The Chair: I'm glad you had the opportunity to get that on the record. Maybe Senator Joyal would like to discuss it further with you after the meeting.

Again, it has been a real honour to have a former Supreme Court justice appear before us. It is very much appreciated. Your input will assist us in our deliberations. Thank you very much.

C'est la raison pour laquelle je ne pense pas que la Loi sur la Cour suprême soit une simple loi canadienne. C'est une loi qui a une portée quasi constitutionnelle, parce qu'elle reconnaît officiellement la procédure de révision prévue par le mécanisme de révision fédéral; c'est-à-dire qu'il faut l'accord des provinces jusqu'à un certain niveau. Ne pensez-vous pas...

M. Bastarache : Je suis d'accord avec vous, mais pas à l'égard de l'ensemble de la loi. Si vous lisez l'ensemble...

Le sénateur Joyal : J'ai parlé de « la caractéristique essentielle ». Je n'ai pas parlé du fonctionnement quotidien.

M. Bastarache : Mais lorsque nous disons qu'une loi est quasi constitutionnelle, c'est parce que, comme vous l'avez dit, elle fait référence à la mise en œuvre de droits garantis par la Charte ou met en jeu des principes fondamentaux de la Constitution.

La Cour suprême est, bien entendu, une partie essentielle de la Constitution dans le sens qu'elle a le pouvoir d'annuler les lois. Cela fait partie des garanties démocratiques de notre nation, de sorte que ces aspects de la Loi sur la Cour suprême — je pense que vous avez raison — pourraient être considérés comme étant protégés par la Constitution et comme s'ils ne pouvaient être modifiés sans que l'on modifie la Constitution.

Mais je ne pense pas que cela puisse s'appliquer à l'ensemble de la loi ou à tout ce qu'elle contient.

Le sénateur Joyal : Ce n'est pas ce que je soutiens.

M. Bastarache : Et je pense, par exemple, qu'une modification de la loi pour que les juges soient bilingues pourrait être adoptée sans que cela constitue une révision constitutionnelle.

J'ai perdu le fil de mes idées. Je voulais parler également d'une autre question que vous avez soulevée ici.

Le président : De toute façon, nous allons devoir en rester là. Je tiens à remercier madame Mathen d'être venue aujourd'hui et d'avoir exposé ses commentaires sur cette question, tout comme le juge Bastarache. Comme la sénatrice Batters l'a mentionné, c'est un grand honneur pour nous de vous avoir eu ici.

M. Bastarache : J'ajouterais une seule chose. Je me souviens de ce que je voulais dire maintenant. Vous avez dit que les trois sièges garantis visaient principalement à garantir une compétence en droit civil, mais cela est garanti par le fait qu'il faut être soit un juge du Québec ou avoir pratiqué le droit civil du Québec — ou dans le système de droit civil du Québec — pendant 10 ans.

Dans ce sens, il y aura nécessairement, parmi les trois juges du Québec, quelqu'un qui a reçu une formation de droit civil.

Le président : Je suis heureux que vous ayez eu la possibilité de faire figurer ce commentaire dans le compte rendu. Le sénateur Joyal voudra peut-être en parler davantage avec vous après la séance.

Encore une fois, cela a été vraiment un grand honneur qu'un ancien juge de la Cour suprême compare devant nous. Nous l'apprécions énormément. Vos commentaires vont nous aider dans nos délibérations. Je vous remercie.

We will meet next Wednesday, when we will have the minister and officials appear before us.

(The committee adjourned.)

OTTAWA, Wednesday, November 27, 2013

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 4:26 p.m., in public, to examine the subject matter of those elements contained in Division 19 of Part 3 of Bill C-4, A second Act to implement the budget tabled in Parliament on March 21, 2013, and other measures, and in camera for the consideration of a draft report.

Senator Bob Runciman (*Chair*) in the chair.

[*English*]

The Chair: Welcome, minister. Good afternoon, colleagues, invited guests and members of the general public who are following today's proceedings of the Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs.

We're meeting today to continue our study into the subject matter of Bill C-4, the Budget Implementation Bill. Specifically, the Senate has requested that the committee examine certain provisions related to the Supreme Court Act that are contained in Division 19, Part 3 of the bill. Our job is to conduct public hearings and then to report our findings to the Senate by November 29, 2013 so that both the Senate and our colleagues on the Senate's National Finance Committee can consider the evidence and comments that we will gather on this part of the budget bill.

To conclude our witness testimony on the study, I would like to welcome to the committee today the Honourable Peter MacKay, Minister of Justice and Attorney General of Canada. The minister is accompanied by Jonathan Shanks, who is Counsel with the Constitutional, Administrative and International Law Section of Justice Canada.

I'm not sure, minister — do we still have an hour of your time?

Hon. Peter MacKay, P.C., M.P., Minister of Justice and Attorney General of Canada: Absolutely, yes, Mr. Chair.

Thank you, Mr. Chair and honourable senators. I begin with an apology. I was literally coming from the chamber where we were introducing another bill that will be making its way here shortly, I hope — Bill C-13, cyberbullying and other amendments related to electronic communications.

Nous allons nous rencontrer mercredi prochain, et nous entendrons le ministre et ses collaborateurs.

(La séance est levée.)

OTTAWA, le mercredi 27 novembre 2013

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui, à 16 h 26, en public, pour examiner la teneur des éléments de la Section 19 de la Partie 3 du projet de loi C-4, Loi n° 2 portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 21 mars 2013 et mettant en œuvre d'autres mesures; et à huis clos pour étudier une ébauche de rapport.

Le sénateur Bob Runciman (*président*) occupe le fauteuil.

[*Traduction*]

Le président : Bienvenue, monsieur le ministre. Bonjour, mesdames et messieurs, invités et membres du public qui suivent aujourd'hui les délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

Nous nous réunissons aujourd'hui pour poursuivre notre étude du projet de loi C-4, le projet de loi d'exécution du budget. Plus précisément, le Sénat a demandé au comité d'examiner certaines dispositions liées à la Loi sur la Cour suprême contenues dans la section 19 de la partie 3 du projet de loi. Nous devons mener des audiences publiques et ensuite faire rapport de nos conclusions au Sénat d'ici le 29 novembre 2013, afin que les membres du Sénat et nos collègues du Comité sénatorial permanent des finances nationales puissent étudier les témoignages et les commentaires que nous recueillerons sur cette partie du projet de loi d'exécution du budget.

Pour terminer les témoignages liés à cette étude, nous accueillons aujourd'hui l'honorable Peter MacKay, ministre de la Justice et procureur général du Canada. Le ministre est accompagné de Jonathan Shanks, avocat, Section du droit international, administratif et constitutionnel de Justice Canada.

Monsieur le ministre, avons-nous toujours une heure de votre temps?

L'honorable Peter MacKay, C.P., député, ministre de la Justice et procureur général du Canada : Certainement, monsieur le président.

Merci, monsieur le président et honorables sénateurs. J'aimerais commencer par m'excuser, car je viens directement de la Chambre, où nous avons présenté un autre projet de loi dont votre comité sera bientôt saisi, je l'espère. Il s'agit du projet de loi C-13 sur la cyberintimidation et d'autres modifications liées aux communications électroniques.

But to the issue before us, this is my first occasion to appear before you in this new capacity as Minister of Justice and Attorney General of Canada, and I'm here to speak about the declaratory provisions of the Supreme Court Act proposed by Division 19, Part 3 of Bill C-4, as outlined by your chair.

Canada, as we know, is a very rich and diverse country with a unique legal landscape, the history of which you are familiar; and of Canadian federal law, which benefits not only from the advantage of bilingualism but also bijuralism, which is the co-existence of two of the world's leading traditions, the civil law and the common law. This diversity is, I suggest, at the very core of the provisions you are analyzing today.

These declaratory provisions have been introduced to facilitate the clearest interpretation of the Supreme Court Act and, more precisely, to clarify that the most basic criteria for the appointment to the Supreme Court of Canada are the same, regardless of an appointee's province of origin. These provisions will ensure that all future governments will draw from the ranks of the most talented, intelligent and experienced jurists who sit on Canada's federal courts, in filling vacancies in the highest court in the land. Legal excellence and merit remain the criteria to appointment to the highest court.

[*Translation*]

I am hopeful, honourable senators, that public consideration of these provisions in Parliament will also help the public to better understand the crucial role played by the federal courts, and remove any doubt as to the eligibility and suitability of its judges for appointment to the Supreme Court of Canada, including the members of the Court of Quebec.

[*English*]

I'm hopeful that public consideration of these provisions in Parliament will allow the public to better understand the work of the federal courts and remove any doubt as to the eligibility and suitability of its judges for appointment to the Supreme Court, including members of the Court of Quebec.

In the government's view, the eligibility of federal court judges to fill any vacancy on the Supreme Court is not in doubt. It is solidly supported by a legal opinion prepared by respected former Supreme Court Justice Ian Binnie, who I believe appeared before your committee. His opinion was supported by his former colleague, the Honourable Louise Charron and leading constitutional expert and emeritus professor, Peter Hogg. Prominent legal experts in Quebec such as former Justice Décarie and former Quebec minister Benoît Pelletier have been clear on the interpretation that must be given the Supreme Court Act. I would like to quote Professor Pelletier, a former minister of intergovernmental affairs.

Mais en ce qui concerne la question dont nous sommes saisis, il s'agit de la première fois que je comparais devant vous en tant que ministre de la Justice et procureur général du Canada, et je suis ici pour parler des dispositions interprétatives de la Loi sur la Cour suprême proposées dans la section 19 de la partie 3 du projet de loi C-4, comme l'a précisé votre président.

Le Canada, comme nous le savons, est un pays très riche et diversifié possédant une tradition juridique unique, et dont vous connaissez l'histoire. Vous connaissez aussi les lois fédérales canadiennes, qui profitent non seulement des avantages qu'offre le bilinguisme, mais aussi le bijuridisme, soit la coexistence de deux grandes traditions juridiques, le droit civil et la common law. Je crois que cette diversité est au cœur des dispositions que vous étudiez aujourd'hui.

Ces dispositions interprétatives ont été présentées en vue d'obtenir l'interprétation la plus claire de la Loi sur la Cour suprême et, plus précisément, pour établir clairement que les critères les plus fondamentaux servant aux nominations à la Cour suprême du Canada sont les mêmes, quelle que soit la province d'origine de la personne nommée. Ces dispositions veilleront à ce que tous les futurs gouvernements recrutent parmi les juristes les plus talentueux, intelligents et chevronnés qui siègent aux cours fédérales du Canada, afin de pourvoir les postes dans le plus haut tribunal du pays. L'excellence dans le domaine juridique et le mérite demeureront les critères de nomination du plus haut tribunal.

[*Français*]

Je suis convaincu, honorables sénateurs, que l'examen de ces dispositions par le Parlement aidera le public à mieux comprendre le rôle crucial de nos tribunaux fédéraux. En effet, ces dispositions visent à dissiper tout doute quant à l'éligibilité des juges des cours fédérales, mais également celles des juges de la Cour du Québec de siéger à la Cour suprême du Canada.

[*Traduction*]

J'espère que l'examen de ces dispositions par le Parlement aidera le public à mieux comprendre le rôle de nos tribunaux fédéraux et dissipera tout doute quant à l'admissibilité de leurs juges à être nommés à la Cour suprême du Canada, y compris les membres de la Cour du Québec.

Aux yeux du gouvernement, il ne fait aucun doute que les juges des cours fédérales peuvent occuper des postes à la Cour suprême. Leur admissibilité est solidement appuyée par un avis juridique formulé par un ancien juge de la Cour suprême, Ian Binnie qui, je crois, a comparu devant votre comité. Son avis a été appuyé par son ancienne collègue, l'honorable Louise Charron et par Peter Hogg, professeur émérite et spécialiste réputé en droit constitutionnel. Des spécialistes juridiques éminents du Québec, notamment l'ancien juge Décarie et l'ancien ministre québécois Benoît Pelletier, ont exprimé clairement comment on devait interpréter la Loi sur la Cour suprême. J'aimerais citer le professeur Pelletier, un ancien ministre des Affaires intergouvernementales.

He said:

[*Translation*]

It was never the intention of the legislator to exclude as candidates to the Supreme Court, justices of the Federal Court or of the Federal Court of Appeal.

[*English*]

However, as you are aware, despite the considerable weight of legal opinion and expert opinion, some have continued to question the eligibility of the Federal Court judges as to the appointment to the Supreme Court, particularly as members of the court representing Quebec.

This challenge was launched, as many would know, by a Toronto lawyer in September, thus delaying the process of appointments thus far.

In order to resolve this critical matter as soon as possible, the government is proceeding on two fronts. First, the matter has been referred to the Supreme Court itself to confirm, first, the meaning of the statute and, second, Parliament's authority to enact legislation which requires that a person be or has previously been a barrister or advocate of at least 10 years' standing of the bar of a province as a condition of appointment as a judge of the Supreme Court of Canada or to enact the declaratory provisions under consideration here today.

On the other front, Bill C-4 was determined to be the most expeditious and efficient way of introducing declaratory provisions and ensuring that they are enacted on time to guarantee that federal court judges can be considered in the process of filling upcoming Supreme Court vacancies, the first of which will arise early next year.

These declaratory provisions clarify, without making substantive changes to existing law, that individuals with at least 10 years at any bar in Canada, including the Quebec bar — and these are the operative words — at any time during their career are eligible to sit on the Supreme Court of Canada.

It is really in essence those simple words and phraseology “at any time” that we're here discussing as part of the declaratory provisions.

Mr. Chair, I want to stop here and just take a moment to make a point that may appear a bit technical, but it is of central importance to this committee's consideration of clauses 471 and 472 of this bill. The provisions that these clauses introduce differ in quality and consequently in effect from the types of statutory amendments that are generally considered and debated in Parliament and presented to committees like yours.

Il a dit ceci :

[*Français*]

Jamais l'intention du législateur n'a-t-elle pu être d'exclure des candidats à la Cour suprême, les juges de la Cour fédérale ou de la Cour d'appel fédérale.

[*Traduction*]

Toutefois, comme vous le savez, malgré le poids considérable des avis des spécialistes juridiques, certains continuent de mettre en doute la possibilité que des juges de la Cour fédérale puissent être nommés à la Cour suprême, en particulier en qualité de membres de la cour représentant le Québec.

Ce défi a été présenté, comme vous le savez, par un avocat de Toronto en septembre, ce qui a retardé le processus de nomination jusqu'ici.

Afin de résoudre cette question essentielle le plus rapidement possible, le gouvernement a décidé d'agir sur deux fronts. Premièrement, la question a été renvoyée à la Cour suprême pour qu'elle confirme, tout d'abord, le sens de la loi, et deuxièmement, le pouvoir du Parlement de mettre en œuvre une loi qui exige que la personne concernée soit ou ait été avocat pendant au moins 10 ans et membre du barreau d'une province pour pouvoir être nommée juge à la Cour suprême du Canada ou le pouvoir d'adopter les dispositions interprétatives à l'étude aujourd'hui.

Sur un autre front, on a jugé que le projet de loi C-4 était le moyen le plus rapide et le plus efficace de présenter des dispositions interprétatives et de veiller à ce qu'elles soient mises en œuvre à temps pour garantir que les juges de la Cour fédérale puissent être choisis dans le processus visant à pourvoir des postes à la Cour suprême qui seront bientôt vacants, c'est-à-dire dès le début de l'année prochaine.

Ces dispositions interprétatives énoncent clairement, sans apporter de changements importants à la loi en vigueur, que des personnes qui sont ou étaient autrefois inscrites — et c'est le mot clé ici — comme avocats pendant au moins 10 ans au barreau d'une province, y compris le Barreau du Québec, peuvent être nommées à la Cour suprême du Canada.

Ce petit mot, « autrefois », est essentiellement au cœur de notre discussion sur les dispositions interprétatives.

Monsieur le président, j'aimerais m'arrêter ici et prendre un moment pour faire valoir un point qui pourrait paraître un peu technique, mais qui revêt une importance primordiale dans l'étude des articles 471 et 472 du projet de loi par votre comité. Les dispositions introduites par ces articles diffèrent sur le plan de la qualité — et par conséquent, sur celui de leurs effets — des modifications législatives que le Parlement ou un comité comme le vôtre est généralement chargé d'examiner ou d'étudier.

The provisions are declaratory in nature and as such they do not amend the legislation, the Supreme Court Act. They do not amend it in any way that a standard statutory amendment would. Typical statutory amendments, I need not tell you, enact new provisions or changes to existing provisions and they do so in a way that makes a different result or a substantive interpretation from provisions that they would replace or modify.

The nature of the proposed declaratory provisions is intended to explain or to reinforce or to provide certainty for the proper interpretation of the law from the time that the law first came into force. So in other words, what we're attempting to do is put ourselves in the place of the legislature as it was initially presented to ensure that every proper interpretation is put in place.

[Translation]

The Supreme Court of Canada recently explained the impact of declaratory provisions in its 2013 decision in *Régie des rentes du Québec v. Canada Bread Company*. The court stated in that case:

The interpretation imposed by a declaratory provision stretches back in time to the date when the legislation it purported to interpret first came into force, with the effect that the legislation in question is deemed to have always included this provision.

[English]

In keeping with the purpose of declaratory provisions, clauses 471 and 472 confirm the basic requirement that judges must meet to be appointed to the Supreme Court of Canada. These provisions make it clear that the current wording of these sections does, in fact, allow judges at the Federal Court to fill Quebec vacancies on the Supreme Court of Canada as long as at some point in their legal career they have been members of the Quebec bar for a minimum of 10 years. This ensures that current and former members of the Quebec bar are treated the same — and this is again a founding principle here — as they would be had they come from any other province in Canada.

And so in conclusion, I want to point out as well that the appointment of Federal Court judges to the Supreme Court of Canada is in no way novel. Many of this committee are practicing or formerly practicing members so this is the precedent part of my presentation. Mr. Justice Marshall Rothstein, a current member, an esteemed member of the court was a member of the Manitoba bar, appointed to the federal court then to the federal Court of Appeal and ultimately to the Supreme Court of Canada in 2006.

Prior to him, Mr. Justice Frank Iacobucci and Gerald Le Dain, both members of the Ontario bar, followed the exact same route, having gone through federal court and federal appeal court and ultimately Supreme Court, albeit not from the province of Quebec.

Les dispositions sont de nature interprétative, et c'est pourquoi elles ne modifient pas la loi, c'est-à-dire la Loi sur la Cour suprême. Elles ne la modifient pas comme une modification législative le ferait. Je n'ai pas besoin de vous rappeler que les modifications législatives traditionnelles ont pour but d'édicter de nouvelles dispositions ou de modifier les dispositions existantes pour entraîner une interprétation ou un résultat différent des dispositions qu'elles remplacent ou modifient.

La nature des dispositions interprétatives proposées vise à expliquer, à renforcer ou à confirmer l'interprétation appropriée de la loi, à partir du moment où elle est entrée en vigueur. Autrement dit, nous essayons de nous représenter les raisons pour lesquelles la loi a initialement été présentée pour veiller à l'interpréter de façon appropriée.

[Français]

La Cour suprême du Canada a récemment expliqué l'impact des dispositions déclaratoires dans son arrêt de 2013 intitulé *Régie des rentes du Québec c. Canada Bread Company*. La Cour suprême a déclaré :

L'interprétation imposée par une disposition déclaratoire remonte dans le temps jusqu'à la date d'entrée en vigueur du texte de loi qu'elle interprète, faisant en sorte que ce texte de loi est réputé avoir toujours inclus cette disposition. Cette interprétation est donc considérée comme ayant toujours été la Loi.

[Traduction]

Conformément au but d'une disposition interprétative, les articles 471 et 472 confirment l'exigence fondamentale que les juges doivent respecter pour être nommés à la Cour suprême du Canada. Ces dispositions précisent clairement que, selon leur libellé actuel, ces articles autorisent les juges de la Cour fédérale à pourvoir des postes vacants réservés à la représentation du Québec à la Cour suprême du Canada, pourvu qu'au cours de leur carrière juridique, ils aient été membres du Barreau du Québec pendant au moins 10 ans. De cette façon, les membres actuels et les anciens membres du Barreau du Québec seront traités de la même façon que ceux de n'importe quelle autre province — et il s'agit, encore une fois, d'un principe fondamental.

En conclusion, je tiens à souligner que la nomination de juges de la Cour fédérale à la Cour suprême du Canada n'a rien de nouveau. De nombreux membres de votre comité sont des membres pratiquants ou des anciens membres, et cela concerne la partie précédente de mon exposé. Le juge Marshall Rothstein, un membre actuel, et un membre estimé du tribunal, était membre du Barreau du Manitoba avant d'être nommé à la Cour fédérale et ensuite à la Cour d'appel fédérale et, finalement, à la Cour suprême du Canada en 2006.

Avant lui, les juges Frank Iacobucci et Gerald Le Dain, tous deux membres du Barreau de l'Ontario, ont suivi exactement le même parcours, c'est-à-dire qu'ils sont passés par la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale et finalement la Cour suprême, même si ce n'était pas de la province de Québec.

In that aspect, this is breaking new ground. I would also point out, and it should not be surprising or unexpected, that Supreme Court vacancies in the past have been filled from the ranks of Federal Court judges. Experience on the Federal Court, in my estimation, enhances rather than negates a long-time advocate's qualifications to serve on the Supreme Court.

The Supreme Court regularly hears appeals from decisions of federal courts. In 2012 alone, the Supreme Court heard 10 appeals from the decisions of the Federal Court, compared to 15 from the much larger Quebec Court of Appeal.

Now, as I mentioned at the outset of my remarks, it has been suggested in particular that judges of the Federal Court ought not to be appointed to satisfy the requirement under section 6 of the Supreme Court Act — that three of the nine judges of the Supreme Court of Canada be appointed from Quebec.

The argument is that since Quebec is a civil law jurisdiction, where the Quebec Civil Code applies, only those who practice in Quebec at the time of the appointment must be filled or who sit on the Quebec Superior Court are qualified.

I would suggest that this argument is demonstrably without merit not least because it reflects a fundamental misunderstanding of the nature of the work of the federal courts. Judges of the federal court have jurisdiction over a wide and diverse and pan-Canadian area of the law.

The principle of bijuralism means they must regularly provide federal laws in accordance with legal rules and principles in force in from the province from which the matter arises. That includes Quebec. For matters arising from Quebec, this means that judges of a court like the Federal Court of Appeal must routinely interpret Quebec Civil Code matters in deciding issues that arise in a complex and diverse area of law. Areas of tax, copyright, bankruptcy, all coming from Quebec, routinely wind up in the Federal Court and Federal Court of Appeal.

That is why, like the Supreme Court Act, the Federal Court Act requires that there be a minimum number of judges on the Federal Court and Federal Court of Appeal from the province of Quebec. So, at any time, ten on the Federal Court and five on the Federal Court of Appeal come from Quebec. The objective of this statutory requirement is precisely the same as that of section 6 of the Supreme Court Act: to ensure that the courts have the requisite bijural capacity to deal with matters that arise from both civil and common law systems that define our system of administrative law in Canada.

À cet égard, cela ouvre de nouvelles perspectives. J'aimerais aussi souligner, et cela ne devrait pas être une surprise, que des postes vacants à la Cour suprême ont déjà été remplis par des juges de la Cour fédérale. À mon avis, l'expérience acquise par un juge de la Cour fédérale a pour effet de renforcer, plutôt que d'affaiblir, les qualifications qu'un avocat d'expérience doit posséder pour servir à la Cour suprême.

La Cour suprême entend régulièrement des appels de décisions des cours fédérales. En 2012, la Cour suprême a entendu 10 appels de décisions de la Cour fédérale, comparativement à 15 décisions de la Cour d'appel du Québec, une juridiction pourtant beaucoup plus grande.

Comme je l'ai mentionné au début de mon exposé, on a laissé entendre que les juges de la Cour fédérale en particulier ne devraient pas être nommés à la Cour suprême, compte tenu de l'exigence prévue à l'article 6 de la Loi sur la Cour suprême selon laquelle trois des neuf juges de la Cour suprême du Canada doivent être nommés parmi les avocats du Québec.

On fait valoir qu'étant donné que le Québec est une province de droit civil, où s'applique le Code civil du Québec, seules les personnes qui pratiquent le droit au Québec au moment de leur nomination ou qui siègent à la Cour supérieure du Québec possèdent les qualités nécessaires.

J'aimerais préciser que cet argument est manifestement sans fondement, surtout parce qu'il reflète un manque de compréhension fondamentale de la nature du travail des tribunaux fédéraux. Les juges des cours fédérales entendent des affaires qui touchent à des domaines du droit très vastes et très divers à l'échelle du pays.

Le principe du bijuridisme signifie que ces juges doivent régulièrement appliquer des lois fédérales conformes aux règles et aux principes juridiques en vigueur dans la province d'origine de l'affaire. Cela comprend le Québec. En ce qui concerne les affaires qui viennent du Québec, cela signifie que les juges d'un tribunal comme la Cour d'appel fédérale interprètent couramment le Code civil du Québec pour trancher des questions qui se posent dans des domaines complexes et divers du droit. Des affaires touchant au droit fiscal, au droit d'auteur et à la faillite, qui viennent toutes du Québec, se retrouvent couramment devant les tribunaux de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale.

C'est pourquoi, tout comme la Loi sur la Cour suprême, la Loi sur la Cour fédérale exige qu'un nombre minimal de juges à la Cour fédérale et à la Cour d'appel fédérale viennent de la province de Québec. Il s'ensuit qu'à tout moment, 10 juges de la Cour fédérale et 5 juges de la Cour d'appel fédérale viennent du Québec. L'objectif de cette exigence prévue par la loi est précisément le même que celui de l'article 6 de la Loi sur la Cour suprême, c'est-à-dire de veiller à ce que les tribunaux aient la capacité bijuridique de traiter les cas qui viennent aussi bien du système de droit civil que du système de common law, ce qui caractérise notre système d'administration de la justice au Canada.

To exclude eminent Quebec jurists appointed to the Federal Court in satisfaction of such a requirement from consideration for appointment to the Supreme Court in satisfaction of essentially similar requirements evidently makes no sense. Indeed, it would only serve to weaken the guarantee provided by section 6 of the Supreme Court Act.

[Translation]

Moreover, as the Honourable Robert Décary, former Justice of the Federal Court of Appeal, has recently and eloquently observed in *La Presse* on October 26, 2013, to suggest that a judge of the Federal Court trained in civil law does not have the level of expertise in civil law that section 6 is intended to protect is to ignore the practical reality of Canada's, and the world's, legal landscape.

[English]

Mr. Chair, in addition, taking a restrictive interpretation of section 6 of the Supreme Court Act would exclude not only judges from the Federal Court but also many other candidates for appointment to the Supreme Court of Canada. For example, judges of the Quebec Court would be excluded as they are neither judges of a superior court or Court of Appeal, nor are they current advocates. Quebecers who are judges on an international court, I suggest, would also be excluded, and we have examples where this has occurred. This has been noted by Professor Benoît Pelletier in an interview he gave to Radio-Canada on October 23. According to him, the provisions should be interpreted not only on the letter of the law, but, as we have often heard, on the spirit of the law.

Mr. Chair, by taking this legislative step and also referring this question to the Supreme Court of Canada, our government is defending the eligibility of members of the bar of all provinces and territories to sit on the highest court of Canada. Members of the Quebec bar should be and, under law, will be treated the same as lawyers in any other province and territory. We view this as the most expeditious way to proceed and provide clarity for future appointments.

Our government looks forward to a prompt and conclusive resolution of these questions, ensuring the continued eligibility for appointments to the Supreme Court of eminent jurists of Canada's federal courts so they can help to ensure that our Supreme Court will also maintain the long tradition of independence and excellence that has made it the envy of both developed and undeveloped democracies.

This concludes my remarks, and I look forward to your questions.

The Chair: Thank you, minister.

Senator Joyal: Welcome, Mr. Minister, in your new capacity. We will be happy to see you more often, especially at this committee.

Exclure les éminents juristes québécois qui ont été nommés à la Cour fédérale pour répondre à une telle exigence en vue de leur nomination à la Cour suprême du Canada et en vue de remplir une exigence essentiellement semblable n'a évidemment aucun sens. Cela ne pourrait, en réalité, qu'affaiblir la garantie que fournit l'article 6 de la Loi sur la Cour suprême.

[Français]

En outre, l'honorable Robert Décary, ancien juge de la Cour d'appel fédérale, a observé récemment, dans une lettre publiée dans *La Presse*, le 26 octobre 2013, que le fait de suggérer que les juges des cours fédérales formés en droit civil n'ont pas le niveau d'expertise civiliste requis par l'article 6 a pour effet d'ignorer le caractère de plus en plus interdépendant du droit québécois, canadien et international.

[Traduction]

En outre, monsieur le président, adopter une interprétation restrictive de l'article 6 de la Loi sur la Cour suprême aurait pour effet d'empêcher non seulement les juges de la Cour fédérale, mais également de nombreux autres candidats, d'être nommés à la Cour suprême du Canada. Par exemple, les juges de la Cour du Québec seraient exclus, étant donné qu'ils ne sont ni des juges d'une Cour supérieure ni d'une Cour d'appel, et qu'ils ne sont pas non plus actuellement des avocats. Je pense que les Québécois qui sont juges dans des tribunaux internationaux seraient également exclus, et nous avons des exemples où cela est arrivé. Le professeur Benoît Pelletier en a parlé dans une entrevue qu'il a donnée à Radio-Canada le 23 octobre. Selon lui, l'interprétation des dispositions devrait suivre non seulement la lettre de la loi, mais comme nous l'avons souvent entendu, l'esprit de la loi.

Monsieur le président, en proposant cette mesure législative et en renvoyant parallèlement cette question à la Cour suprême du Canada, notre gouvernement défend l'admissibilité des membres des barreaux de toutes les provinces et territoires à siéger au plus haut tribunal du pays. Les membres du Barreau du Québec devraient être, et sont, selon le droit, traités de la même façon que les avocats des autres provinces et territoires du Canada. Nous croyons qu'il s'agit de la façon la plus rapide de procéder aux nominations futures et de les rendre plus claires.

Notre gouvernement espère que ces questions seront résolues rapidement et définitivement pour que les juristes éminents qui siègent aux tribunaux fédéraux du Canada continuent de pouvoir être nommés à la Cour suprême. Cela permettra ainsi à ce tribunal de poursuivre la longue tradition d'indépendance et d'excellence qui fait l'envie tant des démocraties développées que des démocraties en développement.

C'est ce qui termine mon exposé et j'ai hâte de répondre à vos questions.

Le président : Merci, monsieur le ministre.

Le sénateur Joyal : Bienvenue, monsieur le ministre, dans vos nouvelles fonctions. Nous serons heureux de vous voir plus souvent, surtout devant notre comité.

I followed your reasoning quite attentively. I still have certain elements of questions in relation to the study that Justice Binnie has been providing to you. I will start with the fact that he didn't take into account that there is a discrepancy between the original Supreme Court Act of 1875 and the Consolidated Act of 1886. As you know, according to the Revised Statutes Act:

The Revised Statutes shall not be held to operate as new law, but shall be construed and have effect as a consolidation of the law as contained in the Acts . . .

The principle is that when you do consolidation, you can't change the substance of the act. I think it is a principle that is well known and respected generally by the initiative of consolidation. It seems to me this has not been reconciled in the opinion of Justice Binnie. Would you care to comment on that?

Mr. MacKay: As I said, what we're seeking to achieve practically here is, yes, the reconciliation of the legislation but, most importantly, I would suggest, provide clarity within the act itself.

I think the discrepancy, if we're talking about the same elements here, is attributed in two ways. It is partly in the language itself, and that is why this declaratory provision to insert "at any time" for the purposes of that requisite period of 10 years at the bar in the province of Quebec and elsewhere. The second is the interpretation of the two sections read in unison, so sections 5 and 6.

Again, in the province of Quebec, perhaps more than any other province, there is a profound appreciation of the need for clarity. That is why we have chosen this two-track approach to bring it in in legislation through a declaratory provision, while at the same time seeking the wisdom of the court.

Senator Joyal: In other words, you are not troubled by the fact that the present act, the one on which we base our interpretation of sections 5 and 6, is in fact a change to the original act that happened through the consolidation initiative?

Mr. MacKay: I'm not troubled by it because I think the wording that we seek through this declaratory provision will, for all future interpretation, provide the necessary instruction and clarity on the subject of eligibility.

I don't want to lose sight of what we're trying to achieve here, which is to ensure that Quebec is on par with every other province in terms of the eligibility of excellent jurists, whether they come from the practice of law, as advocates of 10 years or more, or whether they follow the route that others have from other provinces. I cited the precedent-setting example of a current serving justice and others who went through the Federal Court.

I think, quite frankly, and I think importantly, it would really disadvantage Quebec if we have already accepted the judges who came from other provinces, Ontario in the west and the east, who have followed this route to the Supreme Court of Canada, and yet, based on a Toronto lawyer's submission, that Quebec lawyers, advocates of the same quality, would be barred from pursuing that same route and disadvantaged, in my view.

J'ai suivi votre raisonnement très attentivement. Toutefois, j'ai encore certaines questions en ce qui concerne l'étude que le juge Binnie vous a fournie. Tout d'abord, il n'a pas tenu compte de la différence entre la Loi sur la Cour suprême de 1875 et la Loi constitutionnelle de 1886. Comme vous le savez, la Loi sur les Lois révisées du Canada énonce que :

Les lois révisées ne sont pas censées être de droit nouveau; dans leur interprétation et leur application, elles constituent une refonte du droit contenu dans les lois...

Selon ce principe, lorsqu'on effectue une refonte, on ne peut pas modifier le sens de la loi. Je crois qu'il s'agit d'un principe bien connu et généralement respecté dans le cadre de l'initiative de refonte. Il me semble que cela n'a pas été exprimé dans l'avis du juge Binnie. Pourriez-vous faire des commentaires à ce sujet?

M. MacKay : Comme je l'ai dit, ce que nous tentons d'accomplir, dans ce cas-ci, c'est d'effectuer un rapprochement de la loi, mais plus important encore, je pense, nous tentons d'apporter des éclaircissements à la loi.

Je crois que la différence, si nous parlons des mêmes éléments, est attribuée de deux façons. Elle vise en partie le libellé, et c'est la raison d'être de la disposition interprétative visant à insérer « autrefois » en ce qui concerne la période de 10 ans au barreau exigée dans la province du Québec et ailleurs. La deuxième façon vise l'interprétation des deux articles lus de concert, soit les articles 5 et 6.

Encore une fois, au Québec, peut-être plus qu'ailleurs, on comprend très bien le besoin de clarté. C'est pour cette raison que nous avons adopté une approche double, en proposant une disposition interprétative et en demandant conseil à la cour.

Le sénateur Joyal : Autrement dit, cela ne vous préoccupe pas que la loi actuelle, sur laquelle nous basons notre interprétation des articles 5 et 6, résulte d'une modification apportée à la loi d'origine au moment de la refonte?

M. MacKay : Non, parce que je crois que la disposition interprétative que nous proposons est libellée de façon à guider toute interprétation future avec clarté, en matière d'admissibilité.

Il ne faut pas perdre de vue que ce que nous essayons de faire, c'est de veiller à ce que le Québec soit traité de la même façon que les autres provinces en ce qui concerne l'admissibilité d'excellents juristes, qu'ils pratiquent le droit depuis au moins 10 ans ou qu'ils aient le même cheminement que des juristes d'autres provinces. J'ai cité les cas, qui font précédent, de juges actuels qui sont passés par la Cour fédérale.

Surtout, je pense bien franchement que le Québec serait nettement désavantagé si, comme le veut un avocat de Toronto, nous empêchions les avocats du Québec — des avocats tout aussi compétents — de suivre le même parcours et d'être nommés à la Cour suprême alors que nous avons déjà accepté des juges d'autres provinces, de l'Ontario, de l'Ouest ou de l'Est dans des circonstances semblables.

Senator Joyal: I think you will recognize, Mr. Minister, that the point in debate at the Supreme Court, because I was listening to your answer in the context also of the reference that you made to the Supreme Court yourself, is not only the substance of the bill, because the court will have to look into the original statutes,

Mr. MacKay: Yes, of course.

Senator Joyal: It is a matter of interpretation that is at stake here. We have to recognize the objective is not only to make sure that lawyers from Quebec or judges come from Quebec are at par with judges and lawyers coming from the other provinces. Any one of us will recognize that.

The problem is, essentially, to make sure that there is a capacity of expression of the civil law tradition, which is, as you said quite properly in your opening remark, the protection of bijuralism in the country. This principle, in my opinion, is very well entrenched in section 41 and section 42(*d*) of the Constitution. That was the objective, to entrench the Official Languages Act in 41 and to entrench the principle of bijuralism. The principle of bijuralism expresses itself through the civil law tradition. That's why, when I think we have to balance the law qualification of lawyers, we have also to balance their capacity to express the civil law tradition in the life of the court. That is when the court is faced with an issue involving the civil law tradition. That's where I think there is another element to the one you propose, which is to put all the lawyers at par and all the judges at par, be he or she a judge of the Federal Court or a lawyer with 10 years or past years of professional experience.

This is the key element, in my opinion, that is at stake in the reference that you have made to the court, and that's why I am concerned. In section 30(2) of the Supreme Court Act, and maybe Mr. Shanks will have it handy, when there is the need to appoint an ad hoc judge for the hearing of an appeal, and I'm reading from paragraph 2 of section 30:

... in the Province of Quebec shall be a judge of the Court of Appeal or a judge of the Superior Court of that Province designated in accordance with subsection (1).

It doesn't speak of a judge of the federal court that would have training, for instance, in the civil law, as you said, that properly occupies seats in the federal court.

It seems to me that this section should be read in sync with section 6. It is more or less the duplicate of section 6 in terms of substance, because when you have to appoint an ad hoc judge, it has to come from the Court of Appeal of the superior court of the province and from no other court. In other words, somebody with immediate training, present training, in the civil law tradition.

How would you reconcile that section with the interpretation that you propose to widen the pool of judges among, as you said, judges of Quebec, the federal court and so on? In this section of the Supreme Court Act, it is strictly restricted to the superior court and court of appeal of the province.

Le sénateur Joyal : Vous reconnaissez, monsieur le ministre, que ce dont la Cour suprême est saisie — parce que je mettais vos propos dans le contexte de votre référence à la Cour suprême — ne porte pas seulement sur l'essence du projet de loi. La cour devra se pencher sur les textes législatifs d'origine.

M. MacKay : Oui, bien sûr.

Le sénateur Joyal : Il s'agit d'une question d'interprétation. Nous ne devons pas seulement nous assurer que les avocats et les juges du Québec sont sur un pied d'égalité avec les juges et les avocats des autres provinces. Nous sommes tous d'accord là-dessus.

Avant tout, nous voulons faire en sorte que le droit civil ait encore sa place et, comme vous l'avez dit fort à propos dans votre exposé, que le bijuridisme soit protégé dans ce pays. À mon avis, ce principe est très clairement énoncé dans l'article 41 et l'alinéa 42*d*) de la Constitution. L'objectif était d'enchâsser la Loi sur les langues officielles et le principe de bijuridisme dans l'article 41. Le principe de bijuridisme s'exprime dans le respect de la tradition du droit civil. C'est pourquoi nous devons équilibrer les compétences en droit des avocats, mais aussi leur capacité à respecter la tradition du droit civil dans les tribunaux, quand une question de droit civil se pose. D'où la proposition que je fais, que tous les avocats et les juges soient considérés comme égaux, qu'ils soient juges à la Cour fédérale ou avocats depuis au moins 10 ans.

C'est l'élément essentiel en ce qui a trait à la Cour suprême, et c'est pour cela que je suis préoccupé. Dans le paragraphe 30(2) de la Loi sur la Cour suprême — peut-être que M. Shanks a cela sous la main —, il est question des circonstances où il est nécessaire de nommer un juge suppléant. Je lis :

[...] dans la province de Québec doit être un juge de la cour d'appel ou un juge de la Cour supérieure de cette province, désigné conformément au paragraphe (1).

On ne parle pas d'un juge de la Cour fédérale qui aurait, par exemple, de la formation en droit civil et qui, comme vous l'avez dit, siégerait à la Cour fédérale.

Je pense qu'il faut lire cet article en gardant l'article 6 à l'esprit. En substance, il reprend à peu près l'article 6, parce que quand vous devez nommer un juge suppléant, il doit venir de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province, et non d'une autre cour. Autrement dit, on cherche une personne qui exerce en ce moment le droit civil.

Comment pouvez-vous concilier cela avec l'interprétation que vous proposez pour élargir le bassin des juges du Québec pour inclure la Cour fédérale, et tout cela? Selon cet article de la Loi sur la Cour suprême, le bassin est strictement limité à la Cour supérieure et à la Cour d'appel de la province.

Mr. MacKay: If I could respond to a very good question, senator. The first is the historic context. As you would know, the federal court did not exist at the time of the drafting of this legislation.

Again, I come back to the original premise that we want to be able, in modern times, to draw from the deepest and most intelligent pool of Quebec jurists in order to, if I can use the expression, have the intellectual horsepower at maximum capacity in our Supreme Court.

In order to do so, I come back to this element of Federal Court and Federal Court of Appeal in the current context, and when you examine the way in which the requirements in those courts mirror the intent and the spirit of the Supreme Court Act to draw specifically from advocates from the province of Quebec to ensure that they have that very specific and unique element of the practice of law in Quebec, civil law expertise, and the requirements that, within the Federal Court, as in the superior court, the Supreme Court of Canada, they will have that capacity, which is why I made the point of setting out — and you are certainly well aware — that the federal court and the Federal Court of Appeal routinely deal with matters of civil jurisdiction. So any suggestion that a jurist, because they have served in the Federal Court, is somehow disadvantaged or unable to grasp the concepts of civil law and civil jurisdiction is simply folly.

I would point out, as well, that the description of ad hoc judges is not as broadly interpreted as a full judge in the current context.

Senator Joyal: Yes, but on the other hand, it could be very determining in a case involving civil law, because that's where it would happen. In a case that involves civil law, there's a need for an additional judge, and then, in which pool will we be fishing — I know you like fishing — to get a learned justice to help to break the deadlock of two judges that might be closed in in a civil law issue?

Mr. MacKay: I wish I could think of a clever quote from Mr. Justice Fish to respond to you, but I would suggest, honourable senator, that the bigger picture here is very much the intention to have the broadest pool from which to draw, and the reading of the two sections together, the examination of the Federal Court and Federal Court of Appeal, which encompasses the civil law, expands our ability to maximize that depth of talent and intelligence that we need in the Supreme Court.

To do otherwise, to take the interpretation which has been argued or will be presented by those who have issued the challenge, would disadvantage Quebec jurists. When looking at the scales of justice, that is what, I think, we are most required to undertake, to ensure that Quebec jurists, Quebec lawyers, advocates are treated on par with those in the rest of the country who aspire. As you know, it is already a very limited pool who will ever be considered to reach that pinnacle of law in Canada.

Like athletes, like business, like politics, we want the very best serving in that capacity.

M. MacKay : Permettez-moi de répondre à cette excellence question, sénateur. Premièrement, il y a le contexte historique. Comme vous le savez, la Cour fédérale n'existait pas à l'époque où cette loi a été rédigée.

Je reviens à l'objectif initial : nous voulons être en mesure, en cette ère moderne, de puiser dans le bassin le plus vaste des juristes québécois les plus intelligents pour que la Cour suprême puisse bénéficier de la pleine puissance intellectuelle.

Pour ce faire, je reviens à l'élément de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale, dans le contexte actuel. Il s'agit de s'arrêter à la façon dont les exigences de ces cours correspondent à l'intention et à l'esprit de la Loi sur la Cour suprême et visent à aller précisément chercher les avocats de la province de Québec afin d'avoir cet élément de pratique du droit très précis et unique au Québec — le droit civil —, ainsi qu'à la façon dont les exigences de la Cour fédérale, comme de la Cour suprême, visent à inclure cette capacité, et c'est la raison pour laquelle j'ai souligné — et vous le savez certainement — que la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale traitent régulièrement de questions de droit civil. Dire qu'un juriste qui a siégé à la Cour fédérale est désavantagé ou qu'il est incapable de saisir les principes du droit civil est pure folie.

Je souligne aussi que l'interprétation de la description d'un juge suppléant n'est pas aussi étendue que celle d'un juge dans le contexte actuel.

Le sénateur Joyal : Oui, mais de l'autre côté, cela pourrait être déterminant dans un cas de droit civil, car c'est là que cela se produirait. Dans une affaire de droit civil, il faut un juge additionnel. En pareil cas, dans quel bassin lancera-t-on la ligne — je sais que vous aimez la pêche — pour trouver un éminent juge qui viendra dénouer l'impasse, si deux juges ne s'entendent pas sur une question de droit civil?

M. MacKay : J'aimerais pouvoir vous répondre par une brillante citation du juge Fish, sénateur, mais je dirais qu'en gros, l'objectif est dans une grande mesure d'avoir le plus grand bassin possible dans lequel puiser. En lisant les deux articles ensemble, en examinant la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale, qui traitent de questions de droit civil, nous pouvons nous donner la possibilité d'aller chercher le maximum de talent et d'intelligence qu'il faut à la Cour suprême.

Si nous faisons autrement et que nous privilégions l'interprétation débattue ou présentée par les responsables du recours, les juristes québécois en seraient désavantagés. C'est ce que nous devons faire, à mon avis, pour maintenir la balance de la justice, pour veiller à ce que les juristes québécois, les avocats et les procureurs, soient traités au même titre que les juristes du reste du pays. Comme vous le savez, seul un bassin très limité de personnes peuvent espérer atteindre ce sommet au Canada.

Tout comme dans le domaine du sport, des entreprises et de la politique, nous voulons les meilleurs.

[Translation]

Senator Boisvenu: Good afternoon, minister, welcome to the committee, to what appears to me to be a debate among constitutional and legal experts. I am going to try to ask some perhaps more practical questions.

At the outset, it appears somewhat illogical to me that a judge who would be appointed to the Federal Court, perhaps from Quebec, for instance, would as a prerequisite lose the right to be appointed to the Supreme Court. That seems somewhat illogical to me. I think you would lose some very good candidates if the fact of being appointed there meant that they stood no chance of being appointed to the Supreme Court, that they would have no access to that opportunity. This makes no sense to me.

I would like to go back to your testimony, where you referred to Professor Benoît Pelletier, who is, I believe, recognized as a noted constitutionalist, especially given the role he played within the Department of Intergovernmental Affairs, where he represented the Government of Quebec for many years. His testimony last week was to me the most convincing that in this file, the current government is not mistaken.

He did, however, raise certain points that seem interesting to me and I would like to ask you about them. First, he stated that it made no sense to interpret the Supreme Court Act as disqualifying, right from the outset, all of the judges of the Federal Court. This is an interpretation which, according to Professor Pelletier, does not hold water.

He raised another argument, stating that the bill that is before us may not be necessary. Regarding the decision made by the federal government to appoint Judge Nadon to the Supreme Court, Professor Pelletier said that the government was not mistaken in discharging its responsibility in this way. The current act allows the government to appoint a judge from the Federal Court. He also said that this bill may not be necessary.

So my question is the following, Minister: is the purpose of the bill to provide greater certainty, to ensure that you are really well protected? Is that your position?

[English]

Mr. MacKay: I think that's a fair characterization. I think what we want to do in all instances — and it is the wont of lawyers to interpret and read in, in some instances, different interpretations — but I think what left some confusion here was that we had the 10-year eligibility of advocates and the Supreme Court. There was no specific reference of Federal Court anywhere in the legislation because, as I said previously, it didn't exist, and there was this anomaly that had to be addressed.

The way in which to do that is either have a court read in the interpretation, which will happen, but at the same time, we have also taken the step to use these declaratory provisions, which simply add for context “at any time” that the 10-year period of

[Français]

Le sénateur Boisvenu : Bonjour, monsieur le ministre, bienvenue au comité, dans ce qui m'apparaît être un débat de constitutionnalistes et d'experts juristes. Je vais essayer de poser quelques questions peut-être plus pratiques.

D'entrée de jeu, il m'apparaît comme un peu illogique qu'un juge qui serait nommé à la Cour fédérale, qui proviendrait du Québec, par exemple, aurait comme prérequis de perdre ce droit d'être nommé à la Cour suprême. C'est quelque chose qui m'apparaît un peu illogique. J'ai l'impression que vous perdriez de très bons candidats, sachant que du fait qu'ils sont nommés là ils ne seront pas nommés à la Cour Suprême; pas de chance. Il y a comme un illogisme pour moi, là.

Mais je reviendrai à votre témoignage où vous faisiez référence au professeur Benoît Pelletier, qui est, je pense, reconnu comme un très bon constitutionnaliste, surtout du fait des fonctions qu'il a exercées au ministère des Affaires intergouvernementales, travaillant pour le gouvernement du Québec pendant de nombreuses années. Son témoignage, la semaine passée, était celui qui m'a le plus convaincu que, dans ce dossier, le gouvernement actuel n'est pas dans l'erreur.

Il reste cependant qu'il a soulevé certains points qui me paraissent intéressants et j'aimerais vous interpellier là-dessus. D'abord, il dit que ce serait insensé qu'on interprète la Loi de la Cour suprême comme disqualifiant, en partant, tous les juges de la Cour fédérale. C'est une interprétation qui, selon l'avis du professeur Pelletier, ne tient pas la route.

D'un autre côté, il a présenté un autre argument disant que le projet de loi présentement devant nous n'est peut-être pas nécessaire. Concernant la décision que le gouvernement fédéral a pris de nommer le juge Nadon à la Cour suprême, il dit que le gouvernement n'erre pas dans ses responsabilités. La Loi actuelle lui permet de nommer un juge de la Cour fédérale. En même temps, il dit que ce projet de loi n'est peut-être pas nécessaire.

Ma question est donc la suivante, monsieur le ministre : est-ce dans une perspective d'avoir en même temps des bretelles et une ceinture, pour nous assurer d'être vraiment bien protégés? Est-ce votre position?

[Traduction]

M. MacKay : Je crois que vous dressez un portrait juste de la situation. C'est ce que nous voulons faire dans tous les cas — et les avocats ont l'habitude de faire diverses interprétations —, mais je crois que le critère d'admissibilité de 10 ans pour les procureurs et la Cour suprême portait à confusion. La loi ne faisait aucune référence précise à la Cour fédérale puisque, comme je l'ai dit précédemment, elle n'existait pas; il fallait donc corriger cette anomalie.

Pour ce faire, il faut qu'un tribunal en fasse l'interprétation, ce qui arrivera, mais nous avons également entrepris d'utiliser ces dispositions déclaratoires, qui ajoutent la notion « d'autrefois » au contexte de la période de service de 10 ans. Et je crois — et je

service — and I would suggest and I would defer to, in fact, the expertise of those who have practised in Quebec, but if someone has practised civil law in Quebec for 10 years and then — and I use the hypothetical example, but it has application here — an individual then leaves the practice of civil law in Quebec, in fact, for 20 years, serves on the Federal Court, which also deals with civil matters, for 20 years, and then is told in this instance that somehow that individual should be deemed ineligible to serve on the Supreme Court because he or she does not fit the technical definition of having served 10 years at the time of his or her appointment, and that individual is coming from a court that isn't described in technical language as a supreme court, while it has many of the same elements and the same mandate, I would suggest that would be prohibitive and unfair — profoundly unfair — particularly given the current knowledge that we have individuals who have come from that exact scenario from other provinces in Canada. But specifically the Province of Quebec, for reasons that I think are technical anomalies, would be barred from doing so.

That puts Quebec advocates and jurists at a distinct disadvantage. We're trying to reconcile all of this and leave not a shaft of daylight between what is interpreted and what is found in statute. We have taken specific steps to do that through the declaratory provisions, but also seeking, from the highest court itself, interpretation which we are quite confident will support this position.

Senator Baker: I would like to welcome the minister once again to the committee.

Minister, when you look at this provision in this massive bill, we find that at the end of Bill C-4, this provision called Division 19 is added, and it's added after section 470, which is the coming-into-force provision. In other words, there is nothing after this matter that says when it will come into force.

Do you have anything to say about that?

Mr. MacKay: Well, I would only say that upon examination by both the House of Commons and the Senate, and receiving fair examination by both and passage through both that it becomes part the Royal Prerogative for the bill as written to receive Royal Assent, even after the provisions that you have outlined, with the full knowledge that this was added, as you are well aware, after the fact, to expedite and to address this particular anomaly that we discovered.

Senator Baker: Minister, it's not part of a classic budget bill, I will give you that.

Mr. MacKay: No.

Senator Baker: The thing that struck me, when I read the provision, is the change in wording that normally accompanies for-greater-certainty provisions, for greater certainty, for the purpose of section 5, a purpose may be at any time.

m'en remets à l'expertise de ceux qui ont pratiqué au Québec — que si une personne a pratiqué le droit civil au Québec pendant 10 ans puis — et j'utilise un exemple hypothétique, mais il s'applique ici — quitte cette pratique et est nommée à la Cour fédérale, qui traite également les affaires civiles, où elle travaille pendant 20 ans, on lui dira qu'elle est jugée inadmissible à la nomination à la Cour suprême puisqu'elle ne répond pas à la définition technique voulant qu'elle ait servi pendant 10 ans au moment de sa nomination, et qu'elle sert un tribunal qui n'est pas considéré à titre de cour suprême dans le langage technique, bien qu'il présente les mêmes éléments et vise le même mandat. À mon avis, cela est prohibitif et injuste — profondément injuste — d'autant plus que l'on a connu le même scénario avec d'autres provinces du Canada. Or, les procureurs et juristes de la province de Québec ne pourraient faire de même, pour des raisons qui sont à mon avis des anomalies techniques.

Ils sont donc dans une situation fort désavantageuse. Nous tentons de régler cette question et de ne laisser aucune place à une autre interprétation. Nous avons pris des mesures précises pour ce faire, par l'entremise des dispositions déclaratoires, mais nous demandons également au plus haut tribunal de l'interpréter, et nous croyons qu'il appuiera notre position.

Le sénateur Baker : Je souhaite à nouveau la bienvenue au ministre devant le comité.

Monsieur le ministre, en étudiant cet imposant projet de loi, on constate que la section 19 y a été ajoutée à la fin, après l'article 470, qui est la disposition d'entrée en vigueur. En d'autres termes, il n'y a rien après cette section qui indique le moment de son entrée en vigueur.

Avez-vous un commentaire à cet égard?

M. MacKay : Je dirais seulement qu'après que le projet de loi a été examiné et adopté par la Chambre des communes et le Sénat, la prérogative royale veut qu'il reçoive la sanction royale, même pour les dispositions qui suivent celles que vous avez mentionnées, puisque nous savons qu'elles ont été ajoutées après coup, pour accélérer le processus et pour corriger cette anomalie que nous avons détectée.

Le sénateur Baker : Monsieur le ministre, ce n'est pas un projet de loi budgétaire habituel, c'est le moins qu'on puisse dire.

M. MacKay : Non.

Le sénateur Baker : Ce qui m'a frappé, lorsque j'ai lu la disposition, c'est le changement dans la formulation qui accompagne habituellement les dispositions destinées à apporter certaines précisions. On dit : « pour l'application de l'article 5, il demeure entendu »; l'application pouvant être à tout moment.

The French doesn't say "Il est entendu" — "It is understood"; as is normally, but not always, the case, it says "Il demeure entendu" — "It has always been understood."

So you read the English, and the English is something that would take effect from the time the measure is implemented, comes into force. And you read the French, and it says that it was always understood.

I'm wondering, in your mind, was the intent of this provision to be retrospective — in other words, something that applies to the past but would only be in force for the future — or is the provision, in your estimation, retroactive in that it would be changing the law backwards, and applied to some point in the distant past? Does it matter whether or not it is retroactive or retrospective in nature?

Mr. MacKay: I would answer this way, senator, and not being the linguist of your calibre, from the province of Newfoundland and Labrador, I would suggest it's both.

I would suggest that when you have a declaratory provision such as this, the intent is very much to interpret the law as it was intended at the time — thus taking a retrospective view to clarify — but also the intent is it was always thus, and always will be, looking ahead.

I want to narrow in on the language itself and the provision that we are attempting to clarify. The intent was that an individual served 10 years at the Barreau du Québec. Having done so, they have achieved what was set as a minimum qualification, or a minimum threshold that had to be met. To read it otherwise would be to suggest that somehow having achieved that level, that you can somehow lose or diminish that familiarity and that expertise of 10 years practising civil law if you went to another court, if you went to another province, and you would somehow negate or take away that 10-year experience, if it was not preserved and frozen in time.

If you practised law for 10 years in Quebec, at any time, you meet the threshold. Not if you practised law for 10 years in Quebec, left the province, didn't practise law for five years and went back. You can imagine all sorts of anomalies if the interpretation isn't — you've reached the threshold, you're there, you did it at any time, you achieved that proficiency, and you are therefore eligible.

That is my interpretation both then, in the past, and going forward.

Senator Baker: The opinion of a Supreme Court of Canada judge before this committee in our last committee hearing was that this provision should not be before us today, or it could be before us today with a coming-into-force provision at a distant time after the Supreme Court of Canada has made a judgment on this matter.

La version française ne dit pas « Il est entendu », comme c'est souvent le cas. Elle dit « Il demeure entendu », ou il a toujours été entendu.

Donc, d'après l'anglais, on comprend que la disposition entrera en vigueur au moment où la mesure sera mise en œuvre. D'après le français, c'était déjà convenu.

D'après vous, est-ce que la disposition se voulait rétrospective — en d'autres termes, qui s'applique au passé, mais n'entrerait en vigueur que dans l'avenir — ou rétroactive, c'est-à-dire qu'elle modifierait la loi à rebours et s'appliquerait à un certain moment dans un passé lointain? Est-ce que sa nature — rétroactive ou rétrospective — importe?

M. MacKay : Sénateur, je ne suis pas un linguiste de votre calibre, de Terre-Neuve-et-Labrador, mais je dirais qu'elle vise les deux.

Je dirais que l'intention d'une disposition déclaratoire est d'interpréter la loi selon le but visé à l'époque — et donc envisager la question en rétrospective pour l'expliquer — mais elle est également tournée vers l'avenir, et le sera toujours.

J'aimerais m'attarder au libellé en soi et à la disposition que nous tentons d'expliquer. La disposition visait à préciser qu'une personne devait avoir été inscrite comme avocat au Barreau du Québec pendant 10 ans. Ainsi, elle répondait aux exigences minimales ou au seuil minimal à atteindre. Si on interprétait la disposition autrement, elle donnerait à penser qu'une fois ce niveau atteint, on pourrait le perdre ou réduire cette familiarité et cette expertise émanant de 10 ans de pratique du droit civil en pratiquant dans un autre tribunal ou en changeant de province, et qu'on pourrait annuler ou soustraire des années d'expérience, si elles n'étaient pas préservées et figées dans le temps.

Si une personne a pratiqué le droit au Québec pendant 10 ans, peu importe le moment, elle répond au critère; pas si elle a pratiqué le droit au Québec pendant 10 ans, a quitté la province, n'a pas pratiqué le droit pendant 5 ans, puis y est retournée. On peut imaginer toutes sortes d'anomalies si l'interprétation n'est pas : vous avez atteint le seuil minimal, à n'importe quel moment, vous avez atteint le niveau de compétence requis et vous êtes donc admissible.

D'après mon interprétation, la disposition vise tant le passé que le futur.

Le sénateur Baker : D'après un juge de la Cour suprême qui a témoigné devant le comité lors de la dernière audience, cette disposition ne devrait pas nous être présentée aujourd'hui, ou alors il faudrait qu'elle soit accompagnée d'une disposition d'entrée en vigueur à une date ultérieure, après que la Cour suprême aura rendu une décision à cet égard.

I think, Mr. Chair, this is what he said: He could not recall an instance in the past where a piece of legislation was before Parliament, and at the same time a reference was made to the Supreme Court of Canada.

Do you have any comments on his opinion?

Mr. MacKay: Far be it from me to dispute a former or sitting Supreme Court justice, as Justice Minister; I don't say that facetiously.

I don't recall, certainly in my experience, a situation such as this. However, because it deals with the Supreme Court itself, it makes it an even more unique moment in time.

It's very rare, I would suggest, and certainly I can't recall an instance where the Supreme Court arguably was sitting in judgment of itself and its own eligibility criteria.

We find ourselves here examining the path forward, but I return to the principle of why this is so critically important for the province of Quebec. What we want to do is ensure the widest eligibility on par and on exact, equal terms with other provinces in order to establish that legal excellence in supporting terms. We want the deepest pool of athletes, jurists, businesspeople, politicians to aspire to reach those positions.

By putting in place prohibitions, based on what I would describe as interpretations of language, that are limiting rather than enabling, what we seek to do here on both tracks is to clear that path for jurists and advocates from Quebec.

[*Translation*]

Senator Dagenais: Thank you, minister, and thank you, Mr. Shanks. For your information, minister, I sat for three years on the judicial advisory committee. You know how the committee works; there were seven members, and we examined applications from lawyers who wished to be considered for appointment to various positions. Some were applying to sit on the Superior Court, others to the Court of Appeal and others to the Federal Court. According to what we have heard today, it seems that if a Quebec lawyers wants to sit on the Federal Court, they would be disqualified, to all intents and purposes. When we recommended candidates, we recommended the most competent people, naturally, without regard to the court they wished to accede to.

That being said, certain critics in Quebec — and I am sure they are mistaken — have stated that you did not consult Quebec authorities in previous appointment processes. What would you answer to this statement from Quebec?

Mr. MacKay: Thank you for that question, senator. What you say is correct; in the judicial appointment process, regarding eligibility, our government has shown more openness than all other governments.

Je crois que c'est ce qu'il a dit, monsieur le président. Il n'avait pas souvenir d'un moment dans l'histoire où une mesure législative avait été présentée devant le Parlement alors qu'elle était renvoyée devant la Cour suprême du Canada.

Voulez-vous faire un commentaire à ce sujet?

M. MacKay : Loin de moi l'idée de contester l'avis d'un juge de la Cour suprême. En tant que ministre de la Justice, je ne dis pas cela de manière facétieuse.

Je ne me souviens pas avoir été témoin d'une telle situation. Toutefois, puisque la disposition traite de la Cour suprême, c'est un moment unique.

C'est très rare, à mon avis, et je ne me souviens pas d'un moment où la Cour suprême se soit jugée elle-même ou ait jugé de ses propres critères d'admissibilité.

Nous nous trouvons à étudier l'avenir, mais je reviens à l'importance critique de cette disposition pour la province de Québec. Nous voulons être certains d'élargir le plus possible les critères d'admissibilité, et qu'ils soient exactement les mêmes dans toutes les provinces, pour permettre l'atteinte de l'excellence juridique. Nous voulons établir le plus grand bassin d'athlètes, de juristes, de gens d'affaires et de politiciens pour pourvoir ces postes.

Le fait de prévoir des interdictions, fondées sur ce que j'appellerais une interprétation linguistique, donne lieu à une restriction plutôt qu'à une habilitation. Nous tentons d'ouvrir la voie aux juristes et procureurs du Québec.

[*Français*]

Le sénateur Dagenais : Merci, monsieur le ministre, Merci, monsieur Shanks. Pour votre information, monsieur le ministre, j'ai siégé pendant trois ans au comité de la nomination des juges. Vous connaissez le fonctionnement du comité; on était sept personnes et on examinait les différentes candidatures des avocats qui postulaient pour différents postes. Certains choisissaient de postuler pour la Cour supérieure, d'autres pour la Cour d'appel et d'autres pour la Cour fédérale. D'après ce qu'on entend aujourd'hui, semble-t-il qu'au Québec si on postule pour la Cour fédérale, c'est comme si ça les disqualifiait. Quant à moi, lorsqu'on recommandait les candidats, on recommandait évidemment les personnes les plus compétentes, peu importe la cour à laquelle ils voulaient siéger.

Ceci étant dit, certaines critiques au Québec — et je suis certain qu'ils le font à tort — affirment que vous n'auriez pas consulté les autorités du Québec dans les processus de nomination antérieurs. Que pourriez-vous répondre suite à cette affirmation provenant du Québec?

M. MacKay : Merci pour cette question, sénateur. Vous avez raison dans vos commentaires, dans le processus d'éligibilité des juges, notre gouvernement a fait preuve de plus d'ouverture que tous les autres gouvernements.

[English]

As a government, we have undertaken a process that, I would suggest, is far more open, transparent and consultative than any government in the past, so much so that we now have the nominee himself or herself appear before the parliamentary committees. That process, to be completely frank, did begin under a previous government. I remember, in opposition, sitting in awe as a young lawyer, cross-examining a future candidate for the Supreme Court. Yet, this is the process that I think has now been accepted.

We've gone further in including in that process not only the appearance of the judge before the committee. The eligibility process now includes members of the opposition as well, who vet and narrow down the list, and I note that, without naming the individuals, there were members from the Barreau du Québec. So, as we have seen and as we know in this particular challenge, the Province of Quebec, the Attorney General of Quebec and the government take issue with and have joined in this challenge. We respectfully disagree. We believe, coming back to your initial interpretation, that, to bar eligibility to a jurist because they have been chosen to go to the Federal Court as opposed to the Superior Court of the Province of Quebec, to me, limits career choice. It limits, perhaps, an individual's decision to go to the Federal Court prior to being selected. I remind everyone that, of course, there are only nine judges at the Supreme Court of Canada, so one could make an argument that we wouldn't be getting the best judges on the Federal Court. I think that, if the decision were to stand that they were prohibited, by virtue of going to the Federal Court, from ever being considered as judges at the Supreme Court of Canada, we wouldn't be getting the best judges at the Federal Court and the Federal Court of Appeal because people would say, "I'm not going to serve there because I might, at some future date, aspire to be a Supreme Court judge."

So it has that consequential knock-on effect. It goes far beyond simply limiting the pool in Quebec for the Supreme Court of Canada. I suggest it could have that chilling effect for our Federal Court as well, which would be a shame.

[Translation]

Senator Rivest: You have explained with great conviction the need for these declaratory provisions to allow judges of the Federal Court to have the same rights as other members of the bar to represent Quebec judges. Aside from legal issues, there is a serious political problem that involves the very credibility of the Supreme Court of Canada.

My first question is simple: if these provisions are that positive, necessary and effective, why did you wait until Judge Nadon was appointed to the Supreme Court to introduce them, thus putting him in an untenable position in the present, and one which is worrisome for his credibility as a judge in the future? If it was that important and necessary to introduce this, why not have adopted the declaratory provision first, and then appointed someone like Judge Nadon?

[Traduction]

Nous avons entrepris un processus qui, à mon avis, est beaucoup plus ouvert, transparent et consultatif que tout autre processus réalisé par un gouvernement, à un point tel que les candidats eux-mêmes témoignent devant les comités parlementaires. Pour être honnête, ce processus a été entrepris par un gouvernement antérieur. Je me souviens, étant jeune avocat, avoir été complètement fasciné de contre-interroger un futur candidat à la Cour suprême. Or, c'est le processus maintenant accepté.

Nous sommes allés plus loin : aujourd'hui, le processus de détermination de l'admissibilité comprend non seulement le témoignage des juges devant le comité, mais également la participation des membres de l'opposition, qui contrôlent et filtrent la liste, et je remarque qu'il y a des membres du Barreau du Québec. Donc, comme nous le savons, la province de Québec, le lieutenant-gouverneur du Québec et le gouvernement contestent la nomination et participent au recours. Nous ne sommes pas du même avis. Si on revient à l'interprétation première, le fait d'interdire l'admissibilité à un juriste qui a choisi la Cour fédérale plutôt que la Cour supérieure du Québec restreint le choix de carrière, à mon avis. Cela pourrait avoir une influence sur la décision d'une personne de servir la Cour fédérale avant d'être nommée. Je vous rappelle qu'il n'y a que neuf juges à la Cour suprême du Canada; on pourrait donc prétendre qu'on se prive des meilleurs juges à la Cour fédérale. Je crois que si la décision était maintenue et que les personnes qui servent la Cour fédérale ne pouvaient être nommées à la Cour suprême du Canada, alors la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale n'auraient pas accès aux meilleurs juges, parce qu'ils refuseraient d'y siéger s'ils songeaient à être juges à la Cour suprême.

On aurait donc un effet domino, qui dépasserait largement le fait de restreindre le bassin de candidats québécois à la Cour suprême du Canada. Je crois que cela aurait un effet paralysant sur la Cour fédérale, ce qui serait dommage.

[Français]

Le sénateur Rivest : Vous nous exposez avec beaucoup de conviction la nécessité de ces mesures déclaratoires pour permettre à ce que des juges de la Cour fédérale puissent avoir les mêmes droits que d'autres membres du barreau de représenter les juges du Québec. En dehors des questions juridiques, il y a l'immense problème politique qui concerne la crédibilité même de la Cour suprême au Canada.

Ma première question est simple : si ces mesures sont aussi bonnes, nécessaires et efficaces, pourquoi avoir attendu de le faire après avoir désigné le juge Nadon à la Cour suprême, le plaçant ainsi dans une situation intenable dans l'immédiat et inquiétante pour sa crédibilité de juge dans l'avenir? S'il était si vrai et si important de le faire, pourquoi ne pas avoir adopté la mesure déclaratoire et ensuite nommé quelqu'un comme le juge Nadon?

[English]

Mr. MacKay: To be clear, we anticipated that there could be difficulty, and, hence, we sought the legal opinion of Mr. Justice Binnie, Peter Hogg and Madame Charron, which you are familiar with. But, in terms of the point in time in which this became a problem, it was not until the lawyer in Toronto launched his objection that we realized. We anticipated it could be a problem. We sought to get a legal opinion to address any suggestion around the eligibility of Mr. Justice Nadon, but, until the time that there was an objection filed, it was clear sailing. Mr. Justice Nadon could have taken his place on the court. In fact, to be correct, he could take his position on the court, but he has chosen voluntarily to recuse himself. That was his decision. That was not at the request of the federal government or of me, as Justice Minister. He made that personal decision, and I respect that decision. To use your words, there would have been a cloud over him, but I think what we have before us now, honourable senator, is the opportunity to prevent any such anomaly or any such analogous barrier to a future Federal Court judge from Quebec facing a similar challenge. This is a point in time where we can clarify this issue, both from the executive branch and from our court simultaneously, a rare moment in time indeed. It emphasizes the importance of getting it right.

As for suggesting that we should have gone to the Supreme Court and waited before we amended the legislation or amended the legislation and then waited to put the question to the Superior Court, I would suggest we can do it simultaneously, with the goal — and I come back to the endgame, not a game but a goal — that we have a full complement of justices. There are only nine. There are very important questions, questions that affect the very existence of the Senate, so, to have a full complement of judges is, I would suggest, as important as having a full complement of senators or members of Parliament. They are decision-makers of great importance to our country, and they are shorthanded at the moment.

[Translation]

Senator Rivest: The fact remains that for a part of public opinion, this provision, rightly or wrongly, appears to be an attempt to correct an error or a blunder that was made by appointing a judge from the Federal Court for the first time, when people expected someone from the Court of Appeal. This is the interpretation that is being made of that. There is a political problem.

However, aside from that, the fact remains that Quebec has three judges on the Supreme Court, as you pointed out earlier, because of its civil law legal tradition. Are you not concerned about the appointment of the judge in question? That said, we are not questioning his competency in any way whatsoever.

[Traduction]

M. MacKay : Pour que ce soit bien clair, nous avons déjà prévu cette difficulté, c'est pourquoi nous avons demandé l'avis juridique du juge Binnie, de Peter Hogg et de Mme Charron, que vous connaissez. Mais, la situation est devenue problématique lorsqu'un avocat de Toronto a formulé une objection. Nous savions qu'il pouvait y avoir un problème. Nous avons demandé un avis juridique pour aborder toutes les questions relatives à l'admissibilité du juge Nadon, mais il n'y avait pas eu de problème avant que cette objection ne soit formulée. Le juge Nadon aurait pu — il pourrait — accepter sa nomination à la cour, mais il a choisi de se récuser. C'était son choix. Il ne l'a pas fait à la demande du gouvernement fédéral ni à la mienne, en tant que ministre de la Justice. Il a pris une décision personnelle, que je respecte; il ne voulait pas entacher sa réputation. Mais je crois que nous avons maintenant l'occasion d'éviter ce genre d'anomalie ou d'obstacle pour les autres juges québécois de la Cour fédérale. Le moment est venu de clarifier la situation, tant du point de vue du pouvoir exécutif que de celui du tribunal. C'est une occasion rare, en effet. Il faut donc bien faire les choses.

Pour ce qui est de suggérer que nous aurions dû aller en Cour suprême et attendre avant de modifier la loi ou que nous aurions dû modifier la loi et attendre de soumettre la question à la Cour supérieure, j'estime que nous pourrions faire les deux en même temps, avec comme objectif — et je précise, pas un dénouement, mais bien un objectif — de faire en sorte que nous ayons tous les juges que nous devons avoir. Il n'y en a que neuf et ils traitent de questions très importantes, de questions qui ont une incidence sur l'existence même du Sénat. Par conséquent, le fait d'avoir un effectif complet de juges est, selon moi, aussi important que d'avoir un effectif complet de sénateurs ou de députés. Les juges sont de très importants décideurs pour notre pays et, pour l'instant, ils ne sont pas en nombre suffisant.

[Français]

Le sénateur Rivest : Il reste que pour une partie de l'opinion, cette disposition apparaît, à tort ou non, comme la récupération d'une erreur ou d'un impair qui aurait été commis en nommant d'une façon inédite un juge de la Cour fédérale alors que les gens pensaient que c'était quelqu'un de la Cour d'appel. C'est interprété comme cela. Il y a un problème politique.

Cependant, au-delà de cela, il reste que le Québec a trois juges à la Cour suprême, vous l'avez signalé tantôt, à cause de sa tradition juridique de droit civil. La nomination du juge en question, dont on ne conteste aucunement la compétence, ne vous inquiète-t-elle pas?

You quoted Mr. Pelletier and other Quebec legal experts, even the Bar. The actions of the Canadian government in this matter were criticized not only by the Government of Quebec, which happens to be a sovereigntist government, but also by the Liberal opposition and the Coalition.

I am putting the question to you for the following reason: as Minister of Justice, and you know Quebec well, you know that Supreme Court decisions regarding national unity deal with extremely sensitive topics, and language issues that have a considerable impact on Quebec. The credibility of the Supreme Court is already often called into question by a part of Quebec public opinion, and now, if a controversial decision is handed down, you can imagine what the reaction of a large part of Quebec public opinion will be. They will immediately want to know what the opinion of Judge Nadon was. Are you not concerned about appointing someone to the Supreme Court — and this is absolutely not his fault — who will be exposed to political debate?

Would it not have been preferable, for the sake of the credibility of the Supreme Court, to cancel the judge's appointment, to pass your declaratory provisions, and to then appoint either Judge Nadon or someone else from the Federal Court, who would then have been in compliance? The government is taking a big risk that may jeopardize the credibility of an extremely important institution in this country, the Supreme Court.

[English]

Mr. MacKay: It's a very interesting hypothesis. I would respond this way: Number one, I think we would be playing into the hands of what I don't believe is the majority of Quebec, and I say that having just come back from the federal, provincial and territorial meeting in Whitehorse, where the minister responsible for justice in Quebec did not raise this issue. There were many issues discussed; this issue was not among them.

I would suggest, as well, that it would have caused even more problems to simply ignore this issue and have it sidelined for future consideration of Federal Court judges from the province of Quebec. When the problem arises, when the issue is identified, in my estimation, it is incumbent upon us to act, to fix it, to fill the gap, to answer the hard questions and to move on regarding the subject of eligibility. As I said, this is a moment in time. There will be future judges considered, deemed eligible or ineligible, so we have to deal with this issue now. It is very much in the interests of Quebec, I would suggest.

And I believe very strongly in the position that we have put forward; that this is about enabling, expanding and being inclusive when it comes to the eligibility of capable jurists and advocates from your province, and also recognizing the very real, significant contributions to civil law that occurred daily in our Federal Court, both the appeal and trial division.

Vous avez cité M. Pelletier et d'autres juristes québécois, même le barreau. Non seulement le gouvernement du Québec, qui s'adonne à être un gouvernement souverainiste, mais aussi l'opposition libérale et la Coalition ont critiqué la démarche du gouvernement canadien dans ce dossier.

Je pose la question pour la raison suivante : en tant que ministre de la Justice, et vous connaissez bien le Québec, vous savez que les décisions de la Cour suprême sur le plan de l'unité nationale traitent de sujets extrêmement sensibles et de questions linguistiques qui ont un impact considérable pour le Québec. Déjà, la Cour suprême est souvent mise à rude épreuve pour sa crédibilité par une partie de l'opinion publique québécoise, et là, vous pouvez vous imaginer, lorsqu'il y aura une décision controversée, quelle sera la réaction d'une partie importante de l'opinion publique québécoise. Ils voudront tout de suite aller voir qu'elle était l'opinion du juge Nadon. Cela ne vous inquiète pas de désigner quelqu'un à la Cour suprême — et ce n'est absolument pas de sa faute — qui sera exposé à faire partie du débat politique?

Pour la crédibilité de la Cour suprême, n'aurait-il pas été préférable de retirer la nomination du juge, de faire adopter vos mesures déclaratoires et de nommer soit le juge Nadon ou un autre, qui viendrait de la Cour fédérale, et qui soit en conformité? Le gouvernement prend un très grand risque actuellement sur le plan de la crédibilité d'une institution extrêmement importante au pays qu'est la Cour suprême.

[Traduction]

M. MacKay : C'est une hypothèse très intéressante, à laquelle je répondrai ainsi : premièrement, je crois que nous jouerions le jeu de ceux qui, à mon avis, ne représentent pas la majorité au Québec, et je dis cela alors que je reviens tout juste de la réunion fédérale, provinciale et territoriale de Whitehorse, et que le ministre représentant la justice pour le Québec n'y a pas soulevé la question. Nous avons discuté de bien des choses, mais cette question n'en faisait pas partie.

J'avancerais aussi que le fait d'ignorer la question et de l'écarter lors des évaluations ultérieures de juges de la province de Québec au titre de candidats pour la Cour fédérale aurait été encore plus problématique. Lorsqu'un problème survient en matière d'admissibilité, lorsque l'enjeu est cerné, j'estime qu'il nous incombe d'agir, de réparer, de combler le vide et de répondre aux questions difficiles. Comme je l'ai dit, c'est la dynamique actuelle. D'autres juges seront envisagés, jugés admissibles ou non, alors nous devons composer avec ce problème maintenant. Je pense que c'est tout à fait dans l'intérêt du Québec.

Et je suis en tout point d'accord avec la position que nous avons adoptée; l'admissibilité de juristes et d'avocats aptes en provenance de votre province doit être jugée sous le signe de la capacité, de l'ouverture et de l'inclusion, et doit en outre reconnaître les contributions importantes et tangibles que la Cour fédérale fait quotidiennement au droit civil, tant en première instance que lors des appels.

There is somehow — and this is my word — a “marginalization” of the Federal Court, were we to succumb to the demands of this lawyer from Toronto who began this challenge.

Senator McIntyre: Thank you, minister, for being with us today.

As you have indicated, on October 12, the government decided to follow two paths: It introduced Bill C-4 and referred two questions to the Supreme Court. I note that a tentative hearing for the reference to the two questions has been scheduled to be heard by the Supreme Court on January 15 next year.

My question is this: How important are these declaratory provisions in order to preserve the presence of Quebecers in the composition of the Supreme Court? Why are these provisions important in order to achieve this goal?

Mr. MacKay: Thank you for the question. I believe they are important because they entrench it in legislation. Of course, we want the Supreme Court’s endorsement and we await their decision early in the new year.

But as I said, for future consideration and future examination of this very section, on the subject and the implications of Federal Court jurists’ eligibility, the very essence of this declaratory provision is to ensure that this wording, “10 years,” “at any time,” is interpreted in the broadest way, and interpreted in such a way that it will ensure the eligibility of Quebec advocates to meet that standard, and to broaden the pool.

Now, most jurists, we know, practically speaking, have more than 10 years of experience. It is because most judges — in fact, all judges, to my knowledge — are no longer practising members of the bar when they are elevated. So it’s very few. In fact, I think there is only one, and perhaps Senator Baker can refresh us in terms of our memory. I think it was only Justice Sopinka, at least in recent years — there were others, going back in time — who was taken from private practice and elevated to the Supreme Court of Canada.

Having said that, and answering your question, I would suggest these very important provisions for clarity and for future interpretation.

Senator Frum: Minister, thank you very much for your time today. I think you’ve done an excellent job helping us understand this bill before us.

But as has been discussed, the Supreme Court will be hearing this reference, I think, starting January 15. And do you think there is any chance we could end up with the Supreme Court answering the question before them in a way that will clash with the proposed declaratory provisions, and, if that happens, what next?

Si nous cédonc aux demandes de cet avocat de Toronto qui a lancé le bal, nous cautionnerons une marginalisation de la Cour fédérale.

Le sénateur McIntyre : Merci, monsieur le ministre, d’être avec nous aujourd’hui.

Comme vous l’avez indiqué le 12 octobre, le gouvernement a décidé de suivre deux voies. Il a présenté le projet de loi C-4 et renvoyé deux questions à la Cour suprême. J’ai remarqué que l’audience de ce renvoi a provisoirement été fixée au 15 janvier prochain.

Ma question est la suivante : quelle est l’importance de ces dispositions interprétatives visant à préserver la présence des Québécois parmi les juges de la Cour suprême? Pourquoi est-ce important que nous ayons ces dispositions pour atteindre cet objectif?

M. MacKay : Merci pour votre question. Je crois que ces dispositions sont importantes, car cela leur donne force de loi. Bien entendu, nous voulons l’aval de la Cour suprême, et nous attendons sa décision au début de la nouvelle année.

Mais comme je l’ai dit, aux fins de prise en compte et d’examen ultérieurs de cet article concernant l’admissibilité des juristes de la Cour fédérale, l’essence même de cette disposition interprétative est de veiller à ce que la précision « parmi les personnes qui ont autrefois été inscrites comme avocat pendant au moins 10 ans au barreau d’une province » soit interprétée de la façon la plus large possible, et de manière à assurer l’admissibilité des avocats québécois et à élargir le bassin de candidats admissibles.

La plupart des juristes que nous connaissons ont 10 années de pratique. La raison en est que la majorité des juges — tous les juges en fait, à ce que je sache — ne sont plus des membres du barreau en exercice au moment de leur nomination. Il en reste donc très peu. En fait, je crois qu’il n’y en a qu’un, et peut-être que le sénateur Baker peut nous rafraîchir la mémoire. Je crois qu’il n’y a eu que le juge Sopinka, ces dernières années du moins — il y en a eu d’autres avant —, qu’on est allé chercher en pratique privée pour qu’il occupe un poste de juge à la Cour suprême.

Cela dit, en réponse à votre question, j’estime que ces très importantes dispositions existent par souci de clarté et pour baliser les interprétations futures.

La sénatrice Frum : Monsieur le ministre, merci beaucoup d’avoir pris le temps de venir nous parler aujourd’hui. Je crois que vous nous avez aidés de brillante façon à comprendre le projet de loi à l’étude.

Mais comme cela a été discuté, la Cour suprême entendra ce renvoi à compter, je pense, du 15 janvier. Croyez-vous possible que la réponse de la Cour suprême aille à l’encontre des dispositions interprétatives suggérées et, le cas échéant, que se passera-t-il ensuite?

Mr. MacKay: Well, that's a very interesting scenario, and I'm going to choose my words carefully because I don't want to be seen to in any way attempt to presume or pre-empt what the Supreme Court will do with this.

It is simply our contention that providing these declaratory additions, if you will, or interpretations to this legislation that we're doing our job as legislators, as the executive branch, bringing forward these provisions for which there is precedent — the *Régie des rentes du Québec v. Canada Bread Company Ltd.* case I mentioned. And the Supreme Court itself has ruled on the issue of declaratory provisions in law.

They will do what they will do. They will examine precedent, look at the legislation in considerable detail, apply the very keen mind that is the Supreme Court in every way, and listen to the arguments of learned counsel.

But I would suggest it is very much our prerogative — the prerogative of the Parliament of Canada, the executive branch, but the Senate — to do its job in passing laws that are for the governance, for the inclusion and for the fairness of enabling the court itself.

So again, it is a very interesting scenario that the court is looking inward in determining its own eligibility. We are going back literally to the time of Confederation when we're examining this bill. And it is quite remarkable that it has taken this long. It is the advent of the Federal Court that has more or less created this scenario in which we find ourselves.

But I will not prejudge what the judges will say. I will suggest that the fact that we have taken these two tracks should be seen as a reflection of the seriousness that we place on our position, which is that Quebec should be given equal opportunity to have its representatives serve on the high court.

Senator Frum: Thanks for that thoughtful answer.

Senator Plett: Thank you, chair, and thank you, minister.

Again, I'm not a legal mind, and so I have a couple of very practical questions, just to help me understand this. If proposed section 6 were to be interpreted the way the challengers are interpreting it, tell me: Would that not then mean that an individual with 10 years' experience at the bar would better qualify for the Supreme Court appointment than somebody with 10 years' experience at the bar and then 10 years' experience at the Federal Court?

Mr. MacKay: Well, what we have in the current scenario is somebody who has both; they have experience as a judge, albeit not a judge from the superior court in the Province of Quebec, but they have, in fact, 20 years as a member of the Quebec bar and 20 years having served at both the Federal Court and Court of Appeal.

M. MacKay : Eh bien, il s'agit là d'un scénario très intéressant, et je vais peser mes mots, car je ne voudrais pas que l'on croie que j'essaie de présumer de l'orientation que la Cour suprême prendra à cet égard, ou de la devancer.

Nous soutenons simplement que c'est notre travail de législateurs d'ajouter ces dispositions interprétatives ou, si vous préférez, ces interprétations, qu'il appartient au pouvoir exécutif de proposer ces dispositions qui, soit dit en passant, ont un précédent — l'affaire *Régie des rentes du Québec c. Canada Bread Company Ltd.* dont j'ai parlé. La Cour suprême elle-même s'est prononcée sur la question des dispositions interprétatives dans la loi.

Ils feront ce qu'ils ont à faire. Ils examineront le précédent, ils étudieront soigneusement la loi, ils appliqueront le fin raisonnement qui les caractérise en toute chose et ils écouteront les arguments d'éminents avocats.

Mais je répète que c'est tout à fait notre prérogative — la prérogative du Parlement du Canada, du pouvoir exécutif sans le Sénat — d'adopter des lois propices à la gouvernance, à l'inclusion et au pouvoir de la cour elle-même.

Il s'agit donc d'un scénario très intéressant, où la cour devra se pencher sur les dispositions d'admissibilité de ses propres membres. L'examen de ce projet de loi nous renvoie au début de la Confédération. Et c'est très surprenant que cela ait pris tant de temps. C'est l'avènement de la Cour fédérale qui a plus ou moins créé la situation dans laquelle nous nous trouvons aujourd'hui.

Mais je ne vais pas me prononcer d'avance sur ce que les juges diront. Le fait que nous ayons pris ces deux voies donne selon moi une idée du sérieux que nous accordons à notre position, à savoir que le Québec devrait se voir donner une chance égale d'avoir ses représentants au plus haut tribunal.

La sénatrice Frum : Merci pour cette excellente réponse.

Le sénateur Plett : Merci, monsieur le président, et merci, monsieur le ministre.

Je le répète, je ne suis pas rompu aux notions de droit, alors j'ai deux questions très concrètes pour m'aider à bien saisir ce qu'il en est. Si l'article 6 proposé était interprété comme le font ceux qui le remettent en question, dites-moi : est-ce que cela voudrait dire qu'une personne qui a été membre du barreau pendant 10 ans serait mieux placée pour accéder à la Cour suprême qu'une autre qui aurait 10 ans d'expérience au barreau, suivis de 10 ans d'expérience à la Cour fédérale?

M. MacKay : Eh bien, dans le scénario actuel, nous avons quelqu'un qui a les deux; cette personne a de l'expérience en tant que juge, bien que ce ne soit pas comme juge d'une cour supérieure de la province de Québec, mais elle a, en fait, 20 ans d'expérience comme membre du Barreau du Québec et 20 ans de service partagé entre la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale.

So it is even more demonstrable of the talent and the considerable weight that was placed upon this committee who deemed him eligible. So I for one think his qualifications are beyond reproach.

It is because of this anomaly that he, upon joining the Federal Court, was no longer an advocate, and because the Federal Court is not a superior court, by definition of the act, he falls in this very narrow space of no man's land, I guess. And we're simply saying that by clarifying the words of having served 10 years, at any time, he's eligible by virtue of that criterion.

I am still very much of the belief that the Federal Court is on par when it comes to the inclusion of the experience that a judge would have. Arguably, there are judges who might be at the Federal Court who would never have any occasion to deal with civil law. Because of the composition of that Federal Court, those who assign the cases will inevitably look at individuals like Mr. Justice Nadon and assign them to cases that would involve the interpretation of civil law. Their experience is analogous to if he had continued to serve in a Quebec superior court.

I may be going further afield, but my short answer is that certainly the criteria of one or the other or both, and reading the two sections together, in our view, meets that criteria.

Senator Plett: Let me then just ask this: If Justice Nadon had never become a judge and had been practicing at the bar these 20 years in Quebec, he would have been eligible to have been appointed at that time.

Mr. MacKay: Absolutely.

Senator Plett: And now because he left and went and sat as a judge, he is now, according to the critics, not eligible.

Mr. MacKay: Correct. That is their position, yes.

Senator Plett: Why would the legislators want to specifically — and I know this may be opinion — but why would legislators in Quebec specifically want to narrow the scope through which Quebec candidates would be appointed?

Mr. MacKay: I honestly cannot answer that question. I find it strange that the Attorney General, the Government of Quebec, would deem provisions and interpretation of the act in narrow scope to exclude Quebecers, to be, quite frankly, counterintuitive to what advocates from Quebec would seek to obtain for their citizens, for their jurists, for their bar.

I don't understand why they would take that position, other than to pick a fight with Ottawa, I guess. But that again is a political view.

Senator Plett: Thank you.

The Chair: Our final questioner, Senator Batters.

Cela vous montre l'ampleur du talent et le poids considérable de cette personne que le comité a jugé admissible. Je suis moi-même convaincu que ses compétences sont irréprochables.

Je présume que c'est à cause de cette anomalie venant du fait qu'il n'était plus avocat lorsqu'il s'est joint à la Cour fédérale, et parce que cette cour n'est pas, aux termes de la loi, une cour supérieure, qu'il est tombé dans cette étroite zone grise. Et nous affirmons simplement que le fait de préciser le libellé pour qu'il indique qu'il faut avoir servi pendant au moins 10 ans le rendra admissible en vertu de ce critère.

Je crois toujours assez fermement que la Cour fédérale a des pratiques comparables lorsqu'il s'agit de mettre à profit l'expérience qu'un juge peut avoir. Il y a bien sûr des juges siégeant à la Cour fédérale qui n'auront jamais l'occasion de travailler en droit civil. Étant donné la composition de la Cour fédérale, ceux qui répartissent les cas tiendront inévitablement compte de personnes comme le juge Nadon et leur confieront les cas qui demandent une interprétation du droit civil. Leur expérience est analogue à celle qu'elles auraient eue si elles avaient travaillé au sein d'une cour supérieure québécoise.

Je vais peut-être plus loin qu'il ne le faut, mais disons qu'assurément, les dispositions de l'un ou de l'autre ou des deux, et la lecture des deux articles répondent, selon moi, à ce critère.

Le sénateur Plett : Dans ce cas, laissez-moi vous poser cette question : si le juge Nadon n'était jamais devenu juge et qu'il avait été un membre en exercice du barreau québécois pendant 20 ans, aurait-il été admissible à une nomination à ce moment-là?

M. MacKay : Tout à fait.

Le sénateur Plett : Mais comme il a quitté le barreau et qu'il est devenu juge, il n'est pas, selon ceux qui s'y opposent, admissible à l'heure actuelle.

M. MacKay : C'est exact. C'est la position qu'ils défendent.

Le sénateur Plett : Pourquoi les législateurs québécois voudraient-ils — et je suis conscient que cela peut passer pour une opinion — rétrécir les voies en vertu desquelles les candidats en provenance du Québec sont nommés?

M. MacKay : En toute honnêteté, je ne peux pas répondre à cette question. Il me semble étrange que le procureur général, le gouvernement du Québec, considère que les dispositions et l'interprétation de la loi sont étroites dans le but d'exclure les Québécois, ce qui, pour dire vrai, est paradoxal par rapport à ce que les avocats du Québec cherchent à obtenir pour leurs citoyens, pour leurs juristes et pour leur barreau.

Je ne comprends pas pourquoi ils adoptent cette position, si ce n'est que pour chercher noise à Ottawa. Mais, encore une fois, il s'agit d'une opinion politique.

Le sénateur Plett : Merci.

Le président : Le dernier tour de question appartient à la sénatrice Batters.

Senator Batters: Minister, thank you for coming today. Earlier, you spoke about the FPT meeting, the Federal-Provincial-Territorial Ministers of Justice meeting that was recently held, and from my experience, being the Saskatchewan justice minister's chief of staff for almost five years, typically those meetings would be probably at least a full day of meetings with yourself involved with the provincial and territorial ministers, and sometimes even a day and a half, plus typically some private dinners with just the ministers.

Was that the case at this most recent one?

Mr. MacKay: That's correct, senator. In fact, it was two days. We were accompanied by the Ministers of Public Safety as well from all provinces and territories.

Senator Batters: So in that entire time, the Quebec justice minister didn't raise this matter with you?

Mr. MacKay: At no time was this issue raised or presented as a problem.

Senator Batters: Thank you.

Senator Rivest: Why don't you ask the question of the minister of Quebec?

Mr. MacKay: I don't typically kick hornets' nests.

Senator Batters: Could you explain in more detail why the Federal Courts Act requires a minimum number of judges on the Federal Court and the Federal Court of Appeal who have been members of the Quebec bar?

Mr. MacKay: I'm sorry. Could you repeat the last part?

Senator Batters: I'm sorry. The Federal Courts Act requires a minimum number of judges from the Federal Court and the Federal Court of Appeal who have been members of the Quebec bar. Could you just explain to us in a little more detail about that?

Mr. MacKay: That is correct. While the numbers differ from the Supreme Court composition, because the Federal Court is, of course, larger, one can presume it is for the exact same reason, to have representation specific to the Province of Quebec on the Federal Court and Federal Court of Appeal.

So there are positions that are reserved specifically for Quebecers on that Federal Court, as is the case with three of the nine on our Supreme Court of Canada coming from Quebec.

I raise that issue because, again, I wanted to emphasize that the Federal Court has this same pan-Canadian inclusive criteria and mandate, frankly.

So it is quite out of step with this compatibility of courts and requirements and pan-Canadian approach to suggest that because a person had pursued the route of appointment through the

La sénatrice Batters : Monsieur le ministre, merci d'être venu aujourd'hui. Plus tôt, vous avez parlé de la rencontre des ministres de la Justice fédéral-provinciaux-territoriaux qui s'est déroulée récemment. Je sais, en raison de mon expérience de près de cinq ans à titre de chef de cabinet pour le ministre de la Saskatchewan, que ce type de rencontre dure habituellement au moins une journée complète où se succèdent les réunions entre vous et les ministres de la Justice des provinces et des territoires, et parfois même, un jour et demi, et que ces séances peuvent s'accompagner de dîners privés entre ministres.

La dernière rencontre s'est-elle déroulée comme cela?

M. MacKay : Oui. En fait, elle a duré deux jours. Nous étions aussi accompagnés des ministres de la Sécurité publique de toutes les provinces et de tous les territoires.

La sénatrice Batters : Alors, durant tout ce temps, le ministre de la Justice du Québec n'a jamais abordé la question avec vous?

M. MacKay : Cette question n'a jamais été soulevée ni soulignée comme étant un problème.

La sénatrice Batters : Merci

Le sénateur Rivest : Pourquoi n'avez-vous pas posé la question au ministre de la Justice du Québec?

M. MacKay : Je m'abstiens en général de mettre le feu aux poudres.

La sénatrice Batters : Pouvez-vous expliquer plus en détail pourquoi la Loi sur les Cours fédérales exige qu'un nombre minimum de juges de la Cour fédérale et de la Cour fédérale d'appel aient été membres du Barreau du Québec?

M. MacKay : Je m'excuse. Pourriez-vous répéter la dernière partie?

La sénatrice Batters : Pardon. La Loi sur les Cours fédérales exige qu'un nombre minimum de juges de la Cour fédérale et de la Cour fédérale d'appel aient été membres du Barreau du Québec. Pourriez-vous nous expliquer cela plus en détail?

M. MacKay : C'est exact. Étant donné que ces chiffres sont différents de ceux qui prévalent pour la Cour suprême — vu la taille supérieure de la Cour fédérale —, l'on pourrait présumer que c'est pour exactement la même raison, c'est-à-dire pour assurer la représentation particulière de la province de Québec à la Cour fédérale et à la Cour d'appel fédérale.

La Cour fédérale a donc des postes qui sont réservés aux Québécois, comme c'est le cas à la Cour suprême où trois des neuf juges doivent venir du Québec.

Je mentionne cela encore une fois parce que je tiens à souligner que la Cour fédérale a ce même critère et ce même mandat d'inclusion pancanadienne.

Il est donc un peu décalé par rapport à cette compatibilité entre les tribunaux, les exigences et l'approche pancanadienne de prétendre que le fait qu'une personne ait obtenu une nomination à la Cour fédérale la rende de quelque façon

Federal Court, this would somehow deem them ineligible at the Supreme Court level, because they do serve the entire country, including Quebec and including the practice of civil jurisprudence.

Senator Batters: Thank you, minister.

The Chair: Thank you, minister. We appreciate you giving us even more than the allotted time to respond to senators' questions.

Mr. Shanks, the minister kept you out of the hot seat, but we very much appreciate you being here as well.

We're going in camera to deal with this. Can I have a motion to move in camera? Moved by Senator Baker. All in agreement?

Hon. Senators: Agreed.

(The committee continued in camera.)

inadmissible au poste de juge à la Cour suprême, puisqu'elle dessert dans les faits le pays tout entier, dont le Québec, et qu'elle connaît la jurisprudence au civil.

La sénatrice Batters : Merci, monsieur le ministre.

Le président : Merci, monsieur le ministre. Nous vous sommes reconnaissants de nous accorder encore plus de temps que ce qui était prévu pour répondre aux questions des sénateurs.

Monsieur Shanks, le ministre vous a évité d'aller au front, mais nous vous remercions sincèrement d'avoir été là, vous aussi.

Nous allons poursuivre à huis clos. Quelqu'un peut-il proposer que nous poursuivions la séance à huis clos? La motion est proposée par le sénateur Baker. Est-ce que tous y sont favorables?

Des voix : Oui.

(La séance se poursuit à huis clos.)

APPEARING

Wednesday, November 27, 2013

The Honourable Peter MacKay, P.C., M.P., Minister of Justice and
Attorney General of Canada

WITNESSES

Thursday, November 21, 2013

As individuals:

Paul Daly, Assistant Professor of Law, Université de Montréal;
Benoît Pelletier, Professor, Faculty of Law, University of Ottawa;
The Honourable Michel Bastarache, former Justice of the Supreme
Court of Canada;
Carissima Mathen, Professor, Faculty of Law, University of
Ottawa.

Wednesday, November 27, 2013

Department of Justice Canada:

Jonathan Shanks, Counsel, Constitutional, Administrative and
International Law Section.

COMPARAÎT

Le mercredi 27 novembre 2013

L'honorable Peter MacKay, C.P., député, ministre de la Justice et
procureur général du Canada

TÉMOINS

Le jeudi 21 novembre 2013

À titre personnel :

Paul Daly, professeur de droit adjoint, Université de Montréal;
Benoît Pelletier, professeur, faculté de droit, Université d'Ottawa;
L'honorable Michel Bastarache, ancien juge de la Cour suprême du
Canada;
Carissima Mathen, professeure, faculté de droit, Université
d'Ottawa.

Le mercredi 27 novembre 2013

Ministère de la Justice Canada :

Jonathan Shanks, avocat, Section du droit international,
administratif et constitutionnel.