

LES DROITS DEMOCRATIQUES

GERALD-A. BEAUDOIN*

Ottawa

L'article 3 de la Charte canadienne des droits et libertés constitutionnalise le droit de vote et le droit d'éligibilité aux élections législatives fédérales et provinciales pour tout citoyen.

Est-il raisonnable dans une société libre et démocratique de priver certains citoyens du droit de vote?

Nous croyons que nos lois doivent désormais rendre habiles à voter, les juges, le président d'élection dans une circonscription, les prisonniers et, doivent préciser les critères d'appréciation de la maladie mentale. Il faut développer davantage le vote par anticipation, le vote par procuration et instaurer le vote par correspondance.

La doctrine: "une personne, un vote", mise en oeuvre aux États-Unis, demeure un idéal vers lequel le législateur doit tendre, compte tenu cependant de la situation au Canada, pays peu peuplé et aux distances fort grandes. L'article 3 n'oblige pas le Canada à adopter le système de la proportionnelle.

L'article 4 de la Charte qui assure le principe des élections périodiques met sur le même pied le Parlement et les législatures pour la durée maximale, soit cinq ans, sauf cas d'urgence. Enfin l'article 5 impose une séance annuelle des assemblées législatives écartant ainsi toute possibilité pour un gouvernement de siéger sur une longue période sans répondre aux élus du peuple.

Section 3 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms entrenches the right of each citizen to vote and to be a candidate in federal and provincial elections.

Is it reasonable in a free and democratic society to refuse the right to vote to certain citizens?

In my opinion, the right to vote should be given to judges, returning officers, and prisoners; our laws should define with great precision the test of mental sickness. Advance polling and proxy voting should be extended; voting by mail should be established.

The doctrine, "one man, one vote", applied in the United States, should constitute the objective, having regard, however, to the particular situation of Canada, which is not densely populated and where distances are considerable. As far as membership in legislative houses is concerned, section 3 will not force Canada to adopt the system of proportional representation.

Section 4 of the Charter entrenches the principle of periodic elections and puts on the same level Parliament and the legislatures for a maximum duration of five years except in emergency cases. Finally, section 5 provides for an annual sitting of the houses, thus eliminating the possibility for any government to rule for

* Gérald-A. Beaudoin, o.c., c.r., Faculté de droit, section de droit civil, Université d'Ottawa.

a long period of time without answering to the elected representatives of the people.

Introduction

Le droit de choisir ceux qui nous gouvernent, le droit de se porter candidat aux charges publiques, le droit de voter périodiquement, le droit pour les élus de siéger régulièrement constituent des droits démocratiques de base.

Nous qui vivons en démocratie parlementaire nous prenons volontiers pour acquis nos droits démocratiques. C'est oublier qu'ils furent acquis de haute lutte; que le suffrage universel est récent; qu'il existe des exceptions au droit de vote; que le principe du vote égal n'est pas stipulé directement dans la Constitution non plus que le vote secret; que nous avons encore de grands écarts de population d'un comté à l'autre; et enfin que le vote au niveau municipal n'est protégé que par de simples lois.

Il est heureux toutefois que les droits démocratiques énoncés aux articles 3, 4 et 5 de la Charte canadienne des droits et libertés¹ fassent partie de la loi fondamentale du pays. De tous les droits inscrits dans la Constitution, les droits démocratiques sont probablement ceux sur lesquels l'accord fut le plus facile à réaliser. Le refus du Québec de donner son accord au rapatriement n'a rien à voir avec l'enchâssement des droits démocratiques.

Les articles 3, 4 et 5 de la Charte se lisent comme suit:

3. Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.

4. (1) Le mandat maximal de la Chambre des communes et des assemblées législatives est de cinq ans à compter de la date fixée pour le retour des brefs relatifs aux élections générales correspondantes.

(2) Le mandat de la Chambre des communes ou celui d'une assemblée législative peut être prolongé respectivement par le Parlement ou par la législature en question au-delà de cinq ans en cas de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées, pourvu que cette prolongation ne fasse pas l'objet d'une opposition exprimée par les voix de plus du tiers des députés de la Chambre des communes ou de l'assemblée législative.

5. Le Parlement et les législatures tiennent une séance au moins une fois tous les douze mois.

De statutaire qu'il était, le droit de vote devient constitutionnel. Il s'agit d'un droit constitutionnel nouveau. Nous verrons plus loin qu'il en est également ainsi du droit d'éligibilité.

Le principe de la session annuelle cependant était prévu à l'article 20 de la Loi constitutionnelle de 1867² et le droit d'élire périodiquement un gouvernement était mentionné à l'article 50, de même que la prolongation du Parlement en cas d'urgence à l'article 91.1. Cependant la Charte canadienne des droits et libertés est plus explicite que la Loi constitutionnelle de 1867 sur les droits démocratiques et va plus loin. Elle aura des

¹ Annexe B, Loi constitutionnelle de 1982, du Canada Act 1982, c. 11 (R.-U.).

² 30-31 Vict., c. 3.

conséquences sur notre législation. L'objet de la présente étude est d'en souligner la portée générale.

Alors que des secteurs fort importants de la Charte canadienne des droits et libertés sont assujettis, par le jeu de l'article 33, à l'application possible de la clause *non obstante*,³ il n'en est pas ainsi pour les droits démocratiques. On ne peut passer outre aux articles 3, 4 et 5 que par un amendement constitutionnel formel, selon la formule d'amendement prévue à la Partie V de la Loi constitutionnelle de 1982.

Cependant la clause limitative énoncée à l'article 1 de la Charte s'applique. Les Cours de justice apprécieront toute restriction au droit de vote et d'éligibilité, en se repliant sur le critère de la rationalité dans une société libre et démocratique. Comme le droit de vote est un droit démocratique toute restriction à ce droit dans une société démocratique est destinée à être vraiment exceptionnelle.

Notre étude comprendra quatre parties: I. Le droit de vote. II. Le droit d'éligibilité. III. La représentation dans les assemblées législatives. IV. La durée des législatures et la fréquence des séances.

I. *Le droit de vote.*

A. *Importance du droit de vote.*

Le droit de vote a fait l'objet d'accords internationaux. L'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques auquel le Canada a adhéré prévoit que:⁴

Tout citoyen a le droit et la possibilité sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables; a) de prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis; b) de voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs; c) d'accéder dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.

³ 33.—(1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.

(2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte.

(3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur.

(4) Le Parlement ou une législature peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1).

(5) Le paragraphe (3) s'applique à toute déclaration adoptée sous le régime du paragraphe (4).

⁴ Voir la Charte internationale des droits de l'homme (Ministre des approvisionnements et services, Canada, 1980). Ce pacte ratifié par le Canada le 19 mai 1976 vint en vigueur chez nous le 19 août 1976.

Le Juge en Chef James McRuer a souligné toute l'importance chez nous du droit de vote:⁵

In any truly democratic country the right or power to vote should be included as a political right. In fact, it is the keystone in the arch of the modern system of political rights in this country.

Plusieurs pays ont cru approprié d'enchâsser le droit de vote dans leur Constitution. Il en est ainsi par exemple des États-Unis et de la France.

Ainsi quelques articles de la Constitution américaine, dont les articles 1 et 2 et quelques amendements dont les XIV, XV, XVII, XIX, XXIV, XXVI en traitent. Mentionnons à cause de leur importance des extraits de quatre amendements américains:⁶

XV. Le droit de vote des citoyens des États-Unis ne pourra être refusé ni limité par les États-Unis, ni par aucun État pour raison de race, couleur ou état antérieur d'esclavage;

XIX. Le droit de vote des citoyens des États-Unis ne pourra être refusé, ni limité par les États-Unis, ni par aucun État, pour raison de sexe;

XXIV. Le droit de vote des citoyens des États-Unis pour les élections primaires ou autre élection pour le Président ou le Vice-Président, pour le collège électoral pour la présidence ou la vice-présidence, ou pour un Sénateur ou un Membre de la Chambre des représentants ne pourra être refusé, ni limité par les États-Unis, ni par aucun État pour défaut de paiement d'une taxe de scrutin ou autre taxe;

XXVI. Le droit de vote d'un citoyen des États-Unis, qui a dix-huit ans ou plus, ne doit être refusé ni limité par les États-Unis ni par aucun État, pour raison d'âge.

En France, l'article 3 de la Constitution actuelle énonce que:⁷

Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret. Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques.⁸

Notons au passage qu'en France on prévoit expressément que le vote est égal et secret. Il n'en est pas ainsi à l'article 3 de la Charte canadienne

⁵ Royal Commission Inquiry into Civil Rights, Vol. 4, Report no. 2 (1969), p. 1561. Voir aussi deux causes américaines: *Wesberry v. Sanders* (1964), 376 U.S. 1, à la p. 17: "Other rights, even the most basic are illusory if the right to vote is undermined."; *Reynolds v. Sims* (1964), 377 U.S. 533, à la p. 562: "The right to exercise the franchise in a free and unimpaired manner is preservative of other basic civil and political rights. . . ."

⁶ Traduction d'André Tunc et S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique* (1954), vol. 2, pp. 499-500.

⁷ Constitution du 4 octobre 1958 in Jacques Godechot, *Les Constitutions de la France depuis 1789* (1970), pp. 424 et 425.

⁸ Voir par exemple, l'art. 22 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec qui prévoit que: "Toute personne légalement habilitée et qualifiée a droit de se porter candidat lors d'une élection et a droit d'y voter", L.R.Q. 1977, c. C-12. Voir aussi l'art. 8 du Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1981, c. S-24.1. Me Patrick Boyer dans son ouvrage intitulé: *Political Rights. The Legal Framework of Elections in Canada* (1981), écrit à la p. 124, que même si le droit de vote n'est pas "enchâssé" dans notre Constitution les Cours de justice l'ont protégé de façon tout aussi efficace. Il cite de nombreux arrêts à l'appui.

des droits et libertés. On a pas prévu non plus à l'article 3, contrairement aux États-Unis, et à d'autres pays, l'âge du vote.

B. *La situation au Canada avant le 17 avril 1982.*

Le Parlement central pouvait adopter des mesures législatives sur le droit électoral fédéral en vertu de l'article 18, et, de l'article 91.1 et de son pouvoir résiduel. Les législatures provinciales pouvaient légiférer sur le droit de vote sur la base de l'article 92.1 de la Loi constitutionnelle de 1867.

Les pouvoirs énoncés aux articles 91.1 et 92.1 (maintenant abrogés) se retrouvent aux articles 44 et 45 de la Loi constitutionnelle de 1982. Au Canada, certaines chartes des droits et libertés de nature statutaire protègent le droit de vote et, bien sûr, nos lois électorales dans l'ordre fédéral et provincial de gouvernement prévoient le droit de vote. Certains articles comme les articles 41, 50 et 51 de la Loi constitutionnelle de 1867 y réfèrent. Mais le principe du droit de suffrage universel n'était pas inscrit expressément et directement dans la constitution écrite. On sait que l'on peut déroger aux chartes statutaires en recourant à la clause "nonobstant". Le législateur tant fédéral que provincial accordait le droit de vote ou le retirait à qui il voulait.

Dans l'arrêt *Homma*,⁹ le Comité judiciaire du Conseil Privé jugea *intra vires* une loi de la Colombie-Britannique qui enlevait le droit de suffrage à certaines ethnies; on reconnut qu'il s'agissait là d'un exercice valide de l'article 92.1 de la Loi constitutionnelle de 1867 qui habilitait une province à amender sa constitution.

Au lendemain de la Confédération en 1867, le vote était loin d'être universel. Le vote des femmes date aux États-Unis de 1919-20 et en France de 1945; au Canada, dans l'ordre fédéral il vit le jour en 1919 et au Québec en 1940. Il fut longtemps refusé chez nous aux Indiens et aux Doukhobors.¹⁰

C. *La situation depuis l'entrée en vigueur de la Charte.*

1) *Le principe.*

En constitutionnalisant le droit de vote aux élections fédérales et provinciales, l'article 3 de la Charte canadienne des droits et libertés lui accorde une valeur normative.

⁹ *Cunningham v. Homma*, [1903] A.C. 151. Le Juge Rand réfère à cet arrêt dans l'affaire *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] S.C.R. 887, à la p. 919 et note que les sujets britanniques ne jouissent pas tous des mêmes privilèges sur le plan politique. Le Juge en Chef Laskin y réfère dans l'arrêt *Morgan et Jacobson c. P.G. Île du Prince-Édouard*, [1976] 2 R.C.S. 349.

¹⁰ Loi des élections fédérales, S.C. 1919-20, c. 46, art. 29(1); Loi accordant aux femmes le droit de vote et d'éligibilité, S.Q. 1940, c. 7. Voir Thérèse Casgrain, *Une femme chez les hommes* (1971). En France, J.P. Cot et S. Gabont, dans *Citoyens et Candidats* (1977), p. 15. Le suffrage pour les autochtones sans restriction et qualification, dans l'ordre

Le Parlement fédéral et les législatures provinciales seront forcés de se conformer aux prescriptions de cet article. Tout citoyen ayant le droit de vote, il reviendra dorénavant aux autorités fédérales et provinciales de justifier toute restriction à ce droit en se basant sur le critère énoncé à l'article 1 de la Charte. Les tribunaux de leur côté apprécieront.

Remarquons que le droit de vote est lié à la nationalité: "Tout citoyen canadien a le droit de vote. . . ."

Au Canada, c'est le Parlement central en vertu de la clause résiduelle de l'article 91 et de la rubrique 25 de cet article qui a compétence législative en matière de citoyenneté.¹¹ En témoignent les arrêts *Winner*¹² et *Morgan*.¹³

En vertu de l'article 30 de la Charte, le droit de vote devient également un droit constitutionnel au Yukon et dans les territoires du Nord-Ouest.¹⁴

L'article 3 ne mentionne pas les élections municipales. C'est dire qu'à ce niveau la protection du droit de vote est celle qui lui est attribuée par des lois. Sur le plan scolaire, la Charte est également silencieuse. Cependant l'article 29 de la Charte prévoit que: "Les dispositions de la présente Charte ne portent pas atteinte aux droits et privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles." La Charte maintient donc les garanties constitutionnelles de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867. Le droit de vote est-il protégé par l'article 93? Pour répondre à cette question il faut procéder à un test analogique et historique. Il faut se demander si le droit de vote lors de l'Union faisait alors partie des garanties confessionnelles pour les groupes catholiques et protestants. Dans l'affirmative, ce droit continue d'exister aujourd'hui. Il semble bien que parmi les droits confessionnels qui sont protégés par l'article 93, se trouve le droit de voter pour les commissaires et les syndics. Telle semble être la situation au Québec à tout le moins. Bien sûr, les tribunaux sont portés à prendre maintenant une vue évolutive de l'article 93 un peu comme ils le font pour l'article 96, autrement toute réforme scolaire ou judiciaire deviendrait impossible. Il reste toutefois à prouver que le retrait du droit de vote est une vue évolutive des choses! Toute cette étude devient étrangère à celle de la Charte. Nous l'avons mentionnée au passage à cause de son importance.

fédéral de gouvernement, remonte à 1960 (Il en est également ainsi pour les Doukhobors). Patrick Boyer, *op. cit.*, note 5, p. 134. Pour les Doukhobors voir Herbert Marx, L'enchaînement, la clause limitative et le pouvoir de déroger dans Charte canadienne des droits et libertés, co-édité par Beaudoin et Tarnopolsky (1982), p. 79.

¹¹ Une première loi sur la citoyenneté vint en vigueur le 1er janvier 1947, une seconde en 1977. Voir Gerald-A. Beaudoin, Le partage des pouvoirs (2e éd., 1982), pp. 353-357.

¹² *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd*, *supra*, note 9, à la p. 919.

¹³ *Morgan et Jacobson c. P.G. Île du Prince-Édouard*, *supra*, note 10.

¹⁴ Voir Katherine Swinton, Application de la Charte canadienne des droits et libertés, dans Charte canadienne des droits et libertés, *op. cit.*, note 10, pp. 51 et 52.

Maintenant que le droit de vote est devenu un droit constitutionnel nouveau, il convient de se demander si nos mesures électorales se conforment aux dispositions de l'article 3 de la Charte.

Nous choisirons ici à titre d'exemple la Loi électorale du Canada. L'article 14 de cette loi prévoit que tout homme et toute femme qui a atteint l'âge de dix-huit ans et est citoyen canadien a la qualité d'électeur.¹⁵ La personne qui a qualité d'électeur "a le droit d'avoir son nom inscrit sur la liste électorale . . . et de voter . . .". Le critère de la résidence est prévu à l'article 17.

L'article 3, on l'a vu, observe le silence sur l'âge du vote. Se pose alors la question de savoir si l'âge de dix-huit ans est raisonnable dans une société libre et démocratique. Cet âge de dix-huit ans est le même dans plusieurs démocraties, dont les États-Unis et la France. Chez nous, l'âge de la majorité qui selon l'article 92.13 de la Loi constitutionnelle de 1867 relève des législatures provinciales, est fixé à dix-huit ans presque partout. La loi fédérale peut utiliser un critère provincial, peut se baser sur l'âge de la majorité ou encore elle peut fixer elle-même l'âge du vote; la législation fédérale actuelle fixe l'âge du vote à dix-huit ans, et ce depuis 1970.¹⁶ C'est également l'âge prévu dans toutes les provinces sauf en Colombie-Britannique où le droit de vote aux élections provinciales est fixé à dix-neuf ans. Le Yukon et les Territoires du Nord-Ouest sont dans la même situation que la Colombie-Britannique.¹⁷

La Cour suprême, sur la base du libellé de l'article 3 de la Charte imposera-t-elle le même âge partout, si cette disparité continue? Il n'y a aucun doute qu'une disparité notable serait écartée. On ne voit pas comment une province pourrait retarder le vote jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans. Une disparité très marginale pourrait être acceptée sous l'article 1; mais la province conserve le fardeau de la preuve. Au fond, on ne voit pas pourquoi l'âge du vote ne serait pas le même dans tout le pays.

Le principe énoncé à l'article 3 veut que tout citoyen ait droit de vote. Vu la teneur de ce libellé, on peut se demander si des exceptions restent possibles, si l'on excepte, bien sûr, le cas de ceux qui n'ont pas dix-huit ans.

¹⁵ S.R.C. 1970, 1^{re} Supp., c. 14.

¹⁶ Loi électorale du Canada, S.C. 1969-70, c. 49, art. 14(1).

¹⁷ Pour l'âge requis pour voter dans les dix provinces on consultera les dispositions législatives suivantes: Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, c. 103, s. 2(1)(a); Alberta, R.S.A. 1980, c. E-2, s. 1(f.1)(ii); Saskatchewan, R.S.S. 1978, c. E-6, s. 28(2)(b); Manitoba, S.M. 1980, c. 67, art. 32(1)(b); Ontario, R.S.O. 1980, c. 133, s. 10(1)(a); Québec, L.R.Q. 1977, c. E.3, art. 2.1; Nouveau-Brunswick, S.R.N.B. 1973, C. E-3, art. 43(1)(a); Nouvelle-Écosse Consolidated Statutes of Nova Scotia, 1979, c. E-5, s. 25(1)(a); Île du Prince-Édouard, R.S.P.E.I. 1974, c. E-1, s. 20(a); Terre-Neuve, R.S. Nfld. 1970, c. 106, s. 3(a) mod. par S. Nfld. 1974, c. 80, s. 3. L'âge pour voter est partout le même soit 18 ans, sauf en Colombie-Britannique où il est de 19 ans. Au Yukon et dans les Territoires du Nord-Ouest il est de 19 ans: R.O.N.W.T. 1974, c. A-1, s. 2(1) et R.O.Y.T. 1978, c. E-1.2, s. 18(1)(a).

La Loi électorale du Canada stipule à l'article 14(4) que sont inhabiles à voter:

- a) le directeur général des élections;
- b) le directeur général adjoint des élections;
- c) le président d'élection de chaque circonscription tant qu'il reste en fonction, sauf le cas d'égalité des voix lors d'un recomptage;
- d) tout juge nommé par le gouverneur en conseil (à l'exception d'un juge de la cour de citoyenneté);
- e) toute personne détenue dans un établissement pénitentiaire et y purgeant une peine pour avoir commis quelque infraction;
- f) toute personne restreinte dans sa liberté de mouvement ou privée de la gestion de ses biens pour cause de maladie mentale; et
- g) toute personne inhabile en vertu d'une loi relative à la privation du droit de vote pour manœuvres frauduleuses ou actes illicites.¹⁸

Aucun droit et aucune liberté n'étant absolus, il faut apprécier chaque exception à la lumière du critère de l'article 1 de la Charte. Est-il raisonnable dans une société libre et démocratique de rendre ces personnes inhabiles à voter? Dans la négative, les Cours de justice prononceront l'incompatibilité de ces dispositions avec la loi fondamentale du pays.

Il nous faut donc procéder à l'analyse de chacune de ces exceptions.

Avant de ce faire peut-être convient-il de disposer d'un problème préalable. L'article 1 parle de restriction et non de négation de droits. L'article 24 traite de restriction et de négation. Lorsque le droit de vote est enlevé à ceux qui n'ont pas dix-huit ans doit-on parler de négation ou de restriction? Le problème a son importance. Car, s'il s'agit d'une négation, aucune exception au droit de vote ne pourrait se justifier. Tout citoyen aurait droit de vote. S'il s'agit d'une restriction, alors une exception demeure possible si on peut la justifier. Nous exprimons l'avis qu'il s'agit d'une restriction. Dans toutes les démocraties il y a des restrictions au droit de vote.

2) *Les exceptions.*

Commençons par le cas des juges nommés par le Gouverneur en conseil.

Les juges nommés par l'autorité fédérale

Si l'on excepte le cas des juges de la Cour de citoyenneté¹⁹ les juges nommés par l'autorité fédérale sont inhabiles à voter. Il s'agit des juges des Cours créées par l'autorité centrale en vertu de l'article 101 de la Loi constitutionnelle de 1867, comme la Cour suprême, la Cour fédérale

¹⁸ *Supra*, note 15. Ces exceptions se retrouvent dans des lois électorales provinciales *mutatis mutandis*. Ainsi par exemple, au Québec, le directeur général des élections et le directeur général du financement des partis politiques et ses adjoints.

¹⁹ Loi sur la citoyenneté, S.C. 1974-75-76, c. 108, art. 42.

d'Appel, et de première instance, et des juges des hautes cours provinciales prévues à l'article 96 de la loi fondamentale de 1867, comme la Cour d'Appel et la Cour supérieure au Québec.

Les juges des autres Cours provinciales ne sont pas mentionnés dans la législation fédérale sur les élections et rien, semble-t-il, ne les empêche de voter aux élections fédérales.

Les juges nommés par l'autorité centrale ne votent pas aux élections fédérales, en vertu de la loi. On a vu dans cette exception la consécration de la séparation des trois grands pouvoirs: la branche législative, la branche exécutive et la branche judiciaire; on y a vu du même coup et par voie de conséquence la consécration de l'indépendance judiciaire.

Au Canada comme au Royaume-Uni, les pouvoirs exécutifs et législatifs sont liés sur plusieurs plans; les ministres font partie du pouvoir législatif et, aujourd'hui, le dominant nettement; nous n'avons pas une séparation nette des pouvoirs comme dans le système présidentiel américain qui fut le premier à mettre en oeuvre la séparation des trois pouvoirs, la théorie des poids et contrepoids. Cependant comme l'écrit Lord Denning, depuis l'Act of Settlement²⁰ au Royaume-Uni, en 1700 le pouvoir judiciaire est vraiment séparé et distinct en Angleterre et l'on peut vraiment parler d'indépendance judiciaire.²¹

Au Canada, l'article 99 de la Loi constitutionnelle de 1867 consacre dans la Constitution l'indépendance des juges des Cours supérieures. Des lois prévoient une protection analogue pour les juges des Cours créées sous l'autorité de l'article 101 de la Loi constitutionnelle de 1867; une longue tradition protège également la séparation du pouvoir judiciaire, le troisième pouvoir de l'État, du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Dans l'ordre provincial de gouvernement, la tradition et la jurisprudence protègent l'indépendance du pouvoir judiciaire et des mesures législatives également.²² Soit dit en passant, il faudrait bien profiter de la réforme constitutionnelle pour inscrire expressément dans notre loi fondamentale le principe de l'indépendance des juges, comme il a été souvent proposé par nos gouvernements eux-mêmes.

A notre avis, ce n'est pas parce que les juges jouissent et doivent continuer de jouir de l'indépendance judiciaire, qu'ils ne devraient pas, à titre de citoyens, voter aux élections législatives fédérales et provinciales.

²⁰ 12 & 13 Will. 3, c. 2.

²¹ Sir Alfred Denning (maintenant Lord Denning), *The Spirit of the British Constitution* (1951), 29 Can. Bar Rev. 1180, à la p. 1182.

²² Sir Alfred Denning, *op. cit.*, *ibid.*, B.L. Strayer, *Judicial Review of Legislation in Canada* (1968); W.R. Lederman, *The Independence of the Judiciary* (1956), 34 Can. Bar Rev. 769 et 1139; Hon. Juge Deschênes, *Maîtres chez eux* (1981). P.S. Miller et C. Baar, *Judicial Administration in Canada* (1981).

Un rapide tour d'horizon nous apprend que la situation actuelle est assez particulière au Canada. Aux États-Unis, au Royaume-Uni, en France et en Allemagne de l'Ouest, les juges votent.²³

On peut comprendre qu'à l'époque où le vote n'était pas secret il était dans les normes que les juges ne votent pas. Tout comme aujourd'hui encore, la séparation des pouvoirs et l'indépendance judiciaire exigent que les juges ne se portent pas candidats aux charges publiques, ne participent pas aux assemblées électorales ne soient membres d'aucun parti politique. A notre avis, le vote dans l'isoloir, comme citoyen, n'enlève pas au juge son indépendance.

Si ce n'est au nom d'une tradition (d'ailleurs qui commence à être battue en brèche au niveau provincial), nous ne voyons pas pourquoi les juges ne seraient pas habiles à voter.

Le Comité judiciaire du Conseil Privé dans l'affaire *The Judges v. A.G. for Saskatchewan*²⁴ refusa de voir dans l'assujettissement des juges à l'obligation de payer l'impôt comme tout citoyen une atteinte à leur indépendance judiciaire. Sir Sydney Rowlatt remarqua:

Ni l'indépendance ni aucun autre attribut du pouvoir judiciaire ne peuvent être affectés par une mesure fiscale d'application générale qui impose les traitements des juges sur la même base que ceux des autres citoyens.

On peut invoquer cette affaire à titre d'analogie pour le droit de vote des juges, comme citoyens.

Nous souhaitons que les législateurs amendent leurs lois pour habiliter les juges à voter, et épargnent du même coup à ces derniers d'avoir, en vertu de la théorie de la nécessité, à se prononcer eux-mêmes dans ce litige délicat, s'ils en sont saisis.

En cas de contestation d'élections devant les tribunaux le juge devra éviter toute situation embarrassante; si la contestation a lieu dans la circonscription où il a voté, un juge, saisi du dossier, devra se récuser en faveur d'un autre collègue d'une autre circonscription.

Le directeur général des élections et son adjoint

Ce haut-fonctionnaire relève de la branche législative et non de la branche exécutive de l'État.²⁵ Il est nommé par résolution de la Chambre

²³ Voir Valentine Herman et Françoise Mendel, *Les Parlements dans le monde* (1971), pp. 34 à 41.

²⁴ (1937), 53 T.L.R. 464, à la p. 466 (traduction); Olsmted, *Decisions of the Judicial Committee of the Privy Council relating to the British North America Act 1867 and the Canadian Constitution*, Vol. III (1954), p. 174, aux pp. 178-179: "Neither the independence nor any other attribute of the judiciary can be affected by a general income tax which charges their official incomes on the same footing as the incomes of other citizens."

²⁵ Comme le souligne le juge en chef Duff dans l'affaire *Temple v. Bulmer*, [1943] S.C.R. 265, à la p. 267 au sujet du directeur des élections au niveau provincial (et ceci s'applique au niveau fédéral) il s'agit d'un "officer under the control of the Legislative

des communes. Il a rang de sous-ministre et reçoit le traitement d'un juge de la Cour fédérale; il ne peut être révoqué que par le Gouverneur général sur Adresse des deux chambres législatives fédérales; il possède des pouvoirs fort étendus et joue un rôle important au sein de la démocratie canadienne.

Selon une tradition consacrée par la Loi électorale du Canada, ce fonctionnaire est déclaré inhabile à voter. Il doit jouir de la confiance la plus absolue de tous les partis politiques. A notre avis voilà un cas où une restriction au droit de vote peut se justifier dans un système libre et démocratique. Mieux vaut que la personne qui met en marche et en application le processus électoral ne vote pas. Au Royaume-Uni, le Greffier de la Couronne en Chancellerie ne vote pas. Au Québec le directeur général des élections est inhabile à voter.²⁶ Ajoutons que le directeur adjoint devrait lui aussi demeurer inhabile à voter, vu qu'il peut, selon la loi, se voir déléguer des pouvoirs importants par le directeur général des élections.

Le président d'élection dans une circonscription électorale

Aux termes de la loi, le président d'élection ne vote qu'en cas d'égalité des voix lors d'un recomptage. En ce sens on peut dire qu'il dispose d'un vote conditionnel, et, lorsque ce dernier s'exerce, il devient connu de tous. On peut s'interroger sur la nécessité de cette exception. Pourquoi lui enlever le droit de voter secrètement alors qu'on le force dans certains cas à voter au vu et au su de tous? Ne vaut-il pas mieux lui donner le droit de vote? Il semble bien qu'on aura du mal à justifier cette exception sous l'article 1 de la Charte. Au Québec le président d'élection d'une circonscription vote dans l'isoloir. En cas d'égalité, une nouvelle élection est déclenchée. La chose se produit rarement. A mon avis, on aurait intérêt à s'inspirer de cette idée.

Certains détenus

C'est là l'un des cas les plus difficiles à résoudre.

Au Canada, dans l'ordre fédéral, ceux qui sont détenus dans les pénitenciers et les prisons sont déclarés inhabiles à voter; dans l'ordre provincial, si l'on prend l'exemple du Québec, on constate que les détenus dans les prisons peuvent voter lors des élections provinciales; par contre ceux qui sont dans les pénitenciers ne peuvent exercer ce droit lors de ces élections.²⁷

Assembly and answerable to the Legislative Assembly". La charge fut créée en 1920. Ce haut-fonctionnaire succède au Greffier de la Couronne en Chancellerie. Ce greffier existe au Royaume-Uni; voir Erskine May's Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament (17e éd., 1964), pp. 181-182 et 186-187.

²⁶ Loi électorale, L.Q. 1979, c. 56, art. 3.

²⁷ Dans l'affaire *Forget c. Kaplan*, 1981 C.H.R.R.D. 441-443 des détenus dans un pénitencier ont demandé à la Cour fédérale de première instance d'enjoindre le Ministre

Un tour d'horizon révèle que dans bon nombre de pays les détenus n'ont pas droit de vote. C'est le cas aux États-Unis, en France, au Royaume-Uni, en Italie et en Allemagne de l'Ouest, par exemple. Par contre les détenus ont droit de vote en Irlande, en Israël, au Danemark, en Suède²⁸ pour ne citer que quelques pays.

Le droit de vote est relié à la citoyenneté. Le détenu ne perd pas sa citoyenneté, une fois convaincu de son crime. La tradition veut cependant qu'il perde le droit de vote.

Il semble aussi que la sécurité ne soit pas absente des préoccupations de ceux qui sont défavorables au droit de vote pour les détenus.

Est-il raisonnable dans une société libre et démocratique de priver les détenus de leur droit de vote? Il faut s'interroger sérieusement. Les prisonniers ont accès aux médias. Dans certains endroits on a réussi à assurer le droit de vote sans encourir de violence. L'incarcération et la perte de la liberté pour le criminel se justifient. En est-il ainsi pour la perte du droit de vote? Nous ne voyons pas de lien nécessaire. Nous sommes portés à croire qu'il faut envisager la possibilité de donner bientôt le droit de vote aux détenus. Le libellé de l'article 3 nous invite à nous diriger sur cette voie en prenant, bien sûr, toutes les précautions requises.

Les handicapés mentaux

Le malade (autre que l'handicapé mental) vote. Les malades chroniques exercent leur droit de vote dans les hôpitaux. Le malade qui suit un traitement régulier peut voter par anticipation ou par procuration. Il reste peut-être à parfaire le système. Nous analysons un peu plus loin les différentes formes du vote.

Le malade mental, en principe, est inhabile à voter. La difficulté réside dans l'évaluation des cas. A quel moment ou dans quel cas une personne qui souffre de troubles mentaux doit-elle être considérée inhabile à voter? Dans une étude fort fouillée sur les malades mentaux, le Bâtonnier V. Bergeron affirme que, seuls, ne devraient pas avoir droit de vote:

responsable des pénitenciers de ne pas les empêcher de voter à une élection québécoise. M. le juge Louis Marceau jugea que ce n'était pas le droit de vote qui était en jeu mais bien l'incidence de l'incarcération sur l'exercice du droit de vote. La Cour rejeta la requête au motif que la loi électorale québécoise ne saurait dicter à l'autorité fédérale un mode d'organisation de son système d'incarcération.

²⁸ Lire Valentine Herman et Françoise Mendel, *op. cit.*, note 23. Les mêmes auteurs, *Parliaments of the World* (1976). M. le Juge Macdonnell de la Cour suprême de Colombie-Britannique vient de décider dans l'affaire *Reynolds v. P. G. Colombie-Britannique*, 1982, non encore rapporté que l'art. 3(1)(b) de la loi électorale de Colombie-Britannique en autant qu'il enlève le droit de vote à celui qui est en probation va à l'encontre de l'art. 3 de la Charte. Une personne en probation écrit-il peut voter dans l'ordre fédéral et dans les autres provinces. Pareille prohibition ne peut se justifier dans une société libre et démocratique; cependant, à son avis, la perte du droit de vote se justifie pour le prisonnier.

1) ceux qui sont en cure fermée, 2) ceux qui sont sous l'administration du curateur public, et 3) ceux qui sont interdits.²⁹

Nous formulons le voeu que nos législateurs s'inspirent de cette suggestion.

Les personnes coupables de manoeuvres frauduleuses ou illicites à des élections

Cette exception apparaît tout à fait dans l'ordre dans une société libre et démocratique. Pour protéger la démocratie elle-même il n'est que normal que ceux qui se sont rendus coupables de telles manoeuvres soient pour un temps privés du droit de vote.

Autres cas

Certaines personnes qui sont rémunérées pour leur travail à l'occasion des élections se voient privées du droit de vote par l'article 15 de la Loi électorale du Canada. Cette disposition, nous informe-t-on, est ignorée en pratique. En tout état de cause elle nous semble difficilement conciliable avec le libellé de l'article 3 interprété à la lumière de l'article 1.

La législation permet aux représentants de la Couronne, le Gouverneur général et le Lieutenant-gouverneur de voter. En pratique, semble-t-il, ils ne se prévalent pas de ce droit. Avec raison selon nous. En effet, même si le choix du Premier Ministre est quasi-automatique la Couronne peut être appelée dans des cas rarissimes à choisir une personne plutôt qu'une autre à former le gouvernement. Mieux vaut qu'elle reste au-dessus de la mêlée et qu'il apparaisse clairement qu'il en est ainsi. La perte du droit de vote pourrait se justifier dans le cas des représentants de la Couronne. Il ressort de ce qui précède que les législateurs doivent reconsidérer les raisons pour lesquelles le droit de vote est enlevé à certaines catégories de personnes. Dans l'ensemble on doit conclure qu'il faut réduire considérablement les inhabilités à voter. Le Québec, entre autres, s'est engagé sur cette voie.

D. Les formes du vote.

Le scrutin peut revêtir plus d'une forme. Nous avons déjà le vote par anticipation, le vote par procuration; certains gouvernements songent à établir le vote par correspondance. Nous dirons un mot sur le vote obligatoire et sur le vote à l'étranger qui ne semble pas tout à fait adéquat.

1) Le vote par procuration.

Son existence est prévue à l'article 46 de la Loi électorale du Canada pour les étudiants, les malades, les marins, les pêcheurs, les prospecteurs.

²⁹ L'attribution d'une protection légale aux malades mentaux (1981), pp. 87 et 193-194.

Il a pour but de permettre l'exercice du droit de vote à ceux qui sont incapables de se rendre à un bureau de scrutin le jour de l'élection. Ainsi les étudiants absents de leur demeure à cause de leurs études peuvent voter par procuration. Nos prisonniers de guerre dans certains cas³⁰ et les handicapés, également. Par contre les détenus en instance de procès, les absents et les vacanciers ne peuvent se prévaloir du vote par procuration.

2) *Le vote par anticipation.*

Les articles 91 et suivants de la Loi électorale du Canada prévoient le vote par anticipation qui permet à une personne qui lors du vote sera absente de son lieu de résidence ordinaire d'aller voter avant le jour du scrutin. Peuvent par exemple s'en prévaloir les vacanciers, les handicapés.

Le vote par procuration et le vote par anticipation devraient comporter un éventail plus étendu maintenant que le droit de vote est devenu un droit constitutionnel. Les cas de ceux qui ne pourront voter en pratique doivent être rarissimes.

3) *Le vote par correspondance.*

Dans l'ordre fédéral de gouvernement, la question du vote par correspondance est à l'étude. On envisage cette forme de vote pour les handicapés et les personnes qui ne peuvent se rendre au bureau de scrutin. Nos lois électorales devraient dorénavant autoriser cette nouvelle façon d'exercer un droit démocratique de base.

4) *Le vote obligatoire.*

Certains États stipulent le vote obligatoire. C'est le cas dans la fédération australienne. On comprend aisément que l'on puisse être tenté de l'instaurer. C'est là une matière d'opinion. Nous ne croyons pas toutefois que l'obligation d'aller voter découle nécessairement du fait que le droit de vote soit devenu un droit constitutionnel.

Un mot du vote à l'étranger. La Loi électorale du Canada prévoit que les membres des forces armées, les membres de la fonction publique et leurs dépendants peuvent voter.³¹ Cependant les autres Canadiens à l'étranger qui ne bénéficient pas de ce traitement devraient pouvoir recourir à d'autres formes de vote. Il faut ici faire oeuvre créatrice.

E. *Recensement et résidence; exercice du droit de vote.*

1) *Recensement.*

Nos pratiques électorales voulaient jusqu'à tout récemment que le recensement se fasse pour chaque élection. C'est encore le cas pour les

³⁰ Voir Annexe IV. Loi électorale du Canada, *supra*, note 15, Règles sur le vote des prisonniers de guerre canadiens.

³¹ Voir l'art. 17(7) et l'Annexe II de Loi électorale du Canada, *ibid.*

élections fédérales. Cependant le Québec et l'Alberta ont établi le régime des listes dressées annuellement. Faut-il rendre obligatoires les listes permanentes? Pareille obligation ne découle pas de l'article 3 de la Charte selon nous. Il est certain, toutefois que nos listes doivent être le plus à jour possible.

2) *Résidence.*

La question de résidence est pertinente à l'exercice du droit de vote. Il est raisonnable dans une société libre et démocratique que les lois électorales provinciales stipulent un temps de résidence dans une province donnée pour pouvoir y exercer le droit de vote.

Ce laps de temps doit être raisonnable, c'est-à-dire pas trop long. Aux États-Unis, dans l'affaire *Dun v. Blumstein*³² la Cour suprême a déclaré invalide une disposition législative qui stipulait un temps de résidence de quinze mois.

3) *Exercice.*

L'électeur doit disposer d'un temps raisonnable pour aller voter le jour du scrutin. Nos lois prévoient que l'employeur doit accorder à ses employés un temps pour aller voter, et ce, bien sûr, sans perte de salaire. Au niveau fédéral, depuis 1969-1970, la législation prévoit un laps de quatre heures.³³

Dans l'affaire *R. ex rel. Noble v. Falconer Marine Industries Ltd*³⁴ un juge de la Cour de Comté de Colombie-Britannique arriva à la conclusion que la mesure législative ne signifie pas que l'employé dispose de deux (c'était deux heures à l'époque) heures de congé pour aller voter. Si l'employé ne bénéficie que de son heure de dîner pour aller voter, l'employeur devra accorder une période raisonnable, jusqu'à deux heures, si nécessaire, pour permettre à son employé d'aller voter. En permettant à l'employé de quitter à quatre heures, l'employeur avait satisfait à son obligation dans cette instance.

Me Patrick Boyer dans un de ses ouvrages consacrés au droit de vote écrit que si un employé dispose de quatre heures pour aller voter, ceci ne signifie pas que son employeur soit dans l'obligation de lui accorder quatre heures au milieu de la journée. Si la fermeture des bureaux de scrutin est prévue pour 19.00 heures, et que le travail se termine d'ordinaire à 17.00 heures, l'employeur doit permettre à ses employés de quitter à 15.00 heures afin qu'ils disposent de quatre heures consécutives pour aller voter.³⁵

³² (1972), 405 U.S. 330, 31 L. Ed. 2d 274.

³³ S.C. 1969-70, c. 49, s. 48(1).

³⁴ [1946] 1 D.L.R. 687.

³⁵ *Op. cit.*, note 8, p. 123.

F. Relations entre le droit de vote et certains droits fondamentaux.

Le droit de vote qui est à la base même de nos droits démocratiques est relié à d'autres droits. Ainsi par exemple pour bien exercer le droit de vote, il faut avoir droit à l'information. Nous ne pouvons qu'inciter les gouvernements à se montrer plus transparents et à inscrire à leur ordre du jour des mesures sur l'accès à l'information.

Le droit de vote est relié aux grandes libertés fondamentales: liberté d'opinion, d'association, de réunion, d'expression, de presse.

Le droit d'expression est à la base même de notre système parlementaire ainsi que l'ont souligné quelques juges de la Cour suprême dans le *Renvoi sur les lois de la Presse en Alberta*³⁶ dans l'arrêt *Switzman*³⁷ et le juge Rand dans l'affaire *Boucher*.³⁸ Les candidats doivent pouvoir s'exprimer, exposer leurs programmes³⁹ et avoir accès aux médias d'information.

On peut s'interroger sur l'arrêt *Oil, Chemicals and Atomic Workers*⁴⁰ de 1964 où la Cour suprême a jugé valide une loi de la Colombie-Britannique qui empêchait un syndicat de fournir des fonds à même les contributions de ses membres à la caisse électorale d'un parti politique. On a jugé que la législature avait pleins pouvoirs en vertu de l'article 92.13 de la Loi constitutionnelle de 1867. La solution ne serait peut-être pas la même maintenant que les libertés fondamentales sont enchassées dans la Constitution.

La liberté d'expression comprend la liberté d'expression des opinions politiques. "Les élections, disait Israël Tarte, ne se gagnent pas avec des prières"; il faut s'interroger sur les dépenses électorales, sur le financement des campagnes électorales. Clare Beckton⁴¹ dans une étude fouillée sur la liberté d'expression a analysé cette question. Elle écrit que la Cour suprême des États-Unis a déclaré qu'il était permis de poser des limites aux contributions mais inconstitutionnel d'imposer des limites aux dépenses électorales. Elle cite l'arrêt *Buckley et al. v. Valeo*.⁴² Elle conclut pour le Canada:⁴³

Dans l'ensemble, on peut donc faire valoir que l'on protège mieux le droit à la liberté d'expression en donnant à un plus grand nombre de candidats et de partis l'occasion de se faire entendre qu'en donnant pleine liberté à ceux qui ont accès à des sommes d'argent importantes.

³⁶ [1938] S.C.R. 100, surtout aux pp. 132 à 135 (Juge Duff).

³⁷ *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, surtout aux pp. 327-328 (Juge Abbott).

³⁸ *Boucher v. Le Roi*, [1951] S.C.R. 265.

³⁹ Voir l'arrêt *Moses McKay & Sarah McKay v. R.*, [1965] S.C.R. 798.

⁴⁰ *Oil, Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd.*, [1963] S.C.R. 584.

⁴¹ La liberté d'expression dans Charte canadienne des droits et libertés, *op. cit.*, note 10, pp. 144 *et seq.*

⁴² (1976), 424 U.S. 1.

⁴³ *Op. cit.*, note 41, p. 146.

Clare Beckton écrit également:⁴⁴ "A la différence de la Loi canadienne, la loi américaine n'exige pas que les diffuseurs accordent du temps d'antenne aux partis politiques. . . ." On ne peut que se réjouir ici de la loi canadienne.

Par contre, contrairement à l'attitude des cours américaines, la Cour d'Appel de l'Ontario dans l'affaire *C.F.R.B. et A.G. Canada*⁴⁵ a déclaré que l'interdiction de la publicité politique à certains moments ne viole pas la Déclaration canadienne des droits de 1960.⁴⁶ Qu'en sera-t-il maintenant que nous avons une liberté d'expression intégrée dans la Constitution? La jurisprudence américaine pourrait nous influencer.

Le droit de vote et le droit d'éligibilité sont reliés au droit d'association et au droit de réunion. Le droit de vote et le droit d'éligibilité supposent le droit d'adhérer à un parti politique. Rappelons que notre Constitution écrite est silencieuse sur les partis politiques.

On ne peut donc isoler le droit de vote des libertés fondamentales. Les tribunaux ne manqueront pas de faire les recoupements qui s'imposent.

II. Le droit d'éligibilité.

A. Principe.

Le droit d'éligibilité, tout comme le droit de vote, est un droit constitutionnel nouveau. Tout citoyen canadien est éligible aux élections législatives fédérales et provinciales. Ce droit est relié tout comme le droit de vote, à la nationalité. Toute restriction au droit d'éligibilité doit s'apprécier selon le critère de la rationalité dans une société libre et démocratique. Le législateur qui restreint ce droit a le fardeau de la preuve.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁴⁷ auquel le Canada a adhéré, on l'a vu, proclame le droit pour tout citoyen d'accéder aux fonctions publiques de son pays.

L'article 20 de la Loi électorale du Canada⁴⁸ prescrit que pour être candidat à une élection il faut avoir la qualité d'électeur. L'article 14 de cette même loi traite de la qualité d'électeur. Notons qu'il n'est pas nécessaire d'avoir sa résidence dans la circonscription où l'on est candidat. Voilà pour le principe!

B. Exceptions.

L'article 21 de la Loi électorale du Canada⁴⁹ prévoit que ne sont pas éligibles: a) Toute personne inhabile à voter aux termes du paragraphe

⁴⁴ *Op. cit.*, *ibid.*

⁴⁵ (1974), 38 D.L.R. (3d) 335.

⁴⁶ 1960, S.R.C. 1970, Annexe III.

⁴⁷ *Supra*, note 4.

⁴⁸ *Supra*, note 15.

⁴⁹ *Ibid.*

14(4) de la Loi électorale du Canada; b) Ceux qui sont privés du droit de vote pour s'être livrés à des manoeuvres frauduleuses ou à des actes illicites à une élection; c) Les députés provinciaux et les membres du Conseil du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest; d) Les membres des commissions royales, ou les employés permanents ou temporaires de la Couronne; e) Le shérif, le greffier de la paix, le procureur de la Couronne; f) Les membres des forces armées, sauf lorsqu'ils sont en service actif en temps de guerre.

La première catégorie peut sembler aller de soi. Et pourtant il n'en est pas ainsi à notre avis. Nous croyons que trois catégories de personnes, qui n'ont pas droit de vote actuellement, et ce pour des motifs différents, soit les juges nommés par l'Exécutif central, le président d'élection dans une circonscription et les détenus devraient obtenir le droit de vote. Cependant il est bien clair que le principe même de l'indépendance judiciaire et de la séparation des trois pouvoirs exige que les juges ne puissent se porter candidats aux charges publiques, s'inscrire aux partis politiques, et, s'engager dans des campagnes électorales. Il en est ainsi du président d'élection. Pour des motifs différents, encore une fois, le droit d'éligibilité ne doit pas non plus être reconnu aux détenus.

Pour ce qui est du directeur général des élections et de son adjoint, ils doivent pour des raisons évidentes ne pas jouir du droit d'éligibilité. Il en est ainsi, pour des motifs différents, des handicapés mentaux.

La seconde catégorie est tout à fait acceptable aux termes de l'article 1 de la Charte. Les personnes qui sont privées du droit de vote pour s'être livrées à des manoeuvres frauduleuses ou à des actes illicites à une élection ne doivent pas, *a fortiori*, pouvoir se porter candidates au poste de député.

La troisième catégorie se justifie pleinement. Dans une fédération il est normal que les députés provinciaux ne soient pas éligibles à la chambre fédérale des députés. En effet les deux chambres oeuvrent dans des domaines exclusifs et aux termes de la Constitution ces Chambres ne peuvent se déléguer des pouvoirs.⁵⁰ Le double mandat autorisé au début de la Confédération allait à l'encontre des principes du fédéralisme et fut heureusement aboli.

Signalons en passant que l'article 39 de la Loi constitutionnelle de 1867 enlève au sénateur le droit d'éligibilité à la Chambre des communes. Cette exception est dans l'ordre. Les deux Chambres fédérales ont des rôles différents même si elles oeuvrent dans le même champ des compétences législatives. Elles ne doivent pas être le miroir, l'une de l'autre. De plus dans une fédération, la seconde chambre a un rôle particulier.

La quatrième catégorie requiert quelques mots d'explication. Il semble raisonnable que les membres des commissions royales ne puissent être candidats durant leur mandat. Ils doivent rendre compte à la branche exécutive. Il y a ici une incompatibilité naturelle.

⁵⁰ *A.G. Nova Scotia v. A.G. Canada*, [1951] S.C.R. 31.

Quant aux fonctionnaires la question a commencé à susciter des débats. Les fonctionnaires désireux de se porter candidats, peuvent obtenir un congé sans solde.⁵¹ Ce régime à notre avis satisfait aux exigences des articles 3 et 1 de la Charte.

Les cinquième et sixième catégories paraissent acceptables.

III. *La représentation dans les assemblées législatives.*

Au Canada, nous avons une démocratie parlementaire et représentative. Le peuple désigne ses représentants et ses gouvernants. Nous pratiquons peu les formes de démocratie directe, encore que le référendum ne nous est pas inconnu. Dans l'ordre fédéral de gouvernement, quelques référendums se sont tenus. Dans l'ordre provincial également; le plus célèbre fut celui du 20 mai 1980 au Québec. Dans l'ensemble toutefois son usage demeure fort restreint. Les élus du peuple chez nous ont le pouvoir législatif et exécutif. C'est dire que la question de la représentation dans les assemblées législatives est très reliée au droit de vote et au droit d'éligibilité. La teneur de l'article 3 de la Charte nous oblige à nous pencher sur trois sujets qui portent sur la représentation: le principe de la représentation selon la population; le principe: "une personne, un vote"; et la proportionnelle est-elle obligatoire?

A. *La représentation selon la population.*

Le système du "gouvernement représentatif" fut acquis par les différentes provinces pendant une période de temps allant de 1758 pour la Nouvelle-Écosse à 1870 pour le Manitoba.

A ce système est venu se greffer par la suite le principe de la "représentation selon la population" qui a fait l'objet de hautes luttes. Il a vu le jour sous l'Union 1840-67 et notre Loi constitutionnelle de 1867 l'a expressément consacré à l'article 51. Ce principe de la représentation selon la population suivit de près l'avènement du "gouvernement responsable" qui exige que l'exécutif pour se maintenir au pouvoir conserve la confiance des élus du peuple.

L'article 51 prévoit, après chaque recensement décennal de la population canadienne, le rajustement de la représentation à la Chambre des Communes. Le Parlement peut augmenter le nombre des députés à la Chambre des communes, pourvu, dit l'article 52 "que la proportion établie par le présent acte dans la représentation des provinces demeure intacte".

Notre formule générale d'amendement prévoit à l'article 42 de la Loi constitutionnelle de 1982 qu'il faut l'accord du pouvoir fédéral et de sept provinces comportant cinquante pour cent de la population pour amender "le principe de la représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes".

⁵¹ Art. 21, para. 2(g) de la Loi électorale du Canada, *supra*, note 15.

Tous ces énoncés et ces principes paraissent se situer dans l'optique de l'article 3 de la Charte qui consacre le droit de vote pour chaque citoyen.

Cependant un article de la Loi constitutionnelle de 1867 l'article 51A vint apporter une exception. Il édicte que: "Nonobstant toute disposition de la présente loi, une province doit toujours avoir droit à un nombre de membres à la Chambre des communes non inférieur au nombre de sénateurs représentant cette province."

Ainsi l'Île du Prince-Édouard ayant droit à quatre Sénateurs conserve quatre députés peu importe sa population. C'est un accroc à la représentation selon la population, accroc autorisé par la Loi constitutionnelle de 1867. L'article 41(b) de la Loi constitutionnelle de 1982 préserve ce statut spécial puisqu'il faut l'accord des "onze" pour amender:

Le droit d'une province d'avoir à la Chambre des communes un nombre de députés au moins égal à celui des sénateurs par lesquels elle est habilitée à être représentée lors de l'entrée en vigueur de la présente partie.

Aux États-Unis, on le verra plus loin, la Cour suprême a énoncé et imposé le principe du "One man, one vote" à la Chambre des représentants mais a accepté qu'au Sénat, qui est électif, chaque État ait une représentation égale; on y a vu là un trait du fédéralisme; dans les fédérations, les États fédérés ont en principe une représentation égale dans la seconde chambre.

Au Canada, le Sénat n'est pas électif et la représentation se fait par région et non par province; le Québec et l'Ontario pour cette fin sont des régions. On peut considérer comme un trait du fédéralisme canadien cette représentation particulière de l'Île du Prince-Édouard; d'autres cas demeurent possibles quoiqu'improbables. Comme le nombre de députés garantis est bien marginal, cette entorse apparaît acceptable. Ces deux principes constitutionnels peuvent cohabiter.

B. Le principe: une personne, un vote.

Il faut se demander quel est l'effet des articles 3 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés sur les écarts dans le nombre des électeurs, que nous rencontrons d'une circonscription à l'autre et qui sont autorisés par nos lois.

Aux États-Unis cette théorie a reçu beaucoup d'attention et ces dernières années elle a été mise en oeuvre. La jurisprudence américaine est abondante sur la question. Nous nous restreindrons à trois arrêts-clefs. Pour situer le problème dans sa perspective historique nous citons ce passage du Professeur André Tunc:⁵²

Aux États-Unis, . . . les élections législatives, soit au niveau des États, soit au niveau de la Chambre fédérale des Représentants, se font pratiquement toujours au scrutin uninominal. . . . Or, le découpage . . . des districts était injuste pour deux raisons.

⁵² André Tunc, *Le contrôle juridictionnel des lois aux États-Unis* dans *Actualité du contrôle juridictionnel des lois* (1973), p. 36.

En premier lieu, il avait presque toujours été partial dès l'origine, le parti au pouvoir s'étant efforcé de le réaliser de manière à obtenir autant que possible une majorité partout. D'autre part, depuis le XIXe siècle, et par un mouvement qui continue à se poursuivre, les campagnes s'étaient fortement dépeuplées au profit des villes. En conséquence, lorsque le découpage des districts électoraux datait de quelques années, un petit nombre d'électeurs ruraux disposaient d'un délégué, exactement comme un nombre beaucoup plus grand d'électeurs urbains. Autrement dit, le pouvoir de vote des habitants de la campagne était très supérieur à celui des villes. Plusieurs fois saisie du problème, la Cour suprême avait toujours déclaré qu'il s'agissait là d'une question politique pour laquelle elle n'était pas compétente. Or, en 1962 et en 1964, elle changea d'attitude, exigeant au contraire un même pouvoir de vote pour tous les citoyens.

La Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Baker v. Carr*⁵³ posa le principe que les tribunaux pouvaient se prononcer sur la question de la représentation. Elle déclara que l'étalon de mesure se devait d'être juste et acceptable. Dans l'affaire *Gray v. Sanders*⁵⁴ cette Cour déclara que le système basé sur l'unité de comté violait le principe de la "protection égale des lois" enchâssé dans le XIVe amendement. La "protection égale des lois" exige que chaque électeur soit égal à tout autre électeur quand il dépose son bulletin de vote. Rappelons ici que ce XVe amendement est particulièrement explicite lorsqu'il prescrit que "... aucun État ne pourra ... refuser à quiconque ... la protection égale des lois", et, "Les représentants seront répartis entre les différents États proportionnellement à leur population ...".⁵⁵ Le Juge William O. Douglas fit remarquer *inter alia*:

The conception of political equality from the Declaration of Independence, to Lincoln's Gettysburg Address, to the Fifteenth, Seventeenth and Nineteenth Amendments can mean only one thing—one person, one vote.⁵⁶ . . .

Once the geographical unit for which a representative is to be chosen is designated, all who participate in the election are to have an equal vote, whatever their race, whatever their sex, whatever their occupation, whatever their income, and wherever their home may be in that geographical unit.⁵⁷

Le principe "One man, one vote" est énoncé clairement dans l'arrêt *Reynolds v. Sims*.⁵⁸

Ces arrêts ont opéré un changement. Le degré d'écart d'une circonscription à l'autre est devenu fort mince aux États-Unis. On applique une norme constitutionnelle très exigeante.

Au Canada, l'écart est autrement plus grand. Notre situation diffère bien sûr de la situation américaine. Notre pays est plus étendu tout en étant

⁵³ (1962), 369 U.S. 186, 7 L. Ed. 2d 663. Le Juge en Chef Warren dans ses mémoires écrit qu'à son avis l'arrêt *Baker v. Carr* est le plus important qu'il ait rendu. E. Warren, *The Memoirs of Earl Warren* (1977), p. 306.

⁵⁴ (1963), 372 U.S. 368, 9 L. Ed. 2d 821.

⁵⁵ Traduction d'André Tunc, *op. cit.*, note 6, p. 498.

⁵⁶ *Gray v. Sanders*, *supra*, note 54, aux pp. 830-831 (L. Ed.).

⁵⁷ *Ibid.*, note 54, aux 829-830 (L. Ed.).

⁵⁸ (1964), 377 U.S. 533, 12 L. Ed. 2d 506.

dix fois moins peuplé. Il existe des "accidents géographiques"⁵⁹ dans les deux pays: chaînes de montagnes, mers intérieures; cependant, au Canada, ces accidents sont plus considérables, plus nombreux, plus variés. Nous avons en plus, des régions très isolées. Bref le découpage égal dans certains cas est très difficile. Nous avons le système des trois sortes de districts: urbain, semi-urbain et rural. Le Juge en Chef James McRuer faisait remarquer que: "... The point is that it is most difficult to define in constitutional terms how the simple democratic principle of 'one man, one vote' should be expressed."⁶⁰

Contrairement à la France nous n'avons dans la Constitution aucune stipulation directe à l'effet que le vote doit être égal. L'article 3 prévoit que tout citoyen a droit de vote. Toute restriction doit s'appuyer sur le critère de la rationalité énoncé à l'article 1. L'article 15 par contre prévoit l'égalité devant la loi, la même protection de la loi, le même bénéfice de la loi, et l'application égale de la loi. Par la conjugaison des articles 3 et 15 les tribunaux arriveront-ils à imposer le critère "une personne, un vote"? Peut-être bien! Cependant, la situation au Canada diffère quelque peu de celle des États-Unis, on l'a vu, et de plus l'article 1 permet aux tribunaux de tenir compte du contexte dans lequel on vit. Nous croyons que les tribunaux vont réduire les écarts trop grands entre les circonscriptions. Le degré d'écart actuel qui est de vingt-cinq pour cent devrait être abaissé dès maintenant.

C. La question de la proportionnelle.

Nos démocraties n'ont pas toutes le même système électoral. Il s'en faut! Certains pays comme le Royaume-Uni, les États-Unis et le Canada ont adopté le système uninominal à un tour. Nous élisons nos députés, à majorité simple, lors d'un seul scrutin. Le système uninominal existe en France; mais pour être élu au premier tour, le candidat doit obtenir une majorité absolue, sinon il y a un second tour et à ce moment il suffit d'une majorité simple pour être élu. Il s'agit du scrutin uninominal majoritaire à deux tours. Plusieurs démocraties ont instauré la proportionnelle. Cette dernière peut être absolue ou mitigée.⁶¹ Chaque système comporte des avantages et des inconvénients.

Dans le régime en vigueur chez nous, un député peut être élu par moins de trente-cinq pour cent des voix exprimées dans une circonscription. Il est élu même si une majorité se prononce contre lui. Les Américains, les Britanniques et les Canadiens sont très attachés à ce système qui

⁵⁹ Yves Caron, *Un homme, un vote?* (1967), 2 R.J.T. 209.

⁶⁰ *Op. cit.*, note 5, p. 1596.

⁶¹ On consultera avec profit: Robert Boily, *La réforme électorale au Québec* (1979); Robert Burns, *Un citoyen, un vote* (1979); Vincent Lemieux (en collaboration avec Jean Crête), *Les avantages d'une représentation proportionnelle modérée dans Le Quotient politique vrai* (1973), pp. 269-274; W.P. Irvine, *Does Canada Need a New Electoral System* (Institute of Governmental Relations, Queen's University, 1979).

comporte de grands avantages. Est-il conciliable avec l'article 3 conjugué avec l'article 15? En un mot la proportionnelle devient-elle obligatoire? Les Cours doivent-elles l'imposer? Aux États-Unis la Cour suprême a imposé le principe: "One man, one vote". Elle n'a pas rejeté le scrutin uninominal à un tour, qui semble favoriser le bipartisme; ce système est ancré au Royaume-Uni, aux États-Unis et au Canada. Il semble conciliable avec les articles 3, 1 et 15 de la Charte.

Cette conclusion, bien sûr, laisse intact le débat sur la question de savoir si nous devrions avoir la proportionnelle absolue, mitigée, ou, régionale. C'est là une décision qui relève de la politique. Les réformes, sur ce plan, si elles viennent, seront l'oeuvre du législateur.

IV. *Les assemblées législatives.*⁶²

A. *Durée maximale du Parlement et des législatures.*

Le droit d'élire périodiquement ceux qui nous gouvernent est un droit démocratique prévu au Pacte international relatif aux droits civils et politiques,⁶³ comme on l'a vu. L'article 4 de la Charte des droits et libertés l'intègre dans notre Constitution.

Cet article prévoit que la durée maximale de la Chambre des communes et des assemblées législatives des provinces est de cinq ans, sauf en cas de guerre, d'invasion ou d'insurrection réelles ou appréhendées; en pareil cas, la durée peut être prolongée au-delà de cinq ans si cette prolongation ne fait pas l'objet d'une opposition exprimée par les voix de plus du tiers des députés de la Chambre des communes ou de l'assemblée législative.

Considérons successivement le cas de la Chambre des communes et des assemblées législatives provinciales.

1) *La Chambre des Communes.*

Le droit d'élire périodiquement nos députés fédéraux était déjà consacré par l'article 50 de la Loi constitutionnelle de 1867 qui prévoit que la durée de la Chambre des communes sera de cinq ans, à compter du jour du rapport des brefs d'élection, à moins qu'elle ne soit dissoute plus tôt. Le Premier Ministre peut demander au Gouverneur général de dissoudre les Chambres plus tôt, soit qu'il juge le moment favorable pour en appeler au peuple, soit pour suivre la tradition des quatre ans, soit qu'il ait perdu la confiance des députés.

Certaines législatures comme celles de 1891-96 et de 1974-79 ont duré longtemps; d'autres ont été fort courtes: 11 juin 1979-14 décembre 1979. La tradition veut qu'une législature dure quatre ans environ.

⁶² Arts 4 et 5.

⁶³ *Supra*, note 4.

La plupart du temps la législature prend fin au moment où le Premier Ministre juge le temps favorable pour demander au représentant de la Couronne de dissoudre les Chambres. La convention veut que le Gouverneur général, sauf exceptions très rares, suive alors l'avis du Premier Ministre. Un cas de refus possible serait celui où un gouvernement minoritaire à une élection générale n'obtiendrait pas un vote de confiance au début de la session suivant immédiatement l'élection; eu égard aux circonstances le Gouverneur général pourrait alors refuser la dissolution demandée par le Premier Ministre et inviter le Chef de l'Opposition à former un gouvernement.

Avant le 17 avril 1982, l'article 91.1 (maintenant abrogé) de la Loi constitutionnelle de 1867 habilitait la Chambre des communes à prolonger sa durée en cas de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées pourvu que cette prolongation ne fasse pas l'objet d'une opposition exprimée par les voix de plus du tiers des députés à la Chambre des communes. Cette dernière disposition est reprise à l'article 4(2) de la Charte.

La situation en cas d'urgence au Canada est la suivante: d'une part la Chambre des communes peut à certaines conditions prolonger sa durée maximale de cinq ans, et, le Parlement central sur le plan du partage des pouvoirs acquiert une "compétence concurrente et prépondérante sur des matière qui normalement relèvent exclusivement des provinces".⁶⁴

2) *Les assemblées législatives provinciales.*⁶⁵

Avant le 17 avril 1982, les législatures provinciales en se basant sur l'article 92.1 (maintenant abrogé) de la Loi constitutionnelle de 1867 pouvaient prolonger leur durée normale, prévue dans des mesures constitutionnelles ou dans des lois, et ce, au-delà de cinq ans.

Dorénavant, à cause de l'article 4 de la Charte, le principe des élections provinciales périodiques est beaucoup mieux protégé. La durée maximale des assemblées sera de cinq ans; toute prolongation en cas d'urgence devra suivre les mêmes règles que celles relatives à la prolongation de la Chambre des communes.

B. *La séance annuelle des assemblées législatives.*

La Loi constitutionnelle de 1867 prévoyait à l'article 20 qu'"Il y aura une session du Parlement du Canada une fois au moins chaque année, de manière qu'il ne s'écoule pas un intervalle de douze mois entre la dernière

⁶⁴ Voir notes du Juge Beetz dans le *Renvoi sur la loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, à la p. 463.

⁶⁵ Voir Gérard-A. Beaudoin, *Les droits démocratiques dans Charte canadienne des droits et libertés*, *op. cit.*, note 10, p. 300. Pour le présent article nous nous sommes beaucoup inspirés de notre récente étude sur les droits démocratiques.

séance d'une session du Parlement et sa première séance de la session suivante."

Pour le Québec et l'Ontario, l'article 86 de la Loi constitutionnelle de 1867 reprend le libellé de l'article 20. L'article 20 de la Loi de 1870 sur le Manitoba⁶⁶ fait de même pour cette province.

L'article 5 de la Charte vient changer la situation. En effet, l'article 20 (maintenant abrogé) prévoit une *session* du Parlement du Canada une fois au moins chaque année, alors que l'article 5 de la Charte prévoit une *séance* du Parlement et des assemblées législatives, au moins une fois tous les douze mois. Le mot "séance" remplace le mot "session" et toutes les législatures provinciales sont soumises à l'obligation imposée à la Chambre des communes, sans qu'il leur soit possible d'y échapper sur la base de l'article 92.1 maintenant abrogé.

L'article 20 a été adopté à l'époque où les sessions étaient courtes.

La nouvelle formulation est plus en accord avec ce qui se passe ces dernières années à la Chambre des communes et dans les assemblées législatives provinciales. Les sessions durent maintenant souvent plus d'un an et l'on recourt de plus en plus à l'ajournement des débats plutôt qu'à la prorogation afin de permettre aux comités parlementaires de siéger durant les périodes d'ajournement.

L'article 5 vient, au fond, garantir que les gouvernements fédéral et provinciaux ne pourront sur des périodes étendues gouverner par décrets sans le concours et l'appui des députés. Ce principe vient s'ajouter à la liberté de choisir nos gouvernants à des élections périodiques. Ceci complète la boucle des droits démocratiques dont le droit de vote constitue l'assise. Comme le remarque le Juge en Chef James McRuer:⁶⁷

The highest recognition of the equality and final worth of human individuals in the realm of politics and law is the right of each to vote on the basis of universal adult suffrage, in periodic and free elections, where the constituencies are so arranged by population that one man's vote is substantially as great in influence as another's.

Conclusion

La Loi constitutionnelle de 1867 décrit le système parlementaire qui est le nôtre et contient quelques articles qui assurent dans une certaine mesure les droits démocratiques. Avec les années, le principe démocratique s'est enraciné dans nos lois et dans nos conventions.

La Cour suprême dans l'*arrêt sur le Rapatriement* du 28 septembre 1981 a déclaré que plusieurs aspects de notre système parlementaire et démocratique sont protégés par des conventions. Elle a affirmé par voie d'*obiter dictum* qu'"... en droit, le gouvernement est en poste de par le

⁶⁶ 1870, 33 Vict., c. 3.

⁶⁷ *Op. cit.*, note 5, p. 1590.

bon plaisir de la Couronne, bien que par convention il le soit de par la volonté du peuple".⁶⁸

Les articles 3, 4 et 5 de la Charte canadienne des droits et libertés qui retiennent peut-être peu l'attention, au premier regard, ajoutent beaucoup de garanties à notre système électoral et à notre régime parlementaire. Il est heureux que notre loi fondamentale les ait consacrés. Ainsi faudra-t-il se pencher sur le contenu de nos lois pour y apporter les amendements appropriés. Nous avons signalé plusieurs lacunes dans la présente étude. Nous n'insisterons jamais trop sur l'importance du vote dans une démocratie, qu'elle soit parlementaire, présidentielle ou autre. Même si nous avons le bonheur de vivre sur une terre de liberté, nos lois sont perfectibles. On doit donner le droit de vote à certaines catégories de gens qui actuellement ne l'ont pas. Il nous faut améliorer les autres formes que peut revêtir le droit de vote, notamment, le vote par anticipation, par correspondance, par procuration. Il y a encore trop d'écarts entre les circonscriptions électorales.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques,⁶⁹ auquel le Canada a adhéré, impose le suffrage égal, ne l'oublions pas! Il est malheureux que l'article 3 de la Charte ne fasse aucune référence directe au suffrage égal. Il n'y a pas de raison pour ne pas l'enchâsser dans la Constitution. Ce Pacte garantit aussi le vote secret. Même si nos lois assurent le secret du vote, nous aurions préféré qu'on le dise expressément dans la Charte. Le Canada se doit, dans le domaine des droits fondamentaux, d'être plus fidèle à ses obligations internationales.

Ces dernières années, les deux ordres de gouvernement, ont commencé à légiférer sur le financement des élections; on vise à l'épuration et à la transparence de notre système. Il nous faut persister dans cette voie; la constitutionnalisation du droit de vote et du droit d'éligibilité ne peut que nous aider. La Charte des droits a une valeur normative, bien sûr, mais elle doit avoir aussi pour nos gouvernants et les citoyens une valeur éducative.

⁶⁸ Décisions constitutionnelles (Ottawa, Centre d'édition du Gouvernement du Canada, 1981), p. 89.

⁶⁹ *Supra*, note 4.