

La prérogative relative à la prorogation et son encadrement

Mémoire présenté au

Comité permanent de la procédure et des affaires de la Chambre

Le 28 janvier 2021

Professeur Hugo Cyr*

**Faculté de science politique et de droit
Université du Québec à Montréal**

* Hugo Cyr a été doyen de la Faculté de science politique et de droit (2015-2020), est avocat et professeur de droit constitutionnel et de théorie du droit à l'Université du Québec à Montréal. Ayant fait ses études à l'Université McGill, à la Yale Law School et à l'Université de Montréal, il a été chercheur invité à l'Académie européenne de théorie du droit (Bruxelles) et clerc auprès du juge Ian C. Binnie de la Cour suprême du Canada. Il a aussi été *Boulton Fellow* et professeur invité à l'Université McGill et *Schell Fellow* à la Yale Law School.

Suite aux élections générales d'octobre 2019, un gouvernement minoritaire a été formé. Ce gouvernement a présenté son discours du Trône en décembre de la même année. La pandémie de COVID-19 s'est abattue sur le Canada avec force dès le mois de mars 2020. Dès lors, le gouvernement a dû prendre une batterie de mesures exceptionnelles pour lutter contre cette crise sanitaire et pour faire face à la crise économique qui en découlait. Considérant que le discours du Trône présenté quelques mois plus tôt ne correspondait plus à l'urgence du moment, le gouvernement a jugé qu'il devait présenter un plan exhaustif pour aider les Canadiennes et Canadiens à surmonter l'épreuve et qu'il devait également s'assurer d'avoir la confiance soutenue de la Chambre des communes pour mettre en œuvre ce plan. Le premier ministre a donc donné avis à la gouverneure générale de proroger le Parlement le 18 août 2020. Un nouveau discours du Trône énonçant le plan du gouvernement pour lutter contre la pandémie a été prononcé le 23 septembre 2020.

Nous allons vous présenter ici, dans un premier temps, l'état actuel du droit et des conventions constitutionnelles relativement aux pouvoirs de prorogation (1.). Nous allons ensuite proposer certaines modalités permettant de renforcer le contrôle parlementaire de l'exercice de la prérogative de prorogation (2.)

1. État actuel du droit et des conventions constitutionnelles relativement aux pouvoirs de prorogation

En vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le gouverneur général exerce la prérogative de proroger le Parlement de l'avis du Conseil Privé. En réalité, les conventions constitutionnelles exigent que le gouverneur général agisse, en la matière, de l'avis du premier ministre.

Des doutes existent quant à savoir si la convention constitutionnelle exige que le gouverneur général soit *toujours* lié par l'avis du premier ministre en cette matière. C'est qu'en vertu du principe du gouvernement responsable, le premier ministre peut lier par ses avis le gouverneur général *dans la mesure où il jouit de la confiance de la Chambre des communes*. Le gouverneur général n'est pas lié par les avis d'un premier ministre ne jouissant plus de la confiance de la Chambre des communes. Aussi, lorsqu'une motion de non-confiance a été déposée, plusieurs croient que le premier ministre n'est pas alors en mesure d'exiger du gouverneur général qu'il lui accorde une prorogation de manière à éviter ce vote de confiance. Les événements de 2008 et le fait que la requête du premier ministre d'alors de proroger le Parlement n'a pas été accordée par la gouverneure générale Jean immédiatement, mais bien après plusieurs heures de réflexion, semblent aller en ce sens. D'aucuns interprètent la décision d'accorder la prorogation comme étant le résultat de l'exercice des pouvoirs de réserve de la gouverneure générale. En tout état de cause, si toutefois, le gouverneur général en venait à refuser l'avis du premier ministre au motif qu'il tente de se défilier d'un vote de confiance, le premier ministre serait alors dans l'obligation de démissionner puisqu'il ne peut y avoir de bris de la confiance entre le gouverneur général et son premier ministre.

La Cour suprême britannique a rendu récemment une importante décision relativement à l'encadrement de la prérogative du premier ministre de demander une prorogation¹. Cette décision s'inscrivait dans le cadre des négociations du BREXIT. Il était notamment allégué que la prorogation obtenue par le premier ministre privait le Parlement de pouvoir délibérer adéquatement des conditions de retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne en raison du délai prévu pour l'entrée en vigueur de ce retrait. La Cour suprême britannique, dans la perspective de protéger la souveraineté du Parlement, a notamment affirmé que

La limite pertinente du pouvoir de proroger peut être exprimée comme suit : une décision de proroger le Parlement (ou de conseiller au monarque de proroger le Parlement) est illégale si la prorogation a pour effet de compromettre ou d'empêcher, sans justification raisonnable, la capacité du Parlement d'exercer ses fonctions constitutionnelles en tant que législature et en tant qu'organe responsable du contrôle de l'exécutif. Dans une telle situation, le tribunal doit intervenir si l'effet est suffisamment grave pour justifier une telle mesure exceptionnelle². [TRADUCTION]

L'éminent professeur Paul Craig (professeur de droit anglais, Oxford) résume ainsi le raisonnement derrière cette décision :

La prorogation est un mécanisme permettant de mettre fin à une session parlementaire. Le recours à la prorogation pour faire taire un Parlement récalcitrant est une fin illégitime. Il n'existe aucun fondement normatif permettant de conclure qu'un pouvoir destiné à clore une session devrait pouvoir être exercé pour réaliser un objectif très différent, plus particulièrement lorsque l'autre utilisation prévue touche aussi directement au cœur de la démocratie parlementaire³. [TRADUCTION]

La Cour suprême britannique, après avoir analysé les faits de l'affaire, en arrive à la conclusion frappante que l'avis donné en l'espèce par le premier ministre était illégal et que la prorogation était, pour ce motif, elle aussi illégale et sans effet :

¹ *R (Miller) v The Prime Minister and Cherry v Advocate General for Scotland*, [2019] UKSC 41 [Miller II].

² *Ibid*, para 50.

³ Paul Craig, « The Supreme Court, Prorogation and Constitutional Principles » [2020] Public Law 248, 262.

Par conséquent, l'article 9 ou une prérogative parlementaire plus large n'empêche pas cette cour d'examiner la validité de la prorogation elle-même. L'approche logique de cette question est de commencer par le début, avec l'avis qui y a conduit. Cet avis était illégal. Il n'était pas du ressort du Premier ministre de le donner. Cela signifie qu'il était nul et sans effet : voir, si le pouvoir était requis [...]. Cela a conduit au décret qui, étant fondé sur un avis illégal, était lui aussi illégal, nul et sans effet et devait être annulé. D'où la prorogation comme telle, qui était comme si les commissaires étaient entrés au Parlement avec une feuille de papier vierge. Elle aussi était illégale, nulle et sans effet. [TRADUCTION]

Cette décision, si elle était suivie par les tribunaux canadiens, pourrait introduire un degré d'incertitude dans la validité des divers avis soumis au gouverneur général en matière de prorogation.

Le fait que les tribunaux canadiens puissent contrôler la légalité de tels avis à la manière de la Cour suprême britannique ne fait certainement pas l'unanimité chez les publicistes canadiens. Toutefois, il importe de se rappeler ce que la Cour suprême du Canada a affirmé relativement au contrôle judiciaire de l'exercice de la prérogative en matière d'affaires étrangères :

[L]orsqu'il exerce les pouvoirs que lui confère la common law en vertu de la prérogative royale, l'exécutif n'est toutefois pas à l'abri du contrôle constitutionnel [...]. Certes, il revient à l'exécutif, et non aux tribunaux, de décider si et comment il exercera ses pouvoirs; mais les tribunaux ont indéniablement compétence pour déterminer si la prérogative invoquée par la Couronne existe véritablement et, dans l'affirmative, pour décider si son exercice contrevient à la *Charte* [...] ou à d'autres normes constitutionnelles [...] — ils sont d'ailleurs tenus d'exercer cette compétence.

Le pouvoir restreint dont jouissent les tribunaux pour contrôler la constitutionnalité de l'exercice de la prérogative royale tient au fait que, dans une démocratie constitutionnelle, tout pouvoir gouvernemental doit être exercé en conformité avec la Constitution. Cela dit, le contrôle judiciaire de l'exercice de la prérogative sur le plan de sa constitutionnalité demeure tributaire du fait que la branche exécutive du gouvernement est responsable des décisions relevant de ce pouvoir, et que l'exécutif est mieux placé pour prendre ces décisions dans le cadre des choix constitutionnels possibles. Il faut que le gouvernement dispose d'une certaine marge de manœuvre lorsqu'il décide de quelle manière il doit s'acquitter des obligations relevant de sa prérogative [...]. Il appartient cependant aux tribunaux de fixer les limites légales et constitutionnelles à l'intérieur desquelles ces décisions doivent être prises. Ainsi, lorsqu'un gouvernement refuse de se conformer aux contraintes constitutionnelles, les tribunaux ont le pouvoir de rendre des ordonnances qui garantissent que la prérogative du gouvernement

en matière d'affaires étrangères est exercée en conformité avec la Constitution[...].⁴

Il s'agit ici d'un raisonnement similaire à celui utilisé par la Cour suprême britannique dans l'affaire *Miller II* relativement au contrôle judiciaire de l'exercice d'une prérogative de l'exécutif.

Pour réduire le risque qu'un recours en révision judiciaire soit intenté pour contester une demande de prorogation, il pourrait être utile d'instaurer un mécanisme qui permettrait aux élus d'avoir un poids dans la décision de proroger sans toutefois contraindre indûment les pouvoirs de l'exécutif. Nous vous proposerons une telle suggestion dans la section suivante.

2. Proposition visant à contrer de possibles abus de la prorogation

Cette proposition repose sur des principes cardinaux du parlementarisme de type Westminster : 1) le pouvoir exécutif est responsable devant le Parlement de ses actions, et 2) il doit jouir de la confiance de la Chambre des communes pour pouvoir offrir des avis qui lieront le gouverneur général.

⁴ *Canada (Premier ministre) c Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, aux para 36-37.

Références omises. La version anglaise :

In exercising its common law powers under the royal prerogative, the executive is not exempt from constitutional scrutiny [...]. It is for the executive and not the courts to decide whether and how to exercise its powers, but the courts clearly have the jurisdiction and the duty to determine whether a prerogative power asserted by the Crown does in fact exist and, if so, whether its exercise infringes the *Charter* [...] or other constitutional norms [...].

The limited power of the courts to review exercises of the prerogative power for constitutionality reflects the fact that in a constitutional democracy, all government power must be exercised in accordance with the Constitution. This said, judicial review of the exercise of the prerogative power for constitutionality remains sensitive to the fact that the executive branch of government is responsible for decisions under this power, and that the executive is better placed to make such decisions within a range of constitutional options. The government must have flexibility in deciding how its duties under the power are to be discharged [...]. But it is for the courts to determine the legal and constitutional limits within which such decisions are to be taken. It follows that in the case of refusal by a government to abide by constitutional constraints, courts are empowered to make orders ensuring that the government's foreign affairs prerogative is exercised in accordance with the constitution [...].

Il est crucial de comprendre que c'est à la Chambre des communes elle-même de déterminer si elle accorde et maintient sa confiance dans le gouvernement. Il existe parfois une confusion à ce sujet puisque des premiers ministres affirment à l'occasion qu'un vote sur tel projet de loi ou telle question sera considéré comme étant un vote de confiance. Un premier ministre majoritaire, sachant qu'il commande une majorité de députés, peut l'affirmer avec assurance puisqu'il est en mesure de garantir qu'une majorité de députés interpréteront ce vote de cette manière. Ce n'est toutefois pas nécessairement le cas lorsqu'il s'agit d'un gouvernement minoritaire. Une majorité de députés peuvent toujours adopter une résolution réaffirmant leur confiance dans le gouvernement malgré un vote négatif sur une proposition gouvernementale. Puisque le premier ministre peut tout de même donner sa démission face à un échec lors d'un vote, l'importance pratique de la chose relève surtout du jeu des perceptions politiques. Qui sera tenu responsable de la chute du gouvernement : l'Opposition qui aura voté contre le projet en question ou le gouvernement qui aura offert sa démission?

Un premier ministre qui ne jouit plus de la confiance de la Chambre basse ne saurait commander au gouverneur général sa conduite. Il peut lui offrir ses conseils, mais le gouverneur général n'est plus tenu de les suivre; il peut exercer ses pouvoirs de réserve ou il peut nommer un nouveau premier ministre qui lui donnera avis pour agir.⁵

La proposition que nous formulons repose donc sur la nécessité pour le premier ministre de jouir de la confiance de la Chambre des communes pour lier par ses avis le gouverneur général.

Une fois le premier vote de confiance remporté par le gouvernement, celui-ci est présumé posséder cette confiance jusqu'à ce que certains événements remettant en question le fait que la Chambre des communes lui accorde toujours sa confiance se réalisent. C'est notamment le cas lorsque le gouvernement présente son budget. C'est

⁵ Ce serait notamment le cas lorsqu'un premier ministre perd un vote de confiance tôt après des élections générales et qu'il donne avis au gouverneur général de dissoudre immédiatement le Parlement. Le gouverneur général peut alors inviter le chef d'un autre parti à tenter de former un gouvernement s'il est plausible que ce dernier obtienne la confiance de la Chambre. Ceci correspond apparemment au scénario qui s'est déroulé en Colombie-Britannique en 2017. Le gouvernement sortant n'avait su obtenir une majorité de sièges lors des élections générale. Ayant perdu un vote de confiance, la première ministre Christy Clark aurait alors avisé la lieutenant-gouverneure qu'elle considérait qu'il n'y avait pas d'alternative gouvernementale viable et que de nouvelles élections devraient être déclenchées. La lieutenant-gouverneure n'a pas retenu les arguments de la première ministre sortante. Un nouveau gouvernement minoritaire a été formé et il s'est maintenu au pouvoir environ 3 ½ ans. Ce gouvernement a été reconduit au pouvoir de manière majoritaire lors des élections du 21 octobre 2020.

toutefois la Chambre elle-même qui détermine quels sont les événements qui font en sorte qu'elle retire sa confiance à un gouvernement.

Il appartient à la Chambre des communes de déterminer comment elle procède pour attribuer sa confiance au gouvernement ou pour la lui retirer. Le choix des procédures délibératives suivies par la Chambre relève du privilège parlementaire constitutionnellement protégé.

Le *Règlement de l'Assemblée nationale du Québec* prévoit, par exemple, à ses articles 303.1 à 306.1 les modalités de mise en cause de la confiance de l'Assemblée dans le gouvernement.

La Chambre des communes a elle aussi reconnu au *Règlement de la Chambre des communes [Règlement]* le pouvoir d'énoncer ce qui constitue ou non un événement qui met en cause sa confiance dans le gouvernement. L'art. 6 prévoit en effet que

6. L'élection du Président n'est pas considérée comme une question de confiance envers le gouvernement.

Si la Chambre des communes possède la capacité de déterminer à l'avance par voie de son *Règlement* qu'un certain type d'événement n'a pas pour effet de mettre en jeu la confiance dans le gouvernement, c'est qu'elle possède également son corollaire, soit la capacité de déterminer à l'avance qu'un certain type d'événement est de nature à écarter la présomption de confiance.

Dans ce contexte, nous proposons de modifier le *Règlement de la Chambre des communes [Règlement]* pour prévoir que le gouvernement est réputé avoir perdu la confiance de la Chambre des communes s'il soumet un avis au gouverneur général selon lequel il devrait proroger le Parlement sans avoir au préalable fait adopter une résolution en ce sens par la Chambre des communes. Cette résolution devrait prévoir la période pour laquelle la prorogation serait demandée et la date à laquelle un nouveau discours du Trône devrait être présenté.

Une telle règle n'aurait pas pour effet de limiter la capacité d'un gouvernement majoritaire d'obtenir une prorogation lorsqu'il le juge utile; sa majorité fera en sorte qu'il n'aura pas de peine à faire adopter d'une telle résolution.

Lorsqu'il s'agira d'un gouvernement minoritaire, ce dernier devra convaincre une majorité de députés de la pertinence, dans les circonstances, de procéder à une prorogation. Le tout, étant entendu qu'au retour de cette prorogation, un nouveau discours du Trône permettra de jauger la confiance de la Chambre dans ce gouvernement.

Si un gouvernement minoritaire ne parvenait pas à convaincre une majorité de députés de la pertinence de procéder à une prorogation, cela lui donnerait une indication qu'il ne jouit sans doute pas de la marge de manœuvre qui lui serait nécessaire pour présenter un nouveau discours du Trône et survivre à un nouveau vote de confiance.

Un tel mécanisme ferait en sorte de limiter le risque que la prorogation soit utilisée simplement aux fins d'éviter de répondre à certaines questions embarrassantes de l'opposition. En plus d'accorder plus de poids aux élus, il limiterait le risque d'interventions judiciaires qui viseraient à réviser la légalité de l'exercice de la prérogative associée à la prorogation.
