

Réponses suggérées aux questions soulevées par le renvoi à la Cour suprême du Canada concernant la réforme du Sénat

Benoît Pelletier

Volume 43, numéro 2, 2013

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1023203ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1023203ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Pelletier, B. (2013). Réponses suggérées aux questions soulevées par le renvoi à la Cour suprême du Canada concernant la réforme du Sénat. *Revue générale de droit*, 43(2), 445–496. <https://doi.org/10.7202/1023203ar>

Résumé de l'article

Le 1^{er} février 2013, le gouverneur général en conseil a soumis, sur recommandation du ministre de la Justice, un certain nombre de questions relatives à la réforme du Sénat pour avis de la Cour suprême du Canada. Dans ce texte, l'auteur nous fait part des réponses que, selon lui, la Cour devrait apporter aux questions qui lui sont posées dans ce nouveau renvoi. L'auteur en vient à la conclusion qu'aucun changement significatif à la durée du mandat des sénateurs, comme les modifications proposées par le gouvernement fédéral dans son renvoi, ne peut être accompli unilatéralement par le Parlement en vertu de l'article 44 de la Loi constitutionnelle de 1982. Du reste, il en vient à la même conclusion en ce qui touche à la tenue des « consultations populaires » concernant le choix des sénateurs, et ce, peu importe que ces dernières se déroulent sur la base d'élections fédérales, provinciales ou territoriales. Selon l'auteur, ces « consultations » ne peuvent pas davantage être tenues en vertu des pouvoirs législatifs réguliers du Parlement, ni être encadrées par une simple loi fédérale. L'auteur estime que le Parlement peut abroger unilatéralement le paragraphe 23(4) de la Loi constitutionnelle de 1867 en ce qui touche à la valeur des propriétés mobilières et immobilières des sénateurs, mais il invite la Cour suprême à ne pas se prononcer sur l'abrogation du paragraphe 23(3) de cette loi, faute de précisions sur les intentions fédérales. Puis, l'auteur estime que c'est bel et bien la procédure dite du 7/50, et non la règle de l'unanimité, qui permet l'abolition pure et simple du Sénat. Enfin, l'auteur examine la possible application de certains principes constitutionnels sous-jacents à la réforme du Sénat.

Réponses suggérées aux questions soulevées par le renvoi à la Cour suprême du Canada concernant la réforme du Sénat*

BENOÎT PELLETIER**

RÉSUMÉ

Le 1^{er} février 2013, le gouverneur général en conseil a soumis, sur recommandation du ministre de la Justice, un certain nombre de questions relatives à la réforme du Sénat pour avis de la Cour suprême du Canada. Dans ce texte, l'auteur nous fait part des réponses que, selon lui, la Cour devrait apporter aux questions qui lui sont posées dans ce nouveau renvoi. L'auteur en vient à la conclusion qu'aucun changement significatif à la durée du mandat des

ABSTRACT

On February 1, 2013, upon recommendation of the Minister of Justice, the Governor General in Council submitted a number of questions pertaining to the reform of the Senate to the Supreme Court of Canada for an opinion. In the following text, the author puts forward the answers that he believes the Court should provide to the questions posed in this new reference. The author comes to the conclusion that any significant change in the tenure of senators—like the modifications proposed by

* Le genre masculin est utilisé comme générique dans le seul but de ne pas alourdir le texte. De plus, les notes infrapaginales sont volontairement omises dans les citations.

** Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. L'auteur tient à remercier la Fondation du droit de l'Ontario pour la subvention qu'elle lui a accordée aux fins, entre autres, de préparer le présent texte. L'auteur tient aussi à remercier M^e Olivier Courtemanche, doctorant, pour sa précieuse assistance. Notons que c'est d'abord en qualité de ministre du gouvernement du Québec que, dès 2006, l'auteur a mené la charge contre les initiatives du gouvernement Harper en ce qui concerne la réforme du Sénat. Dans ce texte, il nous livre le fruit de ses réflexions et analyses à ce sujet, telles qu'elles ont été nourries tant par son expérience politique que par sa carrière universitaire.

sénateurs, comme les modifications proposées par le gouvernement fédéral dans son renvoi, ne peut être accompli unilatéralement par le Parlement en vertu de l'article 44 de la Loi constitutionnelle de 1982. Du reste, il en vient à la même conclusion en ce qui touche à la tenue des « consultations populaires » concernant le choix des sénateurs, et ce, peu importe que ces dernières se déroulent sur la base d'élections fédérales, provinciales ou territoriales. Selon l'auteur, ces « consultations » ne peuvent pas davantage être tenues en vertu des pouvoirs législatifs réguliers du Parlement, ni être encadrées par une simple loi fédérale. L'auteur estime que le Parlement peut abroger unilatéralement le paragraphe 23(4) de la Loi constitutionnelle de 1867 en ce qui touche à la valeur des propriétés mobilières et immobilières des sénateurs, mais il invite la Cour suprême à ne pas se prononcer sur l'abrogation du paragraphe 23(3) de cette loi, faute de précisions sur les intentions fédérales. Puis, l'auteur estime que c'est bel et bien la procédure dite du 7/50, et non la règle de l'unanimité, qui permet

the federal government in its reference—cannot be carried out unilaterally by the Parliament by virtue of section 44 of the Constitution Act, 1982. The author comes to the same conclusion regarding the “Consultation of the population” on appointments made to the Senate, whether they be held through federal, provincial or territorial elections. It is the author's contention that these “consultations” can neither be held by virtue of the regular legislative powers of the Parliament, nor regulated by a simple federal law. The author maintains that the Parliament can abrogate section 23(4) of the Constitution Act, 1867 on the real and personal property worth of senators. He also calls the Supreme Court not to provide an answer regarding the abrogation of section 23(3) of the Constitution Act, 1867, given the absence of the particulars of the federal government's intentions. In addition, the author is of the opinion that it is in fact the 7/50 procedure, and not the unanimity formula, that allows for the clear and simple abolition of the Senate. Finally, he examines the possible application of a variety of

l'abolition pure et simple du Sénat. Enfin, l'auteur examine la possible application de certains principes constitutionnels sous-jacents à la réforme du Sénat.

underlying constitutional principles to the reform of the Senate.

Mots-clés : *Sénat, réforme, renvoi, abolition, mandat, élection.*

Key-words: *Senate, reform, reference, abolition, tenure, election.*

SOMMAIRE

Introduction	448
I. La limitation de la durée du mandat des sénateurs	448
II. La tenue d'un processus national pour la « consultation » de la population canadienne concernant la nomination des sénateurs	466
III. La tenue de processus provinciaux pour la « consultation » de la population canadienne concernant la nomination des sénateurs	472
IV. La qualification en matière de propriété et de viabilité financière	475
V. L'abolition du Sénat	477
VI. L'application des principes constitutionnels sous-jacents	481
A. Le fédéralisme	483
B. La protection des minorités	484
C. La démocratie	486
Conclusion	491

INTRODUCTION

Aux termes de l'article 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, par décret¹, le gouverneur général en conseil a soumis à la Cour suprême du Canada un certain nombre de questions touchant à la réforme du Sénat. Elles peuvent être regroupées sous les cinq grands thèmes suivants : (1) la limitation de la durée du mandat des sénateurs; (2) la tenue d'un processus national pour la « consultation » de la population canadienne concernant la nomination des sénateurs; (3) la tenue de processus provinciaux pour la « consultation » de la population canadienne concernant la nomination des sénateurs; (4) la qualification en matière de propriété et de viabilité financière; et (5) l'abolition du Sénat. Le présent texte a été élaboré en fonction de chacun de ces grands thèmes. Nous avons par ailleurs jugé opportun d'ajouter une sixième partie, consacrée à l'application potentielle de quelques principes constitutionnels sous-jacents au contexte précis de la réforme du Sénat.

I. LA LIMITATION DE LA DURÉE DU MANDAT DES SÉNATEURS

La première question posée par le gouverneur général en conseil à la Cour suprême dans le nouveau renvoi² concerne

1. *Décret soumettant au jugement de la Cour suprême du Canada des questions relatives à la constitutionnalité du projet de loi C-7 sur la réforme du Sénat*, CP 2013-70 (1^{er} février 2013).

2. Le 23 novembre 1978, le gouverneur général en conseil a soumis à la Cour suprême du Canada un renvoi portant sur différentes questions liées à la réforme du Sénat. La Cour s'est prononcée sur ces enjeux le 21 décembre 1979, dans le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 RCS 54. Ce renvoi faisait suite au dépôt au Parlement, par le gouvernement du Canada, le 20 juin 1978, du PL C-60, *Loi modifiant la Constitution du Canada dans certains domaines ressortissant à la compétence législative du Parlement du Canada et prévoyant les mesures nécessaires à la modification de la Constitution dans certains autres domaines*, 3^e sess, 30^e lég, 1978.

Le 1^{er} février 2013, le gouvernement du Canada a une fois de plus soumis à la Cour suprême un renvoi portant sur différentes questions relatives à la réforme du Sénat. C'est ce renvoi qui fera l'objet de la présente étude. À l'occasion, dans le présent texte, nous l'appellerons « le nouveau renvoi ».

le mandat des sénateurs. Le gouverneur général en conseil cherche essentiellement à savoir de la Cour dans quelle mesure le Parlement peut modifier unilatéralement l'article 29 de la *Loi constitutionnelle de 1867*³, afin de réduire rétroactivement ou pour l'avenir la durée d'un tel mandat, ou de permettre le renouvellement d'un tel mandat une fois celui-ci limité.

Cette question touche au cœur de l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴, lequel confère au Parlement un pouvoir exclusif de modification constitutionnelle à l'égard de certaines matières, dont le Sénat.

Or, pour cerner la portée de l'article 44 susmentionné, il y a lieu de remonter jusqu'au *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*⁵. Dans cette affaire, la

Il y a lieu de noter que le 4 avril 2012, le gouvernement du Québec a, par un décret portant le numéro 346-2012, renvoyé à la Cour d'appel du Québec trois questions concernant la constitutionnalité du projet de loi C-7, *Loi concernant la sélection des sénateurs et modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 relativement à la limitation de la durée du mandat des sénateurs*, 1^{re} sess, 41^e lég, 2011 (première lecture le 21 juin 2011). La Cour d'appel du Québec a rendu son opinion sur ce renvoi le 24 octobre 2013 : *Projet de loi fédéral relatif au Sénat (Re)*, 2013 QCCA 1807. La Cour en est venue à la conclusion que le projet de loi C-7 était inconstitutionnel, parce qu'il touchait au mode de sélection des sénateurs et aux pouvoirs du Sénat, deux sujets couverts par la procédure dite du 7/50 (*infra* note 23) en vertu de l'alinéa 42(1)b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* (*infra* note 4). Essentiellement, la Cour d'appel du Québec a repris à son compte l'approche qu'avait adoptée la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute* susmentionné. Cette approche était fondée sur les circonstances et compromis historiques qui ont amené ou permis la création du Sénat. La Cour d'appel du Québec a conclu que tant la réduction de la durée du mandat des sénateurs que la tenue d'élections sénatoriales constituaient des modifications affectant substantiellement le fonctionnement et le rôle du Sénat, tels qu'imaginés par les Pères de la fédération canadienne.

Le présent article ne portera toutefois pas sur le renvoi du gouvernement québécois ni sur la décision de la Cour d'appel du Québec discutés ci-dessus. Il portera plutôt sur le renvoi du gouvernement fédéral à la Cour suprême du Canada. En effet, ce dernier renvoi inclut tous les aspects de la réforme du Sénat qui étaient visés par le renvoi du Québec à sa cour d'appel, en plus d'en aborder certains autres. Au moment de mettre sous presse, la Cour suprême du Canada n'avait pas encore donné son avis sur les questions soumises par Ottawa.

3. *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 5 [*Loi de 1867*].

4. *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Loi de 1982*].

5. *Supra* note 2.

Cour s'était prononcée sur la portée du paragraphe 91(1) de la *Loi de 1867*, qui a été remplacé quelques années plus tard par l'article 44 de la *Loi de 1982*. La Cour en était alors venue à la conclusion que les caractéristiques essentielles ou fondamentales du Sénat devaient échapper aux pouvoirs unilatéraux fédéraux découlant dudit paragraphe 91(1)⁶. À l'époque où l'opinion fut rendue, cela revenait à dire que les caractéristiques en question ne pouvaient être modifiées que par Londres, et ce, conformément à un processus que la Cour eut l'occasion d'explicitier en 1981, dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*⁷.

Faute de précisions sur le contexte, la Cour ne put toutefois répondre catégoriquement à la question qui lui était posée à l'époque par le gouverneur général en conseil en ce qui avait trait aux termes du mandat des membres de la Chambre haute, mais elle servit néanmoins l'avertissement suivant :

Le paragraphe (d) concerne la durée des fonctions des sénateurs. Actuellement, lorsqu'ils sont nommés, les sénateurs occupent leur charge jusqu'à l'âge de soixante-quinze ans. A un certain point, la réduction de la durée des fonctions pourrait nuire au bon fonctionnement du Sénat qui assure, pour reprendre les paroles de Sir John A. Macdonald, [TRA-DUCTION] « un deuxième coup d'œil attentif à la loi ». L'Acte prévoit une constitution semblable, en principe, à celle du

6. Dans le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, *ibid*, la Cour suprême a déclaré que les quatre caractéristiques essentielles du Sénat suivantes devaient échapper à la portée du paragraphe 91(1) de la *Loi de 1867* : l'abolition du Sénat, la modification du nombre et du pourcentage des membres qui représentent les provinces ou les territoires dans cette chambre, l'élection directe des sénateurs par la population, et l'octroi au Sénat d'un veto suspensif en remplacement de son veto absolu actuel sur la passation des projets de loi fédéraux. La Cour n'a cependant pas pu répondre à certaines questions qui lui étaient posées, en l'absence de précisions. Ces questions étaient liées essentiellement à la modification des termes du mandat des sénateurs, à la modification des qualités requises pour être membre du Sénat, ainsi qu'à la possibilité pour les provinces ou des organismes de choisir une partie ou la totalité des sénateurs. Il est même possible qu'il existe d'autres caractéristiques essentielles du Sénat qui n'aient pas été soulevées dans le renvoi de 1979.

7. [1981] 1 RCS 753.

Royaume-Uni, où les membres de la Chambre des lords siègent à vie. L'imposition de la retraite obligatoire à l'âge de soixante-quinze ans n'a pas modifié le caractère essentiel du Sénat. Cependant, pour répondre à cette question, il nous faudrait savoir quels changements on se propose d'apporter à la durée des fonctions⁸.

Il ressort donc de l'extrait qui précède qu'il existe un point au-delà duquel une limitation unilatérale, par le Parlement, de la durée du mandat des sénateurs devient impossible. Le test qu'il faut appliquer, pour déterminer où se trouve ce point, est celui de savoir si la limitation est susceptible ou non de nuire « au bon fonctionnement du Sénat ».

Or, nous avançons qu'une réduction du mandat des sénateurs à une durée fixe de huit, neuf ou dix ans, ou de moins de huit ans, serait effectivement susceptible de nuire au bon fonctionnement du Sénat. En effet, n'oublions pas que cette institution a entre autres pour rôle de jeter « un deuxième coup d'œil attentif à la loi », comme il appert du passage précité. Ce rôle ne peut être accompli efficacement par les sénateurs que dans la mesure où ils jouissent d'une sécurité d'emploi qui leur assure à la fois indépendance et sérénité.

Les Pères fondateurs du Canada n'ont pas souhaité que les sénateurs soient préoccupés par la recherche d'un autre emploi ou par la suite à donner à leur carrière une fois leur mandat terminé. Voilà pourquoi ils avaient prévu à l'origine que les sénateurs siègeraient à vie. La réduction de ce mandat afin qu'il se termine à l'âge de soixante-quinze ans ne constituait certes pas une atteinte au caractère essentiel du Sénat⁹, mais on ne peut toutefois en dire autant de sa

8. *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute, supra note 2 aux pp 76-77.*

9. L'espérance de vie en 1965 était de 71,87 ans. C'est donc dire qu'en imposant aux sénateurs une retraite obligatoire à l'âge de 75 ans, alors qu'ils étaient jusque-là nommés à vie, le Parlement n'a pas modifié substantiellement la durée de leur mandat. Sur l'espérance de vie en 1965, voir *Perspective monde*, Université de Sherbrooke, « Espérance de vie à la naissance (année) Canada », en ligne : <<http://perspective.usherbrooke.ca/bilan/servlet/BMTendanceStatPays?langue=fr&codePays=CAN&codeStat=SP.DYN.LE00.IN&codeStat2=x>> (consulté le 26 septembre 2013).

réduction à huit, neuf¹⁰ ou dix ans, ni même, *a fortiori*, de sa limitation à une durée de moins de huit ans.

Si la durée du mandat des sénateurs devait être diminuée de la façon décrite ci-dessus, alors nombreuses seraient les personnes d'un certain âge qui renonceraient à être nommées au Sénat, de peur de ne pouvoir se dénicher un autre emploi à la fin de leur mandat. Nous nous priverions alors, comme société, de tout un bassin d'hommes et de femmes qualifiés et surtout, expérimentés, qui n'auraient pas hésité — si la durée du mandat avait été maintenue à soixante-quinze ans, comme c'est le cas en ce moment — à se mettre au service de la société canadienne à titre de sénateurs.

Quant à la nomination des sénateurs pour une durée fixe de deux ou trois législatures, elle équivaudrait, dans les faits, à un mandat de huit ou douze ans. À la limite, il pourrait s'agir de mandats de quinze ans¹¹. Mais même avec une telle

10. En 1867, les constituants avaient considéré la possibilité que le mandat des sénateurs ne soit que de neuf ans, mais ils ont rejeté cette hypothèse pour des motifs que résume ainsi George Brown :

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

Voir Assemblée législative, 8 février 1865, cité dans Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *Treizième rapport*, 39^e lég, 1^{re} sess, n^o 30 (12 juin 2007) annexe à la p 1 (George Brown).

Il s'agit d'une traduction du passage suivant :

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

Voir Canada, *Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces*, 8th Provincial Parliament of Canada, 3rd sess, (8 février 1865) à la p 90 (George Brown).

11. L'article 4 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 4, prévoit que le mandat maximal de la Chambre des communes et des législatures est de cinq ans, sauf exception. Le Parlement a modifié en 2007 la *Loi électorale du Canada*, LC 2000, c 9, de façon à prévoir un terme fixe de quatre ans pour la Chambre des communes. Certaines provinces et territoires ont fait de même. Il s'agit de l'Ontario, de Terre-Neuve-et-Labrador, des Territoires du Nord-Ouest, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan, du Nouveau-Brunswick, de l'Île-du-Prince-Édouard, du Manitoba et du Québec. Sur ce

durée maximale, le mandat des sénateurs serait encore trop court pour leur épargner la recherche d'un autre emploi et leur procurer cette paix d'esprit et cette indépendance qui étaient tant voulues par les Pères fondateurs du pays¹².

point, voir respectivement les lois suivantes : *Loi électorale*, LRO 1990, c E.6; *House of Assembly Act*, RSNL 1990, c H-10; *Loi sur les élections et les référendums*, LTN-O 2006, c 15; *Constitution Act*, RSBC 1996, c 66; *The Legislative Assembly and Executive Council Act*, 2007, SS 2007, c L-11.3; *Loi sur l'Assemblée législative*, LRN-B 1973, c L-3; *Election Act*, RSPEI 1988, c E-1.1; *Loi électorale*, LRM 1987, c E30; *Loi modifiant la Loi électorale afin de prévoir des élections à date fixe*, LQ 2013, c 13. Notons au passage que cette dernière loi est entrée en vigueur le jour de sa sanction, soit le 14 juin 2013.

12. John A Macdonald a affirmé, dans un discours qu'il a livré à l'Assemblée législative de la Province du Canada le 6 février 1865, qu'il était impossible pour le pays d'avoir une Chambre haute fondée sur l'hérédité et que la seule façon d'adapter le système britannique à la réalité canadienne serait de conférer à la Couronne — comme ce fut effectivement fait en 1867 — le pouvoir de nommer les sénateurs et de permettre à ces derniers de siéger à vie. John A Macdonald insistait pour que la Chambre haute canadienne soit le plus possible semblable à la Chambre des lords britannique, et ce, bien qu'il n'existât pas d'aristocratie au Canada à cette époque, pas plus que maintenant. Sur ce point, voir Janet Ajzenstat et al, dir, *Débats sur la fondation du Canada*, éd fr par Stéphane Kelly et Guy Laforest, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004 à la p 88.

L'auteur William D Gairdner a souligné qu'étant donné l'inexistence d'une « aristocratie traditionnelle » au Canada, contrairement au Royaume-Uni, les Pères de la fédération ont cherché à créer une « aristocratie naturelle » faite de gens bons et sages. Paul Romney a parlé pour sa part d'une classe oisive à la richesse assurée, faite de gens qui n'avaient pas besoin de travailler et qui disposaient du temps et de l'indépendance qui leur permettaient de se consacrer complètement et sans passion aux affaires de l'État. Sur ces questions, voir *ibid* aux pp 19, 20, 46 et 47.

Janet Ajzenstat a mentionné pour sa part que les fondateurs du Canada voyaient en la Chambre haute une façon d'éviter le despotisme de la majorité, ainsi que l'avait suggéré John Stuart Mill dans son livre intitulé *Representative Government*, auquel Ajzenstat renvoie par ailleurs. Selon Ajzenstat, l'idéal pour les Pères fondateurs était que la Chambre haute soit indépendante de la Chambre des communes, c'est-à-dire que les sénateurs ne dépendent pas de l'élite politique pour leur réélection, leur statut ou leurs revenus. Le Sénat, selon Ajzenstat, était vu par les Pères fondateurs comme étant de nature à forcer le premier ministre et les autres membres du cabinet à revoir leurs décisions. Sur ce point, voir Janet Ajzenstat, « Le bicaméralisme et les architectes du Canada : les origines du Sénat canadien » dans Serge Joyal, dir, *Protéger la démocratie canadienne : le Sénat en vérité...*, Montréal et Kingston, Presses des Universités McGill-Queen's, 2003, 3 aux pp 7-9 [Ajzenstat, « Le bicaméralisme »].

Pour le livre de Mill, voir John Stuart Mill, *Representative Government*, University of Adelaide, eBooks@Adelaide, 1861, en ligne : <http://ebooks.adelaide.edu.au/m/mill/john_stuart/m645r/index.html> (consulté le 23 octobre 2013). Voir aussi John Stuart Mill, *Representative Government*, Kitchener, Batoche Books, 2001, en ligne : <<http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/mill/repgovt.pdf>> (consulté le 15 octobre 2013).

Dans sa sous-question 1b), le gouverneur général en conseil évoque l'hypothèse d'un mandat de plus de dix ans. Nous venons de mentionner qu'un mandat de quinze ans serait trop court, mais qu'en serait-il au juste d'un mandat de plus de quinze ans? La réponse à cette sous-question dépendrait fondamentalement de l'impact que pourrait avoir la durée exacte de pareil mandat sur le fonctionnement efficace du Sénat. Il nous est difficile de nous prononcer sur cela dans l'abstrait. La sous-question posée par le gouverneur général en conseil manque de précisions. Peut-être la Cour, pour ce motif justement, refusera-t-elle d'y répondre? Quoi qu'il en soit, nous tenons à rappeler que toute réduction substantielle de la durée du mandat des sénateurs risquerait de nuire au bon fonctionnement de la Chambre haute et, partant, se devrait d'échapper aux pouvoirs unilatéraux du Parlement en matière de modification constitutionnelle. Il est même possible que toute nouvelle réduction de la durée des fonctions des sénateurs en deçà des soixante-quinze ans actuels compromette le bon fonctionnement du Sénat et se doive d'échapper à la portée de l'article 44 de la *Loi de 1982*. En effet, n'oublions pas que l'espérance de vie des hommes et des femmes a augmenté depuis 1979, année où la Cour suprême a rendu son opinion dans le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute* et a autorisé la diminution par le Parlement du mandat des sénateurs à soixante-quinze ans¹³.

Le projet de loi S-4¹⁴ fixait à huit ans la durée du mandat des sénateurs. Il ne prévoyait pas explicitement qu'un tel

Voir aussi *supra* note 10, où on trouve un extrait d'un discours de George Brown, prononcé le 8 février 1865, dans lequel il soutenait qu'il ne serait pas sain que les sénateurs se cherchent frénétiquement un autre emploi pendant la durée de leurs fonctions. Cela ne ferait qu'accroître sur eux l'emprise du pouvoir exécutif, et plus particulièrement du premier ministre.

13. L'espérance de vie en 2007-2009 était de 81,1 ans. Statistique Canada, « Espérance de vie à la naissance et à 65 ans, selon le sexe et par province et territoire », en ligne : Statistique Canada <<http://www.statcan.gc.ca/tables-tableaux/sum-som/102/cst01/health72a-fra.htm>> (consulté le 26 septembre 2013).

14. PL S-4, *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs)*, 1^{re} sess, 39^e lég, 2006 (première lecture le 30 mai 2006).

mandat soit renouvelable. Il ne l'excluait pas non plus¹⁵. Par sa sous-question 1a), le gouverneur général en conseil demande à la Cour suprême s'il est possible pour le Parlement, agissant seul, de prévoir le renouvellement du mandat des sénateurs, « tel que le propose l'article 2 du projet de loi S-4 ». Là encore, cette sous-question est imprécise. S'agirait-il d'un seul renouvellement ou de plusieurs? L'hypothèse d'un ou de plusieurs renouvellements ne s'appliquerait-elle qu'à un mandat de huit ans (soit la durée du mandat prévue dans le projet de loi S-4) ou vaudrait-elle aussi pour des mandats de moins ou de plus longue durée? Peu importe l'étendue de cette sous-question, la réponse reste la même : aucune réduction majeure de la durée du mandat des sénateurs ne peut être accomplie unilatéralement par le Parlement. Ajoutons à cela que l'hypothèse d'un ou de plusieurs renouvellements du mandat des sénateurs est intimement liée à l'idée d'élire les sénateurs, soit directement, soit indirectement. Or, pour des motifs que nous exposerons ci-après, nous estimons que la transformation du Sénat en une chambre d'élus, par quelque moyen que ce soit, se doit d'échapper à la portée de l'article 44 de la *Loi de 1982*. Il serait illogique, nous semble-t-il, que la Cour suprême interdise d'un côté l'élection des sénateurs — fût-elle accomplie au moyen d'une simple « consultation » de la population aux fins d'une nomination par le gouverneur général ou directement par le vote des électeurs — et qu'elle permette d'un autre côté le renouvellement du mandat des sénateurs. Ne serait-ce pas là le meilleur moyen d'assujettir ces derniers à la volonté du premier ministre (qui fait au gouverneur général les recommandations de candidats sénatoriaux) et

15. Comme l'explique Sebastian Spano, le projet de loi S-4 ne précisait pas si le mandat des sénateurs était renouvelable. Lors de sa comparution devant un comité spécial, le premier ministre du Canada a expliqué que ce silence pouvait laisser présumer que le mandat des sénateurs aurait en effet été renouvelable. Voir Sebastian Spano, *Projet de loi S-4 : Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs)*, en ligne : Parlement du Canada <http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills_ls.asp?ls=s4&Parl=39&Ses=1&Language=F> (consulté le 26 septembre 2013).

d'affaiblir, ce faisant, l'indépendance dont jouit traditionnellement le Sénat¹⁶?

Reste la question de la rétroactivité d'une limitation de la durée du mandat des sénateurs au 14 octobre 2008 ou avant cette date. Nous doutons fort qu'une telle rétroactivité puisse être imposée par le Parlement en vertu de l'article 44 de la *Loi de 1982*. En effet, les sénateurs qui ont été nommés dans le passé l'ont été conformément aux normes constitutionnelles alors en vigueur. De ce fait, ils jouissent des droits, garanties et protections que leur accordait la Constitution canadienne au moment de leur nomination. Il en sera de même pour les sénateurs qui seront nommés à l'avenir. S'il s'avérait éventuellement que lesdites normes constitutionnelles soient modifiées — conformément aux modalités que retiendra la Cour suprême dans le nouveau renvoi qui lui est soumis par le gouverneur général en conseil — de façon à limiter davantage la durée des fonctions des sénateurs, alors cette modification ne s'appliquerait que pour les nominations effectuées après son entrée en vigueur.

Somme toute, nous avançons que la modification de la Constitution canadienne ne devrait pouvoir avoir un effet rétroactif que dans de très rares cas, étant donné le risque qu'il y aurait qu'un recours trop fréquent à cette rétroactivité n'ébranle sérieusement les piliers de l'État de droit¹⁷. Comme la Cour suprême l'a mentionné dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*¹⁸ et dans le *Renvoi : Résolution pour*

16. Les nominations au Sénat sont effectuées par le gouverneur général en vertu des articles 24, 26 ou 32 de la *Loi de 1867*. Selon la convention constitutionnelle établie, ce pouvoir est exercé sur l'avis et la recommandation du gouverneur en conseil (articles 11 et 13 de la *Loi de 1867*). En pratique, c'est le premier ministre qui soumet au gouverneur général le nom des personnes devant être mandées au Sénat et le gouverneur général se plie à la volonté du premier ministre.

17. Dans l'arrêt *Colombie-Britannique c Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 RCS 473 à la p 501, le juge Major, au nom de la Cour suprême, a reconnu que le principe de la primauté du droit et les dispositions de la Constitution canadienne n'exigeaient aucunement que les lois n'aient qu'un effet prospectif. Un peu plus loin, il a ajouté que le caractère rétrospectif et la rétroactivité des lois ne soulevaient généralement pas de préoccupations d'ordre constitutionnel (*ibid* à la p 503). Notons cependant qu'il s'exprimait alors sur la rétroactivité de lois ordinaires (une loi de la Colombie-Britannique en l'occurrence) et non pas sur celle de modifications constitutionnelles à proprement parler. Dans ce dernier cas, la rétroactivité, bien que possible, ne nous paraît pas sans limites.

18. [1998] 2 RCS 217 à la p 257.

*modifier la Constitution*¹⁹, la règle de droit implique la sujétion aux règles juridiques connues et assure aux citoyens et résidents une société stable et *prévisible*. Cela ne serait guère possible si les normes constitutionnelles pouvaient être trop « aisément » modifiées de façon rétroactive²⁰.

Lorsque le gouverneur général mande une personne au Sénat en vertu de l'article 24, de l'article 26 ou de l'article 32 de la *Loi de 1867*, celle-ci peut alors siéger jusqu'à l'âge de soixante-quinze ans, tel que le prévoit le paragraphe 29(2) de cette loi. Évidemment, il est toujours possible qu'un sénateur décède, se démette de ses fonctions ou se rende inhabile à exercer ses fonctions avant l'âge prévu pour sa retraite²¹, mais, hormis ces cas, il peut s'attendre à siéger jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de soixante-quinze ans. Cette sécurité d'emploi contribue à son indépendance et à celle de toute la Chambre haute.

Le Parlement du Canada ne peut pas, rétroactivement, priver les sénateurs de cette sécurité d'emploi. Leur nomination est accomplie en vertu d'une prérogative de la Couronne qui est de nature constitutionnelle. Le fait de chercher à modifier après coup, par simple loi fédérale, les modalités de cette nomination, constitue une tentative de modifier la prérogative royale elle-même, telle qu'elle fut exercée à toute époque pertinente par le gouverneur général. Cela ne devrait pas être autorisé par la Cour suprême. Cette dernière ne devrait d'aucune façon permettre au premier ministre du Canada de remplacer après quelques années seulement des sénateurs qui ont été nommés à l'origine jusqu'à l'âge de soixante-quinze ans. Cela accroîtrait indéniablement l'emprise du premier ministre sur le Sénat et irait totalement à l'encontre de l'intention des Pères fondateurs du Canada, lesquels voulaient faire de la Chambre

19. *Supra* note 7 aux pp 805-06.

20. Nous avons mis le mot aisément entre guillemets, puisque rien n'est jamais vraiment facile en matière de modification constitutionnelle au Canada.

21. L'article 30 de la *Loi de 1867*, *supra* note 3, porte sur la démission des sénateurs. L'article 31 de cette loi énonce les cas où le siège d'un sénateur devient vacant. Enfin, l'article 32 permet au gouverneur général de pourvoir un poste vacant en raison d'une démission, d'un décès ou de toute autre cause.

haute une institution indépendante, qui ne soit pas que le miroir de la Chambre des communes²².

Nous soutenons donc que toute diminution importante de la durée du mandat des sénateurs, voire que toute diminution de cette durée en deçà des soixante-quinze ans actuels, se doit d'échapper à la portée de l'article 44 de la *Loi de 1982*. De telles modifications aux caractéristiques essentielles ou fondamentales du Sénat relèvent plutôt de la modalité générale et résiduaire prévue au paragraphe 38(1) de cette loi, soit la procédure dite du 7/50²³. Le Sénat lui-même n'a, à l'égard

22. Sur ce point, voir Ajzenstat et al, *supra* note 12 aux pp 104-05. On y trouve un extrait d'un discours de Thomas Ryan, prononcé le 20 février 1865 devant le Conseil législatif de la Province du Canada. Après avoir cité le livre de John Stuart Mill intitulé *Representative Government*, Ryan a soutenu qu'une Chambre haute qui serait constituée à peu près de la même façon qu'une Chambre basse serait inefficace et incapable d'arrêter le flot de législation provenant de cette dernière.

Pour le livre de John Stuart Mill, voir *supra* note 12. Voir plus particulièrement dans ce livre le cinquième paragraphe du chapitre 13.

23. La procédure dite du 7/50 repose sur le consentement de la Chambre des communes, du Sénat (sous réserve que celui-ci ne possède qu'un droit de veto suspensif de cent quatre-vingt jours, en vertu de l'article 47 de la *Loi de 1982*, *supra* note 4) et d'au moins deux tiers des provinces (soit au moins sept d'entre elles) représentant au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces.

Mais il y a aussi lieu de tenir compte de la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, LC 1996, c 1. Cette loi fédérale, sanctionnée le 2 février 1996, interdit à un ministre de la Couronne de déposer une motion de résolution autorisant une modification de la Constitution du Canada, à moins que les régions suivantes y aient préalablement consenti : l'Ontario, le Québec, la Colombie-Britannique, au moins deux des provinces de l'Atlantique représentant au moins cinquante pour cent de la population de cette région, et au moins deux des provinces des Prairies représentant au moins cinquante pour cent de la population de cette région. Cette loi, qui confère concrètement un veto à cinq grandes régions du pays, ne s'applique toutefois pas aux modifications couvertes par les articles 41 et 43 de la *Loi de 1982*, *supra* note 4. Elle ne s'applique pas non plus aux modifications à l'égard desquelles une province dispose d'un droit de retrait en vertu du paragraphe 38(3) de la *Loi de 1982*. Plus particulièrement, le paragraphe 38(3) en question, qui renvoie au paragraphe 38(2) de cette dernière loi, prévoit qu'une modification qui serait accomplie en vertu du paragraphe 38(1) de cette loi et qui serait par ailleurs « dérogoire à la compétence législative, aux droits de propriété ou à tous autres droits ou privilèges d'une législature ou d'un gouvernement provincial » serait sans effet dans une province qui aurait exprimé son désaccord. Or, il n'est pas certain qu'une réforme du Sénat qui serait accomplie en vertu du paragraphe 38(1) de la *Loi de 1982* serait sujette à l'application des paragraphes 38(2) ou (3) de cette loi. Bien entendu, les provinces pourraient toujours soutenir qu'une telle réforme irait à l'encontre de leurs « droits » et que, par conséquent, les paragraphes 38(2) et (3) devraient s'appliquer, mais il n'est pas évident qu'elles auraient raison sur ce point. Par contre, il est manifeste qu'une réforme du Sénat qui serait réalisée en vertu des alinéas 42(1)b) ou c) de la *Loi de 1982* entraînerait pour sa

de pareilles modifications, que le veto suspensif mentionné à l'article 47 de la *Loi de 1982*, de sorte qu'il ne puisse pas faire obstacle à sa propre réforme, ce qui est tout à fait compréhensible sur le plan tant politique que constitutionnel.

Pour parvenir à la conclusion figurant au paragraphe précédent, nous nous appuyons sur le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*. On aurait tort de penser que ce dernier n'est plus d'aucune pertinence de nos jours et qu'il a été complètement remplacé ou évacué par l'adoption de la partie V de la *Loi de 1982*. Au contraire, nous croyons que ce renvoi est tout aussi approprié aujourd'hui qu'il ne l'était avant le rapatriement de la Constitution canadienne²⁴.

En effet, l'opinion de la Cour suprême dans le renvoi en question reposait d'abord et avant tout sur une analyse du contexte historique ayant mené à la création du Sénat. Sur cette base, la Cour a affirmé ce qui suit :

Examinant de façon générale la seconde question, nous sommes d'avis que, bien que le par. 91(1) permette au Parlement d'apporter certains changements à la constitution actuelle du Sénat, il ne lui permet pas d'apporter des modifications qui porteraient atteinte aux caractéristiques fondamentales ou essentielles attribuées au Sénat pour assurer la représentation régionale et provinciale dans le système

part l'application de la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, *supra* note 23. En effet, le paragraphe 42(2) de la *Loi de 1982*, *supra* note 4 dit bien que « [l]es paragraphes 38(2) à (4) ne s'appliquent pas aux questions mentionnées au paragraphe (1) ».

Quoi qu'il en soit, en pratique, lorsque la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, *supra* note 23 s'applique, elle transforme la procédure dite du 7/50 en une procédure 7/93. Ce constat découle des statistiques sur la population par année, par province et territoire, telles que mises à jour en 2012. Voir Statistique Canada, « Population par année, par province et territoire (Proportion) », en ligne : Statistique Canada <<http://www.statcan.gc.ca/tables-tableaux/sum-som/102/cst01/demo02d-fra.htm>> (consulté le 12 octobre 2013).

24. Il est intéressant de noter que les quatre caractéristiques essentielles du Sénat que la Cour suprême a répertorié dans le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, *supra* note 2, se trouvent maintenant assujetties à la procédure dite du 7/50 en vertu des alinéas 42(1)b) et c) de la *Loi de 1982*, *supra* note 4. Cela signifie qu'à l'occasion du rapatriement de la Constitution canadienne, le constituant a confirmé plutôt qu'écarté le renvoi susmentionné, c'est-à-dire qu'il a enchâssé dans la Constitution et soumis à une procédure exigeante les principes qui s'en dégageaient.

législatif fédéral. Le Parlement britannique a déterminé le caractère du Sénat d'après les propositions soumises par les trois provinces pour rencontrer [sic] les exigences du système fédéral proposé. C'est à ce Sénat, créé par l'Acte, que l'art. 91 a donné un rôle législatif. Nous sommes d'avis que le Parlement du Canada ne peut en modifier unilatéralement le caractère fondamental et le par. 91(1) ne l'y autorise pas²⁵.

Si la Cour en est venue à la conclusion que la modification des caractères ou traits essentiels ou fondamentaux du Sénat devait échapper à la portée de l'ancien paragraphe 91(1) de la *Loi de 1867*, c'est parce que cette modification portait atteinte aux relations fédérales-provinciales²⁶. En d'autres mots, le Sénat canadien, dans ses caractéristiques essentielles ou fondamentales, ne concerne pas que des « questions fédérales internes »²⁷, mais touche au contraire au compromis fédératif de 1867 et au jeu des relations fédérales-provinciales.

Le Sénat n'est donc pas, contrairement à la Chambre des communes, une institution strictement fédérale. Au contraire, il vise à « assurer la représentation régionale et provinciale dans le système législatif fédéral », tel qu'il ressort du passage précité du *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*.

La nature fédérale-provinciale du Sénat dans ses caractéristiques essentielles, telle qu'elle découle de la situation historique qui a mené à sa formation, n'a pu avoir changé

25. *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, *supra* note 2 aux pp 77-78.

26. Dans le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, *ibid*, la Cour suprême a mentionné, à la page 65, que l'ancien paragraphe 91(1) de la *Loi de 1867*, *supra* note 3, ne devait pas s'appliquer aux modifications portant atteinte aux relations fédérales-provinciales ou ayant une répercussion appréciable sur ces dernières. Nous croyons que, de nos jours, la même limite tacite doit continuer de s'appliquer à l'égard de l'article 44 de la *Loi de 1982*, *supra* note 4.

27. Dans le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, *supra* note 2, la Cour suprême a rappelé, aux pages 65 et 70, que le paragraphe 91(1) de la *Loi de 1867*, *supra* note 3, ne devait concerner que les questions fédérales internes ou que l'entité juridique fédérale. Elle a dit que le Sénat, dans ses caractéristiques essentielles, ne faisait pas partie de tels sujets.

du seul fait du rapatriement de la Constitution canadienne²⁸. Ce dernier, est-il besoin de le rappeler, n'a pas entraîné une réforme du Sénat. Il n'en a pas du tout changé la mission ni le rôle dans le système parlementaire canadien. Les motifs sur lesquels la Cour a fondé son opinion en 1979 demeurent adéquats. Rien ne justifierait que le renvoi de 1979 soit ignoré ou écarté aujourd'hui. D'ailleurs, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, une opinion rendue après le rapatriement de la Constitution canadienne, la Cour suprême a rappelé que le Sénat faisait partie du compromis ayant permis la création du Canada²⁹.

Nous soutenons donc que le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute* est encore applicable à la partie V de la *Loi de 1982*, malgré le rapatriement et l'adoption de la nouvelle procédure de modification de la

28. Le projet de loi C-7, *Loi concernant la sélection des sénateurs et modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 relativement à la limitation de la durée du mandat des sénateurs*, supra note 2, mentionne, dans son préambule, « que le Parlement entend préserver les caractéristiques essentielles du Sénat, lieu de réflexion indépendante, sereine et attentive au sein de la démocratie parlementaire canadienne ». Outre le projet de loi C-7, le gouvernement du Canada avait exprimé son intention de préserver les caractéristiques essentielles du Sénat dans le préambule de six autres projets de loi qu'il a déposés au Parlement depuis 2006. Il s'agit des projets de loi suivants : PL C-43, *Loi prévoyant la consultation des électeurs en ce qui touche leurs choix concernant la nomination des sénateurs*, 1^{re} sess, 39^e lég, 2006 (première lecture le 13 décembre 2006); PL S-4, *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs)*, supra note 14; PL C-20, *Loi prévoyant la consultation des électeurs en ce qui touche leurs choix concernant la nomination des sénateurs*, 2^e sess, 39^e lég, 2007 (première lecture le 13 novembre 2007); PL C-19, *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs)*, 2^e sess, 39^e lég, 2007 (première lecture le 13 novembre 2007); PL S-7, *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (limitation de la durée du mandat des sénateurs)*, 2^e sess, 40^e lég, 2009 (première lecture le 28 mai 2009); PL C-10, *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (limitation de la durée du mandat des sénateurs)*, 3^e sess, 40^e lég, 2010 (première lecture le 29 mars 2010). Seul le projet de loi S-8, *Loi concernant la sélection des sénateurs*, 3^e sess, 40^e lég, 2010 (première lecture le 27 avril 2010) ne contenait pas pareille mention. Ces nombreuses mentions dans des projets de loi fédéraux attestent de l'importance qu'il y a, encore de nos jours, de distinguer entre les caractéristiques du Sénat qui sont essentielles et celles qui ne le sont pas. Ces mentions ne font que confirmer la pertinence du *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, supra note 2, même après le rapatriement de la Constitution canadienne. Rappelons que, dans ce renvoi, la Cour suprême avait soustrait les caractéristiques essentielles du Sénat à la portée du paragraphe 91(1) de la *Loi de 1867*, supra note 3. Bien entendu, le fait qu'autant de projets de lois proclament l'intention du fédéral de respecter les caractéristiques essentielles du Sénat ne veut pas dire pour autant que ces projets de loi le font effectivement.

29. Supra note 18 aux pp 241 et 243.

Constitution du Canada. Ainsi, le Sénat, qui était une instance fédérale-provinciale dans ses caractéristiques fondamentales en 1867, l'est-il encore de nos jours. Rien n'a changé à cet égard. Rien, depuis 1867, ni même depuis 1979, n'est venu modifier le rôle, la nature ni le statut historiques de la Chambre haute.

Ajoutons à cela que, comme nous l'avons mentionné ci-dessus, le paragraphe 91(1) de la *Loi de 1867* a été remplacé par l'article 44 de la *Loi de 1982*. Tous les auteurs s'entendent sur ce fait³⁰. Il convient donc de donner à ce dernier article la même interprétation que celle qui a été donnée dans le passé au paragraphe 91(1) en question. Là encore, rien ne saurait justifier que ledit article 44 se voie attribuer une interprétation différente de celle que la Cour suprême a donnée au paragraphe 91(1) de la *Loi de 1867*. Cette dernière disposition se lisait comme suit :

La modification, de temps à autre, de la constitution du Canada, sauf en ce qui concerne les matières rentrant dans les catégories de sujets que la présente loi attribue exclusivement aux législatures des provinces, ou en ce qui concerne les droits ou privilèges accordés ou garantis, par la présente loi ou par toute autre loi constitutionnelle, à la législature ou au gouvernement d'une province, ou à quelque catégorie de personnes en matière d'écoles, ou en ce qui regarde l'emploi de l'anglais ou du français, ou les prescriptions portant que le parlement du Canada tiendra au moins une session chaque année et que la durée de chaque chambre des communes sera limitée à cinq années, depuis le jour du rapport des brefs ordonnant l'élection de cette chambre; toutefois, le parlement du Canada peut prolonger la durée d'une chambre des communes en temps de guerre,

30. Guy Régimbald et Dwight Newman, *The Law of the Canadian Constitution*, Markham, LexisNexis Canada, 2013 à la p 33; Gérald-A Beaudoin avec la collaboration de Pierre Thibault, *Le fédéralisme au Canada*, coll « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2000 à la p 341; Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008 à la p 224; Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada*, feuilles mobiles (consultées le 26 septembre 2013), 5^e éd, Toronto, Carswell, 2007, s 4.6 à la p 4-31; Nicole Duplé, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 5^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011 à la p 633; Warren J Newman, « Living with the Amending Procedures: Prospects for Future Constitutional Reform in Canada » (2007) 37 SCLR (2d) 383 aux pp 389-90; Benoît Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, Toronto, Carswell, 1996 à la p 181.

d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées, si cette prolongation n'est pas l'objet d'une opposition exprimée par les votes de plus du tiers des membres de ladite chambre³¹.

Dans le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, la Cour suprême a eu l'occasion de préciser que le mot « Canada » au paragraphe 91(1) en cause ne désignait que l'entité juridique fédérale. Elle s'est exprimée ainsi :

Mais, le par. 91(1) ne donne pas le pouvoir de modifier l'Acte. Il emploie plutôt l'expression « constitution du Canada ». À notre avis, le mot « Canada » au par. 91(1) ne se rapporte pas au Canada au sens géographique mais bien à l'entité juridique fédérale. La « constitution du Canada » ne signifie pas l'ensemble de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, mais la constitution du gouvernement fédéral, par opposition aux gouvernements provinciaux. Le pouvoir de modification conféré par le par. 91(1) est limité à ce qui concerne uniquement le gouvernement fédéral³².

C'est dire que l'article 44 de la *Loi de 1982* ne doit, lui aussi, être interprété que comme ne visant que ce qui relève de la seule « entité juridique fédérale » ou du seul ordre de gouvernement fédéral. Il s'agit là d'une limite tacite, plutôt qu'expresse, à la portée de cet article. Cette limite découle de l'esprit — plutôt que du libellé même — de l'article 44 et de la nécessaire interaction entre cet article et les autres dispositions de la partie V de la *Loi de 1982*. Il est impérieux que l'article 44 n'ait qu'une portée qui se limite aux seules questions relevant strictement de l'« entité juridique fédérale » si on veut que l'ensemble de la partie V de la *Loi de 1982* forme un tout compréhensible, fonctionnel et cohérent.

Par exemple, lorsqu'on examine l'ancien paragraphe 91(1) de la *Loi de 1867*, on se rend compte qu'il contenait des exceptions expresses, qui s'appliquent encore aujourd'hui, mais

31. *Loi de 1867*, *supra* note 3, para 91(1) (abrogé). Cette version française du paragraphe 91(1) est tirée du *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, *supra* note 2 à la p 60.

32. *Ibid* aux pp 69-70.

tacitement cette fois dans la plupart des cas, dans le contexte de l'article 44 de la *Loi de 1982*³³. Les voici :

- Les matières rentrant dans les catégories de sujets que la présente loi attribue exclusivement aux législatures des provinces, ou en ce qui concerne les droits ou privilèges accordés ou garantis par la *Loi de 1867* ou par toute autre loi constitutionnelle, à la législature ou au gouvernement d'une province. Ces matières tombent en ce moment sous le couvert de la procédure générale et résiduaire dite du 7/50, en vertu du paragraphe 38(1) de la *Loi de 1982*.
- Les droits ou privilèges accordés ou garantis par la *Loi de 1867* ou par toute autre loi constitutionnelle, à quelque catégorie de personnes en matière d'écoles. Ces droits et privilèges sont, en ce moment, couverts par la procédure sélective prévue à l'article 43 de la *Loi de 1982*.
- Les droits ou privilèges accordés ou garantis par la *Loi de 1867* ou par toute autre loi constitutionnelle, en ce qui regarde l'emploi de l'anglais ou du français. Ces droits ou privilèges sont couverts, depuis 1982, par l'alinéa 41a) ou

33. Le paragraphe 91(1) de la *Loi de 1867*, *supra* note 3, débutait autrefois par des termes forts larges. En effet, il accordait au Parlement le pouvoir d'adopter des lois relativement à « [l]a modification, de temps à autre, de la constitution du Canada ». *A priori*, l'article 44 de la *Loi de 1982*, *supra* note 4, semble plus restreint que le paragraphe 91(1) en question, puisqu'il porte sur la modification des « dispositions de la Constitution du Canada relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes ». Toutefois, cela est trompeur, puisque les cinq exceptions que contenait à l'origine le paragraphe 91(1) se trouvent maintenant dispersées dans la *Loi de 1982*. Ces exceptions limitent certes la portée de l'article 44, comme elles le faisaient autrefois pour le pouvoir de modification conféré au paragraphe 91(1), mais elles ne le font maintenant qu'implicitement ou tacitement. Au final, le résultat est le même, c'est-à-dire que l'article 44 a exactement la même portée que l'ancien paragraphe 91(1). Comme le mentionne PW Hogg :

[TRADUCTION] L'article 44 de la *Loi de 1982* a remplacé le paragraphe 91(1) de la *Loi de 1867*. Ce dernier conférait au Parlement le pouvoir de modifier la « constitution du Canada ». Cette expression n'était alors pas définie. Elle s'est toutefois vu donner une portée très restreinte par la Cour suprême du Canada, et elle était assujettie à d'importantes exceptions contenues dans le paragraphe 91(1) lui-même. Il en résulte que la portée de l'article 44 est similaire à celle de l'ancien paragraphe 91(1).

Pour la version originale, en anglais, de ce texte, voir Hogg, *supra* note 30, s 4.6 aux pp 4-31 et 4-32.

l'alinéa 43b) de la *Loi de 1982*, et peut-être même (dans le cas des articles 21, 22 et 23 de la *Loi de 1982*) par le paragraphe 38(1) de cette loi.

- L'obligation pour le Parlement de tenir au moins une session chaque année. Cette obligation est maintenant prévue à l'article 5 de la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁴. La modification de ce dernier est de nos jours couverte par le paragraphe 38(1) de la *Loi de 1982*.
- Les prescriptions portant que la durée de chaque chambre des communes sera limitée à cinq années, depuis le jour du rapport des brefs ordonnant l'élection de cette chambre, et prévoyant la possibilité pour le Parlement de prolonger la durée d'une chambre des communes en temps de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées, si cette prolongation n'est pas l'objet d'une opposition exprimée par les votes de plus du tiers des membres de ladite chambre. Ces prescriptions sont désormais prévues à l'article 4 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Leur modification est maintenant couverte par le paragraphe 38(1) de la *Loi de 1982*.

Il découle de ce qui précède que, de nos jours, certaines limites à l'article 44 découlent de l'article 43 de la *Loi de 1982*, alors que d'autres ressortent de l'article 38 de cette loi. Dans ces deux cas, il s'agit de limites tacites certes, mais néanmoins réelles, à la portée de l'article 44.

Plus précisément, nous constatons qu'outre les limites *explicites* découlant des alinéas 42(1)b) et c) de la *Loi de 1982* — concernant les pouvoirs du Sénat, le mode de sélection des sénateurs et le nombre de sénateurs par lesquels une province est habilitée à être représentée et les conditions de résidence qu'ils doivent remplir —, l'article 44 de cette loi comporte, en raison de sa nature même et de son esprit, un certain nombre d'autres limites, *tacites* celles-là, tombant sous le couvert du paragraphe 38(1) de cette loi. C'est le cas de toutes les caractéristiques essentielles ou fondamentales du Sénat qui ne sont pas visées par les alinéas 42(1)b) ou c)

34. *Supra* note 11, art 5.

en question³⁵. La durée des fonctions des sénateurs en fait partie, selon nous. Ainsi, toute modification de la durée du mandat des sénateurs qui est de nature à toucher au bon fonctionnement du Sénat doit échapper à la portée de l'article 44 de la *Loi de 1982* et tomber plutôt sous celle du paragraphe 38(1) de cette loi.

II. LA TENUE D'UN PROCESSUS NATIONAL POUR LA « CONSULTATION » DE LA POPULATION CANADIENNE CONCERNANT LA NOMINATION DES SÉNATEURS

La deuxième question du gouverneur général en conseil porte sur la mise sur pied d'un processus national en vue de « consulter » la population canadienne afin qu'elle fasse connaître ses préférences quant à la nomination de candidats sénatoriaux. Le gouverneur général en conseil renvoie, à cet égard, au projet de loi C-20³⁶.

Dans ce dernier projet de loi, il était prévu que le gouverneur général en conseil puisse prendre un décret en vue de « consulter » les électeurs d'une ou de plusieurs provinces relativement à la nomination de sénateurs représentant celle-ci. Cette élection sénatoriale aurait été tenue au même moment qu'une élection générale fédérale.

Dans le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, la Cour suprême a carrément écarté la possibilité pour le Parlement de prévoir unilatéralement l'élection directe des sénateurs par la population. Le tribunal s'est exprimé en ces termes :

Le paragraphe (e) à l'alinéa (iv) vise la sélection possible d'une partie ou de la totalité des membres du Sénat par voie d'élection directe par le peuple. La substitution d'un système d'élection à un système de nomination implique un changement radical dans la nature d'un des organes du Parlement.

35. N'oublions pas que dans le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, *supra* note 2, la Cour suprême n'a pas pu se prononcer sur toutes les caractéristiques essentielles du Sénat. Il est donc tout à fait possible, voire probable, que des caractéristiques essentielles du Sénat ne soient pas couvertes en ce moment par l'alinéa 42(1)b) ni par l'alinéa 42(1)c) de la *Loi de 1982*, *supra* note 4.

36. PL C-20, *Loi prévoyant la consultation des électeurs en ce qui touche leurs choix concernant la nomination des sénateurs*, *supra* note 28.

Comme on l'a vu, le préambule de l'Acte parle d'« une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni », où la Chambre haute n'est pas élective. En créant le Sénat de la manière prévue à l'Acte, il est évident qu'on voulait en faire un organisme tout à fait indépendant qui pourrait revoir avec impartialité les mesures adoptées par la Chambre des Communes. On y est arrivé en disposant que les membres du Sénat seraient nommés à vie. Si l'on faisait du Sénat un organisme entièrement ou partiellement électif, on en modifierait un trait fondamental. Nous sommes d'avis de répondre par la négative sur ce point³⁷.

On remarquera que la Cour parle ici de l'élection des sénateurs par le peuple et non de la « consultation » de celui-ci aux fins d'une nomination au Sénat. La différence est importante, puisque la première est directe — c'est-à-dire que le peuple désigne lui-même les sénateurs —, alors que la seconde ne l'est pas. Toutefois, dans les deux cas, le résultat est le même, en ce sens que l'un et l'autre ont pour effet de transformer le Sénat en une chambre d'élus. En effet, dans le cas de la « consultation » de la population, il serait naïf de croire que le premier ministre ne recommanderait pas au gouverneur général les candidats à l'égard desquels la population d'une province ou d'un territoire aurait exprimé une préférence à l'occasion de la « consultation »³⁸. Ces candidats, avant d'être nommés au Sénat, auraient tous été choisis par la population. De ce fait, ils jouiraient d'une légitimité démocratique indiscutable, même supérieure à celle des députés³⁹. Une fois admises au Sénat, il serait fort tentant pour ces personnes de faire valoir cette légitimité démocratique, ce qui pourrait être une source de conflit entre le Sénat et la Chambre des communes.

37. *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute, supra* note 2 à la p 77.

38. Nous reviendrons dans la sixième partie du présent article sur la force contraignante du principe démocratique dans l'État canadien.

39. La légitimité démocratique des sénateurs nommés par le gouverneur général — sur recommandation du premier ministre — à la suite de la tenue d'élections sénatoriales risquerait d'être plus grande que celle des députés de la Chambre des communes. En effet, les premiers seraient choisis par la population de toute une province ou d'un territoire, alors que les seconds ne le sont que par la seule population de leur circonscription.

En d'autres termes, s'il s'avérait que la Chambre haute en vienne à jouir de sa propre légitimité démocratique — ce qui n'est pas le cas en ce moment, mais ce qui risquerait d'arriver si la population était « consultée » sur le choix des sénateurs⁴⁰ — alors des différends seraient susceptibles de survenir en plus grand nombre entre cette chambre et la Chambre des communes que si le Sénat demeurerait une chambre strictement nominative. Et le Sénat — transformé petit à petit en une chambre d'élus — et la Chambre des communes bénéficieraient alors d'une légitimité dont ils n'hésiteraient pas à se réclamer. Curieusement, le projet de loi C-20, auquel renvoie le gouverneur général en conseil dans sa deuxième question à la Cour suprême, ne prévoit pas de mécanisme de règlement des différends potentiels entre la Chambre des communes et le Sénat, une fois ce dernier transformé indirectement en une chambre d'élus. Le projet de loi ne propose pas non plus de modification des pouvoirs du Sénat, ce qui est étonnant. En effet, l'alinéa 42(1)b) de la *Loi de 1982* mentionne à la fois, dans la même disposition, les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs, ce qui indique bien l'existence d'un lien presque indissociable entre ces deux caractéristiques de la Chambre haute. De fait, il est très difficile de modifier le mode de sélection des sénateurs sans en même temps changer les pouvoirs du Sénat⁴¹. Les caractéristiques essentielles ou fondamentales du Sénat sont toutes liées. On ne peut en modifier une sans que cela ait des répercussions sur les autres. Ainsi, le fait de réduire significativement la durée du mandat des sénateurs ou de transformer indirectement le Sénat en une chambre d'élus ne pourrait qu'avoir des conséquences négatives sur son

40. Lorsque nous affirmons que le Sénat ne dispose pas en ce moment de sa propre légitimité démocratique, nous ne voulons toutefois pas dire qu'il ne possède aucune légitimité. Au contraire, cette dernière découle de son mandat comme chambre de réflexion, de ses fonctions, de ses pouvoirs, de son importance historique, voire de son existence constitutionnelle en tant que telle. Ce que nous voulons dire, c'est plutôt que les sénateurs, n'étant pas élus, ne peuvent pas se draper dans le principe démocratique. Le Sénat n'est toutefois pas antidémocratique pour autant.

41. Normalement, si le Sénat était élu, il ne devrait disposer que d'un veto suspensif à l'égard de l'adoption des projets de loi fédéraux, et non d'un veto absolu. À défaut d'un tel veto suspensif, il faudrait prévoir de solides mécanismes permettant d'éviter ou de régler différents conflits pouvant survenir entre les deux chambres du Parlement.

indépendance institutionnelle, laquelle était pourtant l'une de ses caractéristiques essentielles ou fondamentales aux yeux des constituants de 1867.

En 1864, à l'occasion de la Conférence de Québec, les Pères fondateurs du Canada auraient pu prévoir un Sénat élu s'ils l'avaient souhaité. De fait, sous l'Acte d'Union, le Conseil législatif, qui faisait partie du Parlement du Canada-Uni, était électif depuis 1856. Mais les Pères fondateurs du pays ont carrément rejeté ce modèle. Comme devait l'affirmer John A Macdonald :

Une chambre haute serait inutile si elle ne devait pas exercer, en temps utile, son droit d'amender ou de modifier la législation de la chambre d'assemblée. Il ne faut pas la réduire à un simple bureau d'enregistrement des décrets de la chambre basse. Elle doit au contraire être indépendante et pouvoir agir de son propre chef; et ce n'est qu'à ce titre qu'elle pourra modérer et considérer avec calme la législation de l'assemblée et empêcher le passage de toute loi intempestive ou pernicieuse adoptée par cette dernière, sans jamais oser s'opposer aux vœux réfléchis et définis des populations⁴².

De même, en 1864, les constituants auraient très bien pu prévoir que les sénateurs soient désignés par les provinces

42. John A Macdonald, Assemblée législative, 6 février 1865, cité dans Ajzenstat et al, *supra* note 12 à la p 90. La version originale, en anglais, se trouve dans l'ouvrage suivant : Canada, *Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces*, *supra* note 10 (6 février 1865) à la p 36 (John A Macdonald).

Plus précisément, il semblerait qu'au cours des débats préfédératifs, seule l'Île-du-Prince-Édouard se soit opposée au principe voulant que les sénateurs soient nommés plutôt qu'élus. Sur ce point, voir Ajzenstat et al, *supra* note 12 à la p 88, où est cité un discours de John A Macdonald prononcé le 6 février 1865 à l'Assemblée législative de la Province du Canada. Voir aussi Ajzenstat, « Le bicaméralisme », *supra* note 12 à la p 13, où l'auteure renvoie en ces termes à un discours que George Brown a prononcé à l'Assemblée législative de la Province du Canada le 8 février 1865 :

Brown amorce ainsi son argumentaire en faveur d'une Chambre haute dont les membres seraient nommés : « J'ai été toujours l'adversaire d'une seconde chambre élective [...]. J'ai voté presque seul contre l'élection du Conseil [de la Province du Canada], mais j'ai vécu assez longtemps pour voir que la vaste majorité de mes opposants avaient regretté leur vote ».

Pour ce discours de George Brown, voir Ajzenstat et al, *supra* note 12 à la p 93.

plutôt que par le futur gouvernement fédéral. Ils n'ont retenu cette option que pour la formation du tout premier Sénat. Ainsi, l'article 14 des Résolutions de la Conférence de Québec prévoyait ce qui suit :

Les premiers conseillers législatifs fédéraux seront pris dans les conseils législatifs actuels des diverses provinces, excepté pour ce qui est de l'Île-du-Prince-Édouard, dans la mesure où il pourra s'en trouver un assez grand nombre possédant les qualités requises et voulant occuper ce poste. Ces conseillers seront nommés par la Couronne, à la recommandation du Gouvernement général et sur la présentation des gouvernements locaux respectifs. Dans ces nominations, on devra avoir égard aux droits des conseillers législatifs qui représentent l'opposition dans chaque province, afin que tous les partis politiques soient, autant que possible, équitablement représentés⁴³.

C'est donc tout à fait consciemment et volontairement que les fondateurs du pays ont opté pour un Sénat constitué de personnes nommées par la Couronne aux droits du Canada, plutôt que de personnes désignées par les provinces, voire plutôt que de personnes élues à l'échelon fédéral ou provincial. On ne saurait donc transformer le Sénat en une chambre élective — que ce soit directement ou indirectement — sans pour autant trahir l'intention des autorités constituantes de 1867.

La Cour suprême ne doit surtout pas se laisser séduire par l'argument voulant que la nomination de sénateurs à la suite de la « consultation » de la population n'ait qu'un effet mineur sur le Sénat. Au contraire, l'impact serait substantiel, fondamental. L'élection (indirecte) des sénateurs et la réduction de la durée de leur mandat forment indiscutablement les deux côtés d'une seule et même médaille. Désormais, si la Cour devait autoriser les ambitions fédérales, les sénateurs, avant d'être nommés par le gouverneur général ou de voir leur mandat être renouvelé, devraient bel et bien se soumettre au verdict populaire et s'adonner à la joute électorale, alors que les Pères de la fédération canadienne voulaient au

43. Conférence de Québec, *Les résolutions de la Conférence de Québec — octobre 1864*, en ligne : Collections Canada <<http://www.collectionscanada.gc.ca/confederation/023001-7104-f.html>> (consulté le 26 septembre 2013).

contraire les soustraire au jugement de l'électorat et les mettre à l'abri de la tourmente politique et de la partisanerie.

La « consultation » des électeurs sur les nominations à effectuer au Sénat ne peut donc pas être prévue dans une loi du Parlement, adoptée en vertu de l'article 44 de la *Loi de 1982*. Elle ne peut pas non plus reposer sur les pouvoirs législatifs réguliers du Parlement, prévus à l'article 91 de la *Loi de 1867*. Elle tombe au contraire sous le couvert soit de l'alinéa 41a), soit de l'alinéa 42(1)b)⁴⁴, soit du paragraphe 38(1) de la *Loi de 1982*.

En effet, l'alinéa 41a) de la *Loi de 1982* concerne notamment les modifications constitutionnelles portant sur « la charge de gouverneur général ». Or, il est possible que l'obligation qui serait faite au premier ministre du Canada de tenir compte des résultats d'une élection sénatoriale porte atteinte à la discrétion de ce dernier de proposer au gouverneur général le nom des candidats qu'il juge aptes à être nommés au Sénat en vertu des articles 24, 26 ou 32 de la *Loi de 1867*, ce qui aurait pour effet d'affecter « la charge de gouverneur général » elle-même.

Il est aussi possible que la « consultation » des électeurs sur le choix des sénateurs, en vertu d'un processus national, affecte « le mode de sélection des sénateurs » au sens de l'alinéa 42(1)b) de la *Loi de 1982*.

Si elle n'est ni couverte par l'alinéa 41a) ni par l'alinéa 42(1)b) de la *Loi de 1982*, alors la « consultation » des électeurs, telle que décrite ci-dessus, doit tomber sous la modalité dite du 7/50 en vertu du paragraphe 38(1) de cette loi, en tant que procédure générale et résiduaire. Dans tous les cas, il est clair qu'une telle « consultation » aurait une incidence sur les caractéristiques essentielles ou fondamentales du Sénat et que, de ce fait, cette consultation devrait échapper à la portée de l'article 44 de la *Loi de 1982*.

44. Sur ce point, voir Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 30 à la p 343, où ces auteurs disent que les initiatives du gouvernement Harper visant à « consulter » la population avant de nommer un sénateur étaient d'une validité douteuse, puisque « le “mode de sélection” des sénateurs (et non seulement leur mode de nomination) est soustrait de la compétence fédérale par l'alinéa 42(1)b) de la Loi de 1982 ».

N'oublions surtout pas que la « consultation » des électeurs sur le choix des sénateurs en vertu d'un processus national aurait pour effet de transformer progressivement, mais sûrement, le Sénat actuel en une chambre élective plutôt que nominative. Cela changerait à terme la vocation de cette institution. Un tel changement substantiel ne saurait être accompli unilatéralement par le Parlement en vertu de l'article 44 de la *Loi de 1982*. Il doit, au contraire, relever de l'une ou l'autre des modalités complexes⁴⁵ prévues dans la partie V de cette loi, soit, avons-nous dit précédemment, la modalité prévue à l'alinéa 41a), l'alinéa 42(1)b) ou au paragraphe 38(1)⁴⁶.

III. LA TENUE DE PROCESSUS PROVINCIAUX POUR LA « CONSULTATION » DE LA POPULATION CANADIENNE CONCERNANT LA NOMINATION DES SÉNATEURS

Dans le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, la Cour suprême a dit qu'une participation indirecte des provinces à l'adoption des lois fédérales serait contraire au raisonnement qu'elle a exposé dans *Nouvelle-Écosse (PG) v Canada (PG) et Lord Nelson Hotel Co Ltd*⁴⁷.

45. Le terme « modalité complexe » désigne les procédures de modification constitutionnelle reposant sur le consentement du fédéral et, à divers degrés, des provinces. Ce sont essentiellement les procédures prévues au paragraphe 38(1) et aux articles 41, 42 et 43 de la *Loi de 1982*, *supra* note 4.

46. Le paragraphe 42(1) de la *Loi de 1982*, *ibid*, ne fait que renvoyer au paragraphe 38(1) de cette loi, où est énoncée la procédure dite du 7/50. Il ne crée pas une modalité différente ou distincte. Il énumère plutôt des questions à l'égard desquelles il doit être tenu pour acquis que la procédure dite du 7/50 s'applique. Il n'est toutefois pas inutile, loin de là, de distinguer les modifications apportées en vertu du paragraphe 38(1) de celles effectuées en vertu du paragraphe 42(1), et ce, même s'il s'agit en réalité de la même modalité. En effet, dans le premier cas, la procédure dite du 7/50 est invoquée à titre de procédure générale et résiduaire, alors que dans le second, son application découle du fait que le sujet visé par la modification constitutionnelle envisagée est expressément mentionné à l'article 42. Du reste, comme nous l'avons déjà vu (*supra* note 23), les paragraphes 38(2) à (4) de la *Loi de 1982* ne s'appliquent pas à l'article 42. Cela a pour conséquence d'écarter l'exigence portant sur une majorité qualifiée mentionnée au paragraphe 38(2) de cette loi, de priver les provinces du droit de retrait prévu au paragraphe 38(3) de cette loi, et de rendre très claire l'application de la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, *supra* note 23.

47. [1951] SCR 31.

Toutefois, la Cour avait été amenée à faire cette affirmation par l'idée que le fédéral avait avancée dans le renvoi de l'époque, voulant que les législatures ou gouvernements provinciaux choisissent eux-mêmes une partie ou la totalité des sénateurs. Quoi qu'il en soit, en raison de l'absence de précisions sur le contexte, la Cour suprême n'a pas pu dire si l'adoption d'une loi fédérale accordant aux provinces la possibilité de choisir une partie ou la totalité des sénateurs relevait ou non du paragraphe 91(1) de la *Loi de 1867*.

Or, dans sa troisième question à la Cour suprême dans le nouveau renvoi, le gouverneur général en conseil parle non pas du choix direct des sénateurs par les provinces, mais plutôt d'une « consultation » de la population au moyen d'une élection sénatoriale provinciale ou territoriale, tenue conformément au cadre établi par une loi fédérale. Le gouverneur général en conseil renvoie en la matière au projet de loi C-7⁴⁸.

Les arguments que nous avons avancés ci-dessus en ce qui touche à la deuxième question du gouverneur général en conseil s'appliquent également ici, *mutadis mutandis*. C'est-à-dire qu'une telle « consultation » transformerait à terme le Sénat en une chambre élective, plutôt que nominative comme il l'est en ce moment, conférerait aux sénateurs une légitimité démocratique⁴⁹ qui risquerait d'être source de conflits avec celle des députés de la Chambre des communes et irait à l'encontre des vœux des Pères de la fédération canadienne qui étaient de faire du Sénat une chambre sereine, indépendante, impartiale et à l'abri autant que possible de la joute politique⁵⁰.

48. PL C-7, *Loi concernant la sélection des sénateurs et modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 relativement à la limitation de la durée du mandat des sénateurs*, *supra* note 2.

49. Sur le fait que le Sénat ne jouisse pas d'une légitimité démocratique, voir toutefois les nuances que nous apportons *supra* note 40.

50. Dans le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, *supra* note 2 aux pp 76-77, la Cour suprême a rappelé qu'historiquement, le Sénat devait jeter un deuxième coup d'œil attentif à la loi et que, pour ce faire, il devait être indépendant et impartial. D'ailleurs, soulignons au passage qu'en 1900, l'espérance de vie des hommes et des femmes était de 51 ans. L'exigence voulant qu'aucun sénateur ne puisse être nommé en deçà de l'âge de trente ans (art 23 de la *Loi de 1867*, *supra* note 3) correspondait donc à la moitié de la vie d'une personne (du moins, selon l'espérance de vie), ce qui témoignait éloquemment de la volonté des

Pour les motifs figurant ci-dessus, nous soutenons que la « consultation » de la population pour la nomination des sénateurs en vertu d'un processus provincial ou territorial se doit d'échapper à la portée de l'article 44 de la *Loi de 1982*, de même qu'aux pouvoirs législatifs fédéraux prévus à l'article 91 de la *Loi de 1867*. Elle tombe plutôt sous le couvert de l'alinéa 41a), de l'alinéa 42(1)b) ou du paragraphe 38(1) de la *Loi de 1982*.

Nous en venons donc à la conclusion que le Parlement ne peut, unilatéralement, prévoir la « consultation » de la population sur le choix des sénateurs au moyen d'une élection provinciale ou territoriale, parce qu'une telle « consultation » aurait pour effet de transformer progressivement le Sénat en une chambre élective, ce qui serait contraire à ses traits fondamentaux⁵¹.

constituants de 1867 de ne voir accéder au Sénat que des personnes mûres et disposant déjà d'une expérience de vie appréciable. Sur l'espérance de vie en 1900, voir Ottawa, Office of the Chief Actuary, Actuarial Study n° 7, « Canada Pension Plan Mortality Study » (juillet 2009) à la p 11, en ligne : Bureau du surintendant des institutions financières Canada <<http://www.osfi-bsif.gc.ca/eng/docs/cppmrt.pdf>> (consulté le 20 décembre 2013).

51. Nous ne sommes pas sans savoir que la province de l'Alberta a adopté une loi visant à faire élire les personnes qu'elle propose au gouvernement du Canada pour une nomination au Sénat. Il s'agit du *Senatorial Selection Act*, RSA 2000, c S-5. Feu le professeur Gérard-A Beaudoin s'est exprimé comme suit sur cette loi :

Cette loi albertaine viole, à notre avis, la Constitution puisque l'on ne peut trouver nulle part au chapitre du partage des compétences législatives une rubrique qui rendrait valide une loi provinciale ayant pareil objectif. On ne peut faire indirectement ce que la Constitution n'autorise pas. Dans l'état actuel du droit constitutionnel, les provinces n'ont rien à dire dans la nomination des sénateurs. Elles peuvent sans doute faire des suggestions, elles ne peuvent pas légiférer.

Sur ce point, voir Gérard-A Beaudoin avec la collaboration de Pierre Thibault, *supra* note 30 à la p 123. Notons toutefois que la question de la constitutionnalité de cette loi albertaine n'a pas été soulevée par le gouvernement du Canada dans le nouveau renvoi.

La Saskatchewan possédait également une loi prévoyant la tenue d'élections sénatoriales : *The Senate Nominee Election Act*, SS 2009, c S-46.003. Cette loi, adoptée le 14 mai 2009, n'a toutefois jamais été proclamée et n'est donc jamais entrée en vigueur. Par conséquent, aucune élection sénatoriale ne fut jamais tenue dans cette province.

Quoi qu'il en soit, le 6 novembre 2013, le ministre de la Justice et procureur général de la Saskatchewan a déposé devant la législature le PL 110, *The Senate Nominee Election Repeal Act*, 3^e sess, 27^e lég, Saskatchewan, 2013. Ce projet de loi, visant l'abrogation de la loi sur les élections sénatoriales susmentionnée, a subi la première, la deuxième et la troisième lectures le même jour. Au moment de mettre sous presse, il nous était impossible de savoir si ce projet de loi avait ou non été proclamé et était entré en vigueur.

IV. LA QUALIFICATION EN MATIÈRE DE PROPRIÉTÉ ET DE VIABILITÉ FINANCIÈRE

La quatrième question du gouverneur général en conseil porte sur le pouvoir du Parlement d'abroger unilatéralement les paragraphes 23(3) et (4) de la *Loi de 1867*. Le paragraphe 23(3) porte sur la propriété foncière des sénateurs. Cette disposition les oblige à posséder des terres d'une valeur de quatre mille dollars, en sus de toutes rentes, dettes, charges ou hypothèques sur ces immeubles. Quant au paragraphe 23(4), il concerne la viabilité financière ou la solvabilité des sénateurs. Il prévoit que leurs propriétés mobilières et immobilières doivent valoir quatre mille dollars, en sus de toutes leurs dettes et obligations. Dans les deux cas, il s'agit pour l'instant de critères fermes de qualification.

Dans le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, la Cour suprême a mentionné ce qui suit :

Le paragraphe (c) porte sur un changement dans les qualités exigées des sénateurs. La difficulté ici, est que nous ignorons quels changements sont envisagés. Certaines des qualités exigées des sénateurs à l'art. 23, comme celles qui ont trait à leurs biens, peuvent ne pas avoir aujourd'hui l'importance qu'elles avaient lorsque l'Acte a été édicté. Par ailleurs, l'exigence qu'un sénateur réside dans la province pour laquelle il est nommé est importante par rapport aux caractéristiques des divisions qui composent le Sénat. À notre avis, on ne peut répondre catégoriquement à cette question⁵².

De fait, la question de la qualification foncière, prévue au paragraphe 23(3) de la *Loi de 1867*, ne saurait être dissociée

De surcroît, toujours le 6 novembre 2013, la législature de la Saskatchewan a adopté une motion réclamant l'abolition pure et simple du Sénat et le premier ministre de la province, M. Brad Wall, a annoncé publiquement que telle serait dorénavant la position de son gouvernement sur ce sujet. Sur cette déclaration, voir « Motion to abolish Senate approved by Saskatchewan legislature », *CBC* (6 novembre 2013) en ligne: <http://cbc.ca/news/canada/saskatchewan/motion-to-abolish-senate-approved-by-saskatchewan-legislature-1.2416771>.

La Colombie-Britannique et le Nouveau-Brunswick ont eux aussi déjà songé à adopter des lois prévoyant la tenue d'élections sénatoriales, mais les projets de loi qu'ils ont élaborés à cette fin n'ont jamais été adoptés par les législatures concernées.

52. *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, supra note 2 à la p 76.

entièrement de celle de la résidence dans le cas du Québec, puisque le paragraphe 23(6) de cette loi prévoit ce qui suit :

En ce qui concerne la province de Québec, il devra être domicilié ou posséder sa qualification foncière dans le collège électoral dont la représentation lui est assignée⁵³.

Cela veut dire qu'on ne peut abroger le paragraphe 23(3) de la *Loi de 1867* sans en même temps modifier le paragraphe 23(6) de cette loi de façon à supprimer de ce dernier les mots « posséder sa qualification foncière ». Or, si on supprimait ces mots dans ce paragraphe sans abroger celui-ci, cela reviendrait à exiger que les sénateurs représentant le Québec soient domiciliés dans le collège électoral dont la représentation leur est assignée, ce qui serait à notre avis une condition exorbitante, surtout si on considère que seuls les sénateurs provenant du Québec en feraient l'objet. Nous estimons donc que la Cour suprême ne dispose pas, en ce moment, des précisions qui lui permettraient de répondre catégoriquement à la quatrième question qui lui est posée dans le nouveau renvoi relativement au paragraphe 23(3) de la *Loi de 1867*. La Cour ne pourra d'ailleurs pas répondre à cette question tant et aussi longtemps qu'elle n'en saura pas davantage sur le sort que le gouvernement et le Parlement du Canada voudront bien réserver au paragraphe 23(6) en question⁵⁴.

53. *Loi de 1867*, *supra* note 3, para 23(6).

54. Il est fort possible que la modification ou l'abrogation du paragraphe 23(6) de la *Loi de 1867*, *ibid.*, doive être accomplie en vertu de la procédure sélective prévue à l'article 43 de la *Loi de 1982*, *supra* note 4. Le cas échéant, il faudrait l'accord de la Chambre des communes, du Sénat (sous réserve du fait qu'il ne disposerait que d'un veto suspensif de cent quatre-vingts jours, en vertu de l'article 47 de la *Loi de 1982*) et de la législature québécoise. L'application de l'article 43 de la *Loi de 1982* s'imposerait alors en raison du fait que le paragraphe 23(6) en question échapperait tant à la régie interne provinciale (art 45 de la *Loi de 1982*) qu'à la régie interne fédérale (art 44 de la *Loi de 1982*). Du reste, ledit paragraphe 23(6) ne concerne qu'une province, le Québec, ce qui en ferait l'une des dispositions constitutionnelles visées par l'article 43. Soulignons au passage que si ce devait effectivement être l'article 43 de la *Loi de 1982* qui s'applique à la modification ou à l'abrogation du paragraphe 23(6) de la *Loi de 1867*, alors cela prouverait : (1) que l'article 44 et les alinéas 42(1)b) et c) de la *Loi de 1982* ne couvrent pas tous les aspects du Sénat; et (2) que l'article 43 est une limite tacite à la portée de l'article 44 de la *Loi de 1982*. Cela viendrait également appuyer l'idée voulant qu'il puisse exister d'autres limites tacites à la portée de l'article 44, dont celles découlant du paragraphe 38(1) de la *Loi de 1982*.

Le problème soulevé ci-dessus en ce qui a trait au Québec ne se pose toutefois pas en ce qui touche au paragraphe 23(4) de la *Loi de 1867*. Nous estimons donc que ce dernier peut bel et bien être abrogé unilatéralement par le Parlement en vertu de l'article 44 de la *Loi de 1982*.

V. L'ABOLITION DU SÉNAT

Les cinquième et sixième questions du gouverneur général en conseil portent sur l'abolition du Sénat. Cette dernière entraînerait forcément la suppression des pouvoirs de la Chambre haute et l'élimination de la représentation des provinces et territoires. Ces deux derniers sujets sont expressément visés par les alinéas 42(1)*b*) et *c*) de la *Loi de 1982*. C'est donc la procédure dite du 7/50 qui est applicable en ces matières. La question se pose néanmoins de savoir si l'abolition du Sénat *en tant que telle* relèverait davantage de la règle de l'unanimité que de la procédure dite du 7/50.

Dans le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, la Cour suprême a dit ce qui suit en ce qui a trait à l'abolition du Sénat :

A notre avis, le pouvoir que le par. 91(1) a donné au Parlement fédéral ne visait pas à lui permettre de modifier de quelque façon les dispositions des art. 91 et 92 régissant l'exercice de l'autorité législative par le Parlement du Canada et les législatures provinciales. Le paragraphe 91(1) est une particularisation du pouvoir législatif général du Parlement du Canada. Ce pouvoir général ne peut être exercé que par la Reine du consentement et de l'avis du Sénat et de la Chambre des Communes. On ne peut interpréter le par. 91(1) de façon à permettre de supplanter tout le reste de l'article. On ne peut l'interpréter de façon à permettre le transfert des pouvoirs législatifs énumérés dans l'art. 91 à un ou plusieurs organismes autres que ceux qui y sont expressément désignés.

Dans *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. Procureur général du Canada et Lord Nelson Hotel Company Limited*, cette Cour a décidé que ni le Parlement du Canada ni une législature provinciale ne peuvent déléguer à l'autre les pouvoirs législatifs dont ils sont investis ni recevoir de l'autre les pouvoirs dont l'autre est investi. L'élimination du Sénat irait

beaucoup plus loin car elle impliquerait le transfert par le Parlement de tous ses pouvoirs législatifs à un nouvel organisme législatif dont le Sénat ne ferait pas partie⁵⁵.

Un peu plus loin dans le même renvoi, la Cour a affirmé ceci :

Les exceptions prévues au par. 91(1) impliquent l'existence continue du Sénat en tant que partie du système législatif fédéral. Une exception au pouvoir conféré par le par. 91(1) de modifier la constitution du Canada est « en ce qui regarde... les prescriptions portant que le parlement du Canada tiendra au moins une session chaque année ». Aux termes de l'art. 17, le « parlement » sera composé de la Reine, du Sénat et de la Chambre des Communes. Cette exception implique que le Sénat et la Chambre des Communes devront continuer de siéger au moins une fois chaque année.

L'exception suivante porte que « la durée de chaque chambre des communes sera limitée à cinq années, depuis le jour du rapport des brefs ordonnant l'élection de cette chambre » sauf en temps de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées.

Ces deux exceptions indiquent clairement que le pouvoir de modifier « la constitution du Canada » donné par le par. 91(1) ne comprend pas celui d'éliminer le Sénat ou la Chambre des Communes⁵⁶.

Il est intéressant de souligner le fait que les deux exceptions dont parle la Cour dans le passage précédent sont maintenant prévues aux articles 4 et 5 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Or, il nous semble que ces deux dispositions se doivent aujourd'hui d'échapper à la portée de l'article 44 de la *Loi de 1982*, tout comme elles échappaient avant à celle du paragraphe 91(1) de la *Loi de 1867*. Pourtant, les limites découlant des articles 4 et 5 de la *Charte* ne sont pas expressément mentionnées à l'article 44 de la *Loi de 1982*. Il s'agit donc

55. Renvoi : *Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, supra note 2 aux pp 71-72.

56. *Ibid* aux pp 73-74.

de limites tacites à la portée de cet article. Qui plus est, comme nous l'avons dit précédemment, ces limites — prévues aux articles 4 et 5 de la *Charte* — relèvent maintenant de la modalité de modification constitutionnelle générale et résiduaire du paragraphe 38(1) de la *Loi de 1982*, soit la procédure dite du 7/50. Cela ne résout toutefois pas pour autant la question de savoir s'il faut appliquer cette dernière ou la règle de l'unanimité en ce qui a trait à l'abolition pure et simple du Sénat.

Si la procédure dite du 7/50 devait s'appliquer, ce serait soit en vertu des alinéas 42(1)*b*) et *c*) de la *Loi de 1982*, soit en vertu du paragraphe 38(1) de cette loi⁵⁷. Dans ce dernier cas, la procédure dite du 7/50 serait invoquée à titre de modalité générale et résiduaire, de façon à couvrir les caractéristiques essentielles du Sénat qui ne figurent pas aux alinéas 42(1)*b*) et *c*) en cause. À la limite, on pourrait même appliquer à la fois les articles 38(1) et 42(1)*b*) et *c*), de sorte à couvrir tous les aspects fondamentaux de la Chambre haute. Il serait même possible qu'il soit suffisant d'invoquer seulement l'alinéa 42(1)*b*) de la *Loi de 1982*, puisqu'en anéantissant tous les pouvoirs du Sénat, on en obtiendrait *de facto* l'abolition. De toute façon, qu'on applique le paragraphe 38(1), ou les alinéas 42(1)*b*) ou *c*), ou l'ensemble de ces dispositions, la modalité reste la même : la procédure dite du 7/50.

Quant à la thèse favorable à la règle de l'unanimité, elle repose essentiellement sur l'idée voulant que l'abolition du Sénat requerrait la modification de la partie V de la *Loi de 1982*, puisque le Sénat, une fois aboli, n'aurait plus aucun rôle à jouer en matière de modification constitutionnelle. Pareille hypothèse s'appuie plus précisément sur l'alinéa 41*e*) de la *Loi de 1982*.

En ce qui nous concerne, nous optons pour la procédure dite du 7/50, en vertu à la fois du paragraphe 38(1) et des alinéas 42(1)*b*) et *c*) de la *Loi de 1982*. En effet, il serait possible de ne plus conférer aucun rôle au Sénat en matière de modification constitutionnelle sans pour autant abolir cette

57. Voir les commentaires qui figurent *supra* note 46. Les remarques qui y sont faites relativement à l'ensemble de l'article 42 de la *Loi de 1982*, *supra* note 4, valent bien entendu pour les alinéas 42(1)*b*) et *c*) de cette loi.

institution. Il serait par contre impossible d'anéantir ses pouvoirs ou ses autres caractéristiques fondamentales sans l'abolir par le fait même.

En d'autres termes, même si l'abolition du Sénat devait entraîner que celui-ci n'ait plus aucun rôle à jouer en matière de modification constitutionnelle, cela ne serait qu'une conséquence de l'abolition. Cela ne serait pas requis pour accomplir l'abolition elle-même. Une fois le Sénat aboli en vertu de la procédure dite du 7/50, la mention du Sénat dans la partie V de la *Loi de 1982* serait sans objet. D'ailleurs, techniquement, une fois le Sénat aboli, il n'y aurait nul besoin de modifier la partie V en question afin d'y faire disparaître la mention du Sénat. À cet égard, prenons pour exemple toutes ces dispositions qui sont devenues périmées en raison du passage du temps ou de la survenance d'un événement quelconque, mais qui figurent néanmoins toujours dans les lois constitutionnelles canadiennes. Il est vrai cependant que si on souhaitait effectivement faire disparaître la mention du Sénat dans la partie V de la *Loi de 1982* — ce qui, répétons-le, ne serait pas *techniquement* nécessaire si le Sénat était aboli en vertu de la procédure dite du 7/50 —, il faudrait alors avoir recours à l'alinéa 41e) de cette loi.

Ajoutons à cela que la partie V de la *Loi de 1982* n'est pas le seul endroit dans la Constitution canadienne où il est fait mention du Sénat ou des sénateurs. Le Sénat figure aussi aux articles 17, 18, 21 à 36, 39, 51A, 55 à 57, 59, 73, 74, 91, 128, 133, 146 et 147 de la *Loi de 1867*. Dans tous ces cas, comme dans le cas de la partie V de la *Loi de 1982* dont nous avons parlé ci-dessus, il serait inutile de faire disparaître la mention du Sénat, une fois celui-ci aboli. Si on souhaitait toutefois éliminer effectivement la mention du Sénat dans les articles susmentionnés, ce serait cette fois vraisemblablement le paragraphe 38(1) et les alinéas 42(1)b) et c) de la *Loi de 1982* qui devraient trouver application.

Nous en venons donc à la conclusion que l'abolition du Sénat relèverait de la procédure dite du 7/50 plutôt que de la règle de l'unanimité. Certes, on nous objectera sans doute qu'il serait inconcevable que le Sénat soit aboli sans que l'une ou l'autre des quatre provinces fondatrices du Canada

soit consentante⁵⁸. Mais ne serait-ce pas le cas aussi si la Chambre des communes, le Sénat⁵⁹ et au moins sept provinces représentant au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces souhaitaient abolir le partage des compétences, lequel est pourtant essentiel au maintien de cette union fédérale qu'en 1867 les provinces fondatrices ont voulu constituer?

VI. L'APPLICATION DES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS SOUS-JACENTS

Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême a posé quatre principes constitutionnels qu'elle a qualifiés de sous-jacents, soit le fédéralisme, la primauté du droit et le constitutionnalisme, la démocratie et la protection des minorités. Il s'agit de principes fondamentaux⁶⁰, qui ont dicté des aspects majeurs de l'architecture de la Constitution canadienne et qui en sont la force vitale⁶¹. Certes, ils ne sont pas écrits, mais il serait néanmoins impossible de concevoir notre structure constitutionnelle sans eux⁶². Et d'ajouter la Cour, « [c]es principes inspirent et nourrissent le texte de la Constitution : ils en sont les prémisses inexprimées »⁶³.

Dans une allocution qu'elle a prononcée le 1^{er} décembre 2005, la juge en chef Beverley McLachlin a précisé que ces « principes non écrits qui transcendent l'exercice du pouvoir étatique [...] trouvent leur origine dans l'histoire, les valeurs

58. En date du 1^{er} juillet 2012, l'Ontario représentait près de 39 % de la population canadienne, le Québec représentait 23 %, le Nouveau-Brunswick représentait 2 % et la Nouvelle-Écosse représentait près de 3 %. C'est donc dire, si on applique comme nous le suggérons la procédure dite du 7/50 à l'abolition du Sénat, que cette dernière pourrait être accomplie sans le consentement de l'une quelconque des provinces fondatrices du Canada, voire de trois de celles-ci. Sur ces données, voir Statistique Canada, « Population par année, par province et territoire (Proportion) », *supra* note 23.

59. Sous réserve du fait que le Sénat ne disposerait que d'un veto suspensif de cent quatre-vingts jours, en vertu de l'article 47 de la *Loi de 1982*, *supra* note 4.

60. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 18 aux pp 247-48.

61. *Ibid* à la p 248.

62. *Ibid*.

63. *Ibid* à la p 247.

et la culture de la nation, envisagée dans son contexte constitutionnel »⁶⁴. La juge McLachlin a aussi tenu à rappeler que « les principes qui guident les juges dans la prise de ces décisions difficiles ne sont pas leurs principes personnels, mais les principes qui sont implicites dans le système même qui confère aux juges leur autorité »⁶⁵. Toujours selon la juge McLachlin, ces principes sous-tendent les textes constitutionnels et donnent un sens à leur contenu⁶⁶.

Dans la présente partie, nous nous demanderons si ces principes constitutionnels directeurs et fondamentaux peuvent être d'une quelconque utilité en ce qui touche à l'interprétation ou l'application du droit en matière de réforme du Sénat. Plus particulièrement, nous nous intéresserons à trois des quatre principes en question, soit le fédéralisme, la protection des minorités et la démocratie. À notre avis, ces principes viennent tous appuyer l'idée voulant que la Cour suprême réponde par la négative aux trois premières questions posées par le gouverneur général en conseil dans le nouveau renvoi. Mais avant d'aborder cette brève étude, nous tenons à rappeler que les trois principes en question possèdent une autorité normative. Comme l'a affirmé la Cour suprême :

Des principes constitutionnels sous-jacents peuvent, dans certaines circonstances, donner lieu à des obligations juridiques substantielles (ils ont « plein effet juridique » selon les termes du *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, à la p. 845) qui posent des limites substantielles à l'action gouvernementale. Ces principes peuvent donner naissance à des obligations très abstraites et générales, ou à des obligations plus spécifiques et précises. Les principes ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements. « En d'autres termes », comme l'affirme notre Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, « dans les décisions

64. Très honorable Beverly McLachlin, « Unwritten Constitutional Principles: What is Going On? », allocution pour la « 2005 Lord Cooke Lecture » présentée à Wellington, Nouvelle-Zélande, 1^{er} décembre 2005 [non publiée], en ligne : <<http://www.fact.on.ca/judiciary/NewZeal.pdf>> (consulté le 12 octobre 2013). Le texte en français n'étant plus accessible, voir à la p 5 du texte en anglais pour le passage cité.

65. *Ibid* à la p 26 du texte en anglais.

66. *Ibid* à la p 19 du texte en anglais.

constitutionnelles, la Cour peut tenir compte des postulats non écrits qui constituent le fondement même de la Constitution du Canada » (p. 752)⁶⁷.

De plus, ces principes jouissent d'un contenu autonome, c'est-à-dire qu'ils sont substantiels en eux-mêmes et qu'ils possèdent leur propre contenu constitutionnel. Ils peuvent aussi servir de principes d'interprétation de la Constitution. À cet égard, ils peuvent notamment servir à l'interprétation des articles 24, 26 et 32 de la *Loi de 1867*, de même qu'à celle des articles 38, 41, 42 et 44 de la *Loi de 1982*.

A. LE FÉDÉRALISME

Le fédéralisme est évidemment un principe essentiel à l'union canadienne. Or, le Sénat joue un rôle vital dans le système fédéral canadien⁶⁸, c'est-à-dire dans l'ensemble des relations fédérales-provinciales, telles qu'elles découlent de la Constitution. Dans ses caractéristiques essentielles ou fondamentales, le Sénat ne relève pas que de l'entité juridique fédérale, avons-nous dit ci-dessus; il relève plutôt du principe fédéral lui-même. En ce sens, dans l'arrêt *Figueroa c Canada (PG)*⁶⁹, le juge LeBel a affirmé, au nom de ses collègues Gonthier et Deschamps, que le Sénat incarnait le principe de représentation régionale⁷⁰. Il a ajouté ce qui suit un peu plus loin :

Ces caractéristiques de l'histoire et des institutions politiques du Canada confirment que la notion de représentation démocratique équitable dans notre pays inclut la représentation des intérêts particuliers des groupes régionaux. Cette conclusion est, selon moi, étayée par certains énoncés de notre Cour sur le lien entre le fédéralisme et la démocratie, particulièrement dans le *Renvoi sur la sécession*. Notre Cour a alors affirmé que les principes à la base de la Constitution, y compris le fédéralisme et la démocratie, existaient en symbiose : « [a]ucun de

67. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, supra note 18 aux pp 249-50.

68. Voir à cet égard le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, supra note 2 aux pp 66, 67, 71, 73, 74 et 76.

69. 2003 CSC 37, [2003] 1 RCS 912.

70. *Ibid* à la p 996.

ces principes ne peut être défini en faisant abstraction des autres, et aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l'application d'aucun autre » (par. 49). Cette affirmation suggère que le fédéralisme — et l'attention qu'il porte à la protection des intérêts particuliers des groupes régionaux — contribue à définir la démocratie canadienne⁷¹.

Le rôle historique du Sénat en matière de promotion des intérêts régionaux est précisément l'une des raisons pour lesquelles la Chambre haute se doit d'échapper, dans ses caractéristiques essentielles, à la portée de l'article 44 de la *Loi de 1982*. En d'autres termes, l'importance accordée au fédéralisme dans le contexte canadien, en tant que principe constitutionnel sous-jacent, vient appuyer l'idée voulant que le Sénat, dans ses traits fondamentaux, ne puisse être modifié unilatéralement par Ottawa.

B. LA PROTECTION DES MINORITÉS

Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* de 1998, la Cour suprême a affirmé que « la protection de ces droits [les droits des minorités] est elle-même un principe distinct qui sous-tend notre ordre constitutionnel »⁷². Et la Cour d'ajouter ce qui suit :

Le souci de nos tribunaux et de nos gouvernements de protéger les minorités a été notoire ces dernières années, surtout depuis l'adoption de la *Charte*. Il ne fait aucun doute que la protection des minorités a été un des facteurs clés qui ont motivé l'adoption de la *Charte* et le processus de contrôle judiciaire constitutionnel qui en découle. Il ne faut pas oublier pour autant que la protection des droits des minorités a connu une longue histoire avant l'adoption de la *Charte*. De fait, la protection des droits des minorités a clairement été un facteur essentiel dans l'élaboration de notre structure constitutionnelle même à l'époque de la Confédération : *Renvoi relatif au Sénat*, précité, à la p 71. Même si le passé du Canada en matière de défense des droits des minorités n'est pas irréprochable, cela a toujours été, depuis la Confédération, un but

71. *Ibid.*

72. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 18 aux pp 261-62.

auquel ont aspiré les Canadiens dans un cheminement qui n'a pas été dénué de succès. Le principe de la protection des droits des minorités continue d'influencer l'application et l'interprétation de notre Constitution⁷³.

Dans le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, cette fois, la Cour suprême s'est exprimée en ces termes :

Si l'on garde à l'esprit la situation historique dans laquelle l'institution du Sénat a été conçue comme partie du système législatif fédéral, l'opinion de lord Sankey L.C. dans *In re La réglementation et le contrôle de l'aéronautique au Canada*, à la p. 70, bien que rédigée en regard de l'Acte dans sa forme initiale, est toujours pertinente :

[TRADUCTION] Dans la mesure où l'Acte renferme un compromis en vertu duquel les provinces primitives consentaient à se fédérer, il est important de ne pas perdre de vue que le maintien des droits des minorités était une des conditions auxquelles ces minorités consentaient à entrer dans la fédération et qu'il constituait la base sur laquelle toute la structure allait par la suite être érigée. [...] ⁷⁴.

De fait, le principe de la protection des droits des minorités est pour ainsi dire enchâssé dans la nature même du Sénat. L'un des rôles ou fonctions essentiels du Sénat dans le processus législatif fédéral était à l'origine d'exprimer les intérêts des minorités⁷⁵. Cela est encore vrai aujourd'hui. Par

73. *Ibid* à la p 262.

74. *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, *supra* note 2 à la p 71.

75. Notons toutefois qu'en 1867, les constituants avaient probablement davantage en tête la protection des minorités régionales que celle des minorités linguistiques, ethniques, religieuses, etc. Sur ce point, voir Ajzenstat, « Le bicaméralisme », *supra* note 12 aux pp 7-8. Cette auteure y affirme notamment que, par le mot « minorité », John A Macdonald n'entendait pas les minorités ethniques ou religieuses, mais plutôt les minorités sur le plan politique, c'est-à-dire les partis d'opposition et les points de vue politiques minoritaires dans la société en général. Selon Ajzenstat, Macdonald estimait qu'un des plus grands avantages du régime parlementaire de type britannique était de permettre la dissension et de protéger les minorités politiques. L'auteure cite également, à cet égard, Richard Cartwright, alors qu'il disait que les droits de la minorité devaient être à l'abri des caprices et de la passion de la majorité.

exemple, en date du 10 septembre 2013, 228 des 304 députés de la Chambre des communes étaient des hommes (75 %), alors que 76 de ces députés étaient des femmes (25 %). Au Sénat, 61 des 99 sénateurs étaient des hommes (61,6 %) et 38 étaient des femmes (38,4 %). En date du 27 novembre 2000, 1,6 % des députés étaient des Autochtones, alors que 6,1 % des sénateurs l'étaient. Toujours à cette date, 6,9 % des députés faisaient partie d'une minorité visible, comparativement à 10,2 % des sénateurs⁷⁶.

Historiquement, le mode nominatif plutôt qu'électif de sélection des sénateurs a permis au premier ministre du Canada de recommander au gouverneur général la nomination au Sénat de personnes issues de milieux minoritaires ou représentant des points de vue minoritaires dans l'ensemble canadien. Voilà pourquoi la protection ou l'expression des intérêts des minorités constitue une caractéristique essentielle du Sénat, devant échapper au pouvoir unilatéral de modification constitutionnelle prévu à l'article 44 de la *Loi de 1982*.

Le Sénat canadien étant entre autres voué à la protection et à la promotion des intérêts minoritaires et des minorités elles-mêmes, le principe constitutionnel sous-jacent de la protection des minorités — tel que reconnu dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* — s'applique à son égard et le met à l'abri, dans ses caractéristiques essentielles ou fondamentales, de toute entrave découlant d'une simple loi fédérale.

C. LA DÉMOCRATIE

Depuis 2006, le gouvernement du Canada cherche à transformer le Sénat de façon fondamentale sans appliquer la procédure complexe de modification constitutionnelle. Plus particulièrement, il vise, indirectement, à transférer la responsabilité de désigner les sénateurs du premier ministre

76. Sur les statistiques de la représentation hommes/femmes au Sénat, voir Bibliothèque du Parlement, Parlinfo, en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/Parlinfo>> (consulté le 26 septembre 2013). Sur la représentation hommes/femmes à la Chambre des communes, voir *ibid.* Sur la proportion des sénateurs et députés autochtones ou membres d'une minorité visible, voir Jonathan Nagle, « Base de données et graphiques sur la composition du Sénat et de la Chambre des communes » dans Joyal, *supra* note 12, 339 à la p 348.

fédéral — lequel exerce concrètement cette responsabilité de manière exclusive — aux électeurs de chaque province ou territoire. Le but du gouvernement est d'assujettir au principe démocratique le choix des candidats au Sénat, et ce, que ce soit au moyen de la tenue d'une élection sénatoriale (ou « consultation ») fédérale⁷⁷, provinciale ou territoriale⁷⁸.

Le projet de loi C-7, le dernier projet de loi fédéral en lice⁷⁹, énonce dans son préambule « qu'il est important que les institutions représentatives du Canada, notamment le Sénat, continuent d'évoluer de concert avec les principes d'une démocratie moderne et les attentes des Canadiens ». Il affirme également « que le gouvernement du Canada s'est engagé à explorer des façons de permettre au Sénat de mieux refléter les valeurs démocratiques canadiennes et de mieux répondre aux besoins des régions du Canada ». Il insiste aussi sur l'importance que les sénateurs soient choisis « par voie d'une élection démocratique par la population de la province ou du territoire » qu'ils sont appelés à représenter⁸⁰.

De son côté, l'article 3 du projet de loi C-7 mentionne que le premier ministre du Canada doit tenir compte, lors de la recommandation de candidats sénatoriaux au gouverneur général, des personnes choisies à l'issue d'élections sénatoriales tenues dans une province ou un territoire. Bien entendu, comme nous pouvons le constater, l'article 3 en question ne dit pas que le premier ministre serait *obligé de recommander* au gouverneur général la nomination au Sénat des personnes désignées par la population. Le premier ministre ne serait *obligé que de tenir compte* de ces personnes,

77. PL C-20, *Loi prévoyant la consultation des électeurs en ce qui touche leurs choix concernant la nomination des sénateurs*, supra note 28; PL C-43, *Loi prévoyant la consultation des électeurs en ce qui touche leurs choix concernant la nomination des sénateurs*, supra note 28.

78. PL C-7, *Loi concernant la sélection des sénateurs et modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 relativement à la limitation de la durée du mandat des sénateurs*, supra note 2; PL S-8, *Loi concernant la sélection des sénateurs*, supra note 28.

79. Le projet de loi C-7, supra note 2, est mort au feuillet le 13 septembre 2013, en raison de la prorogation de la Chambre des communes.

80. Dans le préambule de tous les autres projets de loi qu'il a déposés au Parlement depuis 2006, outre le projet de loi C-7, *ibid*, le gouvernement canadien a, là aussi, renvoyé à l'idée voulant que le Sénat soit réformé conformément aux principes d'une démocratie moderne ou que les sénateurs soient choisis par voie d'une élection démocratique par la population.

quitte à ne pas les recommander. Mais tout cela est théorique. En pratique, il serait extrêmement difficile pour le premier ministre de ne pas recommander au gouverneur général, pour nomination au Sénat, le nom d'une personne qui aurait été choisie par la population à la suite d'une élection.

D'ailleurs, l'article 1 de l'annexe du projet de loi C-7 affirme que « [l]es sénateurs devant être nommés pour une province ou un territoire devraient être choisis à partir de la liste des candidats sénatoriaux présentée par le gouvernement de la province ou du territoire ». Comme nous pouvons le constater, l'énoncé « [l]es [...] sénateurs devraient être choisis [...] » (*should be chosen* en anglais) que l'on retrouve à l'article 1 en question va encore plus loin que l'article 3 du projet de loi C-7, qui affirme que « le premier ministre tient compte » (*must consider* en anglais). À notre avis, l'article 3 traduit encore plus fidèlement que l'article 1 les véritables intentions fédérales, lesquelles sont vraisemblablement de *forcer* le premier ministre à recommander au gouverneur général, aux fins d'une nomination au Sénat, le nom des personnes choisies à l'occasion d'élections sénatoriales. En ce sens, il y a d'ailleurs lieu de renvoyer à ce que Scott Reid, le leader adjoint du gouvernement à la Chambre des communes, a affirmé le 30 septembre 2011, au sujet du projet de loi C-7 :

Il ne fait aucun doute que les premiers ministres perdraient au final le pouvoir de nommer des partisans ou des personnes de leur choix et seraient contraints de se plier à la volonté de la population de la province visée. Ce serait une excellente chose⁸¹.

N'oublions pas que les « candidats à un siège de sénateur » engageraient des dépenses lors de l'élection; ils feraient des promesses et se prononceraient sur diverses questions sur la place publique. La personne qui serait finalement choisie par la population — c'est-à-dire la personne qui remporterait l'élection — s'attendrait avec raison à être nommée au Sénat. La population, elle aussi, s'attendrait à ce que cette personne le soit. En d'autres mots, non seulement le

81. *Débats de la Chambre des communes*, 41^e parl, 1^{re} sess, n^o 24 (30 septembre 2011) à la p 1719 (Scott Reid).

vainqueur de l'élection, mais aussi l'ensemble de l'électorat, auraient des attentes légitimes en ce qui touche à la recommandation d'un nouveau sénateur par le premier ministre. Comme nous l'affirmons à l'occasion de notre comparution devant le Comité des affaires juridiques et constitutionnelles du Sénat, le 31 mai 2007 :

Il est dans la nature même d'un processus électoral au suffrage universel de dégager un vainqueur. Un tel processus a également besoin de certitude quant à son aboutissement. Comment demander à des citoyens de se porter candidats, de faire campagne, de prendre des engagements crédibles et d'engager des dépenses si la nomination, au terme du processus, est incertaine? En réalité, le système envisagé dans la démarche législative fédérale signifierait la disparition, dans le cadre du processus de sélection et de nomination des sénateurs, de la discrétion nécessaire au maintien d'une chambre nommée et sa transformation en chambre d'élus⁸².

Tout compte fait, l'élection sénatoriale exercerait une véritable force contraignante sur le premier ministre du Canada⁸³. Elle ne serait pas que consultative, étant donné la force et l'influence du principe démocratique dans la société canadienne.

C'est justement ici qu'intervient le principe constitutionnel sous-jacent de la démocratie. En réalité, ce principe

82. Québec, *Mémoire du gouvernement du Québec concernant les projets législatifs fédéraux sur le Sénat* (déposé devant le Comité permanent des affaires juridiques et constitutionnelles du Sénat), 31 mai 2007 aux pp 4-5, en ligne : Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes <http://www.saic.gouv.qc.ca/institutionnelles_constitutionnelles/resolutions/memoire-senat-version-p.pdf> (consulté le 26 septembre 2013).

83. Le paragraphe 16(2) du projet de loi C-20, *Loi prévoyant la consultation des électeurs en ce qui touche leurs choix concernant la nomination des sénateurs*, *supra* note 28, allait même jusqu'à prévoir ce qui suit :

Le directeur général des élections transmet au premier ministre un avis selon lequel la consultation ne sera pas tenue dans la province ainsi qu'un compte rendu des activités relatives au processus de consultation dans lequel il fait état notamment de toute candidature rejetée pour cause d'inobservation de la présente loi, et les publie dans la *Gazette du Canada*.

Il ressortait de cette disposition que, techniquement (et légalement), le premier ministre du Canada aurait été contraint d'attendre la tenue d'une « consultation » des électeurs avant de pouvoir recommander au gouverneur général le nom de la ou des personnes devant être nommées au Sénat.

ne vient pas tant appuyer l'idée voulant que le Sénat soit démocratisé, que celle voulant que le premier ministre n'ait d'autre choix, dans les faits, que de recommander au gouverneur général le nom des personnes choisies à l'occasion d'une élection sénatoriale. En d'autres mots, le premier ministre serait, nous semble-t-il, politiquement, moralement et démocratiquement lié par le résultat d'une élection sénatoriale. Le simple fait de sa part de ne pas respecter ou accepter ce résultat pourrait être vu comme antidémocratique. Cela, pourrait-on soutenir, irait à l'encontre du principe sous-jacent de la démocratie, tel que posé par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*.

Ceux qui doutent que le principe démocratique serait en cause si des élections sénatoriales étaient effectivement tenues n'ont qu'à examiner le projet de loi C-7 pour se convaincre du contraire. Celui-ci contenait un cadre complet pour l'élection des candidats sénatoriaux, prévoyant entre autres que la liste de ces derniers devait être établie par voie d'une élection tenue dans la province ou le territoire, soit conjointement avec l'élection générale des députés, soit à la date fixée par décret du lieutenant-gouverneur en conseil ou du commissaire en conseil, soit conjointement avec les élections municipales si celles-ci étaient tenues en vertu d'un scrutin général pour l'ensemble des municipalités⁸⁴. Ce cadre prévoyait également que la personne qui souhaitait se porter candidat à l'élection sénatoriale devait être nommée par un parti politique provincial ou territorial à titre de candidat officiel ou se déclarer candidat indépendant⁸⁵. Tout cela serait revenu à dire qu'il n'y aurait eu que très peu de différence entre une élection sénatoriale et une élection provinciale ou territoriale. Le gagnant d'une telle élection sénatoriale aurait été un « sénateur en attente », et la population de son côté se serait légitimement (et démocratiquement) attendue à ce que celui-ci accède bel et bien au Sénat.

84. PL C-7, *Loi concernant la sélection des sénateurs et modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 relativement à la limitation de la durée du mandat des sénateurs*, *supra* note 2, annexe, art 2.

85. *Ibid*, annexe, art 3.

CONCLUSION

En guise de conclusion, nous tenons à rappeler que le préambule de la *Loi de 1867* énonce que les provinces fondatrices du Canada ont souhaité créer une fédération reposant sur les mêmes principes que ceux sur lesquels repose la Constitution du Royaume-Uni. La version anglaise de ce préambule, la seule d'ailleurs qui ait valeur officielle, utilise les mots « a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom ». Or, au Royaume-Uni, la Chambre des lords n'est pas un organe électif, contrairement à la Chambre des communes. De plus, les membres de la Chambre des lords siègent à vie. Le Parlement canadien ne saurait donc, de nos jours, changer, ne serait-ce que progressivement et indirectement, la vocation non élective du Sénat et la durée du mandat des sénateurs sans contrevenir de ce fait à la volonté des constituants de 1867. De telles modifications ne peuvent être apportées qu'avec le consentement de l'ordre provincial de gouvernement, conformément aux modalités complexes de modification constitutionnelle établies par la partie V de la *Loi de 1982*.

Il est bien connu que l'article 44 fait l'objet de limites explicites, puisqu'il ne s'applique que « [s]ous réserve des articles 41 et 42 [...] ». Mais, comme nous l'avons vu ci-dessus, il fait aussi l'objet de limites tacites, comme celles découlant du paragraphe 38(1).

Parmi les caractéristiques essentielles du Sénat qui échappent ainsi à la portée de l'article 44 de la *Loi de 1982*, bien qu'elles puissent ne pas tomber sous le couvert de l'article 41 ni sous celui de l'article 42 de cette loi, notons la réduction du mandat des sénateurs (lorsque celle-ci entrave le bon fonctionnement du Sénat) et la transformation graduelle de la Chambre haute en une chambre élective, au moyen de la « consultation » de la population. Ces dernières caractéristiques essentielles du Sénat, si elles ne sont pas couvertes par l'alinéa 41a) ou l'alinéa 42(1)b) de la *Loi de 1982*, tombent alors sous le coup du paragraphe 38(1) de cette loi.

Du reste, nous croyons fermement que rien ne justifierait que le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute* ne s'applique plus depuis le rapatriement de la Constitution canadienne survenu en 1982. Par conséquent, en suivant la même logique que celle que la Cour suprême a formulée dans ce dernier renvoi, nous parvenons aux résultats suivants :

- La Cour suprême devrait répondre par la négative à la première question du gouverneur général en conseil, puisque les scénarios envisagés par ce dernier dans ses sous-questions a) à g) seraient de nature, s'ils se réalisaient, à mettre en péril le bon fonctionnement du Sénat et supposeraient des modifications si importantes aux caractéristiques essentielles de cette institution qu'elles ne sauraient relever de l'article 44 de la *Loi de 1982*. Elles relèveraient plutôt du paragraphe 38(1) de cette loi.
- La deuxième question devrait elle aussi recevoir une réponse négative puisque l'hypothèse qui y est soumise par le gouverneur général en conseil aurait pour effet de transformer progressivement et indirectement le Sénat en une chambre élective, et ce, à l'encontre de la volonté des fondateurs du Canada. Une telle hypothèse relèverait plutôt de l'alinéa 41a) de la *Loi de 1982* relativement à la charge de gouverneur général, de l'alinéa 42(1)b) de cette loi en ce qui touche au mode de sélection des sénateurs, ou du paragraphe 38(1) de cette loi par rapport aux caractéristiques essentielles du Sénat qui ne sont pas visées par l'article 41 ou l'article 42.
- La troisième question du gouverneur général en conseil devrait recevoir une réponse négative pour les mêmes motifs que la deuxième question.
- La quatrième question du gouverneur général en conseil devrait recevoir une réponse positive en ce qui a trait au paragraphe 23(4) de la *Loi de 1867*. Par contre, en ce qui touche au paragraphe 23(3) de cette loi, la Cour suprême ne peut donner une réponse, fût-elle positive ou négative, sans se prononcer aussi sur la modification du paragraphe 23(6), cette dernière n'étant cependant pas soulevée par le gouverneur général en conseil dans le nouveau renvoi.

- La réponse à la cinquième question du gouverneur général en conseil devrait être positive. Nous croyons que c'est la procédure dite du 7/50 qui devrait s'appliquer à l'abolition du Sénat.
- Il serait inutile pour la Cour de répondre à la sixième question du gouverneur général en conseil, portant sur le recours à la règle de l'unanimité en ce qui touche à l'abolition du Sénat, étant donné la réponse qu'il convient selon nous qu'elle donne à la cinquième question.

Il appert évidemment de ce qui précède que la réforme du Sénat, si elle devait être un tant soit peu importante, ne pourrait être accomplie qu'en vertu d'une modalité complexe de modification constitutionnelle. Il en serait de même, *a fortiori*, pour son abolition. Nous en venons à cette conclusion indépendamment de l'opportunité qu'il y aurait de réformer le Sénat, voire, aux yeux de certains, de l'abolir.

Quoi qu'il en soit, nous estimons qu'en ce moment, même dans son état actuel, le Sénat peut être d'une grande utilité, en ce qu'il peut permettre aux minorités de s'exprimer davantage au sein du Parlement que s'il n'y avait que la Chambre des communes. En effet, il est difficile pour une personne provenant d'un groupe minoritaire d'être élue dans une circonscription. Il lui est encore plus difficile d'être élue dans l'ensemble d'une province ou d'un territoire⁸⁶. Le mode nominatif lui permet alors de parvenir à des instances — comme le Sénat — auxquelles elle ne pourrait normalement pas accéder si le mode électoral était appliqué. Aussi n'est-il pas étonnant de constater qu'il y a présentement plus de femmes, d'Autochtones et de personnes faisant partie des minorités visibles au Sénat qu'à la Chambre des communes⁸⁷. Les personnes provenant de divers autres groupes ethniques ou de minorités religieuses et les francophones vivant en milieu

86. Comme nous l'avons déjà dit, *supra* note 39, les candidats sénatoriaux seraient élus non pas uniquement par les électeurs d'une circonscription, mais plutôt par ceux de toute une province ou de tout un territoire.

87. Sur ce point, voir *supra* note 76, et le texte correspondant.

minoritaire⁸⁸ seraient eux aussi laissés pour compte si le Sénat devenait élu plutôt que constitué de gens nommés, comme c'est le cas en ce moment. Bref, le mode de sélection nominatif qui s'applique actuellement au Sénat favorise l'expression des minorités et des points de vue minoritaires⁸⁹ à

88. Sur la représentation au Sénat des francophones vivant en milieu minoritaire, voir Mark C Power et Marc-André Roy, « La représentation au Parlement fédéral des communautés de langue officielle en situation minoritaire : étude sur la réforme du Sénat et sa validité constitutionnelle » (2012) 42 :2 RGD 497; de même que le rapport de la professeure Linda Cardinal, dans Mark C Power, Jennifer Klinck et Perri Ravon, Heenan Blaikie SENCRL, SRL, « Dossier de preuve de la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada, dossier n° 35203, dans l'affaire d'un renvoi par le gouverneur en conseil concernant la réforme du Sénat tel que formulé dans le décret CP 2013-70 en date du 1^{er} février 2013 », en ligne : Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada <http://www.fcfa.ca/user_files/users/40/Media/2013_juin_-_rapport_dexpert_fcfa_cour_supreme.pdf> (consulté le 12 octobre 2013).

En date du 14 novembre 2013, la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada estimait que 7,6 % des sénateurs étaient des francophones vivant en milieu minoritaire, alors que seulement 3,2 % des députés l'étaient. Sur ce point, voir Stéphanie Marin, « Les francophones craignent que leur voix ne soit plus entendue », *Le Droit* (14 novembre 2013) 17.

89. Le professeur Mark D Walters a émis l'opinion voulant que la composition régionale du Sénat puisse peut-être servir à permettre l'expression de points de vue qui ne sont ni ceux du fédéral ni ceux des provinces, comme des points de vue minoritaires ou marginaux. Il s'est exprimé comme suit :

[TRADUCTION] L'accent mis dès le départ sur la division du Canada en régions plutôt qu'en provinces en ce qui touche à la création du Sénat était peut-être dû au fait qu'on a voulu que se manifestent dans cette institution des opinions politiques autres que celles qui étaient largement répandues à l'échelle provinciale et fédérale. Peut-être que ce qui était sous-jacent aux textes constitutionnels, tels que libellés, c'était la volonté d'intégrer dans le processus législatif fédéral les vues des minorités et des groupes marginaux de tout le pays — par opposition aux vues des provinces en tant que telles — et que cette volonté soit elle aussi l'une des caractéristiques essentielles du Sénat, et ce, bien que le texte écrit de la Constitution n'ait jusqu'à présent pas permis d'atteindre pareil objectif.

Il s'agit de la traduction du texte suivant :

The original emphasis on sectional divisions rather than provinces in the Senate's design may be said to have been intended to accommodate a kind of political interest not captured by the majoritarian politics manifested at either provincial or federal levels. Perhaps the underlying principle that the written rules on the Senate were to have manifested, stated in terms that make normative sense today, is the principle of integrating the distinctive views of minorities or marginalized groups across the country into federal lawmaking, as opposed to the views of provinces as such, and that this too is an aspect of the Senate's true or essential constitutional form — though, again, it would seem that the written rules of the Constitution do not serve this principle well today, if they ever did.

l'intérieur du Parlement. Le Sénat pourrait même être encore plus utile qu'il ne l'est présentement si davantage de sénateurs étaient justement nommés en provenance des groupes minoritaires ou en raison de leurs opinions minoritaires.

Par ailleurs, il serait souhaitable que le premier ministre du Canada constitue un comité formé de gens crédibles, dont la tâche serait de le conseiller en ce qui a trait aux nominations au Sénat⁹⁰. À notre avis, la création d'un tel comité ne nécessiterait pas une modification constitutionnelle complexe, ni même une modification constitutionnelle unilatérale⁹¹. Déjà, le premier ministre peut compter sur un tel comité pour les nominations « vice-royales »⁹².

Toutefois, pour une réforme plus substantielle du Sénat, il faudra qu'Ottawa obtienne le consentement d'un nombre suffisant de provinces, comme nous l'avons vu ci-dessus. Cela est d'ailleurs normal puisqu'il est important, selon nous, que soit préservée l'indépendance du Sénat ainsi que sa capacité de fournir un second regard serein et attentif au sein du processus législatif fédéral. Il en est de même pour les pouvoirs et la composition du Sénat, lesquels ne sont toutefois pas directement visés par le nouveau renvoi soumis par le gouverneur général en conseil.

Si un jour, une négociation constitutionnelle formelle devait porter sur la réforme du Sénat, alors plusieurs propositions pourraient être avancées, dont celles qui avaient été

Pour ce texte, voir Mark D Walters, « The Constitutional Form and Reform of the Senate: Thoughts on the Constitutionality of Bill C-7 » (2013) 7:1 *Journal of Parliamentary and Political Law* 37 aux pp 44-45.

90. Au Royaume-Uni, le premier ministre s'est doté en l'an 2000 d'une commission, dont le mandat est de lui faire des recommandations non partisans en ce qui touche aux nominations au Sénat. Il s'agit de la *House of Lords Appointments Commission*. Que nous sachions, cette commission n'a toutefois pas été créée par une loi et ne dispose pas d'assises constitutionnelles.

91. Un tel comité pourrait être mis sur pied en vertu des pouvoirs législatifs réguliers du Parlement, c'est-à-dire en vertu de l'article 91 de la *Loi de 1867*, *supra* note 3. Il pourrait aussi ne découler que d'une décision du premier ministre lui-même.

92. Le 4 novembre 2012, le premier ministre du Canada a annoncé la création d'un comité consultatif non partisan dont la mission consiste à lui présenter des candidats qui pourraient être nommés pour devenir représentants de Sa Majesté dans le cadre d'une fonction « vice-royal ». Sur ce sujet, voir Premier ministre du Canada, Stephen Harper, « Nouveau comité consultatif sur les nominations vice-royale », en ligne : Premier Ministre du Canada <<http://www.pm.gc.ca/fra/media.asp?id=5142>> (consulté le 26 septembre 2013).

formulées en novembre 1980 par le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles (rapport Goldenberg-Donahue). Celui-ci avait recommandé que le mandat des sénateurs soit de dix ans, mais qu'il puisse être renouvelé pour cinq ans sur recommandation d'un comité sénatorial dûment constitué à cette fin⁹³. Quant à l'âge de la retraite des sénateurs, le Comité proposait qu'il soit de soixante-dix plutôt que de soixante-quinze ans. Le Comité proposait également que la moitié des sénateurs soient nommés (par le gouvernement du Canada) à partir de listes de noms fournies par les provinces ou les territoires⁹⁴. Nous estimons que ces propositions sont particulièrement intéressantes, bien qu'elles ne puissent voir le jour qu'en vertu de la procédure dite du 7/50, pour les motifs expliqués ci-dessus.

Dans l'attente de telles réformes, qui ne sont cependant que purement hypothétiques pour l'instant, nous tenons à rappeler qu'il n'est pas du tout anormal ni inopportun qu'un pays aussi vaste, aussi complexe et aussi diversifié que le Canada dispose d'une chambre haute. À peu près toutes les fédérations du monde en possèdent.

Bien qu'il soit fréquemment écorché par les critiques qui lui sont adressées par la population, le Sénat demeure une composante fondamentale de l'architecture constitutionnelle du Canada. Si des réformes de cette institution sont souhaitables — et elles le sont sans aucun doute —, il est néanmoins impérieux qu'elles ne soient accomplies que dans le respect de l'intention initiale des constituants de 1867 et qu'avec le consentement des provinces, conformément à la procédure dite du 7/50.

93. Sénat, Comité permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *Rapport sur certains aspects de la Constitution canadienne* (rapport Lamontagne), 26 novembre 1980.

94. Nous ne verrions pas d'un mauvais œil que le Sénat devienne éventuellement une chambre des provinces, c'est-à-dire qu'il soit une institution dont les membres sont désignés (en totalité ou en partie) par les provinces elles-mêmes. Le Sénat n'a jamais vraiment été une telle chambre des provinces (ni des régions d'ailleurs), puisque les sénateurs sont nommés exclusivement par le fédéral et qu'une fois nommés, ils se soumettent allègrement à une ligne de parti qui est celle de la formation politique à laquelle ils adhèrent.