

LA MODIFICATION PAR CONVENTION CONSTITUTIONNELLE DU MODE DE DÉSIGNATION DES SÉNATEURS CANADIENS

José Woehrling

Volume 39, Number 1-2, 2008–2009

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1107360ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/11529>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Woehrling, J. (2008). LA MODIFICATION PAR CONVENTION CONSTITUTIONNELLE DU MODE DE DÉSIGNATION DES SÉNATEURS CANADIENS. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 39(1-2), 115–151. <https://doi.org/10.17118/11143/11529>

Article abstract

At the present time, under the *Constitution Act 1867*, senators are appointed by the Governor General who, following the conventions of the Constitution, acts at the initiative and upon the advice of the Canadian Prime Minister. Is it possible to change this appointment procedure without any formal amendment to the written Constitution, by adopting and adding new and different conventions to the existing system? In this study, two such possible avenues of reform are examined: the appointment of senators by the federal executive following a "consultative" election in the province to be represented or their appointment by that same executive on presentation of one or more persons by the provincial executive.

**LA MODIFICATION PAR
CONVENTION CONSTITUTIONNELLE
DU MODE DE DÉSIGNATION
DES SÉNATEURS CANADIENS**

par José WOEHLING*

Actuellement, les membres du Sénat canadien sont nommés, aux termes de la Loi constitutionnelle de 1867, par le gouverneur général qui, en vertu des conventions constitutionnelles, agit de l'initiative et sur l'avis du premier ministre du Canada. Dans quelle mesure est-il possible de mettre en place, sans modification constitutionnelle formelle, par l'entremise de nouvelles conventions constitutionnelles, un mode différent de désignation des sénateurs? Dans cet article, l'auteur examine l'hypothèse de la désignation des sénateurs par l'exécutif fédéral à la suite d'une consultation électorale tenue dans les provinces, ainsi que celle d'une désignation faite par ces mêmes autorités sur proposition de personnes par le gouvernement de la province à représenter.

At the present time, under the Constitution Act 1867, senators are appointed by the Governor General who, following the conventions of the Constitution, acts at the initiative and upon the advice of the Canadian Prime Minister. Is it possible to change this appointment procedure without any formal amendment to the written Constitution, by adopting and adding new and different conventions to the existing system? In this study, two such possible avenues of reform are examined: the appointment of senators by the federal executive following a «consultative» election in the province to be represented or their appointment by that same executive on presentation of one or more persons by the provincial executive.

*. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

SOMMAIRE

Introduction	117
A. Nature et caractères des conventions constitutionnelles	119
B. L'apparition de nouvelles conventions constitutionnelles relatives à l'exercice des pouvoirs exécutifs fédéraux reste possible sous le régime de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	124
C. Conditions et modalités de l'apparition d'éventuelles conventions relatives à la nomination des sénateurs	129
1) L'apparition d'une convention à la suite de précédents ou sa mise en place de façon instantanée	130
2) Les consentements nécessaires pour faire apparaître une convention	133
3) Les principes constitutionnels susceptibles de justifier l'apparition de conventions relatives à la nomination des sénateurs	138
a) La présentation de personnes par les gouvernements provinciaux	141
b) L'élection des sénateurs dans les provinces	143
D. La modification de la durée du mandat des sénateurs	145
Conclusion	149

Introduction

En 2006, le gouvernement fédéral, formé par le Parti conservateur et dirigé par le premier ministre Stephen Harper, déposait au Parlement deux projets de loi portant sur la réforme du Sénat canadien, le premier ramenant à huit ans le mandat des nouveaux sénateurs, le deuxième créant un mécanisme de consultation des électeurs pour connaître leurs préférences concernant la nomination des sénateurs devant représenter leur province. Morts au feuillet à la suite de la prorogation de la session du Parlement le 14 septembre 2007, les deux projets de loi ont été réintroduits un mois plus tard, au début de la session suivante, pour s'éteindre à nouveau avec le déclenchement des élections qui ont eu lieu le 14 octobre 2008. Le gouvernement Harper avait fait part de son intention de réintroduire les deux projets dès le début de la nouvelle législature, en novembre 2008, ce qui ne s'était cependant pas encore produit six mois plus tard, au moment de la rédaction du présent article.

Le projet de loi C-19, intitulé *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs)*¹, était destiné à modifier l'article 29 de la *Loi constitutionnelle de 1867*² selon lequel les sénateurs occupent leur place jusqu'à l'âge de soixante-quinze ans. Il prévoyait que les sénateurs seraient nommés pour un seul mandat de huit ans. Le projet de loi C-20, intitulé *Loi prévoyant la consultation des électeurs en ce qui touche leurs choix concernant la nomination des sénateurs*³, prévoyait, selon ce qu'indiquait son préambule, la mise en place d'un «processus permettant aux électeurs de faire connaître leurs préférences quant à la nomination des sénateurs dans le cadre du processus de nomination actuel», un tel processus étant présenté comme une mesure provisoire prise en attendant l'adoption d'une

-
1. P.L. C-19, *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs)*, 2^e sess., 39^e Parl., 2007.
 2. *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 et 31 Vict., c. 3, art. 24, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n^o 5.
 3. P.L. C-20, *Loi prévoyant la consultation des électeurs en ce qui touche leurs choix concernant la nomination des sénateurs*, 2^e sess., 39^e Parl., 2007.

modification constitutionnelle formelle destinée à instaurer l'élection directe des sénateurs.

Selon certains commentateurs, si une telle réforme était mise en place par l'adoption de lois ordinaires du Parlement fédéral, le Sénat se considérerait probablement autorisé à s'opposer au gouvernement et à la Chambre des communes à partir du moment où il se trouverait composé d'un nombre suffisant de sénateurs «élus» par l'entremise du processus mentionné, situation qui pourrait entraîner la création d'une convention constitutionnelle exigeant le recours au même processus pour toutes les nominations futures et créerait une forte pression sur les sénateurs «non élus» encore en place pour qu'ils démissionnent⁴.

Actuellement, les membres du Sénat sont nommés, aux termes de l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵, par le gouverneur général qui, en vertu des conventions constitutionnelles, agit de l'initiative et sur l'avis du premier ministre du Canada. La réforme du Sénat envisagée par le gouvernement Harper amène donc à se demander dans quelle mesure il est possible de mettre en place, sans modification constitutionnelle formelle, par l'entremise de nouvelles conventions constitutionnelles, des modalités additionnelles de désignation des sénateurs venant se greffer sur le processus actuel?⁶ Outre l'hypothèse de la désignation des sénateurs par

-
4. Bruce M. Hicks et André Blais, «Restructuring the Canadian Senate through Elections», (2008) 14 Choices (IRPP) 2 à la p. 15.
 5. *Supra* note 2, art. 24 : «Le Gouverneur général mandera de temps à autre, au Sénat, et par instrument sous le grand sceau du Canada, des personnes ayant les qualifications voulues [...]».
 6. L'alinéa 42(1) b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11, prévoit que la modification des pouvoirs du Sénat et du «mode de sélection des sénateurs» se fait par la procédure normale de modification (dite «7 et 50»), c'est-à-dire exige des résolutions adoptées par les deux chambres du Parlement fédéral et par les assemblées législatives d'au moins deux tiers des provinces (c'est-à-dire sept provinces sur dix), dont la population confondue constitue au moins la moitié de la population de toutes les provinces.

l'exécutif fédéral à la suite d'une consultation électorale tenue dans les provinces, nous examinerons également celle d'une désignation faite par ces mêmes autorités sur proposition de personnes par le gouvernement de la province à représenter, ce qui était la réforme prévue dans le défunt Accord du lac Meech.

Après avoir rappelé la nature et les caractères des conventions constitutionnelles (A), nous établirons que l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'empêche pas l'apparition de nouvelles conventions destinées à faire évoluer le système constitutionnel (B), pour ensuite examiner les diverses modalités ainsi que les conditions d'apparition d'éventuelles conventions relatives à la désignation des sénateurs (C). Enfin, comme la mise en place d'une convention constitutionnelle modifiant le mode de désignation des sénateurs de la manière souhaitée par le gouvernement exigerait également que soit modifiée la durée de leur mandat, nous nous demanderons si une telle modification est possible par loi fédérale ordinaire, comme prévu par le projet de loi C-19 (D).

A. Nature et caractères des conventions constitutionnelles

Les conventions de la Constitution sont des règles qui régissent le fonctionnement des institutions politiques. Issues de la pratique et généralement non écrites, elles concrétisent une entente entre ceux qui dirigent l'État et sont perçues par eux comme obligatoires. Elles complètent et, dans certains cas, contredisent les règles de droit, sans pouvoir cependant les modifier formellement. Les tribunaux sont parfois amenés à en reconnaître l'existence, mais ne peuvent en assurer la sanction, car ce ne sont pas des règles juridiques. Les conventions ont pour fonction d'accorder les règles de droit constitutionnel à la réalité politique. Comme le dit la Cour suprême dans le *Renvoi sur le rapatriement* : «L'objet principal des conventions constitutionnelles est d'assurer que le cadre juridique de la Constitution fonctionnera selon les principes ou valeurs constitutionnelles dominantes de l'époque»⁷. La Cour ajoute que l'existence d'une

7. *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 à la p. 880 [*Renvoi sur le Rapatriement*] (jj. Martland, Ritchie, Dickson, Beetz,

convention constitutionnelle exige la réunion de trois éléments constitutifs : les précédents, le sentiment de ceux qui ont posé ces précédents (les «acteurs dans les précédents») d'être obligés de se comporter de la sorte et, enfin, la raison d'être, c'est-à-dire un principe constitutionnel important qui justifie l'apparition d'une convention⁸.

Traditionnellement, on considère que les conventions constitutionnelles peuvent être regroupées en trois grandes catégories, chacune articulée précisément autour d'une «raison d'être» différente⁹.

Les conventions les plus anciennes et les plus connues — apparues en Grande-Bretagne, elles ont été transposées dans toutes les parties du Commonwealth — se rapportent à ce que les Britanniques appellent le «gouvernement responsable» et s'articulent autour du principe démocratique. Leur «raison d'être» est de faire en sorte que les pouvoirs de l'État soient exercés conformément aux vœux de l'électorat; elles ont trait à la responsabilité ministérielle, au choix du Cabinet et du premier ministre, à la dissolution du Parlement, à la sanction royale des projets de loi et ainsi de suite. Elles ont permis le fonctionnement de la démocratie à l'intérieur d'une structure juridique monarchique pourtant archaïque et désuète¹⁰. Dans cette première catégorie de conventions se trouvent celles qui ont pour objet de neutraliser ou d'encadrer les pouvoirs juridiques

Chouinard et Lamer). Les conventions ne font pas partie de la Constitution formelle, ni même du droit constitutionnel. Pourtant, comme le dit la Cour suprême, elles appartiennent à la Constitution au sens large (ou «matériel») du terme. Sur les conventions constitutionnelles, voir : Andrew Heard, *Canadian Constitutional Conventions*, Toronto, Oxford University Press, 1991; José Woehrling, «La Cour suprême et les conventions constitutionnelles : les renvois relatifs au «rapatriement» de la Constitution canadienne», (1984) 14 R.D.U.S. 391.

8. *Renvoi sur le rapatriement, ibid.* à la p. 888.

9. Voir : Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *Les Constitutions du Canada et du Québec, du Régime français à nos jours*, t.1, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1994 aux p. 135 et s.

10. *Renvoi sur le rapatriement, supra note 7* aux p. 877-879.

attribués par la Constitution au monarque ou à ses représentants canadiens, gouverneur général et lieutenant-gouverneurs. Elles opèrent le plus souvent un transfert de ces pouvoirs à d'autres titulaires non désignés par la Constitution formelle (comme précisément dans le cas de la convention qui dicte au gouverneur général de nommer les sénateurs de l'initiative et sur l'avis du premier ministre canadien).

Une seconde catégorie regroupe les conventions nées lors de l'évolution qui a progressivement transformé l'empire colonial britannique en Commonwealth, au sein duquel les ex-colonies ont acquis un statut égal et indépendant. La «raison d'être» qui constitue le pivot de ces conventions est l'autonomie et l'égalité des dominions. Cette autonomie a été consacrée par le *Statut de Westminster de 1931*¹¹, dans lequel certaines conventions ont été codifiées¹². Certaines de ces conventions, il faut le souligner, plutôt que d'être apparues progressivement à la suite d'une accumulation de précédents, sont nées instantanément comme résultat d'un accord formel – parfois en forme écrite – passé entre les acteurs constitutionnels concernés (on y reviendra plus loin).

Enfin, le fonctionnement du système fédéral canadien a fait apparaître des conventions constitutionnelles dont la «raison d'être» consiste à assurer un meilleur équilibre entre les pouvoirs de l'État central et ceux des provinces. Certaines de ces conventions ont pour objet de modifier la portée – ou même d'écarter l'application – des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui sont peu compatibles avec un fédéralisme authentique¹³. D'autres doivent permettre une meilleure

11. *Statut de Westminster, 1931* (R.-U.), 22 et 23 Geo. V, c. 4. Le *Statut* s'appliquait au Canada, à l'Australie, à l'Afrique du Sud, à la Nouvelle-Zélande, à l'État libre d'Irlande et au Dominion de Terre-Neuve.

12. *Renvoi sur le rapatriement*, *supra* note 7 à la p. 879.

13. En effet, la *Loi constitutionnelle de 1867* (*supra* note 2) contient des éléments «unitaires» assez prononcés, lesquels ont cependant été progressivement neutralisés ou, du moins, atténués, grâce à l'interprétation donnée au texte constitutionnel par le Comité judiciaire du Conseil privé et à l'apparition de certaines conventions constitutionnelles. Voir le *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution* (*supra* note 7 à la p. 879) où la Cour fait référence à des conventions

harmonisation de l'exercice des compétences fédérales et provinciales¹⁴. Parmi les caractéristiques du fédéralisme canadien généralement jugées peu compatibles avec les principes du fédéralisme classique figure précisément le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif fédéral de nommer les sénateurs (caractéristique qui empêche le Sénat de jouer son rôle de chambre fédérale).

Outre ces trois grandes «raisons d'être» traditionnelles que l'on vient de rappeler, on prétend parfois en trouver une quatrième dans le principe de la «dualité canadienne», qui pourrait justifier la reconnaissance d'un statut distinct pour le Québec. Ainsi, dans le *Renvoi sur le droit de veto*¹⁵, le Québec invoquait, pour se faire reconnaître un droit de veto conventionnel sur toute modification constitutionnelle, le principe de «dualité canadienne», en vertu duquel «on devra reconnaître que les deux peuples qui ont fondé le Canada sont foncièrement égaux et que le Québec forme à l'intérieur de l'ensemble canadien une société

«relatives [...] à la nomination des lieutenant-gouverneurs, à la réserve ou au désaveu des lois provinciales». Soulignons que la convention dont la Cour semble envisager l'apparition, pour des raisons de fédéralisme, relativement à la nomination des lieutenant-gouverneurs, qui sont nommés par le gouverneur général aux termes de l'article 58 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (*supra* note 2), devrait logiquement prévoir que cette nomination est faite par le gouverneur général sur l'avis du premier ministre provincial. La même logique fédérale ne justifierait-elle pas une convention prévoyant que le gouverneur général doit nommer les sénateurs sur l'avis combiné du premier ministre fédéral et du Cabinet provincial, celui-ci présentant à celui-là une liste de personnes à partir de laquelle le premier ministre canadien doit choisir la personne faisant l'objet de sa recommandation au gouverneur général?

14. *Renvoi sur le rapatriement*, *supra* note 7. La Cour réfère aux conventions relatives à la tenue des conférences fédérales-provinciales. D'autres conventions ont pour objet d'assurer la représentation des diverses régions du pays au sein des organes de l'État central, le cabinet en particulier; voir : Heard, *supra* note 7 aux pp. 49-50 et 108-110.
15. *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793 [Renvoi sur le droit de veto] : sur la «dualité canadienne» comme raison d'être susceptible de fonder l'apparition de conventions constitutionnelles. Voir Frédéric Levesque, «L'alternance au poste de Gouverneur général et la dualité canadienne : règle de politesse ou convention constitutionnelle?» (2007) 37 R.G.D 301.

distincte par la langue, la culture, les institutions et qui possède tous les attributs d'une communauté nationale distincte» (comme le disait une résolution adoptée par l'Assemblée nationale du Québec le 1^{er} décembre 1981). Il s'agirait là, argumentait-on, de la raison d'être d'une convention interdisant que les compétences de la législature du Québec puissent être diminuées sans son consentement. La Cour suprême n'a pas eu à approfondir ce point, étant donné qu'elle estimait par ailleurs que le Québec n'avait pas réussi à faire la preuve de l'acceptation des acteurs et que la carence de l'élément intentionnel suffisait à faire rejeter sa thèse.

Les conventions peuvent combler les lacunes du droit écrit ou non écrit (*praeter legem*) compléter le droit écrit ou non écrit sans le contredire (*secundum legem*) ou, enfin, le contredire (*contra legem*), en interdisant ce que le droit permet, par exemple en empêchant le titulaire d'un pouvoir juridique d'exercer ce dernier ou en lui dictant la manière d'exercer un pouvoir discrétionnaire. Par contre, elles ne pourraient guère prescrire ce que le droit interdit, car la confrontation entre les deux impératifs devant le juge amènerait forcément ce dernier à sanctionner la règle de droit et à ignorer la convention.

La Cour suprême, dans le Renvoi sur le rapatriement, a beaucoup insisté sur le fait que de nombreuses conventions contredisent directement le droit constitutionnel écrit ou non écrit. Elle s'est appuyée sur cette caractéristique des conventions pour justifier son refus de les sanctionner juridiquement¹⁶.

16. *Renvoi sur le rapatriement, supra* note 7 aux pp. 880-881 : «Peut-être la raison principale pour laquelle les règles conventionnelles ne peuvent être appliquées par les tribunaux est qu'elles entrent généralement en conflit avec les règles juridiques qu'elles postulent. [...] Il résulte du fait que les règles juridiques créent des facultés, pouvoirs discrétionnaires et droits étendus dont les conventions prescrivent qu'ils doivent être exercés seulement d'une façon limitée, si tant est qu'ils puissent l'être». La Cour donne deux exemples: la convention qui interdit à la reine (ou à son représentant) de refuser de donner la sanction à un projet de loi et celle qui oblige un gouvernement battu aux élections à donner sa démission.

On comprend donc pourquoi il est parfaitement possible de mettre en place, par le biais de conventions, des réformes constitutionnelles non autorisées par loi ordinaire et exigeant plutôt une modification constitutionnelle : le fait que les conventions en cause contredisent les dispositions de la Constitution ne soulève aucune difficulté, du moment qu'elles le font en obligeant le gouverneur général (ou le gouverneur général en conseil) à exercer ses pouvoirs d'une certaine manière (ou en lui interdisant de les exercer), mais sans le forcer à adopter une attitude juridiquement interdite. Évidemment, les conventions en cause ne seraient pas sanctionnées par les tribunaux, mais tant que les acteurs constitutionnels continueraient de s'entendre pour les respecter ceci ne soulèverait pas de problème.

B. L'apparition de nouvelles conventions constitutionnelles relatives à l'exercice des pouvoirs exécutifs fédéraux reste possible sous le régime de la *Loi constitutionnelle de 1982*

L'existence, depuis l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁷, d'une procédure de modification constitutionnelle entièrement canadienne, qui permet la modification de toute la Constitution par les pouvoirs publics fédéraux et provinciaux, n'empêche pas que le système constitutionnel puisse également continuer à évoluer par le biais de l'apparition de nouvelles conventions constitutionnelles venant compléter, modifier ou neutraliser l'application des règles de droit constitutionnel écrites ou non écrites. Autrement dit, l'exigence du respect de la procédure de modification formelle pour telle ou telle réforme constitutionnelle pourra continuer d'être contournée, comme elle pouvait l'être avant 1982, par des conventions, du moins lorsque celles-ci permettront d'obtenir l'effet recherché en neutralisant ou en encadrant l'exercice de pouvoirs juridiques attribués par la Constitution. L'illustration la plus convaincante de cette situation est le fait que l'application de la procédure de modification constitutionnelle elle-même est susceptible d'être modifiée par des conventions constitutionnelles, et l'a peut-être déjà été.

17. *Supra* note 6.

Ainsi, le référendum de 1992 sur l'Entente de Charlottetown constitue, sur le plan politique, un précédent qu'il sera sans doute difficile d'ignorer à l'avenir¹⁸. Toute nouvelle tentative de réforme constitutionnelle d'une ampleur comparable aux accords de Meech ou de Charlottetown devra donc vraisemblablement être soumise à la population. Pour certains spécialistes, cette exigence fait déjà l'objet d'une convention constitutionnelle, apparue par conséquent à la suite d'un seul précédent¹⁹. L'association des dirigeants des deux territoires (ils sont devenus trois depuis 1999) et des leaders autochtones aux négociations qui ont conduit à l'Entente de Charlottetown risque d'être invoquée comme constituant un autre précédent politique. Pour ce qui est des peuples autochtones, certains constitutionnalistes du Canada anglais vont d'ailleurs plus loin et prétendent que l'accord de ces peuples est requis pour toute modification de la Constitution affectant leurs intérêts parce qu'une convention constitutionnelle serait apparue à cet effet (ou encore parce que les autorités fédérales, qui jouent à leur égard un rôle fiduciaire, devraient refuser toute modification constitutionnelle qui ne recevrait pas l'approbation des représentants des peuples autochtones).

18. Sur le rejet de l'Entente de Charlottetown lors du référendum du 26 octobre 1992, voir Morin et Woehrling, *supra* note 9 aux p. 567 et s.

19. L'idée selon laquelle toute modification importante de la Constitution devra désormais être approuvée préalablement par référendum, en vertu d'une convention constitutionnelle et bien qu'il ne s'agisse pas d'une exigence juridique contenue dans la *Loi constitutionnelle de 1982* (*supra* note 6) a de nombreux défenseurs au Canada anglais. Voir par ex. Peter Russell et Bruce Ryder, *Ratifying a Postreferendum Agreement on Quebec Sovereignty*, Toronto, Institut C.D. Howe, 1997 (Commentaire n° 97), à la p. 19; Patrick Boyer, *Direct Democracy in Canada : The History and Future of Referendums*, Toronto, Dundurn Press, 1992, à la p. 254. Sur les facteurs apparus depuis une dizaine d'années qui alourdissent le fonctionnement de la procédure de modification, voir Benoît Pelletier, «Le face à face entre le projet sécessionniste québécois et la Constitution du Canada» (1997) 57 R. du B. 341 à la p. 382 et s.; José Woehrling, «Fonctionnement et dysfonctionnement de la procédure de modification constitutionnelle au Canada» dans Gérard-A. Beaudoin et coll., dir., *Le fédéralisme de demain: réformes essentielles*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998 aux pp. 325-343.

Dans un document de travail publié en décembre 1990 par le gouvernement fédéral à l'occasion des travaux du *Comité mixte spécial sur le processus de modification de la Constitution du Canada* (le comité Beaudoin-Edwards), on reconnaît que la mise en œuvre de la procédure formelle de modification constitutionnelle prévue dans la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* pourra se voir complétée et modifiée «au moyen du consensus ou des usages établis». Comme on le verra dans l'extrait ci-dessous, les rédacteurs du document semblent penser qu'il puisse s'agir d'usages donnant naissance à des conventions constitutionnelles (ainsi, ils soulignent que de tels usages ne seraient pas sanctionnés sur le plan juridique, mais plutôt sur le plan politique) :

L'existence d'un consensus à ce sujet pour régler les questions de participation du public et d'efficacité dans le cadre de la procédure de modification actuellement en place pourrait mener à l'établissement d'usages pour préciser le fonctionnement concret de la procédure en vigueur. Dans certains cas, ces usages pourraient ajouter des obligations qui n'existent pas dans la procédure officielle (par ex. des audiences publiques) et, dans d'autres, ils pourraient établir des restrictions plus sévères que celles qui sont prévues dans le cadre de cette dernière (par ex. le processus de ratification dans le cas de toutes les modifications devrait être achevé en moins d'un an). L'avantage de partir d'un consensus et d'usages est qu'il n'est pas nécessaire d'attendre le changement officiel [note : c'est-à-dire une modification formelle par l'entremise de la Partie V] de la procédure de modification pour que les nouvelles exigences entrent en vigueur. Par contre, on peut violer une entente intervenue sur des usages, et dans ce cas la seule sanction possible est une sanction politique [...] ²⁰.

20. Canada, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, *La modification de la Constitution du Canada – Document de travail*, Canada, Bureau des relations fédérales-provinciales, 1990 aux pp. 15-16. On peut souligner que l'Accord du lac Meech conclu entre les onze premiers ministres modifiait la procédure de modification de la Partie V en exigeant que les diverses dispositions qu'il contenait soient formellement adoptées comme un tout, plutôt que séparément, dans un délai maximal

Comme on le sait, dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*²¹, la Cour suprême a elle-même «découvert» des règles supplémentaires venant s'ajouter à la procédure de modification de la Partie V, principalement l'obligation de négocier s'imposant aux acteurs de la Confédération lorsque l'un d'entre eux propose une modification constitutionnelle. Elle a affirmé qu'il s'agissait d'une obligation qui, tout en étant «juridique», n'était néanmoins pas susceptible d'être sanctionnée par les tribunaux, ce dernier trait la rapprochant somme toute davantage de la nature d'une convention constitutionnelle que de celle d'une véritable règle de droit constitutionnel.

Des auteurs ont prétendu que le paragraphe 41a) de la *Loi constitutionnelle de 1982* avait eu pour effet de constitutionnaliser les conventions relatives à l'exercice des pouvoirs du Monarque et de ses représentants au Canada, ce qui signifierait que ces conventions ne pourraient plus évoluer aujourd'hui par l'apparition de nouveaux usages, mais devraient être modifiées par l'entremise de la procédure de modification de la Partie V²². Ce point de vue est cependant resté isolé et la très grande majorité des auteurs considèrent que les règles encadrant l'exercice des pouvoirs du gouverneur général et des lieutenant-gouverneurs sont restées de simples conventions, non enchâssées dans la Constitution formelle, et donc susceptibles d'être modifiées ou remplacées par de nouvelles conventions sans qu'il soit nécessaire de recourir au processus formel de modification prévu dans l'article 41a) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le professeur Heard, grand spécialiste du domaine des conventions

de trois ans. Le détail n'est pas négligeable, car cette exigence a de façon importante contribué à l'échec final de l'Accord.

21. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217. Pour un commentaire, voir José Woehrling, «The Supreme Court's Ruling on Quebec's Secession: Legality and Legitimacy Reconciled by a Return to Constitutional First Principles» dans Hugh Mellon and Martin Westmacott, Dir., *Political Dispute and Judicial Review*, Scarborough (Ont.), Nelson, 2000 aux pp. 83-101.; José Woehrling, «L'avis de la Cour suprême du Canada sur l'éventuelle sécession du Québec», (1999) 37 Rev. fr. dr. constl. 3.
22. Ronald I. Cheffins et Patricia A. Johnson, *The Revised Constitution of Canada - Politics as Law*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1986 à la p. 74.

constitutionnelles, exprime un point de vue représentatif de la doctrine dans le passage suivant :

The conventions adapting the legal basis of the powers of the Queen and governors are by no means “frozen” as a result of s. 41(a). Conventions have always adapted legal provisions -- be they entrenched, statutory, or common law -- in a continuous and evolving fashion. So long as the powers of the monarchic offices continue to be defined by convention, they can evolve and adapt to changing political values without resort to the formal amendment procedure. However, if a government wished to effect some change by legislation, it could now do only by the unanimous consent of the eleven legislatures. Many conventions relating to the prerogative powers of the Crown are protected from legislative intrusion by s. 41(a), but these conventions have not lost any of their adaptive nature because of this section²³.

Le professeur Benoît Pelletier est du même avis sur cette question :

Les conventions constitutionnelles ne sont pas assujetties aux modalités de modification prévues à la Partie V de la Loi de 1982. [...] Il va sans dire, en effet, que l'existence et la transformation des conventions constitutionnelles dépendent fondamentalement de la volonté des acteurs politiques canadiens. Bien que les conventions constitutionnelles fassent partie intégrante de la Constitution du pays au sens large, comme l'a d'ailleurs affirmé la Cour suprême du Canada, elles ne font toutefois pas partie de la Constitution formelle, ni même du droit constitutionnel (note omise). En réalité, les conventions constitutionnelles ne font même pas partie de la Constitution du Canada au sens du paragraphe 52(2) de la

23. Heard, *supra* note 7 à la p. 46. Le professeur Heard cite, à l'appui de son opinion, celle du professeur Peter Russell exprimée dans la recension que celui-ci a consacrée au livre de Cheffins et Johnson (*ibid.*) : Peter Russell «The Revised Canadian Constitution : Politics as Law» (1986) 19 RCSP 831 à la p. 832 .

Loi de 1982 et, en conséquence, ne sont pas visées par la Partie V de cette loi (note omise)²⁴.

Le professeur Monahan partage lui aussi la même opinion :

Some commentators have suggested that the entire system of Cabinet government, including the appointment of the first minister and the Cabinet by the governor general, has now been entrenched in the constitution by virtue of section 41(a) [l'auteur mentionne l'ouvrage de Cheffins et Johnson]. However, there is no reference to the institution of the Cabinet or the office of the first minister in the constitution of Canada. The powers of the first minister are almost entirely defined through constitutional conventions. These conventions will presumably continue to evolve as political practices and the beliefs of the relevant political actors change to deal with new circumstances. There does not appear to be any principled basis for interpreting section 41(a) as constraining this process of informal and flexible evolution. In short, the better view would seem to be that section 41(a) does not constitutionally entrench the entire system of Cabinet government²⁵.

En conclusion, il paraît donc indubitable qu'après 1982 comme avant cette date, des conventions constitutionnelles peuvent apparaître pour neutraliser les pouvoirs juridiques reconnus par la Constitution au monarque ou à ses représentants ou encore leur dicter la façon d'exercer ces pouvoirs.

C. Conditions et modalités de l'apparition d'éventuelles conventions relatives à la nomination des sénateurs

Les nouvelles modalités relatives à la nomination des sénateurs - introduites par convention constitutionnelle - ne porteraient pas directement sur le pouvoir de nomination attribué par la Constitution au gouverneur général, mais plutôt sur

24. Benoît Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1996 à la p. 104.

25. Patrick Monahan, *Constitutional Law*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2002 à la p. 199.

l'action du premier ministre qui désigne au gouverneur général les personnes à nommer²⁶. Or, les modalités de l'intervention du premier ministre ne relèvent pas de la Constitution formelle, mais de la pratique constitutionnelle. Le pouvoir de nomination formellement discrétionnaire du gouverneur général est depuis fort longtemps limité par des conventions qui l'obligent à exercer ce pouvoir de l'initiative et sur l'avis du premier ministre canadien. Ces conventions ont déjà entraîné un transfert du pouvoir à un titulaire non désigné par le texte constitutionnel. Par conséquent, de nouvelles conventions constitutionnelles modifieraient les conventions actuellement applicables au pouvoir de nomination du gouverneur général sans modifier ce pouvoir lui-même. Or, il est admis que les conventions constitutionnelles existantes puissent être modifiées par l'apparition de nouvelles conventions.

1) L'apparition d'une convention à la suite de précédents ou sa mise en place de façon instantanée

Une convention constitutionnelle peut apparaître à la suite d'un certain nombre de précédents ou, selon certains auteurs, de façon instantanée, comme résultant d'un accord formel entre les acteurs politiques concernés, voire d'une expression unilatérale d'intention par certains d'entre eux.

La première hypothèse est aujourd'hui trop bien connue pour qu'il soit nécessaire de l'examiner en détail. Elle a été longuement analysée par la Cour suprême dans les renvois sur le rapatriement de la Constitution²⁷ et le droit de veto du Québec²⁸. Rappelons seulement qu'à la suite de l'auteur britannique Jennings²⁹, la Cour considère qu'il faut la réunion de trois éléments constitutifs pour entraîner l'apparition d'une convention constitutionnelle : les précédents, la conviction des acteurs dans

26. Il s'agit d'une prérogative personnelle du premier ministre : voir décision du Conseil privé, C.P. 3374, 25 octobre 1935.

27. *Renvoi sur le rapatriement, supra* note 7.

28. *Renvoi sur le droit de veto, supra* note 15.

29. William Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, 5^e éd., London, University of London Press, 1959 à la p. 136.

les précédents d'être obligés d'adopter la conduite en cause et, enfin, une raison d'être, c'est-à-dire un principe constitutionnel suffisamment important pour justifier l'apparition de la convention.

S'il était question d'une réforme du processus de nomination des sénateurs par une convention résultant d'une accumulation de précédents, les précédents susceptibles d'être invoqués seraient constitués par les nominations de sénateurs intervenues entre 1987 et 1990, durant la période d'application à titre anticipé et provisoire du système de nomination prévu dans l'Accord du lac Meech. Cependant, indépendamment de la question du caractère suffisant du nombre de ces précédents³⁰, il serait difficile de démontrer l'élément de la conviction des acteurs, car cette application anticipée n'était manifestement pas justifiée par le sentiment d'une norme de conduite obligatoire, mais plutôt par l'objectif de susciter un climat favorable à la ratification de l'entente (laquelle nécessitait une modification formelle de la Constitution). En outre, ces précédents portaient sur la présentation de personnes par les provinces et non sur l'élection des candidats au sein des provinces. En effet, d'une part, seule la province de l'Alberta avait, à cette époque, organisé de telles élections; d'autre part, le gouvernement fédéral avait manifesté de très nettes réticences à nommer au Sénat une personne «élue» en Alberta, n'acceptant de le faire qu'après de longues hésitations.

Par ailleurs, certains auteurs défendent la position selon laquelle une convention peut également apparaître sans qu'aucun précédent ne soit nécessaire, en quelque sorte de façon instantanée, comme résultant d'un accord formel entre les acteurs politiques concernés ou d'une déclaration d'intention faite par certains d'entre eux³¹. Néanmoins, cette opinion ne fait pas

30. Il est vrai que la Cour suprême a reconnu, dans le *Renvoi sur le rapatriement* (*supra* note 7 à la p. 888), que dans certaines circonstances un seul précédent pouvait suffire; voir également le *Renvoi sur le droit de veto*, *supra* note 15 aux pp. 815-816.

31. La Cour suprême, dans le *Renvoi sur le rapatriement* (*supra* note 7) et le *Renvoi sur le droit de veto* (*supra* note 15), a surtout insisté sur l'hypothèse des conventions apparaissant comme le résultat d'une suite de précédents. Par ailleurs, une partie de la doctrine, tant britannique

consensus. D'autres auteurs considèrent que l'accord ou la déclaration d'intention unilatérale devra nécessairement être suivi d'un certain nombre d'applications (de «précédents») pour que la convention soit véritablement constituée³². Par ailleurs, même si l'on admet la possibilité d'une création instantanée, une raison d'être reste évidemment nécessaire. Ainsi, si la convention relative à la nomination du gouverneur général par la reine sur l'avis du premier ministre canadien a véritablement pris naissance de façon instantanée, en faisant l'objet d'un accord formel consigné par écrit lors de la conférence impériale de 1930, sa raison d'être était l'autonomie du Canada par rapport au Royaume-Uni (cependant, selon le second point de vue, cette convention n'a véritablement été constituée qu'après un certain nombre d'applications du principe). Si l'on admettait la possibilité de l'apparition instantanée de conventions, le fédéral et les provinces pourraient s'entendre, par accord politique, pour

que canadienne, affirme la possibilité qu'une convention apparaisse également comme résultat d'un accord formel, indépendamment de tout précédent. Voir par ex. Stanley Alexander De Smith et Rodney Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, 6^e éd., London, Penguin Books, 1989 à la p. 43; Jennings, *supra* note 29 à la p. 81.; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4^e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 1997 aux pp. 25-26; Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2008 à la p. 44; Heard, *supra* note 7 aux p. 144 et s.; Fabien Gélinas, «Les conventions, le droit et la Constitution du Canada dans le renvoi sur la "sécession" du Québec : le fantôme du rapatriement», (1997) 57 R. du B. 291.

32. Pour un compte-rendu récent de la controverse sur ce point, voir Aileen McHarg, «Reforming the United Kingdom Constitution : Law, Convention, Soft Law», (2008) 71 *Modern Law Review*, 853 aux p. 857 s. (dans cet article, les conventions nées d'une suite de précédents sont appelées «evolved conventions» et celles créées explicitement par un accord ou acte formel «declared conventions»); l'auteure de cet article partage l'avis qu'une convention ne peut apparaître qu'après qu'un accord ou acte formel aura fait l'objet d'un certain nombre d'applications, donc de précédents. Elle ajoute cependant que le nombre de précédents nécessaires à cette fin ne saurait être déterminé de façon abstraite et générale (p. 861). Parmi les auteurs au Canada qui considèrent qu'une convention n'apparaît véritablement qu'après un certain nombre de précédents : voir par ex. Eric Colvin, «Constitutional Jurisprudence in the Supreme Court of Canada», (1982) 4 Sup. Ct. L. Rev. 3; Eugene A. Forsey, «The Courts and the Conventions of the Constitution», (1984) 33 R.D.U.N.-B. 11 à la p. 34.

modifier le processus de nomination des sénateurs. Dans la mesure où un tel accord ne ferait naître aucune obligation juridique, il ne serait pas justiciable ni susceptible d'être contesté comme inconstitutionnel. Par contre, il pourrait faire naître une convention constitutionnelle à condition que les consentements nécessaires aient été réunis et qu'un principe constitutionnel suffisamment important puisse lui servir de raison d'être. Selon l'opinion qui rejette la possibilité de l'apparition de conventions instantanées, il faudrait en plus que l'accord donne ensuite lieu à un certain nombre de précédents (un seul précédent pouvant être suffisant dans certains cas). En réalité, la différence entre ces deux positions semble peu significative pour notre problématique, car si le fédéral et les provinces concluaient une entente formelle sur la nomination des sénateurs, celle-ci serait nécessairement appliquée très rapidement, c'est-à-dire suivie d'un ou de plusieurs précédents dans un temps très court.

2) Les consentements nécessaires pour faire apparaître une convention

La question des consentements nécessaires pour faire apparaître une convention se pose quelque peu différemment selon qu'il s'agisse d'une convention résultant d'une suite de précédents, voire d'un seul précédent, ou d'une convention résultant d'un accord formel. Dans ce dernier cas, il ne paraît guère douteux que l'accord de *tous* les acteurs concernés soit requis, car l'origine de l'obligation réside directement dans l'accord et, par conséquent, on ne voit pas comment un tel accord pourrait lier des tiers. Le fait pour un acteur donné de ne pas y participer ne peut manifester autre chose que son refus de la convention. Dans le cas d'une convention résultant d'une suite de précédents, le fait de ne pas donner activement son consentement, sans pour autant protester contre la formation de l'usage, pourrait en théorie être interprété comme un consentement tacite. Les auteurs de doctrine admettent cette possibilité, mais la Cour suprême l'a clairement rejetée dans le *Renvoi sur le droit de veto* en exigeant que l'acceptation des acteurs se soit manifestée par des déclarations écrites ou

verbales³³. En outre, dans ce renvoi, comme dans celui sur le rapatriement, la Cour a utilisé un langage et des formulations indiquant très nettement qu'elle estimait que l'acceptation de *tous* les acteurs dans les précédents était nécessaire pour que l'usage en cause se transforme en convention obligatoire.

Ainsi, dans le *Renvoi sur le rapatriement*, l'opinion majoritaire sur les conventions conclut que les précédents ne sont pas suffisants pour établir une convention, qu'ils doivent être normatifs et reposer sur l'acceptation des acteurs dans les précédents. La majorité fait ensuite les déclarations suivantes :

Il semble clair que bien que les précédents pris isolément favorisent la thèse de l'unanimité, l'on ne peut dire que *tous les acteurs* dans les précédents aient accepté le principe de l'unanimité. [...] Nous avons aussi indiqué que bien que les précédents favorisent l'unanimité, il ne semble pas que *tous les acteurs* dans les précédents aient accepté que la règle de l'unanimité les lie (nous soulignons)³⁴.

Dans le *Renvoi sur le droit de veto*, de façon unanime (et anonyme), la Cour cite avec approbation le passage reproduit ci-dessus et le commente de la façon suivante :

Il s'ensuit nécessairement que, de l'avis de la majorité, il manque une condition essentielle pour établir la règle conventionnelle de l'unanimité [en matière de modification constitutionnelle par l'intermédiaire des autorités britanniques]. Cette condition est l'acceptation de *tous les acteurs* dans les précédents. En conséquence, une telle convention n'existe pas (nous soulignons)³⁵.

Toujours dans le même *Renvoi*, elle ajoute plus loin :

Il ne fait aucun doute que certains des acteurs dans les précédents ont accepté la règle de l'unanimité ce que la

33. *Renvoi sur le droit de veto*, supra note 15 aux pp. 816-817.

34. *Renvoi sur le rapatriement*, supra note 7 aux pp. 901-904.

35. *Renvoi sur le droit de veto*, supra note 15 à la p. 808.

Cour reconnaît d'ailleurs dans l'opinion majoritaire, à la p. 904 du Premier renvoi. Toutefois, cela ne suffit pas. D'autres acteurs importants ont refusé d'accepter la règle de l'unanimité, comme l'indique l'opinion majoritaire à la p. 902 du Premier renvoi³⁶.

Par ailleurs, dans le *Renvoi sur le rapatriement*, l'opinion majoritaire reconnaît que l'absence de consentement de la part de tous les acteurs à la règle de *l'accord unanime des provinces* pour certaines modifications constitutionnelles n'a pas empêché la formation d'une convention en vertu de laquelle un *degré substantiel d'accord provincial* est requis dans ces cas, bien que ce dernier concept n'ait jamais été entièrement précisé. Autrement dit, une convention n'a pas à être entièrement précise pour pouvoir se former et l'accord des acteurs peut porter sur certains éléments mais pas sur d'autres. Ainsi, dans notre cas, il serait imaginable que l'entente entre toutes les provinces et le gouvernement fédéral ne porte que sur le principe en vertu duquel ce dernier doit nommer les sénateurs à partir des noms (ou d'un seul nom) présenté(s) par les gouvernements provinciaux, sans qu'il soit précisé par la convention selon quelles modalités l'exécutif provincial choisit la ou les personnes qu'il présentera au gouvernement fédéral. Ou encore, la convention pourrait précisément porter sur la liberté des gouvernements provinciaux de choisir cette ou ces personne(s) selon les modalités qu'ils préfèrent : élection au suffrage direct, élection au suffrage indirect (par la législature provinciale) ou nomination par le gouvernement provincial. L'hypothèse d'un Sénat composé de membres qui ne sont pas tous désignés selon les mêmes modalités n'est pas si étrange que cela puisqu'un tel système existe actuellement dans

36. *Ibid.* à la p. 812. Soulignons que l'opinion voulant que tous les acteurs doivent avoir accepté la règle ne se retrouve pas toujours en doctrine. Le professeur Heard, qui a consacré au domaine des conventions constitutionnelles le principal ouvrage écrit au Canada, s'exprime ainsi (*supra* note 7 à la p. 144) : «One should bear in mind that a convention does not have to be supported unanimously in order to be binding. A strong consensus, where the preponderance of opinion would favor the rule or principle, is sufficient for political actors to face an obligation to observe the convention».

certaines fédérations ou quasi-fédérations, comme la Belgique³⁷, l'Espagne³⁸ et la Malaisie³⁹. D'ailleurs, entre 1987 et 1990, quand le système de nomination des sénateurs prévu par l'Accord du lac Meech faisait l'objet d'une application à titre transitoire et anticipée, seule l'Alberta faisait élire ses sénateurs, alors que les autres gouvernements provinciaux, dont celui du Québec, présentaient au gouvernement fédéral des personnes choisies par eux. Il est vrai que l'application de ce système a duré trop peu de temps et que le nombre de sénateurs nommés après élection est resté trop restreint (en fait, il n'y a eu qu'un précédent avant 2007, celui de la nomination, en 1990, de Stan Waters par le premier ministre progressiste-conservateur Brian Mulroney) pour que des problèmes liés au fait que certains sénateurs soient élus et d'autres non puissent apparaître⁴⁰.

Si le fédéral acceptait de s'engager à nommer les sénateurs sur proposition du gouvernement de la province concernée et laissait aux provinces le choix des modalités selon lesquelles désigner les personnes proposées, une province se placerait dans une situation politiquement délicate en refusant l'entente

-
37. En Belgique, 40 sénateurs sont élus par la population, 21 sont élus par les conseils des communautés linguistiques et 10 sont cooptés.
 38. En Espagne, 208 sénateurs sont élus par la population et 44 sont désignés par les législatures des 17 communautés autonomes.
 39. En Malaisie, 37 % des membres de la Chambre haute sont élus par les législatures des États et 63 % sont nommés pour représenter les minorités du pays.
 40. Stan Waters est décédé en 1991. Des «élections» sénatoriales eurent lieu une seconde fois en Alberta en 1998, le premier ministre libéral Jean Chrétien refusant cependant de nommer au Sénat les personnes élues et une troisième fois en 2004. En arrivant au pouvoir en 2006, le premier ministre conservateur Stephen Harper fit connaître son intention de ne plus nommer, pour toutes les provinces et territoires, que des sénateurs «élus» et fit accéder au Sénat, l'année suivante, M. Bert Brown, qui avait été élu en Alberta en 2006. Néanmoins, le premier ministre nomma M. Michael Fortier comme sénateur pour le Québec en 2006, bien qu'il n'ait pas été élu, afin de régulariser sa nomination au Cabinet alors qu'il n'était pas membre de la Chambre des communes. Finalement, en janvier 2009, le premier ministre Harper a comblé 18 sièges vacants au Sénat en nommant des personnes non désignées par un processus électoral.

simplement par crainte que d'autres provinces ne fassent élire leurs sénateurs et que cet exemple n'entraîne sa propre population à réclamer la mise en place d'un système similaire. Une telle attitude pourrait facilement se voir dénoncée comme refusant un progrès vers plus de démocratie et de fédéralisme véritable.

Enfin, se pose la question de savoir si une convention relative à la nomination des sénateurs pourrait apparaître entre les autorités fédérales et *certaines provinces seulement*. Dans l'hypothèse, par exemple, où le fédéral offrirait aux provinces de nommer les sénateurs à partir de listes présentées par elles et où certaines provinces donneraient suite à cette proposition, d'autres décidant de ne pas présenter de noms et laissant les autorités fédérales continuer de nommer discrétionnairement les sénateurs les représentant, faut-il penser que l'attitude de ces provinces «abstentionnistes» empêcherait indéfiniment une convention de se former entre le fédéral et les autres provinces? La question du consentement unanime se poserait d'ailleurs différemment que dans le *Renvoi sur le rapatriement*. En effet, s'il est logique de demander une acceptation unanime pour la formation d'une convention ayant un impact important pour toutes les provinces (comme c'était le cas dans le *Renvoi sur le rapatriement*), l'est-il autant dans le cas d'une convention qui ne modifie la situation que pour certaines provinces et maintient le *statu quo* pour d'autres? Néanmoins, dans le cas de la réforme du Sénat, l'on peut sans doute affirmer qu'un Sénat dont une partie significative des membres aurait une légitimité démocratique exercerait beaucoup plus vigoureusement les importants pouvoirs que la Constitution lui reconnaît, et que son manque actuel de légitimité politique l'empêche d'exercer véritablement⁴¹. Une telle évolution constituerait un changement politique et constitutionnel majeur affectant – et donc intéressant – toutes les provinces. Dès lors, on peut considérer qu'une convention introduisant un tel changement exigerait leur accord unanime.

41. En matière législative, la *Loi constitutionnelle de 1867* (*supra* note 2) attribue essentiellement au Sénat les mêmes pouvoirs qu'à la Chambre des communes, la seule différence tenant à ce que les projets de loi de nature financière doivent être d'abord déposés aux Communes.

3) Les principes constitutionnels susceptibles de justifier l'apparition de conventions relatives à la nomination des sénateurs

Si les tribunaux ne peuvent pas vérifier la constitutionnalité des conventions constitutionnelles (puisque celles-ci peuvent légitimement contredire le texte constitutionnel et en modifier l'application), ils doivent cependant, le cas échéant, en constater l'existence, ce qui leur donne l'occasion d'en définir la portée. Or, l'apparition d'une convention, que ce soit comme résultat d'une suite de précédents ou comme résultat d'un accord formel, exige l'existence d'une raison d'être, c'est-à-dire qu'elle doit être justifiée par un principe constitutionnel important. Les juges refuseront de reconnaître l'existence d'une convention qui ne serait justifiée par aucun principe ou, ce qui revient au même, dont le contenu ne servirait pas véritablement le principe invoqué pour la justifier.

Il s'agit donc d'examiner dans quelle mesure les conventions constitutionnelles élaborées pour introduire la réforme du mode de nomination des sénateurs pourraient être considérées comme *justifiées* par les principes constitutionnels ou, au contraire, comme *incompatibles* avec eux. À cet égard, il faut distinguer deux aspects différents : la présentation de personnes au gouvernement fédéral par les gouvernements provinciaux, d'une part; l'élection des candidats ainsi présentés dans les provinces, d'autre part. La difficulté est ici de prévoir quelle conception la Cour suprême adopterait, le cas échéant, du rôle du Sénat et, par conséquent, des principes que son existence et son fonctionnement doivent promouvoir.

Dans la dernière décision, vieille de trente ans, dans laquelle la Cour suprême a eu l'occasion de se pencher sur les fonctions du Sénat, elle a accordé une importance primordiale à son rôle de chambre fédérale, chargée de représenter les provinces et les régions⁴², lui reconnaissant cependant également

42. Renvoi : *Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54, à la p. 67 [Renvoi sur la *Chambre haute*] : «Un but primordial du Sénat, en tant que partie du système législatif fédéral, était

un rôle de chambre de réflexion, chargée de jeter sur la législation un «second regard» détaché des passions politiques. C'est d'ailleurs ce deuxième rôle du Sénat qui lui a fait exprimer une nette opposition à l'encontre d'un système dans lequel les sénateurs, ou une partie d'entre eux, seraient élus⁴³.

Continuerait-elle aujourd'hui d'accorder la même importance au rôle du Sénat comme chambre de réflexion? Cela paraît assez peu probable. Comme on le sait, depuis une vingtaine d'années, la vision constitutionnelle de la Cour suprême du Canada s'est progressivement détachée du texte de la Constitution de 1867 pour s'appuyer davantage sur les principes structurels sous-jacents du système constitutionnel, ce qui lui donne la liberté d'adapter le vieil instrument datant de la fin du 19^e siècle, devenu anachronique dans beaucoup de ses dispositions, aux besoins et aux réalités du temps présent. Dans le *Renvoi sur la sécession du Québec* la Cour a identifié les principes structurels sous-jacents les plus importants de la Constitution comme étant la démocratie, le fédéralisme, la primauté du droit et le constitutionnalisme et, enfin, la protection des minorités. L'existence d'une chambre de réflexion n'est véritablement rendue nécessaire par aucun de ces principes, pas même le dernier depuis que l'entrée en vigueur de la *Charte*

donc d'assurer la protection des divers intérêts régionaux au Canada quant à l'adoption de la législation fédérale». À la p. 68 : «Le pouvoir d'édicter des lois fédérales a été donné à la reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes. Ainsi, on a voulu que l'organisme créé pour protéger les intérêts des régions et des provinces participe à ce processus législatif».

43. *Ibid.* à la p. 77 : «Comme on l'a vu, le préambule de l'Acte [de 1867] 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».

*canadienne des droits et libertés*⁴⁴ a fait des tribunaux des gardiens bien plus efficaces des droits des minorités que le Sénat ne l'a jamais été. De même, le rôle accru que l'article premier de la *Charte* fait jouer aux tribunaux dans l'examen du caractère «raisonnable» des lois adoptées par le Parlement fédéral leur fait jeter sur celles-ci un «second regard pondéré» (*sober second thought*) comparable à celui qui devait revenir au Sénat dans l'esprit des constituants de 1867. Le principe démocratique ne justifie guère une chambre de réflexion non électorale à l'époque contemporaine. Quant au principe du fédéralisme, il est fort mal servi par un Sénat dont la composition l'empêche radicalement de jouer son rôle de chambre fédérale.

Déjà dans le *Renvoi sur la Chambre haute*, en 1979, la Cour a indiqué qu'elle n'excluait pas que le rôle du Sénat puisse avoir évolué par rapport aux intentions des Constituants de 1867, en soulignant que certaines qualités exigées des sénateurs dans l'article 23 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, celles relatives à la fortune, «peuvent ne pas avoir aujourd'hui l'importance qu'elles avaient lorsque l'Acte [de 1867] a été édicté»⁴⁵. Autrement dit, même si les Pères de la Confédération voulaient aussi faire jouer au Sénat un rôle de défense des intérêts des classes possédantes, l'évolution des principes constitutionnels autorise aujourd'hui à neutraliser cette intention. Il ne devait pas en être très différemment pour ce qui est du rôle de chambre de réflexion, bien proche en somme du rôle de représentation de l'élite sociale.

Par conséquent, il semble bien que si le Sénat canadien doit encore jouer aujourd'hui un rôle significatif, c'est en tant que chambre fédérale⁴⁶.

44. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

45. *Supra* note 42 à la p. 76.

46. *Ibid.* Sans doute par mesure de précaution à l'égard de l'importance accordée par la Cour suprême au rôle du Sénat comme chambre de réflexion dans le *Renvoi sur la Chambre haute*, le préambule de chacun des projets de loi C-19 et C-20 contient l'attendu suivant : «[...] que le Parlement entend préserver les caractéristiques essentielles du Sénat,

a) **La présentation de personnes par les gouvernements provinciaux**

Le rôle de chambre fédérale du Sénat serait sûrement mieux rempli si les sénateurs étaient désignés selon un système faisant véritablement d'eux des représentants des provinces, ce qui serait davantage le cas si leur nomination était faite par l'exécutif fédéral à partir de propositions avancées par le gouvernement de la province à représenter. Un tel système de nomination, qui était prévu dans l'Accord du lac Meech de 1987, politiserait davantage les sénateurs, mais n'empêcherait probablement pas le Sénat de jouer le rôle de chambre de réflexion si, malgré ce qui a été dit précédemment, on tenait à maintenir celui-ci. Par ailleurs, une réforme conservant à l'exécutif fédéral la latitude de choisir à partir d'une liste de personnes présentée par le gouvernement provincial concerné serait sans doute plus facilement considérée comme constitutionnelle qu'un système obligeant l'exécutif fédéral à nommer la seule personne dont le nom lui est soumis par le gouvernement provincial. Dans ce dernier cas, on pourrait juger qu'il y a en réalité transfert du pouvoir de nomination aux provinces plutôt que nomination conjointe.

Par ailleurs, dans le *Renvoi sur la Chambre haute* de 1979, la Cour suprême affirmait que «[l]e choix de sénateurs par une législature provinciale ou par le lieutenant-gouverneur d'une province impliquerait une participation indirecte des provinces à l'adoption des lois fédérales et cela est contraire au raisonnement de cette Cour dans l'arrêt *Lord Nelson* (interdiction de l'interdélégation parlementaire)»⁴⁷.

Ce parallèle entre la présence de personnes désignées par les gouvernements ou les législatures des provinces dans une des chambres du Parlement fédéral et la délégation interparlementaire nous semble nettement abusif. Comme l'explique le professeur Hogg, pour autant que l'interdiction de la délégation

lieu de réflexion indépendante, sereine et attentive au sein de la démocratie canadienne».

47. *Ibid.* à la p. 77.

interparlementaire directe possède encore une portée véritable (puisque la Cour suprême a par la suite reconnu la validité d'autres mécanismes, comme la délégation oblique, la législation par référence ouverte et la législation conditionnelle, qui aboutissent au même résultat pratique), elle signifie tout au plus qu'il est interdit à l'organe législatif d'un ordre de gouvernement d'adopter un mécanisme qui aurait pour effet d'augmenter directement les compétences de l'organe législatif de l'autre ordre de gouvernement⁴⁸. Or, le fait que les sénateurs soient désignés par le gouvernement ou la législature de la province qu'ils sont chargés de représenter confère sans doute une certaine influence aux provinces sur la politique et la législation fédérales, mais n'entraîne aucune augmentation des *pouvoirs propres* des législatures provinciales⁴⁹.

Quoiqu'il en soit, si la Cour suprême maintenait le curieux point de vue selon lequel la nomination des sénateurs par les gouvernements provinciaux constitue une forme interdite de délégation interparlementaire, sa pertinence serait nettement diminuée par le fait que la nomination des sénateurs soit faite conjointement par les deux ordres de gouvernement, l'exécutif fédéral conservant le pouvoir de choisir entre les diverses personnes présentées par le gouvernement provincial.

Quant au fait qu'un Sénat composé de personnes à la nomination desquelles les gouvernements provinciaux ont

48. Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, feuilles mobiles, Scarborough (Ont.) Thomson Carswell, 2008 aux p. 14.3 et s.

49. Il semble même que cela soit le contraire. En effet, on a remarqué que le fait pour les entités fédérées de pouvoir exercer une importante influence sur la politique et la législation fédérale, par l'entremise de leurs représentants au sein de la Chambre haute fédérale, pouvait convaincre les entités fédérées de consentir à l'affaiblissement de leurs compétences propres. Un tel phénomène, que certains appellent le «paradoxe de Madison», se serait par exemple produit aux États-Unis et en Allemagne. Voir Renaud Dehousse, «Le paradoxe de Madison : réflexion sur le rôle des Chambres hautes dans les systèmes fédéraux», (1990) *Revue de droit public* 643. Pour une intéressante réflexion sur les conséquences qu'aurait l'élection directe des sénateurs canadiens en fonction des modalités retenues, notamment les modalités relatives au système électoral qui serait utilisé, voir *supra* note 4 aux pp. 6 à 8.

participé de façon véritable confère aux provinces une certaine influence sur la législation fédérale, il s'agit là d'un résultat qui est précisément recherché au nom des principes du fédéralisme dans la grande majorité des fédérations du monde. C'est d'ailleurs ce que la Cour semble avoir reconnu dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*⁵⁰ en citant avec approbation une décision du Comité judiciaire du Conseil privé dans laquelle ce dernier affirmait que le but de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

[TRADUCTION] n'était pas de fusionner les provinces en une seule, ni de mettre les gouvernements provinciaux en état de subordination par rapport à une autorité centrale, mais *d'établir un gouvernement central dans lequel ces provinces seraient représentées*, revêtu d'une autorité exclusive dans l'administration des seules affaires dans lesquelles elles avaient un intérêt commun. (nos italiques)⁵¹

Or, dans la théorie et la pratique du fédéralisme, la représentation des entités fédérées dans le gouvernement central est principalement, sinon exclusivement, recherchée par l'entremise de la présence de représentants provinciaux véritables au sein de la Chambre haute fédérale.

b) L'élection des sénateurs dans les provinces

L'élection des sénateurs ne permettrait pas au Sénat de continuer à jouer convenablement son rôle de chambre de réflexion, comme la Cour suprême l'avait d'ailleurs souligné dans le *Renvoi sur la Chambre haute*⁵². Quelles seraient par ailleurs les conséquences de l'élection des sénateurs sur la capacité du Sénat à remplir son rôle de chambre fédérale? La question est plus complexe. Les promoteurs de l'élection des sénateurs au suffrage universel direct semblent considérer qu'un mandat démocratique mettrait ces derniers en bonne position pour représenter efficacement les intérêts des provinces et des territoires.

50. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, supra note 21 au par. 58.

51. *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935 (C.P.) à la p. 942.

52. *Supra* note 42.

Cependant, s'il est vrai que l'élection leur conférerait une forte légitimité démocratique, et leur permettrait donc d'exercer les pouvoirs importants que la Constitution attribue au Sénat, elle n'assurerait pas un lien de loyauté suffisant entre les sénateurs et la province qu'ils doivent représenter pour en faire des représentants véritables des intérêts de celle-ci. Il est bien connu des spécialistes du bicaméralisme en contexte fédéral, notamment à partir de l'observation du fonctionnement du Sénat australien, qu'un Sénat élu en contexte de système parlementaire de type britannique fonctionne davantage selon la logique partisane que sur le mode de défense des intérêts provinciaux ou régionaux⁵³. Même dans le cadre d'un système présidentiel de type américain, sans stricte discipline de parti, un Sénat élu par la population remplit moins bien son rôle de défense des intérêts des États et des régions qu'un Sénat élu par les législatures des États, comme c'était le cas avant l'adoption du 17^e amendement en 1913⁵⁴. On peut donc sérieusement soutenir, à l'encontre de ce qui semble être une opinion assez répandue, que l'élection des sénateurs par la population n'augmenterait pas leur capacité d'agir comme représentants véritables des provinces et ne renforcerait donc pas le principe fédéral. Au contraire, il est possible de croire que des sénateurs élus par la population provinciale, et dès lors portés à prétendre représenter les intérêts de la province aussi bien, voire mieux, que le gouvernement provincial lui-même, se trouveraient en situation de concurrence politique avec ce dernier, ce qui pourrait affaiblir le principe fédéral⁵⁵. Néanmoins, l'élection des sénateurs renforcerait le principe démocratique, si bien que les

53. Voir les études mentionnées dans José Woehrling, «Les enjeux de la réforme du Sénat canadien», (1992) 23 R.G.D. 81. Voir également Bruce Stone, «The Australian Senate : Strong Bicameralism Resurgent», dans Jörg Luther, Paolo Passaglia et Rolando Tarchi, dir., *A World of Second Chambers – Handbook for Constitutional Studies on Bicameralism*, Milan, Giuffrè Editore, 2006, aux p. 529 et s.; Stanley Bach, *Platypus and Parliament – The Australian Senate in Theory and Practice*, Canberra A.C.T., Department of the Senate Parliament House, 2003.

54. Pour une vigoureuse démonstration en ce sens, voir par ex. Todd J. Zywicki, «Beyond the Shell and Husk of History : The History of the Seventeenth Amendment and Its Implications for Current Reform Proposals», (1997) 45 Clev. St. L. Rev. 165, aux p. 209 et s.

55. Dehousse, *supra* note 49.

être représentée et les conditions de résidence qu'ils doivent remplir» (alinéa 42(1)c)). Par conséquent, la durée du mandat des sénateurs ne fait pas partie des exceptions expressément soustraites du pouvoir de modification unilatéral du Parlement fédéral. Néanmoins, certains auteurs qui se sont penchés sur la question estiment qu'il existe peut-être certaines limites implicites au pouvoir du Parlement fédéral d'adopter une telle réforme.

Ainsi, le professeur Benoît Pelletier, dans l'ouvrage qu'il a consacré à la modification constitutionnelle au Canada, tout en reconnaissant que l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982* permettrait au fédéral de modifier la durée des fonctions des sénateurs ou leur rémunération, affirme qu'il «ne pourrait pas affecter unilatéralement ces aspects de la Chambre haute d'une façon qui soit trop importante ou qui mette en péril la bonne marche de l'existence de cette chambre»⁵⁶. Pour arriver à cette conclusion, l'auteur s'appuie en particulier sur le *Renvoi sur la Chambre haute* de 1979 dans lequel la Cour suprême du Canada s'exprimait ainsi sur la question de savoir si le Parlement fédéral pouvait à l'époque, en vertu du paragraphe 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, modifier les termes du mandat des sénateurs :

Actuellement, lorsqu'ils sont nommés, les sénateurs occupent leur charge jusqu'à l'âge de soixante-quinze ans. À un certain point, la réduction de la durée des fonctions pourrait nuire au bon fonctionnement du Sénat qui assure, pour reprendre les paroles de Sir John A. Macdonald [traduction] «un deuxième coup d'œil attentif à la loi». L'Acte prévoit une constitution semblable, en principe, à celle du Royaume-Uni, où les membres de la Chambre des lords siègent à vie. L'imposition de la retraite obligatoire à l'âge de soixante-quinze ans n'a pas modifié le caractère essentiel du Sénat. Cependant, pour répondre à cette question, il nous faudrait savoir quels changements on se propose d'apporter à la durée des fonctions.⁵⁷

56. *Supra* note 24 à la p. 199.

57. *Renvoi sur la Chambre haute*, *supra* note 42 aux p. 76-77. La Cour reconnaît implicitement la validité de la loi fédérale qui, en vertu du pouvoir fédéral de modification constitutionnelle prévu avant 1982 au

Pour autant qu'il concerne la portée du pouvoir fédéral unilatéral de modification constitutionnelle à l'égard du Sénat, le *Renvoi sur le Sénat* fait-il encore jurisprudence, la Cour interprétant dans cette décision l'ancien paragraphe 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* alors que les dispositions applicables sont aujourd'hui les articles 42 et 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?⁵⁸ Dans cette décision, la Cour a somme toute jugé que l'existence et les caractéristiques essentielles du Sénat doivent être considérées comme une condition fondamentale de l'union de 1867 et ne peuvent pour cette raison être touchées unilatéralement par le fédéral. Les articles 42 et 44 combinés de la *Loi constitutionnelle de 1982* indiquent que le Constituant a entendu en quelque sorte confirmer ce jugement, puisqu'il a expressément soustrait du pouvoir de modification fédéral ce qu'il considérait être les caractéristiques essentielles du Sénat, soit les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs ainsi que le nombre de sénateurs par lesquels une province est habilitée à être représentée et les conditions de domicile qu'ils doivent remplir. La durée des fonctions n'ayant pas fait l'objet de la même protection expresse semble devoir à première vue être librement modifiable par le Parlement fédéral, mais l'on peut sans doute penser que si une modification fédérale du mandat des sénateurs portait atteinte à la capacité du Sénat de jouer son rôle, elle devrait être considérée comme portant atteinte à ses

paragraphe 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (*supra* note 2) avait modifié l'article 29 de cette loi (qui prévoyait que les sénateurs étaient nommés à vie), pour introduire la retraite à 75 ans : *Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1965, 14 Elizabeth II, c. 4, Partie I (Canada), reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 39 (*Loi constitutionnelle de 1965*).

58. Les professeurs Brun, Tremblay et Brouillet, qui se sont posé la question, semblent hésiter sur la réponse (*supra*, note 31, p. 226) : après avoir affirmé que «l'arrêt garde sa valeur pour l'interprétation générale de l'article 44», ils reconnaissent ensuite qu'«[i]l est possible par contre que l'avis sur le Sénat soit considéré comme supplanté par l'ensemble de la formule de modification contenue dans la Loi de 1982». Et ils ajoutent : «En effet, en prévoyant expressément des exceptions relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat et aux Communes et en les soumettant à des mécanismes rigides, la nouvelle procédure peut être interprétée comme autosuffisante, de sorte qu'il ne serait plus nécessaire de rechercher *ab extra* quelles sont les conditions de l'union fédérative qui doivent être soustraites du pouvoir de modification purement fédéral».

caractéristiques essentielles. Autrement dit, les modifications de la durée du mandat des sénateurs ne seraient valides qu'en autant qu'elles ne nuisent pas au rôle que doit jouer le Sénat.

Reste alors à savoir quel rôle principal la Cour suprême reconnaîtrait aujourd'hui au Sénat. Dans l'extrait du jugement de 1979 cité plus haut, la Cour laisse entendre qu'une réduction trop importante de la durée du mandat des sénateurs porterait atteinte à la capacité du Sénat de jouer son rôle de chambre de réflexion (tout comme elle mentionne ailleurs dans le jugement que ce même rôle pourrait être mis en péril par l'élection des sénateurs au suffrage universel). Cependant, comme nous avons déjà tenté de le montrer, il est peu probable que la Cour accorderait la même importance à ce rôle de chambre de réflexion aujourd'hui (voir *supra*).

Somme toute, si la Cour suprême jugeait que le pouvoir du Parlement fédéral de modifier la durée du mandat des sénateurs n'est pas illimité, une telle modification ne devant pas empêcher le Sénat de remplir ses fonctions, cette dimension accessoire de la réforme du Sénat serait liée à la question plus fondamentale de la modification du système de désignation. Si la Cour reconnaissait l'existence d'une convention constitutionnelle en vertu de laquelle les sénateurs sont nommés conjointement par le gouvernement fédéral et le gouvernement provincial concerné, avec ou sans élection par la population, elle devrait logiquement accepter aussi que le Parlement fédéral puisse, en vertu de son pouvoir unilatéral de modification constitutionnelle prévu à l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, modifier la durée du mandat des sénateurs de façon à le rendre compatible avec le nouveau mode de désignation⁵⁹. Si l'on voulait éviter de procéder par législation

59. Ainsi, si la Cour reconnaissait l'existence d'une convention associant les gouvernements provinciaux à la nomination des sénateurs, il serait logique - car conforme à la fonction de l'organisme - que la durée de leur mandat soit, au moins de façon générale, alignée sur le rythme électoral provincial, de façon à permettre le renouvellement des sénateurs en fonction du changement de gouvernement dans les provinces. Les mêmes remarques s'appliqueraient, *mutatis mutandis*, si la Cour acceptait un système dans lequel les sénateurs présentés par les provinces seraient élus par la population provinciale.

ceux de la Chambre haute, car c'est de la première qu'émane le gouvernement et, par conséquent, c'est devant elle seule qu'il est responsable. Il existe donc une certaine contradiction entre l'élection des sénateurs au suffrage direct, qui suppose que le Sénat ait les mêmes pouvoirs que la Chambre des communes, et la logique du système parlementaire, qui veut, au contraire, que la Chambre basse ait des pouvoirs supérieurs à la Chambre haute. Avec un Sénat conservant les mêmes pouvoirs législatifs que la Chambre des communes et obtenant la légitimité démocratique nécessaire pour véritablement les exercer, le danger existerait d'un affrontement entre les deux Chambres et d'un blocage du processus décisionnel. En outre, même si l'exécutif continuait de n'être en principe responsable que devant la Chambre basse, le refus du Sénat d'adopter une loi importante, ou encore le refus d'adopter le budget, pourrait entraîner la chute du gouvernement.

Comme le souligne l'auteur Stanley Bach à propos du Sénat australien, en système parlementaire de type Westminster, le gouvernement est normalement en mesure de faire adopter sans difficulté son programme législatif par le Parlement dans la mesure où il possède la majorité à la Chambre basse, devant laquelle il est politiquement responsable, et en autant que la Chambre haute, devant laquelle il n'est pas responsable, ne devrait normalement pas s'estimer autorisée à rejeter les lois adoptées par la Chambre basse. Si le Sénat peut bloquer ces lois, comme c'est le cas en Australie et comme cela serait également le cas au Canada si les sénateurs étaient élus, on s'éloigne de la logique du système parlementaire de type britannique. Il y a en Australie modification du système parlementaire pour tenir compte des exigences du fédéralisme; le gouvernement est en pratique responsable devant les deux Chambres et les membres du Cabinet peuvent être choisis dans l'une et l'autre de celles-ci⁶¹.

61. Bach, *supra* note 53 pp. 330-333; voir également Stone, *supra* note 53 pp. 567-573. En cas d'impasse législative entre les deux Chambres, la Constitution australienne prévoit une double dissolution (art. 57) et, après les élections, si l'impasse persiste, une session conjointe des deux chambres, qui normalement résoudra le conflit en faveur de la Chambre basse, étant donné le plus grand nombre de membres de celle-ci; en effet, l'article 24 de la Constitution prévoit que le nombre des membres

Il faut donc se demander si le gouvernement Harper, en cherchant à instaurer l'élection des sénateurs, a véritablement prévu les problèmes et les difficultés que soulèverait la capacité acquise par un Sénat dorénavant élu d'exercer effectivement les pouvoirs que la Constitution lui reconnaît.

Une formule consistant à faire nommer les sénateurs conjointement par le gouvernement fédéral et le gouvernement de la province à représenter, comme le prévoyait l'Accord du lac Meech, soulèverait la difficulté de résoudre les éventuels désaccords entre les deux ordres de gouvernement. Par ailleurs, son application aurait vraisemblablement pour effet de conférer aux sénateurs une plus grande légitimité qu'à l'heure actuelle, puisqu'ils représenteraient davantage les gouvernements provinciaux (il s'agirait donc d'une légitimité «fédérative» plutôt que démocratique). En outre, cette modalité transférerait à ces derniers une partie du pouvoir de «patronage» lié à la nomination des sénateurs, dont le monopole appartient actuellement au gouvernement fédéral. Un premier ministre provincial désirant créer une vacance à l'Assemblée législative disposerait d'un nouveau moyen de convaincre l'un de ses députés de démissionner, en lui offrant une place au Sénat. Par ailleurs, comme cela a été mentionné précédemment, le système prévu par l'Accord du lac Meech se prêterait à certains «détournements» en permettant aux provinces d'organiser des «élections sénatoriales», pour présenter ensuite au gouvernement fédéral les personnes désignées par ce processus. Ironiquement, la désignation des sénateurs par le premier ministre canadien sur proposition du gouvernement de la province à représenter pourrait donc entraîner indirectement l'élection des sénateurs, ou du moins de ceux représentant les provinces ayant choisi une telle formule.

de la Chambre des représentants doit être, autant que possible, le double de celui des sénateurs.