

La fonction protectrice de la formule de modification de la Constitution

SÉBASTIEN GRAMMOND, D.Phil. (Oxon.), MSRC, Ad.E.

Volume 47, Number 1, 2017

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1040498ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1040498ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Grammond, S. (2017). La fonction protectrice de la formule de modification de la Constitution. *Revue générale de droit*, 47(1), 119–164.
<https://doi.org/10.7202/1040498ar>

Article abstract

The Reference re Supreme Court Act and the Reference re Senate Reform have often been interpreted as widening the body of norms that form part of the Constitution. The author submits that in those two references, the Supreme Court of Canada has instead given effect to the protective function of the constitutional amending formula. This means that the amending formula limits the action of Parliament and the provincial legislatures. A historical and purposive interpretation of sections 41 and 42 of the Constitution Act, 1982, leads to the conclusion that the framers of the Constitution intended to limit the power of Parliament and the provincial legislatures to affect certain essential characteristics of the main components of Canada's political system. The author then spells out the consequences of this reading of the two references on possible reforms of the Supreme Court, the federal judiciary, the Senate and the electoral system.

La fonction protectrice de la formule de modification de la Constitution

SÉBASTIEN GRAMMOND*

RÉSUMÉ

Le Renvoi sur la Loi sur la Cour suprême et le Renvoi sur la réforme du Sénat ont souvent été interprétés comme élargissant l'ensemble des normes qui font partie de la Constitution. L'auteur soutient que, dans ces deux avis consultatifs, la Cour suprême a plutôt mis en application la fonction protectrice de la formule de modification de la Constitution. Cela signifie que cette formule fixe des limites à l'action du législateur ordinaire. En effet, une interprétation historique et téléologique des articles 41 et 42 de la Loi constitutionnelle de 1982 conduit à la conclusion que les auteurs de la Constitution ont voulu limiter le pouvoir du Parlement ou des législatures provinciales de modifier certaines caractéristiques essentielles des principales institutions du régime politique canadien. L'auteur aborde ensuite les conséquences de cette lecture des deux avis consultatifs sur les réformes éventuelles de la Cour suprême, de la magistrature fédérale, du Sénat et du mode de scrutin.

MOTS-CLÉS :

Modification constitutionnelle, Cour suprême, Loi constitutionnelle de 1982, Renvoi sur la réforme du Sénat.

ABSTRACT

The Reference re Supreme Court Act and the Reference re Senate Reform have often been interpreted as widening the body of norms that form part of the Constitution. The author submits that in those two references, the Supreme Court of Canada has instead given effect to the protective function of the constitutional amending

* D.Phil. (Oxon.), MSRC, Ad.E. Professeur titulaire, Section de droit civil, Université d'Ottawa; avocat-conseil, Dentons Canada. L'auteur désire remercier Yan Campagnolo, Warren Newman, Peter Oliver et Mark Walters, qui ont aimablement commenté une version antérieure du présent article, ainsi que les évaluateurs anonymes. À titre d'avocat, l'auteur a représenté certains intervenants devant la Cour d'appel du Québec et la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi sur la réforme du Sénat* et dans le *Renvoi sur la Loi sur la Cour suprême*.

formula. This means that the amending formula limits the action of Parliament and the provincial legislatures. A historical and purposive interpretation of sections 41 and 42 of the Constitution Act, 1982, leads to the conclusion that the framers of the Constitution intended to limit the power of Parliament and the provincial legislatures to affect certain essential characteristics of the main components of Canada's political system. The author then spells out the consequences of this reading of the two references on possible reforms of the Supreme Court, the federal judiciary, the Senate and the electoral system.

KEY-WORDS:

Constitutional amendment, Supreme Court of Canada, Constitution Act, 1982, Reference re Senate Reform.

SOMMAIRE

Introduction	121
I. Trois théories concurrentes pour expliquer les avis consultatifs de la Cour suprême	124
A. La théorie du constat implicite d'incompatibilité.....	125
B. La théorie de la Constitution ouverte.....	126
C. La théorie de la fonction protectrice	128
II. Évaluation des trois théories	131
A. La compatibilité avec les motifs de la Cour	131
1. La théorie du constat implicite d'incompatibilité: fondement masqué, mais réel.....	131
2. La théorie de la Constitution ouverte: une évidence ou une illusion?	133
3. La théorie de la fonction protectrice, bien présente dans les motifs de la Cour.....	134
B. La justification des différentes théories	136
1. La théorie de la Constitution ouverte.....	138
2. La théorie de la fonction protectrice	139
3. La théorie du constat implicite d'incompatibilité.....	142
III. La délimitation du domaine protégé par la formule de modification ...	143
IV. Application à certains cas concrets.....	148
A. La Cour suprême	148
1. La composition de la Cour	150
2. Les autres caractéristiques protégées de la Cour.....	154
B. La nomination des sénateurs	157
C. La magistrature	160
D. Le mode de scrutin.....	161
Conclusion	163

INTRODUCTION

Au printemps 2014, la Cour suprême du Canada a rendu deux avis consultatifs majeurs, le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*¹ et le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*². Il s'agissait des deux premières décisions de la Cour portant directement sur l'interprétation de la formule de modification de la Constitution du Canada adoptée en 1982. Dans le premier cas, la Cour a statué que le Parlement fédéral ne pouvait pas modifier les dispositions de la *Loi sur la Cour suprême* portant sur les conditions d'admissibilité à une nomination à la Cour. Dans le second cas, elle a jugé que le Parlement ne pouvait pas adopter une loi prévoyant la tenue d'« élections consultatives » destinées à orienter le choix du premier ministre dans la nomination des sénateurs. Dans ces deux affaires, le Parlement prétendait pouvoir agir seul sans modifier le texte de la Constitution. De plus, les textes de loi en cause avaient été soigneusement rédigés de manière à ne contredire aucune disposition existante de la Constitution.

Or, la question de la validité de telles initiatives rendait soudain urgente la réflexion quant à un angle mort de la doctrine constitutionnelle. Jusqu'alors, la plupart des analyses de la formule de modification visaient à déterminer quelle procédure serait applicable si l'on désirait modifier telle ou telle disposition de la Constitution actuelle ou encore ajouter certains types de dispositions à la Constitution³. En d'autres termes, la formule de modification est considérée comme un mécanisme d'aiguillage permettant de choisir la procédure appropriée. Cette réflexion est extrêmement utile, mais présume la volonté des politiciens de modifier la Constitution, une volonté bien rare par les temps qui courent⁴. Peu d'auteurs avaient analysé les restrictions que la formule de modification pouvait imposer à l'action du législateur

1. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art 5 et 6, 2014 CSC 21, [2014] 1 RCS 433 [*Renvoi sur la Loi sur la Cour suprême*].

2. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 RCS 704 [*Renvoi sur la réforme du Sénat*].

3. Voir notamment la monographie de Benoît Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, Toronto, Carswell, 1996, ou les chapitres consacrés à la modification constitutionnelle dans ces manuels de droit constitutionnel : Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014 aux pp 214–56; Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *Les constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours*, Montréal, Thémis, 1992 aux pp 487–539; Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, éd feuilles mobiles, ch 4 [Hogg, *Constitutional Law of Canada*].

4. Voir, à ce sujet, Richard Albert, « The Difficulty of Constitutional Amendment in Canada » (2015) 53:1 Alb L Rev 85.

ordinaire, même si certains d'entre eux s'étaient penchés sur le cas de la Cour suprême⁵ et avaient étudié les limites au pouvoir des provinces de modifier leur propre constitution⁶. Aussi, n'existait-il aucun consensus sur une théorie générale de la modification constitutionnelle, laquelle aurait permis de trancher sans controverse la question de la validité des propositions fédérales de réforme du Sénat, lorsque le débat sur celles-ci s'est engagé⁷.

C'est à l'élaboration d'une telle théorie que nous souhaitons contribuer dans le présent texte. Nous soutenons que la formule de modification possède une *fonction protectrice*, c'est-à-dire qu'elle protège certaines règles, certains principes ou certaines institutions contre l'action du législateur ordinaire⁸. Cette fonction protectrice s'ajoute à la *fonction habilitante*, étudiée par les auteurs mentionnés plus haut, qui permet à certains organes législatifs, agissant de concert, de modifier le texte formel de la Constitution ou d'y ajouter de nouvelles dispositions.

Nous soutenons également que cette manière de voir les choses permet de donner une meilleure explication que celle proposée par la majorité des auteurs de ce que la Cour suprême a fait dans les deux avis consultatifs de 2014. En raison du recours à des principes non écrits et au concept d'« architecture de la Constitution », c'est devenu un lieu commun d'affirmer que la Cour a « constitutionnalisés » certaines

5. Certains auteurs affirmaient que certaines dispositions de la *Loi sur la Cour suprême* avaient été « constitutionnalisées », par exemple : Patrick Monahan et Byron Shaw, *Constitutional Law*, 4^e éd, Toronto, Irwin Law, 2013 à la p 205. D'autres soutenaient plutôt que la mention de la Cour suprême dans la formule de modification ne vise que d'éventuels ajouts à la Constitution concernant la Cour suprême, par exemple : Pelletier, *supra* note 3 aux pp 74, 214 et 280; Morin et Woehrling, *supra* note 3 à la p 483; Hogg, *Constitutional Law of Canada*, *supra* note 3 aux pp 4–14 et 4–15. Un résumé exhaustif de ce débat se trouve dans Warren J Newman, « The Constitutional Status of the Supreme Court of Canada » (2009) 47 SCLR (2d) 429 [Newman, « The Constitutional Status »].

6. Par exemple, Morin et Woehrling, *supra* note 3 aux pp 488–501.

7. Deux contributions, à l'opposé l'une de l'autre, illustrent la gamme d'opinions émises à ce sujet : Robert E Hawkins, « Constitutional Workarounds: Senate Reform and Other Examples » (2010) 89 R du B can 513; Mark D Walters, « The Constitutional Form and Reform of the Senate: Thoughts on the Constitutionality of Bill C-7 » (2013) 7 *Revue de droit politique et parlementaire* 37. Voir aussi Jennifer Smith, dir, *The Democratic Dilemma: Reforming the Canadian Senate*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2009.

8. Pour des exemples d'auteurs ayant envisagé cette question, voir : Peter C Oliver, « Quebec and the Amending Formula: Protection, Promotion and Federalism » dans Stephen Tierney, dir, *Accommodating Cultural Diversity*, Aldershot, Ashgate, 2007 à la p 167; Warren J Newman, « Living with the Amending Procedures: Prospects for Future Constitutional Reform in Canada » (2007) 37 SCLR (2d) 383 à la p 386.

règles ou certains principes qui ne figuraient pas dans la Constitution jusque-là. Certains ont d'ailleurs critiqué ce type de raisonnement, au motif que la Cour se serait arrogé un pouvoir d'étendre à l'infini l'ensemble des changements politiques exigeant une modification constitutionnelle⁹. Cette vision, que nous appellerons la « Constitution ouverte », soulève tout de même des problèmes conceptuels importants, que la théorie de la fonction protectrice permet d'éviter. De plus, une lecture attentive des avis rendus par la Cour démontre que ceux-ci sont autant, sinon davantage, compatibles avec la théorie de la fonction protectrice qu'avec celle de la Constitution ouverte. Enfin, nous montrerons que certains aspects des décisions de 2014 peuvent aussi être expliqués par une application du principe ordinaire de la suprématie de la Constitution.

La théorie que nous entendons exposer dans les pages qui suivent est une œuvre doctrinale. Il est important de préciser dès maintenant ce que cela signifie. La doctrine juridique ne se donne pas seulement comme ambition de décrire l'état du droit ou d'expliquer, comme le ferait un sociologue ou un politologue, en quoi le droit obéit à un certain nombre de déterminants sociaux, politiques ou historiques. Contrairement aux sciences sociales, la doctrine juridique participe à la construction de son objet, dans le cadre du rôle que la théorie des sources du droit lui attribue¹⁰. Elle adopte un « point de vue interne » au droit¹¹ et elle cherche à l'améliorer en le présentant comme un ensemble cohérent et moralement justifiable. Bien entendu, la doctrine juridique doit respecter les faits que sont les lois et les décisions de justice, mais peut les critiquer ou proposer une théorie générale qui les transcende¹². C'est ce défi que nous entendons relever.

Une telle entreprise est d'autant plus urgente que le nouveau gouvernement fédéral a proposé d'apporter un certain nombre de changements aux institutions politiques canadiennes et que certains

9. Voir à titre d'exemple Dennis Baker et Mark D Jarvis, « The End of Informal Constitutional Change in Canada? » dans Emmett Macfarlane, dir, *Constitutional Amendment in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2016, 185; Peter W Hogg, « Senate Reform and the Constitution » (2015) 68 SCLR (2d) 591.

10. John E C Brierley et Roderick A Macdonald, dir, *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993 à la p 127.

11. Jacques Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique » (2002) 50 Dr et soc 103.

12. Comme le soulignait le juge Beetz à propos des contours de la règle de l'enrichissement sans cause: « c'est plutôt à la doctrine qu'il appartient de clarifier systématiquement ces difficultés » (*Cie immobilière Viger ltée c Lauréat Giguère inc*, [1977] 2 RCS 67 à la p 77).

opposants à ces réformes soutiennent que celles-ci ne pourraient être mises en œuvre qu'au moyen d'une modification constitutionnelle. Ainsi, à l'été 2016, le gouvernement a laissé planer l'incertitude quant à sa volonté de respecter la tradition de représentation régionale à la Cour suprême. Un groupe d'avocats de la Nouvelle-Écosse a alors entrepris des procédures judiciaires, arguant que tout écart à cette tradition constitue une modification constitutionnelle. La possibilité qu'une exigence de bilinguisme soit incorporée à la *Loi sur la Cour suprême* suscite aussi des questions semblables. D'autres initiatives politiques, telle la réforme du mode de scrutin, sont aussi contestées au motif qu'elles exigeraient une modification de la Constitution. Pour évaluer toutes ces affirmations, un cadre logique est nécessaire.

I. TROIS THÉORIES CONCURRENTES POUR EXPLIQUER LES AVIS CONSULTATIFS DE LA COUR SUPRÊME

Afin d'assurer la clarté de l'analyse, il est nécessaire d'exposer, dès le départ, les trois théories susceptibles d'expliquer les avis consultatifs du printemps 2014, théories que nous appellerons la théorie du constat implicite d'incompatibilité, la théorie de la Constitution ouverte et la théorie de la fonction protectrice.

Pour bien les différencier, il est utile de garder à l'esprit le principe juridique de base selon lequel le titulaire d'un pouvoir délégué est assujéti à deux types de limites : il doit agir à l'intérieur des pouvoirs qui lui ont été confiés et respecter les normes de niveau hiérarchique supérieur. Ce principe, parfois plus clairement énoncé dans le domaine du droit administratif¹³, mais tout aussi valable en matière de droit constitutionnel, est en fait un corollaire de celui de la primauté du droit. Lorsqu'il s'agit de fédéralisme ou de partage des compétences, la question est de savoir si le Parlement ou l'Assemblée législative concernée a agi dans les limites de ses pouvoirs. En matière de droits et libertés, il s'agit plutôt de savoir si une loi est incompatible avec une norme de niveau supérieur, contenue dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les trois théories combinent différemment ces deux types de contraintes.

13. Voir 114957 *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 RCS 241.

A. La théorie du constat implicite d'incompatibilité

La théorie du constat implicite d'incompatibilité est tout simplement un corollaire du principe de la suprématie de la Constitution, c'est-à-dire de la nécessité de respecter les normes de niveau supérieur. En effet, l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que la loi ordinaire doit être compatible avec le texte constitutionnel, sous peine d'être déclarée inopérante. Selon cette théorie, les décisions sur la réforme du Sénat et la nomination des juges constitueraient tout simplement, l'une et l'autre, une invalidation de lois fédérales, au motif que celles-ci seraient incompatibles avec une disposition de la Constitution, même si cela n'est pas exprimé de cette manière par la Cour (d'où le « constat implicite »).

En droit constitutionnel canadien, la notion d'incompatibilité (ou de conflit) a été élaborée principalement en ce qui a trait à la prépondérance des lois fédérales. En effet, pour déterminer si une loi provinciale doit céder le pas à une loi fédérale, les tribunaux ont dû concevoir une grille d'analyse qui précise cette notion d'incompatibilité. Sans entrer dans les méandres de la jurisprudence de la Cour suprême¹⁴, on peut dire qu'il y a deux cas de figure où deux lois seront déclarées incompatibles : le conflit opérationnel ou conflit d'application, d'une part, et le conflit avec l'objet de la loi fédérale, d'autre part. Dans le premier cas, il s'agit d'une situation où il est impossible de respecter les deux lois en même temps¹⁵. Dans le deuxième cas, une loi provinciale compromet l'atteinte des objectifs de la loi fédérale¹⁶. Par exemple, il y aura un tel conflit lorsqu'une loi provinciale cherche à modifier l'ordre de priorité dans lequel les créanciers seront payés lors d'une faillite, laquelle est régie par la loi fédérale. On dira également, dans de tels cas, que la loi fédérale vise à établir un « code complet », c'est-à-dire qu'elle entend régler de manière exhaustive un sujet précis¹⁷.

14. Voir notamment les arrêts *Multiple Access Ltd c McCutcheon*, [1982] 2 RCS 161; *Saskatchewan (PG) c Lemare Lake Logging Ltd*, 2015 CSC 53, [2015] 3 RCS 419 [*Lemare Lake*].

15. Voir les motifs de la majorité de la Cour dans *407 ETR Concession Co c Surintendant des faillites*, 2015 CSC 52, [2015] 3 RCS 397.

16. Voir notamment l'arrêt *Banque de Montréal c Hall*, [1990] 1 RCS 121. Dans ce cas particulier, la Cour suprême a conclu que la loi fédérale doit, à toutes fins utiles, être considérée comme une norme hiérarchiquement supérieure. La Cour a également affirmé que la doctrine de la prépondérance, notamment dans son volet de conflit avec l'objet de la loi fédérale, doit recevoir une application restrictive. Voir *Lemare Lake*, *supra* note 14 aux pp 437–40.

17. *Husky Oil Operations Ltd c Ministre du Revenu national*, [1995] 3 RCS 453 [*Husky Oil*].

Un arrêt méconnu de la Cour suprême, l'arrêt *Sutherland*¹⁸, offre un exemple de constat implicite d'incompatibilité en dehors du contexte de la prépondérance des lois fédérales sur les lois provinciales. Cette affaire mettait en cause un conflit entre une loi provinciale et une disposition constitutionnelle protégeant le droit des Autochtones de chasser sur des « terres inoccupées de la Couronne »¹⁹. La loi manitobaine contestée édictait que certaines aires de protection de la faune ne constituent pas des « terres inoccupées de la Couronne », aux fins de la disposition constitutionnelle en cause. La Cour suprême a jugé cette loi manitobaine invalide, parce que dans les faits, celle-ci visait à modifier implicitement la disposition constitutionnelle. Selon le juge Dickson, la loi avait « pour effet » de modifier la Constitution, même si sur le plan formel, le texte constitutionnel demeurait intouché²⁰. On aurait également pu dire, en employant les concepts énoncés en matière de prépondérance, que la loi manitobaine compromettait la réalisation de l'objectif visé par la disposition constitutionnelle, qui était de garantir certains droits aux Autochtones. Il y avait donc, en dernière analyse, incompatibilité entre les deux textes en cause.

Le concept d'« architecture de la Constitution », fréquemment utilisé par la Cour suprême dans ses deux avis consultatifs, peut l'être pour donner effet au principe de suprématie de la Constitution. Lorsque l'on affirme qu'une loi est incompatible avec l'architecture de la Constitution, cela peut fort bien signifier qu'elle compromet l'atteinte des objectifs visés par certaines dispositions de la Constitution, même si ceux-ci ne figurent pas explicitement dans le texte. Nous y reviendrons.

B. La théorie de la Constitution ouverte

La théorie de la Constitution ouverte est fondée sur le libellé du paragraphe 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui énonce que « la Constitution du Canada comprend » (*includes*, dans le texte anglais) un certain nombre de textes énumérés dans une annexe²¹. Depuis 1982,

18. *R c Sutherland*, [1980] 2 RCS 451.

19. Il s'agissait de l'article 13 de la *Convention de transfert des ressources naturelles du Manitoba*, constitutionnalisée par la *Loi constitutionnelle de 1930*, LRC 1985, app II, n° 26.

20. *Husky Oil*, *supra* note 17 à la p 456.

21. L'origine de cette définition non exhaustive de la Constitution du Canada se trouve dans la résolution déposée par le gouvernement fédéral, en octobre 1980, en vue d'un rapatriement de la Constitution sans le consentement des provinces : Anne F Bayefsky, *Canada's Constitution Act, 1982, and Amendments: A Documentary History*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1989 à la p 757.

les constitutionnalistes se sont penchés sur la question de savoir si cette énumération est exhaustive ou ouverte. Si elle est ouverte, cela signifierait que des textes de loi non énumérés pourraient acquérir les caractères distinctifs de la Constitution formelle, soit primer les lois ordinaires incompatibles (para 52(1)) et ne pouvoir être modifiés qu'au moyen de la procédure particulière de modification de la Constitution (para 52(3)).

Les auteurs qui plaident pour la reconnaissance du caractère ouvert de la Constitution renvoient souvent à l'exemple de la *Loi sur la Cour suprême*. La raison en est bien simple. La formule de modification mentionne à deux reprises la Cour suprême (aux alinéas 41d) et 42(1)d)). Pourtant, on ne trouve aucune mention de la Cour suprême dans le reste du texte constitutionnel²², ce qui rendrait les alinéas 41d) et 42(1)d) sans objet. Il faudrait donc, pour donner un sens à ceux-ci, conclure que certaines dispositions de la *Loi sur la Cour suprême* font implicitement partie de la Constitution du Canada.

Selon cette manière de voir les choses, on n'envisage pas d'autre limite aux pouvoirs du Parlement et des législatures provinciales que l'exigence de la compatibilité avec la Constitution (et, bien entendu, les limites qui découlent du fédéralisme). Dans cette optique, la formule de modification ne limiterait pas les pouvoirs du Parlement et des législatures, mais ne ferait qu'indiquer comment modifier les autres dispositions du texte constitutionnel qui, seules, peuvent rendre une loi ordinaire inopérante. Il s'ensuit que si, dans le *Renvoi sur la Loi sur la Cour suprême*, la Cour a déclaré invalide une loi du Parlement, il faut nécessairement qu'il y ait eu une disposition incompatible avec la Constitution, que l'on peut difficilement trouver ailleurs que dans la *Loi sur la Cour suprême* elle-même. D'ailleurs, le fait de nier l'existence

Les projets précédents de rapatriement de la Constitution contenaient une clause définissant la Constitution du Canada de manière exhaustive. Un document apparemment préparé à l'intention du ministre de la Justice à cette époque contient l'explication suivante :

The definition is not exhaustive; it includes the documents specifically listed. The Constitution of Canada is found in other documents as well as those listed, such as the letters patent appointing the Governor General, the instructions to Lieutenant Governors, provincial statutes relating to the constitution of the province, federal statutes such as the Succession to the Throne Act. To try to enumerate such documents would be too time-consuming. There would be a danger of leaving some out.

Briefing book for clause-by-clause consideration of the proposed resolution (Book III) (janvier 1980), Ottawa, Bibliothèque et Archives Canada R11344, vol 406, dossiers 7, 8 et 9.

22. Pour être plus précis, il faudrait mentionner l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, qui accorde au Parlement le pouvoir de créer une « cour générale d'appel », sans préciser quoi que ce soit quant à la compétence ou à l'organisation de celle-ci.

d'autres limites aux pouvoirs des législatures que celles qui découlent de l'exigence de compatibilité avec la Constitution rejoint l'idée, souvent répétée, que la *Loi constitutionnelle de 1867* a entièrement réparti le pouvoir d'adopter des lois entre les deux paliers de gouvernement du Canada²³.

C'est de cette manière que la plupart des commentateurs ont lu les deux avis consultatifs²⁴. En poussant l'idée jusqu'au bout, on pourrait soutenir que toute règle, principe ou institution qui peut être caractérisé comme faisant partie de l'« architecture de la Constitution » ne peut plus être modifié sans procéder à une modification constitutionnelle conforme à la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Certains auteurs, sans doute conscients des conséquences extrêmes d'une telle position, ont plutôt proposé des critères pour délimiter les nouvelles frontières de la Constitution du Canada²⁵.

C. La théorie de la fonction protectrice

Au contraire de la théorie de la Constitution ouverte, celle de la fonction protectrice affirme que la formule de modification de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* a non seulement pour effet de préciser la procédure qu'il faut suivre pour modifier certaines catégories de dispositions de la Constitution (c'est la fonction habilitante), mais aussi de soustraire certaines questions ou certains domaines à la compétence du Parlement ou des législatures provinciales (c'est la fonction protectrice). Autrement dit, le pouvoir constituant s'est réservé certaines questions, même si la Constitution ne contient pas (ou pas encore) de normes relativement à celles-ci.

C'est donc dire que pour faire déclarer une loi invalide, deux avenues sont ouvertes : soit démontrer que cette loi est incompatible avec une

23. *Ontario (AG) v Canada (AG)*, [1912] AC 571 (CP) à la p 581; voir aussi *Murphy v Canadian Pacific Railway*, [1958] SCR 626 à la p 643.

24. Voir par ex Hogg, *Constitutional Law of Canada*, *supra* note 3 à la p 4–23, qui affirme que, selon la Cour, certaines dispositions de la *Loi sur la Cour suprême* « have mysteriously migrated into the Constitution of Canada »; Kate Glover, « Structure, Substance and Spirit: Lessons in Constitutional Architecture from the Senate Reform Reference » (2014) 67 SCLR (2d) 221 à la p 248.

25. Voir par ex Adam Dodek, « Uncovering the Wall Surrounding the Castle of the Constitution: Judicial Interpretation of Part V of the *Constitution Act, 1982* » dans Macfarlane, *supra* note 9, 42 aux pp 51–53; Philippe Lagassé et Patrick Baud, « The Crown and Constitutional Amendment after the *Senate Reform and Supreme Court References* » dans *ibid*, 203 aux pp 248–70; Noura Karazivan, « De la structure constitutionnelle dans le Renvoi relatif au Sénat: vers une *gestalt* constitutionnelle? » (2015) 60:4 RD McGill 793.

disposition existante de la Constitution, soit démontrer que la loi porte sur un sujet que le pouvoir constituant s'est réservé et a soustrait à la compétence du législateur ordinaire. La partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* a donc pour effet d'apporter des limites à la compétence du législateur ordinaire, sans qu'il soit nécessaire de prouver une incompatibilité au sens de l'article 52 de cette loi.

L'exemple le plus simple de la fonction protectrice de la formule de modification est offert par l'article 42(1)a), qui prévoit que les modifications relatives au « principe de la représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes » doivent être faites en suivant la procédure de l'article 38, c'est-à-dire la « formule 7/50 ». La représentation des différentes provinces à la Chambre des communes et son rajustement décennal sont prévus par l'article 51 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cet article peut être modifié par le Parlement agissant seul, selon l'article 44. De fait, le Parlement l'a modifié deux fois depuis 1982²⁶. Or, ces modifications respectaient le principe de la représentation proportionnelle et n'envahissaient pas le domaine protégé par l'article 42(1)a), c'est-à-dire le choix entre divers principes de représentation des provinces (par exemple, une représentation égale, proportionnelle à la population ou proportionnelle à la richesse, etc.). En réalité, ce qui est protégé est un principe, et non la disposition précise qui met celui-ci en œuvre, comme le démontrent les deux modifications apportées à l'article 51 de la *Loi constitutionnelle de 1867* depuis 1982 et comme l'énonce en toutes lettres l'article 52 de cette même loi.

Dans la plupart des cas, le domaine visé par la fonction habilitante d'une disposition de la formule de modification est plus large que celui visé par sa fonction protectrice. L'article 41c) en donne un exemple en précisant que toute modification de la Constitution relative à l'usage du français et de l'anglais (sauf certaines exceptions) doit recevoir l'assentiment de l'ensemble des provinces. Cet article n'empêche pas le Parlement d'adopter des lois concernant l'usage du français et de l'anglais, comme la *Loi sur les langues officielles*. Il indique plutôt comment s'y prendre si l'on désire ajouter de nouveaux droits linguistiques à la Constitution ou si l'on veut modifier les dispositions de celle-ci portant sur ces mêmes droits. Si cet article possède une fonction protectrice, celle-ci se limiterait sans doute au choix de deux, et de

26. *Loi constitutionnelle de 1985 (représentation électorale)*, LC 1986, c 8, partie I; *Loi sur la représentation équitable*, LC 2011, c 26, art 2.

seulement deux, langues officielles. Il serait même possible que l'article 41c) n'ait aucune fonction protectrice, mais seulement une fonction habilitante²⁷.

Une comparaison avec le droit civil permet de mieux comprendre la distinction entre fonction habilitante et fonction protectrice. Dans une large mesure, le *Code civil du Québec* possède une fonction habilitante. Entre autres, il expose les règles qui permettent aux parties qui le désirent de conclure des contrats. Le Code contient cependant un petit nombre de règles d'ordre public, soit des règles qui s'imposent aux parties, interdisant à celles-ci de conclure certains types de contrats ou d'inclure certains types de clauses dans leurs contrats²⁸. La fonction protectrice est en quelque sorte un ordre public constitutionnel, elle interdit au législateur ordinaire d'adopter certains types de lois.

S'il faut chercher dans le domaine du partage des compétences un concept analogue permettant d'expliquer la fonction protectrice, ce serait celui de l'exclusivité des compétences. Par exception à la doctrine du double aspect qui permet la coexistence de lois fédérales et provinciales portant sur le même sujet, la doctrine de l'exclusivité des compétences protège le « noyau » d'une compétence (habituellement une compétence fédérale) contre toute entrave découlant d'une loi de l'autre palier de gouvernement²⁹. Par exemple, la Cour suprême a décidé que la législation québécoise sur la protection du territoire agricole ne peut s'appliquer de manière à empêcher la construction d'un aéroport, une question qui est au cœur de la compétence fédérale sur l'aéronautique³⁰. Un aspect de cette doctrine mérite d'être souligné : elle s'applique même en l'absence de loi fédérale portant sur le même sujet que la loi provinciale ou, en d'autres termes, même si la compétence qu'il s'agit de protéger n'a pas été exercée. Il en va de même de la fonction protectrice de la formule de modification, qui s'applique même en l'absence de disposition constitutionnelle sur le sujet visé.

Avant d'aller plus loin, dissipons une confusion potentielle. Nous utilisons ici l'expression « fonction protectrice » dans un sens précis, c'est-à-dire que la formule de modification a pour effet de protéger

27. Voir, à ce sujet, *infra* à la section III.

28. Voir notamment l'article 1732 CcQ, portant sur les garanties en matière de vente.

29. Voir l'arrêt de principe *Banque canadienne de l'Ouest c Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 RCS 3 [*Banque canadienne de l'Ouest*].

30. *Québec (PG) c Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 RCS 536.

certaines règles ou certains principes qui ne sont pas expressément prévus dans la Constitution. Il est évident qu'au sens large, la formule de modification protège l'ensemble de la Constitution contre des changements unilatéraux, mais ce n'est pas là l'objet du présent texte.

II. ÉVALUATION DES TROIS THÉORIES

Ayant exposé les trois théories qui permettent d'expliquer comment la Cour suprême peut décider que l'adoption d'une loi ordinaire exige en réalité une modification de la Constitution, nous pouvons maintenant évaluer laquelle de celles-ci constitue la meilleure explication des deux avis consultatifs de 2014. En nous inspirant des théories de Ronald Dworkin³¹, nous aborderons cette question sous deux angles : premièrement, celui de la compatibilité de chacune de ces théories avec les faits, c'est-à-dire leur capacité à expliquer ce que la Cour a dit ou a fait, et, deuxièmement, celui de leur justification, c'est-à-dire leur caractère acceptable ou non.

A. La compatibilité avec les motifs de la Cour

Nous entreprendrons d'abord de vérifier si chacune des théories fournit une explication plausible des motifs de la Cour dans les avis en cause. Dans cette évaluation, nous admettrons la possibilité que ces motifs eux-mêmes ne soient pas parfaitement cohérents et que les juges qui les ont rédigés n'avaient pas nécessairement ces trois théories à l'esprit. Nous examinerons autant le raisonnement réellement employé par la Cour que les principes qu'elle énonce, car comme l'a déjà dit la Cour, il est « sage de s'attacher davantage à ce que les tribunaux font qu'à ce qu'ils disent »³².

1. *La théorie du constat implicite d'incompatibilité : fondement masqué, mais réel*

La théorie du constat implicite d'incompatibilité permet d'expliquer le résultat du *Renvoi sur la réforme du Sénat*, même si la Cour n'emploie pas explicitement cette grille d'analyse. En effet, malgré ses nombreuses références à l'architecture de la Constitution, la Cour a

31. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Oxford, Hart, 1986; voir aussi Stephen A Smith, *Contract Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2004 aux pp 7–32.

32. *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 29 au para 52.

également pris soin de répertorier certaines dispositions constitutionnelles précises qui seraient touchées par la mise en place d'élections consultatives : les articles 24 et 32 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Certaines de ces dispositions, nous dit la Cour, prévoient que les sénateurs seront nommés, alors que d'autres prévoient que les membres de la Chambre des communes seront élus³³. Après avoir décrit les fondements du mode de sélection des membres des deux chambres du Parlement, la Cour conclut que « les élections législatives [*sic*, consultatives] proposées transformeraient fondamentalement l'architecture constitutionnelle que nous venons de décrire »³⁴. En d'autres termes, même en supposant qu'il n'y a pas de conflit opérationnel entre l'article 24 et une loi fédérale prévoyant des élections consultatives, il y aurait à tout le moins un conflit avec l'objectif de la norme supérieure, en l'occurrence l'article 24, qui serait de doter le Sénat d'un type de légitimité politique différent de celui de la Chambre des communes. Comme nous l'avons mentionné plus haut, le concept d'architecture de la Constitution est ici employé comme un synonyme de l'objectif visé par certaines dispositions de la Constitution.

Le concept d'incompatibilité a aussi pu jouer un rôle dans la décision de la Cour au sujet de l'abolition du Sénat. Tous s'entendaient pour dire qu'une telle abolition exigerait une modification formelle de la Constitution, mais la Cour devait déterminer si la formule applicable était la formule générale (« 7/50 ») ou celle de l'unanimité. Pour trancher en faveur de l'unanimité, la Cour a souligné que l'abolition du Sénat rendrait « inopérant[es] »³⁵ les dispositions de la partie V, qui prévoient la participation du Sénat au processus de modification constitutionnelle. Il s'agit là, à notre avis, d'une autre manière d'énoncer un constat d'incompatibilité.

Cependant, il n'y a eu aucun constat implicite d'incompatibilité dans le *Renvoi sur la Loi sur la Cour suprême*, pour la simple et bonne raison qu'il n'existe aucune disposition de la Constitution du Canada qui établit les critères d'admissibilité à la fonction de juge de la Cour suprême. La Cour ne raisonne pas en termes d'incompatibilité. Le vocabulaire qu'elle emploie au moment de déclarer invalide l'article 6.1

33. *Renvoi sur la réforme du Sénat*, *supra* note 2 au para 55.

34. *Ibid* au para 60 (le mot *consultative* est employé dans la version anglaise).

35. *Ibid* au para 107.

de la *Loi sur la Cour suprême*, ajouté en 2013, met l'accent sur le fait qu'il s'agit d'une « modification » à la composition de la Cour³⁶.

2. *La théorie de la Constitution ouverte : une évidence ou une illusion ?*

Plusieurs passages du *Renvoi sur la réforme du Sénat* se prêtent aisément à l'interprétation selon laquelle la Cour a, à toutes fins utiles, ajouté au texte constitutionnel. Ainsi, dans les paragraphes introductifs de son raisonnement, la Cour commence par rappeler ses décisions antérieures dans lesquelles elle affirmait que la liste des textes constitutionnels figurant à l'annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'est pas exhaustive³⁷. Elle poursuit en présentant un concept qui occupe une place importante dans son raisonnement, celui d'architecture de la Constitution :

Comme nous l'avons vu, la Constitution ne doit pas être considérée comme un simple ensemble de dispositions écrites isolées. Elle a une architecture, une structure fondamentale. Par extension, les modifications constitutionnelles ne se limitent pas aux modifications apportées au texte de la Constitution. Elles comprennent aussi les modifications à son architecture³⁸.

À bien des égards, ce concept d'architecture semble la clé du raisonnement de la Cour. Comme nous l'avons dit plus haut, c'est parce que les élections consultatives transformeraient l'architecture de la Constitution que la Cour les met hors de la portée du législateur ordinaire. La Cour mentionne aussi à maintes reprises le concept de « nature et rôle fondamentaux du Sénat », vraisemblablement des composantes de l'architecture de la Constitution, nature et rôle qui seraient touchés par les élections consultatives³⁹. La tentation est forte d'en conclure que la Cour a ajouté de nouvelles règles ou de nouveaux principes à l'ensemble constitutionnel, lequel ne peut être modifié que conformément à la partie V. Néanmoins, avant de sauter aux conclusions, il faut bien admettre que la Cour n'affirme nulle part avoir procédé à un tel ajout⁴⁰.

36. *Renvoi sur la Loi sur la Cour suprême*, *supra* note 1 aux para 104–06.

37. *Renvoi sur la réforme du Sénat*, *supra* note 2 au para 24.

38. *Ibid* au para 27. Voir aussi au para 107.

39. *Ibid*, notamment aux para 52, 63 et 70.

40. Karazivan, *supra* note 25 à la p 816.

Encore plus que le *Renvoi sur la réforme du Sénat*, le *Renvoi sur la Loi sur la Cour suprême* a été considéré comme un exemple patent d'ajout à la Constitution. L'affirmation selon laquelle « la *Loi constitutionnelle de 1982* a confirmé que les caractéristiques essentielles de la Cour suprême sont protégées par la Constitution »⁴¹ n'est-elle pas l'aveu d'un tel ajout? En effet, ces caractéristiques ne figurent nulle part dans les textes énumérés à l'annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La conclusion semble encore plus inéluctable que la Cour retient trois dispositions de la *Loi sur la Cour suprême*, les articles 4(1), 5 et 6, qui « codifient »⁴² la composition de la Cour mentionnée à l'article 41d) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ces déclarations ont conduit plusieurs auteurs à affirmer que ces trois dispositions avaient été « constitutionnalisées » ou faisaient dorénavant partie de la Constitution⁴³.

3. La théorie de la fonction protectrice, bien présente dans les motifs de la Cour

Peut-on tout de même soutenir que la Cour suprême a plutôt attribué une fonction protectrice à la formule de modification de la partie V? Des références à cette fonction protectrice abondent dans les deux avis consultatifs. Ainsi, la Cour affirme que « les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont étendu la protection constitutionnelle prévue par la procédure normale de modification à tout le processus de "sélection" des sénateurs »⁴⁴ et que ces auteurs « entendaient [...] assurer une protection constitutionnelle spéciale à la représentation du Québec à la Cour »⁴⁵.

La Cour associe également l'idée de fonction protectrice à la volonté des auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* de « préserver le *statu quo* »⁴⁶ quant à certaines institutions jusqu'à ce qu'un consensus émerge sur les réformes qu'il convient de mettre en place. Par exemple, à l'égard du Sénat, la Cour note que « les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont voulu constitutionnaliser le *statu quo* à l'égard du Sénat jusqu'à ce qu'un large consensus se réalise à propos de sa

41. *Renvoi sur la Loi sur la Cour suprême*, supra note 1 au para 90.

42. *Ibid* au para 91. Voir aussi au para 104.

43. Voir par ex Hogg, *Constitutional Law of Canada*, supra note 3 à la p 4–23.

44. *Renvoi sur la réforme du Sénat*, supra note 2 au para 65.

45. *Renvoi sur la Loi sur la Cour suprême*, supra note 1 au para 92. Voir aussi les para 93 et 99.

46. *Ibid* au para 100; *Renvoi sur la réforme du Sénat*, supra note 2 aux para 31 et 100.

réforme»⁴⁷. La Cour mentionne d'ailleurs certains types de réformes qui avaient été envisagés au cours des années 70⁴⁸, laissant ainsi entendre que des réformes d'une telle ampleur devraient être mises en œuvre par une modification constitutionnelle. Dans le *Renvoi sur la Loi sur la Cour suprême*, cette volonté protectrice est liée à la garantie donnée au Québec que trois des neuf juges de la Cour suprême seront des juristes québécois. Il s'agit ni plus ni moins d'un droit de veto reconnu au Québec (et à toutes les autres provinces) sur toute modification de ce compromis fondamental.

Il est utile de signaler que l'idée de préservation du *statu quo* avait auparavant été élaborée par la Cour d'appel du Québec, invitée elle aussi à rendre un avis consultatif sur la question de la réforme du Sénat. La Cour d'appel avait affirmé ce qui suit :

L'interprétation de l'article 42 doit aussi tenir compte, notamment, du fait que devant l'incapacité du gouvernement fédéral et des provinces de convenir, en 1982, d'une réforme complète de la Constitution, incluant certaines institutions dont le Sénat, le constituant a convenu de reporter à plus tard le débat sur les questions prévues à cet article, tout en précisant la procédure de modification qui sera alors applicable pour l'incorporation d'un éventuel consensus dans la Constitution⁴⁹.

La Cour d'appel avait tiré la conclusion que « l'article 42 prescrit non seulement une procédure de modification à la Constitution quant aux questions y mentionnées, mais il reconnaît aussi que ces questions échappent à la seule compétence du Parlement »⁵⁰. Ce passage décrit de manière succincte la différence entre la fonction habilitante et la fonction protectrice de la formule de modification, même si la Cour exagère sans doute la portée de cette dernière.

La théorie de la fonction protectrice est par ailleurs compatible avec l'affirmation-clé de la Cour suprême relative au cadre général d'analyse, selon lequel il faut d'abord « déterminer si les modifications envisagées dans le renvoi modifient la Constitution et, le cas échéant, quelles sont les procédures de modification applicables »⁵¹. En effet, la théorie de

47. *Ibid* au para 11.

48. *Ibid* au para 18.

49. *Projet de loi fédéral relatif au Sénat (Re)*, 2013 QCCA 1807 au para 40.

50. *Ibid* au para 48.

51. *Renvoi sur la réforme du Sénat*, *supra* note 2 au para 21.

la fonction protectrice permet de répondre à la première de ces deux questions, en élargissant non pas le concept de constitution, mais plutôt celui de modification.

B. La justification des différentes théories

Au-delà de la compatibilité de chacune des trois théories avec ce que la Cour a dit et fait dans les deux avis consultatifs du printemps 2014, il faut aussi se demander laquelle de ces trois théories est davantage justifiée, autrement dit, laquelle est préférable. Il s'agit ici d'un jugement essentiellement normatif. Comme le dit Dworkin, il s'agit de présenter le droit « sous son meilleur jour », c'est-à-dire comme un ensemble cohérent, compatible avec les valeurs et les principes qui sous-tendent le système juridique et politique, et possédant, dans la mesure du possible, des qualités que l'on associe habituellement au droit, telles l'intelligibilité et la prévisibilité, même si la certitude absolue est illusoire⁵².

Présenter le droit sous son meilleur jour est un exercice difficile, surtout lorsqu'il existe des désaccords quant à son rôle et celui de la constitution dans un État démocratique. Deux stratégies sont envisageables : soit choisir une conception particulière du rôle de la constitution et proposer une interprétation qui adhère à cette conception, au risque qu'elle soit rejetée par ceux qui réfutent ce rôle de la constitution, soit proposer une interprétation qui soit compatible avec une gamme de conceptions différentes du rôle de la constitution. C'est cette deuxième voie que nous avons choisie⁵³.

Dans le cas qui nous occupe, il est évident que les relations entre la constitution, la magistrature et la démocratie font l'objet de débats importants. Certains auteurs suggèrent que les tribunaux possèdent le pouvoir de contrôler la validité des lois adoptées par le Parlement en fonction de critères moraux d'ordre général, autrement dit, en l'absence d'un texte constitutionnel précis à l'aune duquel on pourrait

52. *Consolidated Fastfrate Inc c Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53 au para 45, [2009] 3 RCS 407.

53. Il s'agit de la stratégie prônée par Daniel Weinstock pour trouver un compromis entre les tenants de deux ensembles de principes de base inconciliables : « Alors, êtes-vous toujours philosophe? » (2013) 5 Cahiers de la Fondation Trudeau 141, en ligne : <www.fondationtrudeau.ca/sites/default/files/u5/cahiers_de_la_fondation_trudeau_vol_5-2013_daniel_weinstock.pdf> (consulté le 15 décembre 2016).

évaluer la loi⁵⁴. Or, un pouvoir de contrôle judiciaire en l'absence de fondement textuel pose un problème démocratique, puisque ce sont des juges non élus qui se trouvent à élaborer la norme suprême. Réagissant à l'opinion majoritaire du juge en chef dans le *Renvoi sur la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*⁵⁵, le juge La Forest résumait ainsi ces préoccupations :

Le contrôle judiciaire n'est donc politiquement légitime que dans la mesure où il met en jeu l'interprétation d'un document constitutionnel qui fait autorité. [...]. Toutefois, cette légitimité est compromise lorsque les tribunaux tentent de limiter le pouvoir des législatures sans s'appuyer sur des textes explicites⁵⁶.

Dans des décisions subséquentes, la Cour a adopté cette approche et a refusé de contrôler la validité de lois sur le seul fondement des principes constitutionnels non écrits qu'elle avait énoncés dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁵⁷. En particulier, elle a décidé que le principe de la primauté du droit ne fait pas obstacle aux immunités de l'État⁵⁸, n'interdit pas au législateur de modifier les règles du droit commun⁵⁹ et ne s'oppose pas à l'imposition d'une taxe sur les services juridiques⁶⁰. La décision récente qui invalide un régime de frais d'audience s'explique par le fait que la Cour a rattaché sa décision à une disposition constitutionnelle existante, l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁶¹. C'est donc dire que la Cour elle-même, dans la grande majorité des cas, refuse de s'engager dans la voie du contrôle judiciaire fondé exclusivement sur des principes non écrits⁶². Dans

54. Par exemple : T R S Allan, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001; T R S Allan, *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution and Common Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

55. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 RCS 3 [*Renvoi rémunération juges de l'Î-P-É*].

56. *Ibid* aux para 315–16. Voir aussi Jean-François Gaudreault-DesBiens, « Le juge comme agent de migration de canevas de raisonnement entre le droit civil et la common law? Quelques observations à partir d'évolutions récentes du droit constitutionnel canadien » dans Ghislain Otis, dir, *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Paris, Karthala, 2013, 41 à la p 56.

57. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217.

58. *Babcock c Canada (PG)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 RCS 3.

59. *Colombie-Britannique c Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 RCS 473.

60. *Colombie-Britannique (PG) c Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 RCS 873.

61. *Trial Lawyers Association of British Columbia c Colombie-Britannique (PG)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 RCS 31 [*Trial Lawyers Association*].

62. À titre d'analogie, en France, l'extension du « bloc de constitutionnalité » a été rattachée, dans la grande majorité des cas, à certains éléments du texte de la Constitution de 1958 : Louis Favoreu et al, *Droit constitutionnel*, 15^e éd, Paris, Dalloz, 2013 aux pp 121–28.

notre analyse des théories concurrentes permettant d'expliquer les deux avis consultatifs de 2014, nous privilégierons donc une théorie qui évite le recours exclusif à des règles non écrites.

1. La théorie de la Constitution ouverte

Adopter la théorie de la Constitution ouverte a conduit plusieurs auteurs, notamment des politologues, à formuler nombre de critiques contre les deux avis consultatifs⁶³, lesquelles peuvent être résumées ainsi.

La méthodologie employée par la Cour est la première cible des critiques. On reproche essentiellement à la Cour d'avoir ignoré le texte de la Constitution et fait reposer son raisonnement sur des principes abstraits dont la source est incertaine. Cela est particulièrement vrai de l'avis sur la réforme du Sénat. En apparence, la Cour a fait peu de cas du sens de l'expression « mode de sélection » qui figure à l'article 42(1)b), mais a plutôt étayé son raisonnement sur le concept d'architecture de la Constitution. Or, disent les critiques, celui-ci est indéterminé, ce qui rend difficile de prévoir quel type de réforme exige une modification de la Constitution.

Ces lacunes méthodologiques mineraient la légitimité de la nouvelle jurisprudence de la Cour. En effet, le recours au concept d'architecture de la Constitution relèverait en quelque sorte de l'invention judiciaire. D'ailleurs, l'idée que des textes non énumérés puissent faire partie de la Constitution du Canada a toujours soulevé des questions quant à la légitimité d'un ajout judiciaire au « bloc de constitutionnalité »⁶⁴. La Cour se serait donc arrogé, sans mandat démocratique découlant du texte constitutionnel lui-même, le pouvoir d'empêcher le Parlement de poursuivre certains types de réformes. Le caractère indéterminé du concept d'architecture constitutionnelle permettrait même à la Cour, selon certains auteurs, de dissimuler un jugement de valeur quant au caractère souhaitable ou non de la réforme qui fait l'objet d'une contestation judiciaire⁶⁵. Cela mettrait en cause la neutralité politique de la Cour et de la Constitution.

63. Voir *supra* note 9.

64. À moins qu'un texte n'ait acquis, avant 1982, un caractère supralégislatif en raison des principes du droit impérial britannique. Ce pourrait être le cas, à titre d'exemple, de la *Loi sur l'extension des frontières de Québec*, SC 1912, c 45. Voir, à ce sujet, *R c Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075 à la p 1104.

65. *Baker et Jarvis*, *supra* note 9 à la p 195.

Sur le plan pratique, on soutient que l'interprétation que la Cour donne à la formule de modification aurait pour effet de rendre presque impossible toute modification de la Constitution, même lorsque la réforme en cause paraît avoir une portée relativement limitée. Étant donné la difficulté de mettre en œuvre le processus de modification, la rigidité additionnelle découlant des deux avis consultatifs conduirait le Canada à la paralysie constitutionnelle.

2. La théorie de la fonction protectrice

La théorie de la fonction protectrice offre une meilleure justification des avis consultatifs rendus par la Cour, puisque malgré les apparences, elle permet de considérer ceux-ci comme le résultat d'un exercice d'interprétation du texte constitutionnel qui n'implique pas l'ajout d'éléments extrinsèques à celui-ci ou l'extension du bloc de constitutionnalité. En effet, cette théorie permet de comprendre que le raisonnement de la Cour repose sur une interprétation des dispositions de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, elle-même fondée sur une analyse de son objet, tel qu'il est révélé par l'histoire des discussions qui ont mené à son adoption.

En effet, la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a pas été rédigée en une nuit de novembre 1981⁶⁶. Le texte de la formule de modification de la Constitution est le fruit d'une longue évolution qui a débuté avec les premières discussions sérieuses à ce sujet, dans les années 30⁶⁷. L'étude de ces négociations permet de saisir la fonction des diverses composantes de la partie V et d'apprécier le consensus politique au sujet de certains principes. Elle permet également, dans certains cas, d'appréhender comment une position mise de l'avant par certains acteurs a été acceptée par les autres parties à ces négociations. Sans nécessairement rechercher l'intention que des participants individuels à ces négociations pouvaient avoir en leur for intérieur, cette

66. Même si la rédaction de la version définitive de ce texte a été effectuée à la hâte : Mary Dawson, « From the Backroom to the Front Line: Making Constitutional History » (2012) 57:4 RD McGill 955 à la p 965.

67. Pour l'histoire de ces négociations, voir notamment : Paul Gérin-Lajoie, *Constitutional Amendment in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1950; J Peter Meekison, « The Amending Formula » (1982-83) 8 Queen's LJ 99; Peter H Russell, *Constitutional Odyssey: Can Canadians Become a Sovereign People?*, 2^e éd, Toronto, University of Toronto Press, 1993; Nadia Verrelli, « Searching for an Amending Formula: The 115-Year Journey » dans Macfarlane, *supra* note 9, 19 [Verrelli, « Amending Formula »]; James Ross Hurley, *La modification de la Constitution du Canada: historique, processus, problèmes et perspectives d'avenir*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996.

démarche permet d'obtenir des indications relativement précises sur l'objectif poursuivi par certaines dispositions de la partie V.

En particulier, une étude historique permet de comprendre l'origine des listes de sujets mentionnés aux articles 41 et 42. Après l'échec des discussions des années 30, le Parlement fédéral a obtenu du Parlement impérial, en 1949, une modification de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui l'autorisait à modifier certains aspects de la Constitution canadienne sans l'intervention des autorités britanniques. Cette disposition qu'est l'article 91(1) prévoyait toutefois une liste d'exceptions à cette nouvelle compétence du Parlement : les matières relevant de la compétence des provinces, les droits scolaires confessionnels, les dispositions sur l'emploi de l'anglais et du français, ainsi que le mandat de la Chambre des communes.

Cet ajout à la Constitution a été fait sans le consentement des provinces et malgré l'opposition de certaines d'entre elles. Selon ces dernières provinces, la formulation des exceptions au pouvoir fédéral de modifier la Constitution était trop étroite et autorisait certaines modifications unilatérales qui auraient pu toucher l'équilibre du fédéralisme ou les intérêts des provinces. Le premier ministre de l'époque, Louis Saint-Laurent, a rapidement admis la validité de ces critiques et a déclaré qu'une future formule de modification devrait limiter le pouvoir unilatéral du Parlement davantage que ne le faisait l'article 91(1)⁶⁸. Tous les projets de formule de modification présentés depuis cette époque, notamment la formule Fulton-Favreau et la *Charte constitutionnelle de 1971* (Charte de Victoria), ont comporté une liste de sujets qui étaient explicitement soustraits de la portée du pouvoir unilatéral du Parlement de modifier certains aspects de la Constitution et qui, par conséquent, étaient assujettis à la formule multilatérale, exigeant un degré élevé de consentement provincial. Le contenu précis de ces listes a légèrement varié d'un projet à l'autre, mais le principe de la limitation des pouvoirs du Parlement a fait l'objet d'un consensus politique depuis cette époque. En particulier, cette protection constituait un corollaire des revendications du Québec quant à son droit de veto sur les modifications constitutionnelles⁶⁹. On peut sans doute affirmer que la Cour suprême a pris acte de ce consensus lorsqu'elle a rendu son avis dans le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la*

68. Verrelli, « Amending Formula », *supra* note 67 à la p 26.

69. Oliver, *supra* note 8 à la p 167.

Chambre haute en 1979⁷⁰. Dans cette affaire, le gouvernement fédéral demandait à la Cour si le Parlement pouvait, en vertu de l'article 91(1), modifier unilatéralement certaines caractéristiques importantes du Sénat. Même si elle n'a pas répondu à toutes les questions, la Cour a décidé que le Parlement ne peut modifier le mode de sélection des sénateurs par nomination et édicter leur élection, car il en découlerait un changement profond du rôle du Sénat au sein du système politique canadien. Selon la Cour, l'article 91(1) ne vise pas les modifications qui touchent les intérêts des provinces. Or, étant donné que le Sénat possède un rôle de représentation régionale, les intérêts des provinces sont touchés par toute modification des caractéristiques essentielles de celui-ci. L'avis de la Cour dans cette affaire a sans doute contribué à légitimer la présence de listes de sujets soustraits au pouvoir de modification unilatérale du Parlement fédéral, listes qui sont devenues les articles 41 et 42.

Interprétés à la lumière de cette trame historique, les articles 41 et 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'ont pas été établis principalement dans un but habilitant⁷¹, mais visaient plutôt à restreindre le pouvoir unilatéral du Parlement de modifier certains volets de la Constitution, prévu initialement à l'article 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, puis à l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il est donc logique que les articles 41 et 42 possèdent une fonction protectrice, c'est-à-dire qu'ils restreignent non seulement les pouvoirs découlant de l'article 44, mais aussi tout pouvoir du Parlement d'adopter ou de modifier des lois ordinaires portant sur les mêmes sujets, en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Autrement dit, l'article 91 doit maintenant être interprété à la lumière des articles 41 et 42.

Une telle conclusion est fondée sur le texte et les méthodes normales d'interprétation⁷². Elle ne propose pas une extension du bloc de constitutionnalité, qui serait dépourvue d'ancrage textuel⁷³. Elle

70. Renvoi : *Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 RCS 54.

71. Comme on le verra plus loin (*infra* à la section III), cette philosophie de protection peut se traduire par la fonction protectrice analysée dans le présent texte, mais aussi par le fait que les dispositions constitutionnelles qui établissent le bilinguisme au niveau fédéral ne peuvent être modifiées qu'avec l'appui de toutes les provinces, ce qui signifie que le Québec a un droit de veto à ce sujet.

72. En particulier, pourrait-on affirmer, sur les méthodes d'interprétation propres au droit civil.

73. Glover, *supra* note 24 à la p 237.

présente donc une justification plus susceptible de faire consensus que la théorie de la Constitution ouverte. Dans cette perspective, le concept d'« architecture de la Constitution », qui figure dans les motifs de la Cour, apparaît sous un jour différent. Il ne s'agit pas d'un ensemble de principes diffus qui s'ajouterait au texte constitutionnel et serait doté d'une force normative indépendante. Le concept s'apparente davantage à ce que l'on appelle habituellement l'objectif d'une loi et sert de fondement à une interprétation téléologique du texte constitutionnel. Cet objectif se dégage de la structure du texte, de l'historique de son adoption et de la fonction des institutions qu'il met en place. Ainsi, paradoxalement, l'architecture de la Constitution serait l'invention des politiciens et non celle des juges.

Il est vrai qu'il y a peu de preuves directes que les « auteurs » de la Constitution aient précisément envisagé la fonction protectrice⁷⁴. Cependant, la formule Fulton-Favreau renfermait une disposition prévoyant explicitement le maintien intégral des compétences existantes du Parlement et des législatures provinciales⁷⁵. L'abandon de cette disposition dans les projets subséquents montre sans doute que les rédacteurs étaient conscients que l'adoption d'une formule de modification de la Constitution pourrait donner lieu à un rétrécissement des pouvoirs du législateur ordinaire.

3. La théorie du constat implicite d'incompatibilité

Dans la mesure où certains aspects des avis consultatifs de 2014 peuvent être expliqués par un constat implicite d'incompatibilité avec des dispositions existantes de la Constitution, cela ne soulève aucun problème particulier de justification. En effet, dans la mesure où l'invalidation d'une loi ordinaire repose tout simplement sur le principe de suprématie de la Constitution, il n'en résulte aucun problème de légitimité particulier, au-delà des enjeux habituellement associés à l'interprétation de textes constitutionnels.

74. Voir par ex Meekison, *supra* note 67 aux pp 115–16, qui semble n'envisager qu'une fonction habilitante pour les articles 41d), 42(1)b) et 42(1)d). Meekison était, à l'époque, sous-ministre des Affaires intergouvernementales de l'Alberta.

75. Reproduite dans Hurley, *supra* note 67 à la p 201, art 9.

III. LA DÉLIMITATION DU DOMAINE PROTÉGÉ PAR LA FORMULE DE MODIFICATION

Nous parvenons donc à la conclusion que la théorie de la fonction protectrice est supérieure à la théorie de la Constitution ouverte, puisqu'elle est davantage compatible avec ce que la Cour a dit et fait dans les avis consultatifs du printemps 2014 et en offre une justification plus convaincante. La théorie du constat implicite d'incompatibilité peut servir à compléter la théorie de la fonction protectrice. Nous allons maintenant proposer une méthode pour déterminer la portée de cette fonction protectrice. Nous procéderons en tirant les conséquences logiques de la théorie de la fonction protectrice, puis en rattachant nos conclusions à certains énoncés de la Cour suprême dans les deux avis consultatifs.

Le principe de base est que la portée de la fonction protectrice devrait être déterminée à l'aide d'une interprétation téléologique des articles 41 et 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En effet, ce sont ces articles qui traduisent la volonté des provinces, acceptée par le gouvernement fédéral, de limiter le pouvoir du Parlement (incluant celui des législatures provinciales) de modifier unilatéralement certaines institutions. Il est donc logique que le libellé de ces articles constitue le point de départ d'une analyse de la fonction protectrice. Ce fut d'ailleurs le cas dans les deux avis consultatifs : la Cour suprême a ancré son raisonnement dans le texte des articles 41d) et 42(1)b), qui visent respectivement la composition de la Cour suprême et le mode de sélection des sénateurs. Il s'ensuit également que la fonction protectrice ne devrait pas, en principe, être rattachée aux sujets qui tombent sous le coup de la procédure générale de l'article 38, sans pour autant être visés par les articles 41 et 42⁷⁶. Dans ces domaines, c'est plutôt le concept d'incompatibilité qui devrait, dans la plupart des cas, permettre de déterminer si une initiative législative est contraire à la Constitution⁷⁷.

Dans certains cas, le texte des articles 41 et 42 décrit assez précisément ce qui fait l'objet de la protection constitutionnelle. Par exemple,

76. Voir *infra* à la section III.

77. Voir *infra*, la section IV.C portant sur la magistrature. Rappelons également, comme nous l'avons souligné plus haut, que la formule de modification a aussi pour effet général de « protéger » les dispositions de la Constitution contre la modification unilatérale, mais le concept de fonction protectrice que nous développons ici porte sur la modification de règles ou de principes qui ne sont pas explicitement mentionnés dans la Constitution.

le « rattachement aux provinces existantes de tout ou partie des territoires » (art 42(1)e)), le « principe de la représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes prévu par la Constitution du Canada » (art 42(1)b)) ou le « droit d'une province d'avoir à la Chambre des communes un nombre de députés au moins égal à celui des sénateurs par lesquels elle est habilitée à être représentée lors de l'entrée en vigueur de la présente partie » (art 41b)) constituent des concepts relativement bien circonscrits qui ne laissent qu'une marge de manœuvre limitée à l'interprète. Dans de tels cas, le Parlement ne peut pas légiférer d'une manière qui accomplit l'action prohibée par les articles 41 et 42 ou qui compromet le principe ou le droit protégé par ces dispositions.

Dans d'autres cas, le libellé des articles 41 et 42 est moins précis et réfère à certaines institutions — la monarchie, le Sénat et la Cour suprême — de manière plus générale. C'est dans de telles situations que la Cour suprême a eu recours au concept de « caractéristiques essentielles » pour déterminer le domaine protégé. Encore une fois, cette réduction à l'essentiel de la protection accordée aux institutions visées est compatible avec l'intention que l'on peut attribuer au pouvoir constituant dans le contexte des négociations qui ont conduit à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les auteurs du texte constitutionnel savaient fort bien que ces institutions étaient déjà régies par une combinaison de dispositions constitutionnelles et de lois ordinaires ou, dans le cas de la Cour suprême, presque exclusivement par des lois ordinaires⁷⁸. Sachant d'expérience qu'il n'est pas facile de s'entendre au sujet d'une modification de la Constitution, ils n'ont pas pu vouloir empêcher l'évolution normale des institutions protégées, mais seulement des modifications fondamentales, soit celles qui portent sur les caractéristiques essentielles de celles-ci.

L'histoire peut aider à déterminer quelles sont ces caractéristiques essentielles. On peut tout d'abord examiner les négociations qui ont mené au rapatriement de la Constitution. Même si celles-ci n'ont pas abouti quant au Sénat et à la Cour suprême, ces institutions ont tout de même fait l'objet de discussions soutenues. Les principaux sujets de discussion donnent une bonne idée de ce que les acteurs politiques de l'époque considéraient comme des caractéristiques essentielles. C'est précisément la démarche que la Cour suprême a empruntée pour

78. Le pouvoir de créer la Cour suprême est prévu à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

motiver ses décisions. Dans le *Renvoi sur la Loi sur la Cour suprême*, la Cour a noté que le concept de « composition » de la Cour doit être compris principalement en fonction de la volonté des provinces de garantir la représentation du Québec au sein de l'institution. Dans le *Renvoi sur la réforme du Sénat*, la Cour a référé, quoique brièvement, aux discussions constitutionnelles des années 70 et aux différentes propositions concernant le Sénat. Elle a implicitement conclu que le fait que les membres du Sénat soient nommés ou bien élus est une caractéristique essentielle de celui-ci⁷⁹. La Cour ne se limite toutefois pas aux travaux préparatoires de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En effet, elle examine aussi l'histoire de la création des institutions en cause, en 1867 pour le Sénat ou en 1875 pour la Cour suprême. Elle en déduit que les politiciens avaient précisément voulu, dans le premier cas, que le Sénat ne soit pas une chambre élue et, dans le deuxième cas, que la représentation du Québec au sein de la Cour suprême soit assurée afin de garantir la vitalité de la tradition civiliste. À ce propos, la Cour emploie le concept de compromis historique pour souligner l'importance des choix effectués par les auteurs de la Constitution. C'est donc dire que deux volontés historiques concourent à cerner ce qui est protégé par la formule de modification : celle des politiciens qui ont façonné l'institution en cause et celle des politiciens qui se sont entendus sur la formule de modification.

Il est possible que certaines catégories des articles 41 et 42 n'aient qu'une fonction protectrice limitée. L'article 41c) traite des modifications de la Constitution portant sur « l'usage du français ou de l'anglais ». La plupart des dispositions constitutionnelles existantes portant sur ce sujet confèrent des droits. On ne saurait imputer au pouvoir constituant une volonté d'interdire au législateur ordinaire de garantir d'autres droits que ceux qui sont prévus dans la Constitution⁸⁰. D'ailleurs, la *Loi sur les langues officielles*⁸¹ et les lois linguistiques de plusieurs provinces confèrent des droits qui vont au-delà de ceux enchâssés dans la Constitution. L'article 41c) n'a donc aucune fonction protectrice visant les droits linguistiques. Évidemment, une loi qui prétendrait réduire les droits garantis par la Constitution serait inopérante en raison de son incompatibilité avec celle-ci, mais non en raison de la fonction protectrice. La seule fonction protectrice envisageable de l'article 41c)

79. *Renvoi sur la réforme du Sénat*, supra note 2 aux para 54–63.

80. Voir par ex *Jones c Nouveau-Brunswick (PG)*, [1975] 2 RCS 182 aux pp 192–95.

81. *Loi sur les langues officielles*, LRC 1985, c 31 (4^e suppl).

viserait le choix des langues officielles à l'échelon fédéral : cette disposition pourrait être interprétée comme ciblant le choix de deux, et de seulement deux langues officielles, si bien que le Parlement ne pourrait pas en ajouter une troisième⁸². En fait, l'article 41c) vise principalement à assujettir certaines dispositions de la Constitution à la règle de l'unanimité plutôt qu'à la formule générale, de manière à accorder un droit de *veto* au Québec sur toute modification du principe du bilinguisme. Cette analyse de l'article 41c) révèle toutefois en creux un aspect intéressant de la fonction protectrice : elle vise principalement des institutions et non des droits.

Quels sont les effets de la fonction protectrice? Conclure qu'une loi ordinaire porte sur un sujet visé par la fonction protectrice n'interdit pas toute modification de cette loi. La fonction protectrice ne vise pas des textes législatifs, mais plutôt les caractéristiques essentielles des institutions concernées. Prenons l'exemple de l'article 42(1)a), le principe de la représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes. Cette représentation est prévue à l'article 51 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, que le Parlement fédéral a modifié à deux reprises depuis 1982⁸³. C'est donc dire que le libellé de la loi ordinaire n'est pas protégé contre toute modification. La contrainte qui pèse sur le législateur est que celui-ci, en légiférant, doit assurer la sauvegarde du principe protégé. Ainsi, dans la mesure où elles maintiennent la représentation proportionnelle, les modifications apportées à l'article 51 sont valides. Une autre façon d'envisager la relation entre la fonction protectrice et la législation ordinaire est de dire que celle-ci ne devient pas soudainement partie de la « Constitution du Canada » définie à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, laquelle prime les autres lois et ne peut être modifiée qu'en vertu de la partie V. L'avis sur la Cour suprême en fait la démonstration. La Cour a jugé que l'article 5.1 de la *Loi sur la Cour suprême*, ajouté par le Parlement en 2013, était valide puisqu'il ne modifiait pas la substance des conditions d'admissibilité qui existaient jusqu'alors. Cela aurait été impossible si les dispositions en question de la *Loi sur la Cour suprême* faisaient partie de la Constitution au sens strict, pas plus que le Parlement ne peut

82. André Braën, « Le statut des langues autochtones au Canada : le cas de l'Inuit au Nunavut » (2009) 87 R du B can 739 à la p 751, affirme plutôt que l'article 16 n'empêche pas de reconnaître un statut officiel aux langues autochtones.

83. *Supra* note 26. Ces modifications ont été adoptées en vertu de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

ajouter des articles à la *Charte canadienne des droits et libertés* dès lors qu'il n'en modifie pas la substance.

Il n'est pas toujours possible de déterminer précisément à l'avance quels types de modifications législatives sont interdits par la fonction protectrice de la formule de modification. Le concept de subterfuge ou de contournement est sans doute appelé à jouer un rôle important à cet égard. En effet, dans les situations qui ont conduit aux deux avis consultatifs de 2014, le Parlement avait visiblement tenté de contourner le processus de modification de la Constitution ou, à tout le moins, d'utiliser au maximum la marge de manœuvre dont il croyait bénéficier. Certains auteurs avaient même suggéré que de tels procédés étaient légitimes, pour autant que le texte constitutionnel ne soit pas formellement modifié et que le pouvoir discrétionnaire accordé à certains acteurs politiques soit formellement préservé⁸⁴. Évidemment, la question de savoir ce qui constitue un subterfuge peut difficilement faire l'objet de définitions abstraites.

Au terme de ce survol, une dernière question mérite d'être posée : la fonction protectrice peut-elle viser des institutions ou des principes qui ne sont pas énumérés aux articles 41 et 42? Rappelons ici l'une des raisons qui rendent la théorie de la fonction protectrice plus attrayante que sa rivale, la théorie de la Constitution ouverte : elle se fonde sur le texte constitutionnel et ne prétend pas ajouter à ce texte. La mention d'un certain nombre de sujets souligne la préoccupation particulière des auteurs de la Constitution à leur égard et justifie que l'on interprète ces articles comme conférant une fonction protectrice. Par contre, l'article 38 ne cible aucun sujet particulier. Il est beaucoup plus difficile d'en déduire une fonction protectrice et d'en délimiter les contours. En fin de compte, associer une fonction protectrice à l'article 38 équivaut, sans fondement textuel précis, à cibler des sujets ou des matières qui ne peuvent plus faire l'objet d'interventions du législateur ordinaire. Dans ce cas, la théorie de la fonction protectrice se confondrait avec celle de la Constitution ouverte. Il est donc préférable de limiter la fonction protectrice aux sujets visés par les articles 41 et 42.

On pourra sans doute affirmer qu'une telle vision est trop étroite et est incompatible avec les passages du *Renvoi relatif à la réforme du Sénat* concernant les modifications de la durée du mandat des sénateurs. À ce sujet, la Cour suprême a affirmé que la durée du mandat

84. Hawkins, *supra* note 7.

échappe à la compétence du Parlement agissant seul, même si cette caractéristique du Sénat n'est pas mentionnée à l'article 42, parce qu'elle constitue néanmoins une caractéristique essentielle qui « met en cause les intérêts des provinces »⁸⁵. Il est vrai que ces passages des motifs de la Cour suggèrent que le concept d'intérêt des provinces est davantage déterminant qu'un ancrage dans le texte des articles 41 et 42⁸⁶. Il n'en reste pas moins que la durée du mandat peut être intimement liée aux caractéristiques explicitement mentionnées, comme l'avait souligné la Cour d'appel du Québec. Selon cette Cour, les diverses caractéristiques du Sénat sont interreliées et « une modification de la durée du mandat peut porter atteinte à la fois aux pouvoirs du Sénat et au mode de sélection de ses membres »⁸⁷.

IV. APPLICATION À CERTAINS CAS CONCRETS

Nous allons maintenant examiner l'application de la théorie de la fonction protectrice à certains sujets qui ont récemment retenu l'attention, à savoir la Cour suprême, le Sénat, la magistrature et le mode de scrutin. D'autres questions pourraient être envisagées, notamment en ce qui a trait à la monarchie et à la formule de modification de la Constitution elle-même, mais elles feront l'objet d'une étude subséquente.

A. La Cour suprême

Depuis au moins 40 ans, plusieurs projets de réforme de la Cour suprême du Canada ont été proposés⁸⁸, lesquels portaient sur des sujets aussi divers que le mode de nomination, une éventuelle exigence de bilinguisme des juges et d'équilibre des genres, la compétence de la Cour à l'égard des appels en provenance du Québec et ainsi de suite. Depuis une douzaine d'années, les gouvernements qui se sont succédé ont aussi mis en place des politiques administratives encadrant le processus de nomination des juges de la Cour. Bien que des dispositions concernant la Cour aient figuré dans plusieurs accords

85. *Renvoi sur la réforme du Sénat*, supra note 2 au para 78.

86. Voir, à ce sujet, Catherine Mathieu et Patrick Taillon, « Le fédéralisme comme principe matriciel dans l'interprétation de la procédure de modification constitutionnelle » (2015) 60:4 RD McGill 763.

87. *Projet de loi fédéral relatif au Sénat (Re)*, supra note 49 au para 82.

88. Voir, pour un aperçu, Nadia Verrelli, dir, *The Democratic Dilemma: Reforming Canada's Supreme Court*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2013.

visant à modifier la Constitution (comme la *Charte de Victoria*, l'*Accord du lac Meech* ou l'*Accord de Charlottetown*), les politiciens semblent toujours avoir tenu pour acquis que le Parlement possède une importante marge de manœuvre pour modifier la *Loi sur la Cour suprême*. Par exemple, le député Yvon Godin a présenté plusieurs projets de loi visant à exiger que les juges de la Cour soient bilingues. L'un de ces projets de loi a été adopté par la Chambre des communes⁸⁹. Au cours des débats concernant celui-ci, il n'a jamais été sérieusement suggéré que le Parlement était incompétent pour l'adopter. Le *Renvoi sur la Loi sur la Cour suprême* a-t-il changé la donne⁹⁰? La fonction protectrice associée aux articles 41d) et 42(1)d) empêche-t-elle le Parlement de modifier des pans importants de la *Loi sur la Cour suprême*?

Il n'est pas aisé de donner une réponse qui soit à la fois compatible avec chaque énoncé de la Cour et justifiée de manière satisfaisante par la théorie de la fonction protectrice. Le raisonnement de la Cour, il faut bien le dire, comporte quelques raccourcis qu'il est nécessaire de redresser si l'on veut parvenir à des conclusions qui soient fidèles à la logique du texte constitutionnel. Nous proposons donc une interprétation qui réconcilie le mieux possible les différentes contraintes qui découlent du texte constitutionnel et de l'autorité qui s'attache à l'avis de la Cour.

Conformément à ce que nous avons expliqué précédemment, le point de départ de l'analyse devrait être la reconnaissance du fait que le Parlement conserve la compétence, en vertu de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de légiférer à l'égard de la Cour suprême⁹¹. En d'autres termes, et contrairement à ce qui a été souvent avancé, la *Loi sur la Cour suprême* ne fait pas partie de la « Constitution du Canada » au sens formel. Cependant, la compétence du Parlement doit maintenant s'exercer d'une manière qui ne touche pas les domaines réservés

89. PL C-232, *Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême (compréhension des langues officielles)*, 3^e sess, 40^e lég.

90. Voir par ex Josh Hunter et Pdraic Ryan, « The Entrenchment of Discretion: Prospects for Judicial Appointment Reform After a Trio of References » dans Lisa M Kelly et Ivo Entchev, dir, *Judicious Restraint: The Life and Law of Justice Marshall E Rothstein*, Toronto, LexisNexis, 2016, 117 aux pp 153–56; Emmett Macfarlane, « The Uncertain Future of Senate Reform » dans Macfarlane, *supra* note 9, 228 à la p 242 [Macfarlane, « Senate Reform »].

91. Newman, « The Constitutional Status », *supra* note 5, parvient à un résultat similaire en affirmant que les pouvoirs du Parlement découlant de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont désormais assujettis à une interdiction implicite de modifier les caractéristiques essentielles de la Cour.

à l'action du pouvoir constituant. La Cour suprême l'explique ainsi dans le *Renvoi*: « Le Parlement peut certainement, aux termes de l'art 101, adopter les modifications d'ordre administratif nécessaires au maintien de la Cour suprême, mais uniquement à condition que ces modifications ne changent rien aux caractéristiques de la Cour qui bénéficient d'une protection constitutionnelle »⁹². De fait, le Parlement a apporté plusieurs modifications à la *Loi sur la Cour suprême* depuis 1982.

Ainsi, pour déterminer si une modification proposée à la *Loi sur la Cour suprême* relève de la compétence du Parlement, il faut déterminer, dans un premier temps, si cette modification porte sur la « composition de la Cour » et, dans un deuxième temps, si elle touche une autre caractéristique essentielle de la Cour. Si ce n'est pas le cas, la modification proposée peut valablement être adoptée par le Parlement, sans suivre les procédures prévues à la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour tenter de jeter un éclairage adéquat sur ces questions, nous entreprendrons une relecture de l'avis de la Cour à la lumière du texte constitutionnel lui-même, de l'histoire des discussions ayant conduit à son adoption et des caractéristiques essentielles de la Cour.

1. La composition de la Cour

C'est la question de la composition de la Cour qui était au cœur du *Renvoi sur la Loi sur la Cour suprême*. Le raisonnement de la Cour s'est appuyé largement sur l'historique des négociations qui ont immédiatement précédé l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour souligne que la partie V est directement issue d'un accord conclu par huit provinces en avril 1981. Dans cet accord, la note explicative accompagnant ce qui est devenu l'article 41d) précisait explicitement que cette disposition avait pour but de protéger la représentation du Québec devant la Cour. Or, sans expliquer la logique qui sous-tendait l'affirmation, la Cour a fait une équation entre la composition de la Cour, protégée par l'article 41d), les conditions d'admissibilité pour devenir juge et des dispositions précises de sa loi constitutive :

La notion de « composition » renvoie au paragraphe 4(1) et aux articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*, qui codifient la composition de la Cour suprême du Canada et les conditions de nomination [*eligibility requirements*] de ses juges telles qu'elles

92. *Renvoi sur la Loi sur la Cour suprême*, supra note 1 au para 101.

existaient en 1982. L'alinéa 41d) protège aussi la pérennité de la Cour, puisque son abolition en éliminerait la composition⁹³.

Or, comme le souligne d'ailleurs le juge Moldaver dans ses motifs dissidents⁹⁴, la garantie des trois sièges de juges du Québec n'exige pas que les conditions précises d'admissibilité prévues par la loi actuelle soient gelées. Lorsque l'on prend un peu de recul, on constate que cette garantie peut être assurée de deux manières : soit en imposant des conditions d'admissibilité particulières censées déterminer qui peut être considéré comme un juge du Québec, soit en accordant le pouvoir de nommer ces trois juges à un organe politique représentatif du Québec. Dans les deux cas, les moyens employés visent le même objectif, soit celui d'assurer une représentation authentique du Québec. C'est donc dire que les conditions d'admissibilité ne touchent une caractéristique essentielle de la Cour que dans la mesure où elles visent à assurer cette authenticité. Il est vrai que, dans son avis, la Cour évite complètement cette question. On comprend aisément pourquoi : l'aborder de front aurait conduit la Cour à proposer sa propre définition du « vrai juriste québécois », alors qu'il y avait un consensus très large, au sein du monde politique et médiatique québécois, selon lequel un juge québécois de l'une ou l'autre des cours fédérales n'est pas admissible à la nomination à l'un des trois sièges du Québec à la Cour suprême⁹⁵. En faisant l'équation entre composition et conditions d'admissibilité, la Cour a évité ce piège.

À notre avis, cette équation entre composition et conditions d'admissibilité devrait être confinée au cas particulier dont la Cour était alors saisie, celle de la définition des critères d'admissibilité *visant à donner effet à la garantie de la représentation du Québec*, dans l'hypothèse où on le fait au moyen de critères d'admissibilité et non en attribuant le pouvoir de nomination à un organe politique québécois⁹⁶. Les remarques de la Cour, citées plus haut, ne devraient pas être lues comme un texte de loi s'appliquant de manière générale à toute situation qui tombe sous le coup de la description qu'il contient, mais plutôt comme un énoncé jurisprudentiel qui ne peut être dissocié du contexte

93. *Ibid* au para 91.

94. *Ibid* au para 115.

95. Concernant le contexte politique de l'affaire, voir Hugo Cyr, « The Bungling of Justice Nadon's Appointment to the Supreme Court of Canada » (2014) 67 SCLR (2d) 73.

96. Par exemple, on peut s'interroger sur le sort que la Cour aurait réservé à une loi fédérale prévoyant que les trois juges du Québec seraient désignés par le gouvernement du Québec et qu'il appartiendrait au législateur québécois de déterminer leurs conditions d'admissibilité.

de l'affaire. Une telle restriction serait compatible avec le texte de l'article 41d), avec l'histoire et avec une analyse structurelle.

En premier lieu, l'expression « composition de la Cour » doit être distinguée d'autres expressions employées aux articles 41 et 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, tels le « mode de sélection » et les « conditions de résidence » des sénateurs. Ce choix d'expressions traduit l'intention des rédacteurs de la Constitution d'attribuer un sens très précis à l'expression « composition », qui n'inclut pas toutes les caractéristiques de la Cour reliées à la sélection des juges et qui n'inclut les conditions d'admissibilité que dans la mesure où elles ont des incidences importantes sur la « composition ».

En second lieu, il n'y a aucun indice que les gouvernements fédéral et provinciaux auraient voulu protéger autre chose que la représentation du Québec à la Cour suprême. Il ne faut pas oublier que lors des négociations des années 1978 à 1981, les gouvernements entendaient incorporer dans la Constitution un chapitre concernant la Cour suprême. En raison de la dualité droit civil/common law, la proposition qui a reçu un appui majoritaire était celle d'enclôser une Cour suprême composée de onze juges, dont cinq juges civilistes québécois⁹⁷. Jusqu'à ce moment, jamais la Cour suprême n'avait été mentionnée dans les dispositions des projets de formule de modification, qui allaient devenir les articles 41 et 42. Lorsqu'en avril 1981, huit provinces (dont le Québec) ont proposé de procéder au rapatriement et à l'adoption d'une formule de modification, tout en repoussant à plus tard les modifications concernant les institutions comme le Sénat ou la Cour suprême, le Québec voyait soudainement filer l'occasion d'augmenter son contingent à la Cour. C'est sans doute ce qui explique l'apparition, dans les listes de sujets assujettis à la formule générale de modification ou à l'unanimité, les mentions de la Cour suprême⁹⁸. Quant à l'exigence d'un soutien unanime en ce qui a trait aux modifications de la composition de la Cour, l'explication la plus plausible est que l'on a voulu accorder un veto au Québec sur toute modification de

97. Voir notamment le *Report on the Continuing Committee of Ministers on the Constitution to First Ministers: Supreme Court* (septembre 1980) dans Bayefsky, *supra* note 21 à la p 718; Roy Romanow, John Whyte et Howard Leeson, *Canada... Notwithstanding: The Making of the Constitution 1976-1982*, Toronto, Thomson Reuters/Carswell, 2007 aux pp 80-82.

98. Il s'agit ici d'une hypothèse que la consultation des sources publiées ne permet pas de confirmer. Une recherche archivistique serait sans doute nécessaire pour éclaircir davantage les raisons de cette inclusion.

son poids relatif au sein de la Cour. Nous n'avons pas connaissance d'autres justifications pouvant expliquer le traitement spécial réservé à la composition de la Cour à l'article 41. C'est d'ailleurs à cette conclusion que parvient la Cour dans son avis lorsqu'elle énonce que « les auteurs de cette disposition [l'article 41d)] voulaient manifestement qu'il devienne difficile de modifier la composition de la Cour. Ils entendaient ainsi assurer une protection constitutionnelle spéciale à la représentation du Québec à la Cour »⁹⁹.

En troisième lieu, si l'on se place sur le terrain des justifications liées à la structure politique ou à l'« architecture de la Constitution », il est difficile de discerner des justifications d'une interprétation large de la composition de la Cour visée à l'article 41. Dans ses motifs, la Cour suggère que la garantie de sa composition la protège contre une tentative d'abolition qui, précise-t-elle, « éliminerait sa composition »¹⁰⁰. On peut aussi imaginer que la garantie relative à la composition de la Cour pourrait contribuer à prévenir des attaques majeures contre l'indépendance de la Cour. Par exemple, en enchâssant le nombre de juges de la Cour, l'article 41d) empêche le Parlement de mettre en œuvre un *court-packing plan*, du genre de celui qui avait été envisagé par le président Roosevelt des États-Unis dans les années 30. Rien de tout cela n'est lié aux conditions d'admissibilité, sauf peut-être le principe selon lequel la Cour doit être composée exclusivement de juristes¹⁰¹.

Il en découle donc que, malgré ce que peut laisser entendre une lecture sommaire du *Renvoi sur la Loi sur la Cour suprême*, ce ne sont pas tous les aspects de la composition de la Cour qui sont visés par la fonction protectrice de la formule de modification de la Constitution. Seuls sont protégés les aspects qui constituent une caractéristique essentielle de la Cour et qui ont des incidences sur la garantie donnée au Québec concernant sa représentation au sein de l'institution. Les conditions d'admissibilité peuvent être protégées, mais seulement dans la mesure où elles contribuent à garantir la représentation du Québec. Sous cette réserve, le Parlement peut modifier les articles 4, 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*, notamment pour prévoir une

99. *Renvoi sur la Loi sur la Cour suprême*, *supra* note 1 au para 92.

100. *Ibid* au para 91.

101. Contrairement par exemple au Conseil constitutionnel français: Favoreu et al, *supra* note 62 au pp 310–11.

exigence de bilinguisme¹⁰² ou de parité des genres, ou encore une répartition géographique des sièges autres que ceux du Québec.

2. Les autres caractéristiques protégées de la Cour

Au-delà de la composition de la Cour, l'article 42(1)d) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que les modifications de la Constitution relatives à la Cour suprême du Canada doivent être effectuées au moyen de la procédure générale de l'article 38. Dans son avis consultatif, la Cour a donné les explications suivantes à ce sujet :

L'alinéa 42(1)d) applique la procédure de modification 7/50 aux caractéristiques essentielles de la Cour, plutôt qu'à toutes les dispositions de la *Loi sur la Cour suprême*. La mention expresse de la Cour suprême du Canada à l'alinéa 42(1)d) garantit le bon fonctionnement de la Cour suprême. Celui-ci exige qu'une protection constitutionnelle soit accordée aux caractéristiques essentielles de la Cour, identifiées à la lumière de son rôle dans la structure constitutionnelle tel qu'il avait évolué jusqu'au rapatriement. Ces caractéristiques essentielles incluent, à tout le moins, la juridiction de la Cour en tant que cour générale d'appel pour le Canada, notamment en matière d'interprétation de la Constitution, et son indépendance¹⁰³.

Le texte, l'historique des négociations et l'analyse de la structure politique donnent-ils des indications quant à la portée de cette protection? Le texte de l'article 42(1)d) n'offre aucun guide quant à la portée de la fonction protectrice qui en découle. En effet, nous avons souligné plus haut que la fonction protectrice a une portée nécessairement plus étroite que la fonction habilitante de la formule de modification. Il s'ensuit que seul un sous-ensemble des règles régissant la Cour est protégé contre la modification unilatérale. Les discussions ayant conduit au rapatriement de la Constitution permettent-elles de définir ce sous-ensemble? Malheureusement, ces discussions ne révèlent aucune indication aussi précise que celles qui portent sur

102. Voir, *contra*: Leonid Sirota, « My Comprehension of "Composition" », Double Aspect, en ligne: <doubleaspectblog.wordpress.com/2016/05/16/my-comprehension-of-composition/> (consulté le 15 décembre 2016); Kate Glover, « A Third View on Legislating Two Languages at the SCC », Double Aspect, en ligne: <doubleaspectblog.wordpress.com/2016/05/18/a-third-view-on-legislating-two-languages-at-the-scc/> (consulté le 15 décembre 2016).

103. Renvoi sur la *Loi sur la Cour suprême*, *supra* note 1 au para 94.

l'article 41d)¹⁰⁴. En réalité, les notes explicatives de l'*Accord constitutionnel : projet canadien de rapatriement de la Constitution*¹⁰⁵, d'avril 1981, sur lesquelles la Cour s'est lourdement appuyée pour étayer son interprétation de l'article 41d), rappellent que la Cour est établie en vertu d'une loi du Parlement et non par la Constitution elle-même. Les notes explicatives énoncent ensuite que la disposition, qui est devenue l'article 42(1)d), « *anticipates constitutional amendments relating to the Court* »¹⁰⁶. Cela tend à accréditer les arguments avancés par le procureur général du Canada dans le *Renvoi sur la Loi sur la Cour suprême*, selon lesquels cette disposition n'aurait qu'une fonction habilitante et non une fonction protectrice (*empty vessel theory*).

Pour en décider autrement, la Cour s'est fondée sur la nécessité de protéger ses caractéristiques essentielles contre toute modification unilatérale. Pour mieux cerner ces caractéristiques, on peut sans doute tirer des indices de l'évolution historique du rôle de la Cour, dont cette dernière fait état dans son avis consultatif. Dans un pays fédéral, l'un des rôles cruciaux de la Cour est celui d'arbitre du partage des compétences¹⁰⁷. Qui plus est, depuis 1982, la Cour joue aussi un rôle de gardienne des droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁰⁸. Le rôle de la Cour ne se limite cependant pas aux questions constitutionnelles. En effet, son rôle en matière de droit public et de droit provincial serait tout aussi essentiel « au développement d'un système juridique canadien cohérent et unifié »¹⁰⁹. En fait, en l'absence d'indices découlant du texte ou des négociations constitutionnelles, c'est sans doute l'analyse structurelle qui sera déterminante pour circonscrire le domaine de la fonction protectrice à l'égard des caractéristiques de la Cour autres que sa composition¹¹⁰.

Il n'est pas possible, dans le cadre du présent article, d'envisager toutes les réformes imaginables concernant la compétence de la Cour.

104. Nous rappelons que nous nous fondons ici sur les sources publiées, une recherche archivistique exhaustive pourrait révéler des éléments méconnus.

105. Reproduites dans Bayefsky, *supra* note 21 à la p 811; il faut noter que la version française de ces notes, reproduite dans Hurley, *supra* note 67 à la p 251, ne mentionne pas l'idée d'« anticipation »; voir aussi Meekison, *supra* note 67 à la p 116.

106. *Ibid.*

107. *Renvoi sur la Loi sur la Cour suprême*, *supra* note 1 au para 83.

108. *Ibid* au para 89.

109. *Ibid* au para 85.

110. Voir aussi Newman, « The Constitutional Status », *supra* note 5 à la p 439.

Il n'en reste pas moins que le Parlement peut modifier cette compétence, pourvu qu'il ne touche pas à l'essence du rôle de la Cour, tel que décrit plus haut. À titre d'illustration, la *Loi sur la Cour suprême* a été modifiée en 1991 et en 1996 pour éliminer certains appels de plein droit en matière criminelle; ces modifications sont sans aucun doute valides. On pourrait cependant s'interroger au sujet d'une éventuelle suppression totale de la compétence de la Cour en ce qui a trait à l'application des lois provinciales ou d'autres modifications de cette importance.

D'éventuelles modifications apportées à la *Loi sur la Cour suprême* devraient aussi sauvegarder l'indépendance de la Cour. De toute manière, celle-ci était sans doute déjà protégée à la suite du *Renvoi sur la rémunération des juges*¹¹¹. La jurisprudence de la Cour sur l'indépendance de la magistrature peut certainement servir de guide à cet égard.

Qu'en est-il du processus de nomination? Contrairement à l'article 42(1)b qui traite explicitement du mode de sélection des sénateurs, l'article 42(1)d ne mentionne pas le mode de sélection des juges. Il s'agit là d'une différence textuelle importante. D'ailleurs, dans son avis consultatif, la Cour a omis de mentionner le processus de nomination parmi les caractéristiques protégées, même si la réforme de ce processus a fait l'objet de nombreuses propositions au cours des dernières années. Faut-il en conclure qu'aucune contrainte ne pèse sur l'action du Parlement en cette matière? Nous croyons qu'une réponse plus nuancée s'impose. Le Parlement ne pourrait pas fondamentalement modifier le mode de sélection des juges de la Cour suprême, qui repose actuellement sur une nomination par le pouvoir exécutif, par exemple en lui substituant l'élection populaire. Cela toucherait assurément à une caractéristique essentielle de la Cour. Toutefois, rien n'empêcherait le Parlement de légiférer pour encadrer le processus de nomination par l'exécutif, même si la discrétion des acteurs politiques s'en trouverait circonscrite¹¹². Il en va de même pour la nomination des sénateurs, situation vers laquelle nous allons maintenant nous tourner.

111. *Renvoi rémunération juges de l'Î-P-É*, supra note 55.

112. Rappelons à ce sujet que la Constitution n'attribue pas une « discrétion » au gouverneur général (en pratique, au premier ministre) quant à la nomination des juges de la Cour suprême, contrairement à celle des sénateurs ou des juges des cours supérieures. Ce pouvoir est prévu par la *Loi sur la Cour suprême*. Voir aussi Hunter et Ryan, supra note 90 aux pp 149–53.

B. La nomination des sénateurs

À la suite du *Renvoi sur la réforme du Sénat*, il est dorénavant clair que le Parlement ne peut unilatéralement mettre en place un mécanisme qui a pour effet de transformer le Sénat en chambre élective. L'attention du nouveau gouvernement fédéral s'est donc tournée vers des objectifs moins ambitieux, qui n'exigent pas de modification constitutionnelle. Ainsi, le gouvernement a mis en place un processus de sélection qui permet à tout citoyen de poser sa candidature¹¹³. Un comité indépendant examine ensuite ces candidatures et propose une courte liste au premier ministre, lequel effectue ensuite son choix. Ce processus n'est cependant pas prévu par une loi. À ce jour, il ne s'agit que d'une politique administrative que le gouvernement pourrait modifier ou abandonner à tout moment.

Ce sont sans doute certains passages du *Renvoi sur la réforme du Sénat* qui ont découragé le gouvernement de proposer une loi qui mette en œuvre sa réforme. La Cour a attiré l'attention sur le sens large de l'expression « mode de sélection des sénateurs ». Celle-ci ne vise pas uniquement l'acte formel de nomination. Au contraire, nous dit la Cour, « [e]n utilisant ce libellé, les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont étendu la protection constitutionnelle prévue par la procédure normale de modification à tout le processus de "sélection" des sénateurs »¹¹⁴. Est-ce à dire que le Parlement est désormais sans compétence pour légiférer à ce sujet? Cela conduirait à une conséquence absurde puisque le Parlement serait incapable de faire ce que le gouvernement peut mettre en place au moyen d'une simple politique administrative¹¹⁵.

La théorie de la fonction protectrice que nous avons esquissée plus haut nous conduit à nuancer les affirmations de la Cour. Il est vrai que la fonction habilitante de l'article 42(1)b) porte sur l'ensemble du processus de sélection. Cependant, la fonction protectrice a une portée plus restreinte et ne vise, comme le rappelle par ailleurs la Cour, que les caractéristiques essentielles du Sénat. Quelles sont alors ces caractéristiques essentielles en ce qui concerne le processus de sélection? L'avis de la Cour attire notre attention sur certains indices qui découlent des discussions entourant la Confédération : les membres du Sénat

113. Voir en ligne : <www democraticinstitutions.gc.ca/fra/content/annexe-qualifications-et-criteres-fondes-sur-le-merite> (consulté le 13 décembre 2016).

114. *Renvoi sur la réforme du Sénat*, *supra* note 2 au para 65.

115. Macfarlane, « Senate Reform », *supra* note 90 aux pp 234–35.

devaient être nommés et non élus. D'autres indices nous sont fournis par des documents contemporains de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui décrivent les principales options envisagées quant au mode de sélection des sénateurs : la nomination, l'élection ou la désignation à titre de mandataires par les assemblées législatives provinciales¹¹⁶. Il nous semble donc que la fonction protectrice vise les choix fondamentaux relatifs au mode de sélection des sénateurs, qui touchent leur source de légitimité politique. En effet, l'importance politique du mode de sélection découle du fait que celui-ci détermine, dans une large mesure, le type de légitimité que la personne sélectionnée peut faire valoir et, par ricochet, le rôle politique de l'institution dont elle fait partie. Ainsi, la légitimité de la personne nommée est fondée sur l'expertise et l'indépendance; celle de la personne élue est démocratique, alors que la légitimité de la personne désignée par une législature provinciale est celle d'un mandataire de sa province.

Cependant, la fonction protectrice ne vise pas les détails de la mise en œuvre de l'une de ces trois options. Autrement dit, le choix entre des sénateurs nommés, élus ou mandataires des provinces relève du pouvoir constituant, mais le Parlement demeure compétent quant aux moyens concrets qui sont déployés pour donner effet à ce choix. À titre d'exemple, si la Constitution était modifiée pour prévoir que les sénateurs seront dorénavant élus, le Parlement pourrait régir le processus électoral, le mode de scrutin, le rôle et le financement des partis politiques, et ainsi de suite. La seule contrainte, à ce niveau de détail, est celle qui découle de l'exigence selon laquelle la loi ordinaire doit être compatible avec la Constitution. De ce fait, si la Constitution était modifiée pour prévoir non seulement que les sénateurs seront élus, mais aussi qu'ils le seront au scrutin proportionnel, le Parlement ne pourrait pas, par une simple loi, adopter un autre mode de scrutin.

Quelles sont les conséquences de ce qui précède au sujet du régime actuel? En 1867, le pouvoir constituant a indiqué que les sénateurs seraient nommés et non élus. Le pouvoir constituant de 1982 a indiqué que ce choix fondamental ne pourrait pas être mis de côté sans modifier la Constitution. Toutefois, rien n'interdit au Parlement de légiférer au sujet du mode de sélection des sénateurs, tant qu'il ne modifie pas

116. Michael Kirby, Memorandum for the Prime Minister, 21 août 1980, reproduit en annexe de Linda Cardinal et Sébastien Grammond, *Une tradition et un droit : le Sénat et la représentation de la francophonie canadienne*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2017; Gouvernement du Canada, *La réforme du Sénat : document de travail*, 1983.

ce choix fondamental et pourvu qu'il légifère de manière compatible avec les dispositions existantes de la Constitution. Or, la seule disposition pertinente est l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui prévoit que les sénateurs seront nommés par le gouverneur général. Cette disposition revêt un aspect formel (l'acte de nomination est signé par le gouverneur général) et un aspect substantiel (le pouvoir de nomination appartient au pouvoir exécutif fédéral). Tant que ces deux aspects sont préservés, une loi du Parlement peut établir le processus que l'exécutif fédéral doit suivre pour nommer un sénateur.

Certains prétendent qu'une loi du Parlement qui prévoit un tel processus doit tout de même maintenir la discrétion du décideur final (le gouverneur général ou, en pratique, le premier ministre) de choisir comme bon lui semble. En d'autres termes, le processus mis en place par le Parlement devrait demeurer purement consultatif. Pourtant, une fois que l'on admet la portée limitée de la fonction protectrice, rien ne semble s'opposer à ce que le processus de sélection contraigne le choix du premier ministre, par exemple en exigeant que celui-ci choisisse les sénateurs parmi ceux inscrits sur une courte liste préparée par un comité indépendant. Une telle exigence ne serait pas incompatible avec l'article 24. Sur le plan formel, les sénateurs seraient toujours nommés par le gouverneur général, alors que sur le plan substantiel, ils le seraient toujours par le pouvoir exécutif fédéral. En réalité, le système politique canadien ne maintient pas une séparation stricte entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Il est admis que les législatures peuvent, par une loi, conférer ou retirer des pouvoirs à l'exécutif ou encore aménager le processus décisionnel suivi par l'exécutif. C'est ce qui explique que la Cour suprême a déjà reconnu que le Parlement peut restreindre l'exercice d'un pouvoir que la Constitution attribue à l'exécutif, voire l'exercer lui-même¹¹⁷.

En fait, il semble que l'idée que le Parlement puisse légiférer, pourvu qu'il ne restreigne aucunement l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par la Constitution, était le corollaire des théories du « contournement constitutionnel », lesquelles visaient à permettre au Parlement d'apporter des changements majeurs aux institutions politiques, du moment qu'il trouve le moyen de maintenir en apparence le pouvoir discrétionnaire prévu par le texte constitutionnel¹¹⁸. Axées sur la forme

117. *Munro c National Capital Commission*, [1966] RCS 663 aux pp 669–70.

118. Hawkins, *supra* note 7.

et non sur le fond, ces théories sont incompatibles avec les avis consultatifs rendus par la Cour en 2014. On ne devrait donc pas appliquer une règle issue de celles-ci.

C. La magistrature

On a parfois évoqué la possibilité que les articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* imposent des limites au pouvoir du Parlement de légiférer au sujet des conditions d'admissibilité ou du processus de nomination à la magistrature fédérale. À titre d'exemple, on peut se demander si l'article 3 de la *Loi sur les juges*, qui prévoit que les personnes nommées à la magistrature fédérale doivent avoir été membres d'un barreau pendant au moins 10 ans, est valide, car les articles 97 et 98 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne posent aucune exigence de durée¹¹⁹.

La démarche visant à résoudre cette question devrait débiter par l'examen de la portée de la fonction protectrice. Or, hormis la Cour suprême, la magistrature n'est pas mentionnée aux articles 41 et 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* concernant la magistrature peuvent être modifiées en suivant la procédure ordinaire prévue à l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme nous l'avons souligné plus haut, la fonction protectrice devrait être rattachée aux sujets mentionnés aux articles 41 et 42, mais non à ceux qui tombent sous le coup de l'article 38, indépendamment de ces deux dispositions. Il s'ensuit que la magistrature fédérale ne serait pas visée par la fonction protectrice. Certains pourraient s'alarmer d'une telle conclusion. N'y a-t-il pas là un risque de laisser à la merci du Parlement une institution fondamentale pour la préservation de la primauté du droit et de la démocratie? C'est oublier que la fonction protectrice est complétée par la théorie du constat implicite d'incompatibilité. Autrement dit, même si le Parlement peut légiférer à l'égard de la magistrature, il ne peut le faire d'une manière qui soit incompatible avec les dispositions de la Constitution, interprétée à la lumière de leur objet et des caractéristiques essentielles des institutions qu'elles créent.

119. Gilles Pépin, *Les tribunaux administratifs et la Constitution*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1969 aux pp 116–29. En poussant ce raisonnement jusqu'au bout, on finirait par remettre en cause la validité de larges pans de la *Loi sur les juges*, notamment ceux qui portent sur la discipline judiciaire et sur l'ajustement périodique de la rémunération.

C'est donc dire que la validité d'une disposition, tel l'article 3 de la *Loi sur les juges*, doit être déterminée en s'interrogeant sur son incompatibilité avec le texte constitutionnel. Celle-ci peut découler d'un conflit d'application, c'est-à-dire de l'impossibilité de respecter les deux textes en même temps. Dans le cas de l'article 3, il n'y aurait pas de conflit, puisqu'il est possible de respecter cette disposition légale et les articles 97 et 98 en ne nommant que des personnes qui possèdent au moins 10 ans d'expérience au barreau. L'incompatibilité peut aussi découler d'un conflit avec l'objectif du texte hiérarchiquement supérieur. Comme nous l'avons souligné précédemment, cette notion de conflit avec l'objectif peut être synonyme de modification de l'architecture de la Constitution. En l'occurrence, les tribunaux ont répertorié plusieurs objectifs sous-tendant les articles 96 à 100, notamment la garantie de l'indépendance de la magistrature¹²⁰, la création d'un système judiciaire unitaire sur le modèle des tribunaux britanniques¹²¹ et, plus récemment, la garantie de l'accès aux tribunaux¹²². On pourrait également dire que ces éléments font partie de l'architecture de la Constitution en ce qui a trait à la magistrature. Sans entrer dans les détails, on peut néanmoins affirmer qu'il est difficile de voir en quoi l'article 3 empêcherait la réalisation de l'un de ces objectifs.

De manière plus générale, on peut sans doute affirmer que la Constitution n'empêche pas le Parlement de légiférer au sujet du processus de nomination des juges fédéraux, pour les mêmes raisons qu'il peut le faire au sujet de la nomination des sénateurs. Les contraintes, s'il y en a, découleraient de l'exigence de compatibilité dans ses deux volets. Par exemple, si le Parlement décidait d'édicter que les juges seront dorénavant élus, cela serait sans doute incompatible avec l'article 96 qui, tel l'article 24 concernant le Sénat, prévoit que les juges seront nommés et non élus.

D. Le mode de scrutin

Des doutes ont été récemment soulevés quant à la constitutionnalité d'une éventuelle réforme du mode de scrutin pour élire les députés

120. *O Martineau and Sons Ltd c Montréal (Ville)*, [1932] AC 113 à la p 120; *Toronto (City) v York (Township)*, [1938] AC 415 à la p 426; *R c Beaugard*, [1986] 2 RCS 56 à la p 73; *MacMillan Bloedel Ltd c Simpson*, [1995] 4 RCS 725 à la p 741 (j Lamer).

121. *Ibid* et pp 759–60 (j McLachlin, dissidente); *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 RCS 714 à la p 728.

122. *Trial Lawyers Association*, *supra* note 61.

à la Chambre des communes. Certains ont suggéré qu'en raison de son importance politique, une telle réforme toucherait l'architecture de la Constitution et ne pourrait être mise en œuvre qu'au moyen d'une modification constitutionnelle. Le mode de scrutin est-il visé par la fonction protectrice? Encore une fois, l'analyse devrait débiter avec le texte des articles 41 et 42. Deux caractéristiques de la Chambre des communes y sont expressément mentionnées: la représentation proportionnelle des provinces (article 42(1)a)) et le « plancher du Sénat » (article 41b)), c'est-à-dire la garantie d'une représentation minimale pour les petites provinces. Comme nous l'avons indiqué plus haut, il est évident que ces dispositions ont une fonction protectrice et que le Parlement ne peut légiférer en ignorant ces principes.

La fonction protectrice va-t-elle plus loin? On peut, à cet égard, comparer les dispositions concernant la Chambre des communes à celles qui visent le Sénat. Les articles 41b) et 42(1)a) peuvent être rapprochés de l'article 42(1)c), qui porte sur le nombre de sièges de chaque province au Sénat. Cependant, le Sénat est aussi visé par l'article 42(1)b), qui a une portée beaucoup plus large. Cela n'est pas surprenant. Dans les discussions qui ont conduit à la Confédération, le Sénat a occupé une large place, en raison du rôle de représentation régionale qu'on voulait lui attribuer, de manière à faire contrepoids à une Chambre des communes régie par le principe de représentation proportionnelle à la population. De la même manière, le Sénat a occupé une place importante dans les discussions constitutionnelles qui ont eu lieu depuis les années 60, étant donné que l'on souhaite que le Sénat remplisse mieux le rôle qui lui a été assigné à l'origine. Par contre, la Chambre des communes ne joue pas un tel rôle de représentation régionale. Pour cette raison, il ne semble pas que la Chambre des communes soit au cœur des intérêts des provinces, intérêts qui, à deux reprises, ont conduit la Cour suprême à affirmer que le Parlement ne peut modifier unilatéralement les caractéristiques essentielles du Sénat.

Il est donc difficile de voir pourquoi la formule de modification de la Constitution aurait une fonction protectrice à l'égard du mode de scrutin, au-delà du principe de la représentation proportionnelle des provinces ainsi que de la garantie de représentation des petites provinces. Il faut toutefois souligner que ces principes peuvent imposer des contraintes non négligeables. La représentation proportionnelle des provinces suppose que chaque député représente une province, même s'il ne représente pas une circonscription précise. Pour assurer cette représentation, il est logique d'exiger que les députés représentant une

province soient choisis par les électeurs de celle-ci. On peut comparer cette exigence à celle selon laquelle les juges de la Cour suprême qui représentent le Québec doivent remplir certaines conditions d'admissibilité visant à s'assurer qu'ils sont réellement des Québécois. Il en découle qu'un système électoral proportionnel devrait sans doute être appliqué en fonction de listes établies pour chaque province, de manière à ce que les députés soient issus de la province qu'ils représentent et qu'ils soient choisis en fonction de la proportion des votes recueillis par les différents partis dans la province en cause et non dans l'ensemble du pays.

Signalons également que le raisonnement qui a conduit la Cour suprême à juger que la durée du mandat des sénateurs ne peut être modifiée unilatéralement par le Parlement ne saurait être transposé à la question du mode de scrutin. En effet, la durée du mandat des sénateurs est expressément prévue par une disposition constitutionnelle, soit l'article 29 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pour modifier celui-ci, il faut donc avoir recours à la formule de modification de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et la Cour suprême a décidé que l'article 44 ne permet pas de modifier une caractéristique essentielle du Sénat, que celle-ci soit énumérée ou non à l'article 42. Une modification au mode de scrutin serait effectuée en vertu des pouvoirs généraux du Parlement, découlant des articles 41 et 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et non de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

CONCLUSION

Nous avons démontré que la théorie de la fonction protectrice de la formule de modification de la Constitution du Canada constitue la meilleure explication du raisonnement employé par la Cour suprême dans le *Renvoi sur la réforme du Sénat* et dans le *Renvoi sur la Loi sur la Cour suprême*. Dans ses motifs, la Cour mentionne explicitement cette fonction protectrice. De plus, étant donné qu'elle évite de constitutionnaliser des règles ou des principes extérieurs au texte constitutionnel, cette théorie préserve la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité contre des objections fréquemment entendues. En réalité, la fonction protectrice découle de la volonté des provinces de protéger les caractéristiques essentielles de certaines institutions contre toute velléité fédérale de modification unilatérale. Les articles 41 et 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui traduisent cette volonté des provinces, fournissent un fondement textuel à la fonction protectrice.

Celle-ci peut être complétée par le principe de la suprématie de la Constitution, qui permet de déclarer invalides des lois ordinaires incompatibles avec des dispositions spécifiques de la Constitution, soit d'une manière directe, soit parce qu'elles compromettent la réalisation de leur objet. C'est ce que nous avons appelé la théorie du constat implicite d'incompatibilité.

Nous avons suggéré une méthode pour déterminer la portée de la fonction protectrice en plus de donner des exemples de résultats de son application à la Cour suprême, au Sénat, à la magistrature fédérale et à la réforme du mode de scrutin. Nos conclusions font voir que les contraintes imposées par la Constitution à plusieurs types de réformes de ces institutions sont moins onéreuses que plusieurs auteurs l'ont prétendu à la suite des deux avis consultatifs rendus par la Cour suprême en 2014. Nos conclusions ne feront sans doute pas l'unanimité, d'autant plus qu'elles conduisent à nuancer certaines affirmations de la Cour suprême, du moins si celles-ci sont prises au pied de la lettre.

Il serait souhaitable, afin de ne pas fermer la porte à des réformes qui pourraient être bénéfiques et de recentrer le débat sur le bien-fondé de celles-ci plutôt que sur leur constitutionnalité, que la Cour suprême se prononce à nouveau sur ces questions. Le gouvernement actuel a annoncé son intention d'aller de l'avant quant à plusieurs de ces dossiers. Face aux contestations judiciaires qui s'annoncent, il serait sans doute sage de renvoyer un certain nombre de questions à la Cour suprême, afin de lui permettre de statuer sur le pouvoir du Parlement de mener à bien certaines réformes spécifiques et, de manière plus générale, de poursuivre la construction d'une théorie générale de la modification constitutionnelle.