Document généré le 12 oct. 2024 01:47

Les Cahiers de droit

La réforme des institutions centrales. Quelques jalons

Gérald-A. Beaudoin

Volume 25, numéro 1, 1984

La Loi constitutionnelle de 1982 : un premier bilan

URI : https://id.erudit.org/iderudit/042591ar
DOI : https://doi.org/10.7202/042591ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Beaudoin, G.-A. (1984). La réforme des institutions centrales. Quelques jalons. *Les Cahiers de droit*, *25*(1), 173–188. https://doi.org/10.7202/042591ar

Résumé de l'article

« In this article the author envisages and studies the reform of the Senate, of the House of Commons and of the Supreme Court of Canada ; the function of the Governor General is also considered. A suggestion is made for introducing a system of mitigated proportional representation in the House of Commons, as proposed by the Pepin-Robarts report of January 1979. The authors analyses the advantages and disadvantages of an elected Senate, of a Senate whose members are appointed by the federal government or by the federal and provincial governments, of a second House which would constitute a House of the Provinces ; the author is aganist an equal representation of the provinces in the Senate. Professor Beaudoin favours a specialized constitutional Court of Canada, although he considers that such a reform is very unlikely to happen ; however, he adds that in any case, the Supreme Court is de facto a constitutional court to a certain extent. He recommends that the principle of dualism be more visible. Finally, the author describes how the function of Governor General has evolved since 1926, and outlines the role that the Governor General may play in normal and anormal times. »

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1984

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

La réforme des institutions centrales
Quelques jalons

Gérald-A. BEAUDOIN *

« *In this article the author envisages and studies the reform of the Senate, of the House of Commons and of the Supreme Court of Canada ; the function of the Governor General is also considered. A suggestion is made for introducing a system of mitigated proportional representation in the House of Commons, as proposed by the Pepin-Robarts report of January 1979. The authors analyses the advantages and disadvantages of an elected Senate, of a Senate whose members are appointed by the federal government or by the federal and provincial governments, of a second House which would constitute a House of the Provinces ; the author is aganist an equal representation of the provinces in the Senate. Professor Beaudoin favours a specialized constitutional Court of Canada, although he considers that such a reform is very unlikely to happen ; however, he adds that in any case, the Supreme Court is de facto a constitutional court to a certain extent. He recommends that the principle of dualism be more visible. Finally, the author describes how the function of Governor General has evolved since 1926, and outlines the role that the Governor General may play in normal and anormal times.* »

Pages

Introduction 174

1. **La proportionnelle mitigée à la Chambre des communes** 174
2. **La réforme du Sénat** 175
3. **La révision des structures de la Cour suprême du Canada** 185
4. **Le Gouverneur général** 187

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université d'Ottawa.

Les Cahiers de Droit, vol. 25, nº 1, mars 1984, pp. 173–188

Introduction

Mon propos est de traiter succinctement des réformes de structure du Sénat, de la Chambre des communes et de la Cour suprême du Canada. Je dirai également un mot de la fonction de Gouverneur général.

Dans toute fédération, les institutions centrales jouent un rôle capital. On a coutume de dire que le Sénat ou seconde chambre représente les États fédérés, alors qu'à la Chambre des députés, le principe de la représentation selon la population s'applique. Il est de plus évident qu'on ne peut considérer dans l'abstrait les pouvoirs du Sénat car ils sont reliés de façon indirecte au partage des pouvoirs. Si les États-membres sont très présents au Sénat, ce fait influence le tracé du partage des compétences qui, lui, se situe au cœur du fédéralisme.

La Cour suprême dans une fédération comme la nôtre est la gardienne de la Constitution ; on ne saurait surestimer son rôle. Les Constitutions reposent sur des compromis politiques ; les termes employés sont souvent vagues ; la chose est voulue ou fatale. Comme les amendements constitutionnels sont rares de leur nature, il revient à la Cour, lorsqu'on l'y invite, de déclarer ce qu'un vocable veut dire. Dans aucun domaine du droit, le rôle de la Cour suprême est-il plus important qu'en droit constitutionnel. Les cours orientent le fédéralisme. Le partage des pouvoirs, la façon dont il est amendé, et, la façon dont les cours l'interprètent constituent une trilogie.

Je considérerai dans l'ordre :

1) la proportionnelle mitigée à la Chambre des communes ;
2) la réforme du Sénat ;
3) la révision des structures de la Cour suprême du Canada ;
4) le rôle du Gouverneur général.

1. La proportionnelle mitigée à la Chambre des communes

La Commission Pepin-Robarts, dont j'ai eu l'honneur de faire partie, s'étant rendu compte que depuis quelques années les partis politiques fédéraux ont bien du mal à faire élire des députés dans les quatre grandes régions du pays et que la régionalisation des grands partis peut constituer un signe avant-coureur de désintégration politique, recommandait en 1979 qu'aux 282 députés fédéraux actuels s'ajoutent une soixantaine de députés choisis à partir de listes et répartis selon le vote aux élections générales [1].

1. COMMISSION DE L'UNITÉ CANADIENNE, *Se retrouver. Observations et recommandations*, ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1979, (Rapport Pepin-Robarts), recommandations 68 et 69, pp. 113, 114, 139 et 140.

Ainsi le Québec qui n'a qu'un député conservateur, même si ce parti recueille de 10 à 15% du vote dans cette province, aurait quelques députés conservateurs ; le parti libéral qui ne compte pas de député dans l'Ouest canadien, même s'il y remporte de 10 à 20% du vote, pourrait faire élire des députés libéraux dans cette région. L'équilibre au sein du fédéralisme canadien y gagnerait et le pays ne s'en porterait que mieux.

La recommandation 69 se lit comme suit :

I) Le nombre des députés à la Chambre des communes devrait être augmenté d'environ soixante.

II) Ces députés devraient être choisis parmi les candidats figurant sur des listes provinciales dressées par les partis fédéraux avant les élections générales, les sièges étant répartis entre les partis au prorata des suffrages populaires.

Je crois toujours aussi fermement au bien-fondé de cette proposition. Cependant je sais que ce n'est que bien lentement que les députés finiront par l'accepter, encore qu'il n'existe aucune garantie en ce sens.

Aux termes de l'article 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982* il faut le consentement des autorités fédérales et de sept provinces pour modifier le principe de la représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes. Cependant l'article 44 prévoit que le Parlement fédéral peut sous réserve de cet article modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives à la Chambre des communes.

Au fait, la proportionnelle mitigée n'écarte pas le principe de la représentation selon la population consacrée à l'article 51 de la *Loi constitutionnelle de 1867*[2]. En se repliant sur l'article 91.1 (maintenant abrogé) de la *Loi constitutionnelle de 1867* le Parlement aurait probablement pu l'imposer unilatéralement. Peut-il le faire en vertu de l'article 44 (qui reprend en substance l'article 91.1) ou doit-il se conformer à l'article 42? Il serait probablement plus prudent d'obtempérer aux conditions fixées à l'article 42.

2. La réforme du Sénat

Si l'on en juge à partir des débats confédératifs, les Pères de la Confédération considéraient le Sénat fort important. Ils en ont abondamment traité. La Constitution de 1867 y consacre un bon nombre d'articles. Le regretté professeur Jean-Charles Bonenfant qui a fait des études approfondies

2. J'ai discuté de ce problème constitutionnel dans mon ouvrage *Le partage des pouvoirs*, 2e éd., Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, p. 368.

sur cette institution n'hésitait pas à écrire que cette dernière n'a pas rempli ses attentes [3]. L'honorable Gordon Robertson affirmait récemment : « S'il est une chose sur laquelle ce pays si divisé a pu faire la presque unanimité depuis plus de cent ans, c'est que les Pères de la Confédération ont commis une erreur, de 1864 à 1867, en concevant le Sénat [4] ».

Depuis 1867 peu d'organismes, s'il en existe, ont fait l'objet de tant de projets de réforme et somme toute bien peu ont été si peu réformés.

Bien sûr, on dénombre quelques amendements constitutionnels relatifs au Sénat, *inter alia* : en 1875 [5], sur les privilèges parlementaires ; en 1886 [6], pour la représentation des territoires fédéraux au Sénat ; en 1895 [7], pour autoriser la nomination d'un orateur suppléant au Sénat ; en 1915 [8], le Parlement impérial sur demande des chambres fédérales, redéfinit les grandes divisions sénatoriales, les provinces de l'Ouest, constituant désormais une quatrième division ; en 1949, Terre-Neuve obtint 6 sénateurs [9] ; en 1965, le Parlement central en se basant sur l'article 91.1 fixa l'âge de retraite des sénateurs à 75 ans [10] ; en 1975, le Parlement donna aux territoires du Nord-Ouest une représentation au Sénat [11].

Si l'on tient compte des réformes proposées [12] ces amendements ou modifications apparaissent bien mineurs.

L'on relève également quelques décisions judiciaires sur le Sénat dont la plus importante est sans contredit celle de décembre 1979 [13]. La Cour suprême du Canada déclara dans cet arrêt que l'article 91.1 ne permet au Parlement que d'amender la Constitution fédérale interne, que le Sénat est un organisme qui assure la protection des régions, que les exceptions énumérées à l'article 91.1 impliquent l'existence continue du Sénat et que le pouvoir fédéral ne peut de son seul chef abolir le Sénat ou lui apporter des

---

3. J.-C. BONENFANT, « Le Sénat » dans L. SABOURIN (éd.), *Le système politique du Canada*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1969, pp. 131-132.
4. *Bulletin de l'Institut de recherches politiques*, Halifax-Sud, Nouvelle-Écosse, mai/juin 1983, p. 1.
5. *Loi de 1875 sur le Parlement du Canada*, (1875) 38-39 Victoria, c. 38 (R.U.).
6. *Loi constitutionnelle de 1886*, (1886) 49-50 Vict., c. 35 (R.U.).
7. (1895) 59 Victoria, c. 3 (R.U.). La loi est abrogée.
8. *Loi constitutionnelle de 1915*, (1915) 5-6 George V, c. 45 (R.U.).
9. *Loi sur Terre-Neuve*, (1949) 12-13 George VI, c. 22 (R.U.).
10. *Loi constitutionnelle de 1965*, S.C. 1965, c. 4, Partie I.
11. *Loi constitutionnelle n° 2 de 1975*, S.C. 1975, c. 53.
12. Notamment par l'association du Barreau canadien, la Commission Pepin-Robarts, la Colombie britannique, l'Alberta et l'Ontario.
13. Renvoi concernant la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute, [1980] 1 R.C.S. 54.

transformations radicales comme la composition fondamentale, la nomination des sénateurs par les provinces, le veto suspensif, le remplacement du Sénat par un autre corps ou conseil.

En vertu de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il faut, aux termes de l'article 41, l'unanimité des « onze » autorités pour modifier « 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 ». Selon l'article 42(1) de cette *Loi constitutionnelle de 1982* le concours de l'autorité fédérale et de sept provinces est impératif pour modifier :

b) les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs ;
c) le nombre des sénateurs par lesquels une province est habilitée à être représentée et les conditions de résidence qu'ils doivent remplir.

C'est dire qu'ici le Québec ne peut rien empêcher sauf s'il dispose de l'appui de l'Ontario, car, en plus de l'appui des provinces, il importe que ces provinces regroupent 50% de la population du pays.

Le droit de retrait qui joue au niveau des amendements au partage des pouvoirs n'est d'aucune utilité pour la réforme des institutions centrales.

Enfin, selon l'article 44 :

> Sous réserve des articles 41 et 42, le Parlement a compétence exclusive pour modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes.

Vu le libellé de ce dernier article, on peut conclure que le pouvoir d'amendement de l'autorité fédérale sur le Sénat n'est pas tellement considérable et qu'il se situe probablement dans le cadre élaboré par la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Chambre haute de 1979*. Sur ce plan on peut dire que l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prend la relève de l'ancien article 91.1 de la *Loi constitutionnelle de 1867*[14].

Il faut donc s'en remettre à la formule de base.

Tant de choses ont été dites sur le Sénat, élu, nommé, réformé, qu'il peut sembler difficile d'ajouter ici de l'inédit.

Mon propos est surtout de réfléchir sur la philosophie de la réforme, de voir les avantages et désavantages de chaque grande réforme possible. En ce sens, me serait-il possible d'ajouter quelque chose de neuf.

Le Sénat m'apparaît tout à fait essentiel au sein d'une fédération. Une chambre haute, on l'a vu, doit représenter les régions, les États-membres. Politologues et constitutionnalistes s'accordent sur ce point.

---

14. *Supra*, note 2, p. 393.

En 1867, on a voulu modeler le Sénat sur la Chambre des lords. Là fut, à mon avis, la faute originelle. Le Royaume-Uni était un pays unitaire et non fédéral et avait son histoire propre, bien à lui.

Aujourd'hui se dégage un consensus sur la nécessité de réformer le Sénat.

Il arrive aux Canadiens de manquer d'imagination créatrice en droit constitutionnel et de s'en remettre trop souvent à une trop lente évolution de leurs institutions politiques. La diversité des peuples, l'étendue du territoire, les conflits linguistiques peuvent expliquer en partie ce phénomène. Il ne suffit pas toutefois de le constater, encore importe-t-il, d'y remédier.

Il faut ajouter ici que le fédéralisme canadien n'est pas homogène comme c'est le cas en Australie ou aux États-Unis. Nous devons tenir compte de la présence du Québec dans la réforme du Sénat. En 1867, le Québec accepta le principe de la représentation proportionnelle à la Chambre des communes mais au Sénat il voulut obtenir et il obtint une représentation égale à celle de l'Ontario. Dès le départ nous avons eu un Sénat par blocs, par régions, et non par provinces.

À mon avis il existe au plan de la réforme trois grandes hypothèses de travail : un Sénat dont les membres sont nommés mais mieux structuré (A), un Sénat qui est une chambre ou un conseil des provinces (B), un Sénat élu (C).

Chaque hypothèse comprend à son tour des variantes. Aucune hypothèse n'est parfaite. Les deux dernières, il ne sert à rien de le cacher, seraient très difficiles à mettre en œuvre. Pour ce qui est des variantes à l'intérieur de chacune des trois hypothèses nous ne pouvons les analyser toutes car elles sont trop nombreuses.

Première hypothèse : Un Sénat mieux structuré

Le Sénat canadien dispose de larges pouvoirs. La Constitution à trois exceptions près lui donne les mêmes pouvoirs que la Chambre des communes. Pour plusieurs raisons, sur lesquelles nous reviendrons, cette chambre législative n'ose guère se servir de ses atouts. Les trois exceptions sont les suivantes : a) le principe de la responsabilité du gouvernement à la chambre des députés, qui fait partie depuis plus d'un siècle d'une convention de la Constitution, ne s'applique pas au Sénat ; b) les projets de loi impliquant une dépense des deniers publics doivent prendre naissance à la chambre des députés ; les articles 53, 54 et 90 disposent de la question ; c) en matière d'amendement constitutionnel, le Sénat n'a qu'un veto suspensif de 180

jours [15] même si le Sénat tout comme la Chambre des communes ou une assemblée législative provinciale conserve un droit d'initiative en matière d'amendement [16]. Le Sénat cependant garde ses pouvoirs pour l'amendement de la constitution fédérale interne prévue à l'article 44.

Le Sénat actuel est composé de 104 membres : 24 pour l'Ontario, 24 pour le Québec, 24 pour les quatre provinces de l'ouest, 24 pour les trois provinces maritimes, 6 pour Terre-Neuve, un pour le Yukon et un pour les Territoires du Nord-Ouest. Les sénateurs sont nommés par le Gouverneur général [17] sur avis du premier ministre ; c'est ce dernier qui les choisit.

Si le Sénat est appelé à demeurer une chambre dont les membres sont nommés, les provinces doivent-elles avoir voix égale ?

La plupart des provinces autres que le Québec, l'Ontario et le Nouveau-Brunswick rêvent d'avoir un jour au Sénat une représentation égale pour chaque province. Elles y travaillent depuis plusieurs années ; l'Alberta et la Colombie britannique ont proposé plus d'une réforme en ce sens. Le Québec doit prendre les devants. En 1867, ce dernier tout comme l'Ontario détenait le tiers des sièges au Sénat ; en 1915, il n'en occupait que le quart ; depuis 1949, un peu moins que le quart. Aujourd'hui certaines provinces veulent réduire le Québec et l'Ontario à un dixième du Sénat. On répondra que la chose a peu d'importance, vu que notre Sénat a peu d'influence ! C'est oublier que, légalement, le Sénat peut choisir de se servir de sa force. Si le Sénat en matière d'amendement constitutionnel n'a plus qu'un veto suspensif, il a pour les autres matières des pouvoirs décisifs. Lorsque les provinces auront chacune un dixième des effectifs du Sénat, elles apprendront vite à se servir de cette égalité. Le Sénat, s'il demeure « nominatif », doit être divisé suivant les quatre grandes régions et, à notre avis, Québec doit en comprendre le quart.

Les tenants de l'égalité de représentation des provinces à la Chambre haute auront évidemment beau jeu d'affirmer que dans les fédérations les États fédérés ont représentation égale à la Chambre haute. Nous ne nions pas ce principe ! Le fédéralisme canadien, faut-il le répéter, est hétérogène et non homogène ; le Québec a d'excellentes raisons de conserver le quart des effectifs du Sénat. Il est à souhaiter que l'Ontario se joindra au Québec pour bloquer tout amendement en ce sens. Aux termes de l'article 38, les deux provinces centrales agissant de concert ont ici un droit de veto. Le pouvoir central en tout état de cause bénéficie d'un veto.

---

15. Article 47 de la *Loi constitutionnelle de 1982.*
16. Article 46 de la *Loi constitutionnelle de 1982.*
17. La Constitution du Sénat est prévue principalement aux articles 21 à 36 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et ses nombreux amendements.

Si le nombre des sénateurs, la composition du Sénat et le mode de nomination sont maintenus, d'autres réformes sont-elles possibles ?

Les sénateurs Lamontagne et Goldenberg et leurs collègues ont examiné cette question et ont fait rapport [18]. Cette réforme m'apparaît valable. On oublie trop souvent les services rendus par le Sénat et ceux qu'il pourrait continuer à rendre en recourant à des réformes de son règlement et de sa constitution interne comme le recommandent ces sénateurs. Il faut réaffirmer ici que des réformes sont possibles même sans aucun amendement constitutionnel. L'autorité fédérale peut adopter des lois en ce sens. Le rapport de 1980 est connu. Je ne crois pas devoir élaborer davantage sur ce point. Se pose la question de savoir si cette réforme suffit. Probablement pas !

Il faut mentionner ici quelques variantes : ainsi les sénateurs pourraient être nommés pour dix ans, ou, encore le premier ministre pourrait se voir dans l'obligation au chapitre des nominations de respecter la proportion des partis politiques, ou encore les sénateurs pourraient être désignés par la Chambre des communes.

Ce sont là quelques variantes. Elles ne modifient pas toutefois en profondeur le système actuel.

Disons, en passant, qu'un Sénat non élu n'est pas nécessairement une chambre antidémocratique. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* n'exige pas une seconde chambre élue.

Deuxième hypothèse : Un Sénat qui est une chambre ou un conseil des provinces

Cette solution connut ses heures de gloire au cours des années 1978, 1979 et 1980. En témoignent les rapports du Barreau canadien [19], le Rapport Pepin-Robarts [20] et certains rapports provinciaux. Elle a, bien sûr, des avantages et des inconvénients.

Lorsque j'étais membre de la Commission Pepin-Robarts et que nous tenions des audiences publiques pour connaître le pouls du public, je me rappelle que la plupart des intervenants qui avaient choisi de paraître devant nous prônaient l'avènement d'un Sénat dont les membres seraient élus et non plus nommés.

---

18. Voir : *Rapport sur certains aspects de la Constitution canadienne* par le sénateur Goldenberg, novembre, 1980. *Rapport au Sénat du Canada*, ministre des Approvisionnements et Services, Canada.
19. Comité de la Constitution de l'Association du Barreau canadien, *Vers un Canada nouveau*, 1978, Recommandation 8.
20. *Supra*, note 1, recommandations 47 à 57.

La Commission Pepin-Robarts a considéré très sérieusement cette séduisante possibilité. Elle l'a finalement écartée, influencée sur ce point par la crise constitutionnelle de 1975 en Australie où existe un Sénat élu.

Comme le Barreau canadien en 1978, la Commission Pepin-Robarts en 1979 a opté pour le Conseil fédéral, pour une Chambre des provinces, une chambre haute où les provinces jouiraient du pouvoir de nomination. Il existe sur ce sujet plusieurs variantes qu'il serait trop long d'analyser ici. Un point commun cependant : la seconde chambre est formée de personnes désignées ou nommées par les provinces. Le Rapport Pepin-Robarts prônait la proportionnelle mitigée à la Chambre des communes en même temps qu'une Chambre de la Fédération. La proposition Pepin-Robarts peut se résumer de la façon suivante. Le Sénat serait aboli et remplacé par un Conseil de la fédération qui verrait à l'harmonie des relations fédérales-provinciales, qui ne serait pas d'abord une chambre législative, qui jouirait d'un droit de veto sur les grandes nominations importantes comme celles des juges à la Cour suprême et d'un veto suspensif tantôt long, tantôt court, pour la législation qui intéresse les provinces ; ce conseil, enfin, se prononcerait par une majorité qualifiée des deux tiers pour le maintien du pouvoir d'urgence, pour les programmes à frais partagés dans les domaines prioritairement provinciaux. Cette seconde chambre centrale serait l'endroit par excellence du régionalisme. Elle sensibiliserait le centre aux régions et les régions aux besoins de tout le pays. Elle permettrait aux diverses régions du pays d'être bien présentes au centre même des décisions, dans l'ordre fédéral du gouvernement. Toute chambre haute ou seconde doit dans une fédération représenter adéquatement les régions. La vocation de notre Sénat, sur ce plan, fut en partie manquée.

Le Conseil de la Fédération serait composé de délégations représentant les gouvernements provinciaux et agissant selon leurs instructions ; chaque délégation pourrait être dirigée par un délégué faisant partie du cabinet.

Le Conseil devrait être composé d'au plus soixante membres ayant droit de vote, répartis entre les provinces au prorata de leur population respective jusqu'à concurrence d'un cinquième, une pondération étant prévue pour favoriser les provinces qui comptent moins de vingt-cinq pour cent de la population du pays. Toute province qui a compté vingt-cinq pour cent de la population serait assurée d'un cinquième des sièges à perpétuité.

Les ministres du gouvernement central seraient membres du Conseil de la Fédération mais sans droit de vote et détiendraient le droit de défendre les propositions du gouvernement central devant cette chambre et ses comités.

Cet organisme n'aurait pas le pouvoir d'initiative en matière législative, sauf dans le cas de projets de loi proposant des amendements constitutionnels.

Les décisions du Conseil de la Fédération ne pourraient être considérées comme des expressions de confiance ou de défiance. Le gouvernement central continuerait de n'être responsable qu'à la seule Chambre des communes.

La solution Pepin-Robarts suppose un amendement constitutionnel qui serait difficile à obtenir. De plus, comme l'autorité centrale jouit d'un droit de veto en matière d'amendement constitutionnel, il est loin d'être assuré qu'elle ne l'emploierait pas. En effet, la solution Pepin-Robarts va plus loin que le Bill C-60 dans la régionalisation et il est probable que l'autorité centrale s'y opposerait de nos jours. Il ne faut pas se le cacher: cette transformation suggérée par le Rapport Pepin-Robarts est profonde. Plusieurs spécialistes la combattent aujourd'hui. Elle n'est plus dans l'esprit du temps.

La proposition Pepin-Robarts tout comme celle du Barreau canadien d'ailleurs s'inspirent de la formule allemande. Porterait-elle autant de fruits chez nous ? Est-elle matière d'importation ? Plusieurs en doutent aujourd'hui.

Il demeure excellent à mon avis que l'étude ait été faite.

Comme nous avons au Canada ce que d'aucuns ont baptisé le fédéralisme exécutif c'est-à-dire un système où les onze premiers ministres viennent discuter à Ottawa des grands problèmes constitutionnels, et que ce régime est de plus en plus enraciné dans nos mœurs politiques, une Chambre des provinces est moins bien vue aujourd'hui, même au sein de certaines provinces.

L'avènement d'un Conseil de la Fédération influerait sur le partage des pouvoirs vu que cette chambre se prononcerait sur le pouvoir d'urgence, les nominations des juges de la Cour suprême, les traités touchant aux matières provinciales et le pouvoir de dépenser.

Une variante de cette seconde hypothèse consiste en la conjugaison de nominations fédérales et provinciales à la chambre haute. Il n'est pas assuré que cette variante recueillerait plus de suffrages.

Troisième hypothèse : Un Sénat élu

La mode actuelle favorise nettement cette hypothèse. L'autorité centrale elle-même semble séduite [21]. Plusieurs spécialistes qui ont comparu en juin

21. Voir une publication intitulée *La Réforme du Sénat*. Document de travail. Gouvernement du Canada. Le ministre de la Justice Mark MacGuigan, 16 juin 1983.

1983 devant le comité mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la réforme du Sénat se prononcent en faveur d'un Sénat élu.

Dans un régime présidentiel à l'américaine un Sénat élu va de soi. Dans un système parlementaire ayant un gouvernement responsable, il est un peu plus difficile à réaliser ; mais il n'est pas impossible ; il existe en Australie, par exemple. La Commission Pepin-Robarts avaient trois conseillers : les professeurs Dion, Meisel et McWhinney. Les professeurs Dion et McWhinney se déclarent aujourd'hui en faveur d'un Sénat élu.

Si le Sénat n'est pas crédible c'est qu'il n'est pas élu, dit-on. Si le Sénat manque de crédibilité ce n'est pas parce qu'il n'a pas assez de pouvoir, c'est bien parce qu'il n'ose pas se servir de ceux qu'il a et qui sont considérables. Il n'ose pas, car il sait que s'il contrecarre une chambre élue, le peuple appuiera la chambre élue. Si le Sénat doit d'abord et avant tout être et demeurer un organe législatif, rien, dit-on, ne lui conférerait une aussi grande crédibilité que l'élection.

Un Sénat élu ne représenterait pas nécessairement mieux les régions, mais il pourrait conférer une plus grande légitimité constitutionnelle aux sénateurs. Pareille réforme suppose bien sûr un amendement constitutionnel. Elle modifierait profondément notre régime ! Elle est valable. En pareille hypothèse, il faudrait prévoir que le Sénat élu ne pourrait renverser le gouvernement. Ceci, afin d'éviter les crises constitutionnelles comme ce fut le cas en Australie en 1975 ; le Gouverneur général australien crut alors nécessaire de congédier un premier ministre qui ne réussissait pas à faire adopter ses mesures financières au Sénat, et, d'appeler au pouvoir le Chef de l'Opposition.

Nous avons très souvent au Canada des gouvernements majoritaires. Cependant nous avons eu des gouvernements minoritaires qui à la suite d'un vote de confiance ont dû inviter le Gouverneur général à dissoudre les chambres. Ce fut le cas en 1926, en 1963, en 1974, en 1979 par exemple. Le vote de défiance à notre avis devrait demeurer d'apanage exclusif de la Chambre des communes. Un Sénat élu ne devrait pas avoir le pouvoir de défaire le gouvernement sur un vote de confiance car notre jeu parlementaire serait faussé.

Se pose la question de savoir si deux chambres élues feraient meilleur ménage qu'une chambre élue et une chambre non élue qui assume ses pouvoirs. Un Sénat élu aurait forcément moins de pouvoir que la Chambre des communes ; ainsi à ce niveau, il n'y aurait pas de vote de défiance et en matière constitutionnelle le veto ne serait pas suspensif. Ce Sénat élu serait-il autre chose que le miroir de la Chambre des communes ? Il y a là un certain risque. Cependant si les sénateurs étaient élus selon les principes de la

représentation proportionnelle [22], on pourrait avoir une chambre qui ne serait pas le pâle reflet de l'autre.

Un Sénat élu n'a de chance de voir le jour que s'il est fortement appuyé par le peuple ; les séances publiques tenues par le comité du Sénat à l'automne 1983 peuvent servir de baromètre. Seul un mouvement venant de la base ou appuyé par celle-ci pourrait amener les députés fédéraux et les gouvernements provinciaux à accepter par amendement constitutionnel une réforme aussi fondamentale qu'un Sénat élu.

Je m'en voudrais en terminant cette seconde partie de ne pas parler spécifiquement du cas du Québec. En 1864, le Québec a accepté la formule fédérale à la condition que certains pouvoirs législatifs comme le droit civil et l'éducation demeurent provinciaux, que sa langue soit protégée, que le Québec détienne le tiers des effectifs du Sénat. Avec la venue des provinces de l'ouest sa représentation au Sénat est tombée au quart ; et à peu moins que le quart depuis 1949, comme on l'a vu.

Je ne vois pas comment Québec pourrait accepter de ne composer que le 1/10 du Sénat et s'accomoder de pareille érosion. Toute réforme en ce sens et vouée à l'échec ; que le Sénat soit élu ou nommé, Québec ne peut accepter moins qu'il n'a actuellement, soit le quart. Il faudra inscrire dans la Constitution une garantie constitutionnelle à cet effet.

Soit dit en passant, aux États-Unis, la Cour suprême n'a pas imposé au niveau du Sénat la théorie du « One man, one vote »[23]. Les chambres hautes sont peut-être ici dans une situation spéciale. Il faut que les institutions collent aux réalités. Le Sénat à cause du Québec pourrait au sein du fédéralisme canadien être *sui generis*. Je crois à un Sénat représentant des blocs ou des régions plutôt que des provinces.

Pour ce qui est des autochtones, je crois que leur protection doit relever davantage des articles 25, 28, 35 et 37 de la *Loi constitutionnelle de 1982* que d'un Sénat réformé ou rénové.

La réforme constitutionnelle est inachevée [24]. La réforme du Sénat est à venir. D'autres réformes doivent suivre. Il faut voir tout ceci dans sa perspective propre.

La double majorité imaginée par le Bill C-60 pour les questions de langue et de culture n'est pas à rejeter du revers de la main au niveau du

---

22. *Id.*, surtout aux pages 37 à 44.
23. Voir les motifs du juge W.O. Douglas dans l'arrêt *Gray v. Sanders*, (1963) 372 U.S. 368, 9 L. Éd. 92d) 821.
24. Voir : *Beck et Bernier*, ed., *Canada and the New Constitution. The Unfinished Agenda*, The Institute for Research on Policy, 1983, vol. I, vol. II.

Sénat. Le Québec a droit de retrait avec compensation selon la nouvelle formule d'amendement pour la langue et la culture, mais le retrait, on l'a vu, ne joue pas au niveau du Sénat. Aussi convient-il de garder le principe de la double majorité prévue au Bill C-60.

Les Communes selon la nouvelle formule d'amendement peuvent imposer une réforme constitutionnelle au Sénat. L'inverse n'est pas vrai [25].

Disons en conclusion que la rigidité de la nouvelle formule d'amendement rend difficile l'avènement d'un Sénat élu ou d'un Sénat du genre suggéré par le Rapport Pepin-Robarts.

3. La révision des structures de la Cour suprême du Canada

On oublie volontiers qu'en 1867 il n'y avait pas de Cour suprême, que cette cour établie en 1875, n'est devenue vraiment suprême qu'en 1949, qu'en 1931, lors de l'avènement du *Statut de Westminster*, on a même pas songé au statut pouvant lui être donné. Contrairement à la Cour suprême des États-Unis, la Constitution ne garantissait pas son existence. L'article 101 ne prévoyait que son établissement possible. Même avec le rapatriement du 17 avril 1982 ce n'est qu'indirectement que l'on peut parler de son enchâssement dans la Constitution.

Aux termes de l'article 41, pour changer la composition de la Cour suprême, il faut le concours des « onze » pouvoirs, c'est-à-dire l'unanimité. L'expression « composition » est vague. De plus, comme le remarque avec à propos le professeur Peter W. Hogg, la *Loi sur la Cour suprême* ne fait pas partie de la Constitution. Il se peut donc que le Parlement fédéral en vertu de l'article 101 ait conservé ici les pleins pouvoirs de réforme aussi longtemps que la réforme ne sera pas constitutionnalisée [26]. Il semble bien qu'en vertu de l'article 101 il pourrait unilatéralement modifier la compétence de la Cour en amendant par une simple loi la *Loi sur la Cour suprême.*

À mon avis, il faut inscrire de façon expresse dans la Constitution le principe de l'indépendance judiciaire et l'existence de la Cour suprême du Canada au sommet du pouvoir judiciaire.

Je n'ai jamais caché ma sympathie pour une véritable Cour constitutionnelle pour le Canada. Il m'a toujours semblé curieux que l'on s'inspire volontiers de d'autres pays pour un bon nombre de réformes constitutionnelles et qu'on écarte systématiquement au départ tout emprunt au niveau de

25. À cause de l'article 47.
26. P.W. HOGG, *Canada Act 1982 annotated*, Toronto, Carswell, 1982, pp. 92 et 93.

la Cour suprême du Canada[27]. Il m'apparaît évident, toutefois, que les chances d'avoir une véritable cour constitutionnelle *de jure* au Canada sont tout à fait nulles pour un avenir prévisible ; mais, comme je l'ai écrit, je me console à la pensée que c'est ce que nous allons avoir *de facto* dans un proche avenir, en bonne partie du moins. En effet, ces dernières années, les litiges sur le partage des pouvoirs ont plus que doublé et il est à prévoir qu'avec l'avènement d'une Charte des droits vraiment constitutionnelle, notre plus haut tribunal qui est le gardien de la Constitution sera appelé très bientôt à trancher plus de litiges en droit constitutionnel que dans tout autre domaine du droit.

Nombreuses ont été et sont les propositions de réformes de la Cour suprême[28].

Elles sont d'ordinaire de deux ordres : a) le pouvoir de nomination des juges ; b) la composition de la Cour. Les deux questions intéressent le Québec au plus haut point.

La *Loi constitutionnelle de 1982* contrairement à la *Charte de Victoria*[29] ne modifie en rien le pouvoir de nomination des juges. Il s'agit d'une exclusive fédérale. Le choix du juge désigné par le gouvernement central devrait être ratifié par la Chambre haute (une fois réformée). Cette suggestion de la Commission Pepin-Robarts fut endossée par beaucoup d'autres rapports en matière constitutionnelle et nous apparaît toujours dans l'ordre[30].

C'est au chapitre de la composition de la Cour que l'éventail des opinions s'élargit le plus.

J'ai déjà eu l'occasion d'écrire que c'est dans cette institution vitale pour le fédéralisme canadien que le dualisme des systèmes de droit, des langues et des cultures devrait être le plus incarné. Je n'ai pas changé d'avis. Avec l'avènement d'une charte constitutionnelle des droits j'y vois un motif de plus de le réaffirmer.

Le gouvernement fédéral par son Bill C-60 en 1978 et la Commission Pepin-Robarts en 1979 ont suggéré un banc de onze juges. Pour le premier, quatre juges seraient civilistes et pour le second, cinq. L'une et l'autre propositions nous apparaissent toujours valables, même si, politiquement, il

---

27. G.A. BEAUDOIN, « Le rapatriement : la fin du commencement ? », (1982) 52 *Revue de l'Université d'Ottawa*, nº 3, 287, p. 300.
28. Voir *inter alia* : G.A. BEAUDOIN, *Réforme de structure à la Cour suprême du Canada*, (1981) *Supreme Court Law Review* 379.
29. Articles 23 à 33 de la *Charte constitutionnelle canadienne*, Victoria, juin 1971.
30. *Se retrouver*, recommantation 52. *Vers un Canada nouveau*, article 8.5.

ne sera pas facile d'aller au-delà de neuf juges. La chose est peut-être devenue pratiquement impossible à cause de l'unanimité prévue à l'article 41(d) de la *Loi constitutionnelle de 1982.*

La pire réforme serait d'accorder un juge à chaque province. Ce serait détruire la crédibilité de la Cour. Si l'on devait conserver le nombre de neuf, je suggère de nouveau, afin de rendre la Cour plus dualiste, que les civilistes puissent être au nombre de quatre [31].

Il n'est pas sûr que Québec ait un vif intérêt à ce que la *Loi sur la Cour suprême* soit constitutionnalisée avant que certaines réformes soient faites.

4. Le Gouverneur général

Depuis 1926, le Gouverneur général ne représente plus le Gouvernement britannique mais la personne du Souverain. Depuis l'indépendance politique consacrée en 1931 par le *Statut de Westminster*, sinon même depuis la Convention de 1926, c'est la Reine au droit du Canada qu'il représente. Depuis 1952, le Gouverneur est canadien. Ce n'est pas trop tôt ! L'évolution fut ici extrêmement lente.

Aux termes de l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il faut l'unanimité des onze « pouvoirs » pour modifier la charge de la Reine et celle de Gouverneur général. Il s'agit ici d'un changement radical avec la situation telle qu'elle existait avant le 17 avril 1982; le système monarchique au Canada est devantage enchâssé. Il relève cependant des autorités canadiennes seules de garder ou d'écarter le système monarchique.

Même s'il en use très rarement, le Gouverneur général jouit encore de prérogatives ; certains affirment qu'il pourrait les perdre s'il en usait trop ; la proposition n'est pas sans fondement. Dans le *Renvoi Re Résolution pour rapatrier la Constitution* [32] la Cour suprême faisait observer au sujet des prérogatives : « C'est également aux termes de la prérogative (...) que la Couronne nomme et accrédite les ambassadeurs, déclare la guerre, conclut les traités et c'est au nom de la Reine qu'on délivre des passeports » [33].

Cependant la plupart des pouvoirs de la Couronne « (...) sont exercés sur l'avis du premier ministre ou du cabinet (...) ». [34]

---

31. G.A. BEAUDOIN, *supra*, note 28.
32. [1982] 1 R.C.S. 753.
33. *Id.*, p. 877.
34. *Id.*, p. 878.

Dans cet avis, la Cour a reconnu un rôle important au Gouverneur général en matière de légitimité constitutionnelle :

> (...) si après une élection générale où l'opposition a obtenu la majorité des sièges, le gouvernement refusait de donner sa démission et s'accrochait au pouvoir, il commettrait par là une violation fondamentale des conventions, si sérieuse d'ailleurs qu'on pourrait la considérer équivalente à un coup d'État. Le remède dans ce cas relèverait du gouverneur général ou du lieutenant-gouverneur selon le cas, qui serait justifié de congédier le ministère et de demander à l'opposition de former le gouvernement. Mais si la Couronne n'agissait pas promptement, les tribunaux ne pourraient rien y faire si ce n'est au risque de créer un état de discontinuité juridique, c'est-à-dire une forme de révolution.[35]

La Couronne au Canada comme au Royaume-Uni dispose du droit d'être consulté, d'encourager et de conseiller [36].

Le Gouverneur général a commencé, ces dernières années à représenter la fédération canadienne à l'étranger. La délégation des pouvoirs du Souverain est devenue complète [37]. Par le Bill C-60 l'autorité centrale avait prévu un rôle plus important pour le Gouverneur général [38]. C'est par étapes que le rôle du Gouverneur général se modifiera. Pour le moment, la révision constitutionnelle à ce niveau n'apparaît pas une priorité. Elle viendra sûrement, mais à son heure.

---

35. *Id.*, p. 882.
36. Voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1982, p. 258.
37. *Id.*, p. 257.
38. *Projet de loi sur la réforme constitutionnelle*, juin 1978, *inter alia* articles 42 à 48 et 56.