

La représentation au Parlement fédéral des communautés de langue officielle en situation minoritaire : étude sur la réforme du Sénat et sa validité constitutionnelle

Mark C. Power et Marc-André Roy

Volume 42, numéro 2, 2012

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1026906ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/1026906ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)
2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Power, M. C. & Roy, M.-A. (2012). La représentation au Parlement fédéral des communautés de langue officielle en situation minoritaire : étude sur la réforme du Sénat et sa validité constitutionnelle. *Revue générale de droit*, 42(2), 497–559. <https://doi.org/10.7202/1026906ar>

Résumé de l'article

Le présent article explore la possibilité de démontrer qu'il existe un droit à une représentation au Sénat des communautés de langue officielle en situation minoritaire. Cette thèse découle d'abord de l'interprétation des droits linguistiques et démocratiques prévus par la Constitution ainsi que de l'application des principes sous-jacents de la Constitution, plus particulièrement du principe constitutionnel de la protection des minorités. Il est soutenu que l'adoption de réformes visant à encourager l'élection de candidates et de candidats en vue d'être nommés au Sénat pourrait enfreindre ce principe. Il est également possible de soulever d'autres objections relativement à la constitutionnalité d'une telle démarche, objections qui ne sont pas nécessairement fondées sur les droits linguistiques des minorités nationales, mais qui appuient néanmoins la thèse de la reconnaissance du rôle actuel du Sénat dans la Constitution canadienne. Parmi ces objections figurent le manque de compétence du Parlement fédéral, agissant seul, pour adopter ces mesures, de même que le manque de compétence des législatures provinciales pour adopter des lois prévoyant des élections pour les candidates et les candidats au Sénat.

ARTICLES

La représentation au Parlement fédéral des communautés de langue officielle en situation minoritaire : étude sur la réforme du Sénat et sa validité constitutionnelle

MARK C. POWER

Professeur adjoint au Programme de common law en français
de la Section de common law à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa

MARC-ANDRÉ ROY

Étudiant au programme de baccalauréat en common law
et en droit civil à la Faculté de droit de l'Université McGill

RÉSUMÉ

Le présent article explore la possibilité de démontrer qu'il existe un droit à une représentation au Sénat des communautés de langue officielle en situation minoritaire. Cette thèse découle d'abord de l'interprétation des droits linguistiques et démocratiques prévus par la Constitution ainsi que de l'application des principes sous-jacents de la Constitution, plus particulièrement du principe constitutionnel de la protection des minorités. Il est soutenu que l'adoption de

ABSTRACT

This article explores the possibility of the entrenchment of a right to a representation of official language minority communities in the Senate. This thesis follows primarily from the interpretation of the linguistic and democratic rights provided by the Constitution as well as the operation of the underlying principles of the Constitution, especially the constitutional principle of protection of minorities. It is contended this principle may be violated by the adoption of reforms aimed to encourage the

réformes visant à encourager l'élection de candidates et de candidats en vue d'être nommés au Sénat pourrait enfreindre ce principe. Il est également possible de soulever d'autres objections relativement à la constitutionnalité d'une telle démarche, objections qui ne sont pas nécessairement fondées sur les droits linguistiques des minorités nationales, mais qui appuient néanmoins la thèse de la reconnaissance du rôle actuel du Sénat dans la Constitution canadienne. Parmi ces objections figurent le manque de compétence du Parlement fédéral, agissant seul, pour adopter ces mesures, de même que le manque de compétence des législatures provinciales pour adopter des lois prévoyant des élections pour les candidates et les candidats au Sénat.

Mots-clés : *Communautés de langue officielle en situation minoritaire, réforme du Sénat, projet de loi C-7, Constitution du Canada, Charte canadienne des droits et libertés, principes constitutionnels.*

election of candidates for appointment to the Senate. It is also possible to raise other objections to the constitutional validity of this approach. These objections include the lack of competence of the federal Parliament, acting alone, to adopt certain measures, as well as the lack of competence of provincial legislatures to pass laws providing for elections of candidates to the Senate. While these objections are not necessarily based on linguistic rights, they nevertheless support the thesis that the representative function of the Senate is entrenched in the Canadian Constitution.

Key-words : *Official language minority communities, Senate reform, Bill C-7, Constitution of Canada, Canadian Charter of Rights and Freedoms, constitutional principles.*

SOMMAIRE

Introduction	500
1. Mise en contexte et limites de l'article	505
2. Le Sénat en tant qu'institution de protection des communautés de langue officielle	508
A) Le contexte historique	508
B) L'impact d'un Sénat élu	515
3. Les communautés de langue officielle laissées pour compte dans les tentatives récentes de réforme du Sénat	517
A) Propositions de réforme antérieures à l'Accord de Charlottetown	517
B) L'Accord de Charlottetown	521
C) Propositions contemporaines de réforme	524
4. La représentation au Sénat des communautés de langue officielle en situation minoritaire devrait être considérée comme étant consacrée par la Constitution	529
A) Le paragraphe 16(1) de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	529
B) Le paragraphe 16(3) de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	532
C) L'article 3 de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> ...	533
D) La partie VII de la <i>Loi sur les langues officielles</i>	537
E) Le principe constitutionnel de la protection des minorités...	540
5. La procédure de modification constitutionnelle et le fédéralisme comme mécanismes de reconnaissance du rôle du Sénat.....	545
A) La compétence du Parlement fédéral et les caractéristiques essentielles du Sénat.....	546
B) Du pouvoir des législatures provinciales de donner suite aux réformes proposées par le gouvernement fédéral	554
Conclusion	557

INTRODUCTION¹

1. La Chambre haute du Parlement canadien et les propositions de réforme la concernant ont soulevé les passions et sont présentes dans l'actualité depuis 1867. Pourtant, malgré de nombreuses propositions de réforme au cours des dernières décennies², la structure constitutionnelle du Sénat telle qu'elle est prévue dans la *Loi constitutionnelle de 1867*³ n'a connu aucun changement majeur. Des sièges ont été ajoutés à la suite de la création de nouvelles provinces et de nouveaux territoires, mais un seul changement important a été apporté. Cette modification constitutionnelle a été effectuée par le Parlement fédéral agissant seul, en 1965, afin de limiter la durée du mandat des sénateurs, en imposant la retraite obligatoire à l'âge de 75 ans⁴.

2. La réforme du Sénat est pourtant une question importante : en plus d'être l'une des composantes fondamentales du Parlement du Canada, la Chambre haute revêt une importance particulière pour les groupes minoritaires, qui y jouissent d'une représentation qu'ils n'ont pas à la Chambre des communes. C'est le cas, notamment, des communautés d'expression française en situation minoritaire. Le Sénat constitue pour elles un forum délibératif qui contribue fortement à leur présence au Parlement fédéral et leur donne une influence qui peut engendrer des résultats concrets. Les mécanismes qui permettent cette présence méritent donc d'être protégés et défendus par ces communautés.

3. Or, les intérêts des communautés de langue officielle en situation minoritaire ne semblent pas avoir été pris en considération dans l'élaboration des différentes propositions de

1. Les auteurs tiennent à remercier Diane Côté, David P. Taylor, ainsi que les évaluateurs externes dont les commentaires ont été extrêmement utiles.

2. Voir Jack STILBORN, « Quarante ans sans réforme du Sénat — Le point », dans Serge JOYAL (dir.), *Protéger la démocratie canadienne : le Sénat en vérité...*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2003, p. 31, à la page 35.

3. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5 (ci-après « *Loi constitutionnelle de 1867* »).

4. *Loi constitutionnelle de 1965*, L.C. 1965, c. 4.

réforme du Sénat des dernières années. L'Accord de Charlottetown semble avoir été oublié⁵. Celui-ci aurait transformé le Sénat pour lui donner un rôle encore plus important dans la défense des intérêts des communautés de langue officielle en situation minoritaire, et des droits linguistiques en particulier. Plus récemment, les tentatives de réforme du Sénat, initiées par le gouvernement fédéral, paraissent nuisibles à la représentation de ces communautés au sein de l'institution⁶. La plus récente de ces tentatives propose un processus visant à permettre et à encourager l'élection de candidates et de candidats en vue d'être nommés au Sénat. La constitutionnalité de cette mesure fait d'ailleurs l'objet d'un renvoi intenté par le gouvernement du Québec au printemps 2012 devant la Cour d'appel du Québec.

4. Il est permis de croire que si elles étaient adoptées, ces nouvelles mesures auraient pour effet de diluer le poids politique des communautés de langue officielle en situation minoritaire. Elles réduiraient considérablement les chances de retrouver, au Sénat, des parlementaires personnifiant la diversité des communautés francophones et acadienne du Canada. Cette possibilité invite à un examen plus approfondi des mécanismes de protection des minorités de langue officielle, présents dans la structure du Sénat, ainsi que de leur reconnaissance possible dans la Constitution.

5. Tout d'abord, il existe peut-être une convention constitutionnelle selon laquelle le premier ministre du Canada doit réserver une place aux communautés de langue officielle en situation minoritaire au sein du Sénat (ou, à tout le moins, tenir compte des intérêts de ces communautés lors des nominations au Sénat), convention qui serait violée si des réformes menant à l'élection de candidates et de candidats en

5. Voir *Accord de Charlottetown* : document, en ligne : <<http://www.thecanadianencyclopedia.com/index.cfm?PgNm=TCE&Params=f1ARTf0010099>> (consulté le 19 mai 2012).

6. *Loi concernant la sélection des sénateurs et modifiant la loi constitutionnelle de 1867 relativement à la limitation de la durée du mandat des sénateurs*, projet de loi n° C-7 (dépôt et 1^{ère} lecture – 21 juin 2011, l'honorable Tim Uppal, ministre d'État (Réforme démocratique)), 1^{ère} sess., 41^e légis. (Can.) (ci-après « *Projet de loi n° C-7* »).

vue de leur nomination au Sénat étaient adoptées⁷. La Cour suprême du Canada a confirmé, dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, que les tribunaux peuvent reconnaître l'existence de règles conventionnelles⁸. Par contre, la Cour indique que « [les conventions] ne sont pas administrées par les tribunaux »; il n'est donc pas possible de demander aux tribunaux de sanctionner leur violation⁹. Avec suffisamment de preuve, il semble qu'il serait possible de démontrer les trois volets d'une convention constitutionnelle : le précédent, le sentiment de la part des acteurs d'être liés par la règle, ainsi qu'une raison d'être justifiant la règle¹⁰.

6. Il est arrivé très souvent que les premiers ministres fédéraux recommandent des membres de communautés minoritaires de langue officielle en vue d'être nommés au Sénat. Cette pratique remonte au début de la Confédération et s'est avérée constante¹¹. Il existe donc des précédents. Les

7. Une convention constitutionnelle est « une règle élaborée empiriquement, par entente entre gouvernants ou politiciens, règle qui n'est pas sanctionnée par les tribunaux mais appliquée et respectée par les parties en raison d'un sentiment de nécessité politique » : Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 43. Elles sont « best regarded as non-legal rules, but because they do in fact regulate the working of the constitution, they are an important concern of the constitutional lawyer » : Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 2006, p. 1-21, feuilles mobiles (consultées le 11 août 2011).

8. *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, 886. Les répercussions de ce renvoi sur le plan politique démontrent d'ailleurs l'importance des conventions constitutionnelles : le gouvernement dirigé par le très honorable Pierre E. Trudeau avait mis en veilleuse son projet de rapatrier la Constitution unilatéralement et entrepris une nouvelle ronde de consultations avec les provinces. La force morale et politique des conventions constitutionnelles est donc importante.

9. *Id.*, 880.

10. *Id.*, 888.

11. L'historique du rôle du Sénat dans la représentation des communautés de langue officielle en situation minoritaire sera approfondi plus loin. Il est tout de même important de noter que même le très honorable Stephen Harper a suivi ces précédents en 2008 lors de la nomination d'un sénateur acadien afin de remplacer un autre sénateur acadien prenant sa retraite quelques mois plus tard. Voir SÉNAT, « Les sénateurs actuels et leurs biographies », en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/SenatorsMembers/Senate/SenatorsBiography/ISenator.asp?Language=F>> (consulté le 7 juin 2012). Notons qu'il arrive parfois qu'une pratique se transforme en convention constitutionnelle : « A usage may develop into a convention. If a practice is invariably followed over a long period of time, it may come to be generally regarded as obligatory and thereby cease to be merely an usage », P. HOGG, préc., note 7, p. 1-25. Il serait donc possible, dans la mesure où une pratique est suivie invariablement, que celle-ci se transforme en convention. Il reste à déterminer si les précédents qui existent sont suffisants pour satisfaire à ce critère.

motifs expliquant les nominations au Sénat sont rarement rendus publics : il est donc difficile d'établir qu'une pratique est maintenue au motif qu'un décideur se sent lié par une règle¹². Néanmoins, comme expliqué plus loin, le très honorable Sir John A. Macdonald croyait fermement au rôle du Sénat comme mécanisme de représentation, et il a lui-même réservé au sein de l'institution une place aux communautés linguistiques en milieu minoritaire, en nommant plusieurs sénateurs issus de ces communautés. Sans être concluante, cette conviction indique à première vue que le premier ministre Macdonald se croyait lié par cette règle¹³. Finalement, les tribunaux ne concluront à l'existence d'une convention qu'après avoir soigneusement étudié la raison d'être de la règle¹⁴. En l'espèce, cette raison d'être découle du principe constitutionnel de la protection des minorités¹⁵. La reconnaissance de la diversité canadienne veut qu'une place soit faite aux minorités au sein des institutions constitutionnelles.

7. Si une telle convention est reconnue par les tribunaux, il faut croire qu'une réforme du Sénat qui nuirait à la représentation des communautés de langue officielle en situation minoritaire serait incompatible avec celle-ci. Une réforme de la sorte serait donc inconstitutionnelle au sens conventionnel

12. À plus forte raison, car cette reconnaissance des acteurs ne peut être que tacite; elle doit être exprimée d'une manière quelconque : H. BRUN, préc., note 7, p. 44; P. HOGG, préc., note 7, p. 1-27.

13. Des recherches historiques d'envergure permettraient peut-être de recueillir des éléments de preuve démontrant qu'au fil des ans, les premiers ministres du Canada, les personnes de leur entourage, de même que les membres de la fonction publique fédérale se sentaient tenus d'assurer la présence au Sénat des communautés de langue officielle en milieu minoritaire, en y nommant de leurs représentants. Par exemple, une analyse des communiqués de presse et des discours des premiers ministres fédéraux annonçant des nominations au Sénat pourrait s'avérer fort révélatrice. D'autres documents du Conseil des ministres, du Bureau du Conseil privé, du ministère de la Justice, du ministère du Patrimoine canadien (et de son prédécesseur, le Secrétariat d'État) pourraient également contribuer à une meilleure compréhension des raisons expliquant que les communautés de langue officielle en situation minoritaire ont toujours été bien représentées au Sénat. La *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, c. A-1 donne accès aux documents du Conseil des ministres après 20 ans (al. 69 (3) (a)). Il serait donc possible pour les chercheurs d'obtenir certains de ces documents.

14. H. BRUN, préc., note 7, p. 44; P. HOGG, préc., note 7, p. 1-26.

15. Voir *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (ci-après « *Renvoi sur la sécession* »).

de ce terme, mais demeurerait juridiquement valable et contraignante.

8. Nous soutenons néanmoins qu'au-delà de la possibilité qu'il existe une convention constitutionnelle à cet effet, il est possible de démontrer qu'il existe un droit à une représentation au Sénat des communautés de langue officielle en situation minoritaire. Cette thèse découle d'abord de l'application des principes sous-jacents de la Constitution¹⁶, plus particulièrement du principe constitutionnel de la protection des minorités. Nous soutenons que ce principe pourrait être transgressé par l'adoption de réformes visant à encourager l'élection de candidates et de candidats en vue d'être nommés au Sénat. Il est également possible de soulever d'autres objections relativement à la constitutionnalité d'une telle démarche, objections qui ne sont pas nécessairement fondées sur les droits linguistiques des minorités nationales, mais qui appuient néanmoins la thèse de la reconnaissance du rôle actuel du Sénat dans la Constitution canadienne. Parmi ces objections figurent le manque de compétence du Parlement fédéral, agissant seul, pour adopter ces mesures, de même que le manque de compétence des législatures provinciales pour adopter des lois prévoyant des élections pour les candidates et les candidats au Sénat.

9. Nous présentons d'abord un bref historique du rôle du Sénat en tant qu'institution de choix pour les communautés de langue officielle en situation minoritaire. Deuxièmement, nous rappelons les dernières tentatives de réforme du Sénat. Cette analyse permet, dans un troisième temps, de traiter de certains des arguments juridiques de nature linguistique qui pourraient être invoqués afin de contester certaines réformes sénatoriales devant les tribunaux. Nous abordons en dernier lieu la procédure de modification constitutionnelle applicable à la réforme du Sénat.

16. Voir *id.*, où la Cour suprême du Canada juge que « [...] quatre principes constitutionnels directeurs fondamentaux [soit des principes sous-jacents] sont pertinents [...] (cette énumération n'étant pas exhaustive) : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et la protection des minorités. » Paragraphe 32 du renvoi en question; H. BRUN, *préc.*, note 7, p. 210; P. HOGG, *préc.*, note 7, p. 15-53; Sujit CHOUDHRY et Robert HOWSE, « Constitutional Theory and the Quebec Secession Reference », (2000) 13 *Can. J.L. Juris.* 143.

1. MISE EN CONTEXTE ET LIMITES DE L'ARTICLE

10. Il faut bien sûr noter que la structure et l'envergure d'un article posent certaines limites. Ce texte ne prétend pas être exhaustif. Quelques arguments ne seront qu'effleurés, alors que d'autres feront l'objet d'une analyse partielle. Le but de cet article est donc, principalement, de lancer une invitation aux chercheurs et aux juristes à approfondir la recherche sur les liens qui peuvent exister entre les droits des minorités nationales et les institutions parlementaires du Canada. D'ailleurs, peu de recherches semblent avoir été publiées sur cette problématique précise. Plusieurs auteurs qui traitent de la réforme du Sénat se concentrent sur les questions dites « classiques », tels le mode de sélection, la durée du mandat, les pouvoirs du Sénat, la répartition des sièges entre les provinces et territoires et l'existence même d'une seconde chambre¹⁷.

11. La jurisprudence n'est pas non plus abondante. Le seul arrêt qui est directement lié au problème exposé dans le présent article est le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, dans lequel la Cour suprême du Canada s'est penchée sur les questions que soulève la modification constitutionnelle unilatérale par le Parlement fédéral¹⁸. Les intérêts des communautés de langue officielle en situation minoritaire n'ont pas été abordés dans le cadre de ce renvoi, qui a d'ailleurs été tranché avant le rapatriement de la Constitution et donc avant l'entrée en vigueur des nouvelles

17. Voir notamment C.E.S. FRANKS, « Not Dead Yet, But Should It Be Resurrected? The Canadian Senate », dans Samuel C. PATTERSON et Anthony MUGHAN (dir.), *Senates : Bicameralism in the Contemporary World*, Columbus, Ohio State University Press, 1999, p. 120; C.E.S. FRANKS, « The Senate and Its Reform », dans C.E.S. FRANKS, *The Parliament of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1987, p. 186; Donald SMILEY, *An Elected Senate for Canada? Clues from the Australian Experience*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 1985; Réjean PELLETIER, « Le Sénat canadien : une chambre des lords manquée », dans Réjean PELLETIER, *Le Québec et le fédéralisme canadien : un regard critique*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2008, p. 171; Jennifer SMITH, « The Need for Change », dans Jennifer SMITH, *Federalism*, Vancouver, UBC Press, 2004, p. 161; Stéphane DION, « The Senate Reform Bill : A Constitutional Danger for Canada », (2012) 31 *Inroads Journal* 2.

18. *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54 (ci-après « *Renvoi sur le Sénat* »).

protections accordées au statut, aux droits et aux privilèges du français et de l'anglais¹⁹.

12. Quelques acteurs de la scène politique ont fait des déclarations au sujet de l'impact sur les minorités linguistiques de diverses propositions de réforme du Sénat. À ce sujet, la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada (FCFA), antérieurement connue sous le nom de Fédération des francophones hors Québec (FFHQ), a pris position à maintes reprises en faveur d'une réforme du Sénat qui tiendrait compte des intérêts des communautés de langue officielle en situation minoritaire, notamment en confirmant leur représentation au sein de cette institution²⁰. Cette prise de position a d'ailleurs été adoptée par des parlementaires issus de ces communautés, notamment l'honorable Claudette Tardif et l'honorable Maria Chaput, toutes deux sénatrices et représentant notamment les communautés d'expression française de l'Alberta et du Manitoba, respectivement²¹. De plus, dans l'un de ses rapports annuels, le Commissaire aux langues officielles du Canada, Graham Fraser, commente brièvement quelques propositions de réforme du Sénat. Reconnaissant ne pas avoir entrepris d'études approfondies

19. Nous avons examiné les mémoires présentés par les procureurs généraux fédéral et provinciaux qui sont intervenus au cours du renvoi; cette question n'a pas été soulevée : COUR SUPRÊME DU CANADA, le greffe, dossier n° 15375.

20. Patricia-Anne DE VRIENDT, « De l'identité des francophonies minoritaires canadiennes : analyse du parcours de la FFHQ et de la FCFA du Canada, 1975-1995 », (2003) *Culture française d'Amérique* 293; FÉDÉRATION DES FRANCOPHONES HORS QUÉBEC, *Historique de la position constitutionnelle de la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada 1979-1990*, en ligne : <<http://www.bv.cdeacf.ca/record.php?record=19163570124919817529>> (consulté le 19 mai 2012); FÉDÉRATION DES COMMUNAUTÉS FRANCOPHONES ET ACADIENNE DU CANADA, *Dessein 2000 pour un espace francophone : rapport final*, Ottawa, Secrétariat d'État du Canada, 1992; FÉDÉRATION DES COMMUNAUTÉS FRANCOPHONES ET ACADIENNE DU CANADA, *Au-delà de la représentation populaire : préserver les valeurs et principes fondateurs du Sénat du Canada, Mémoire*, (2008) (ci-après « Mémoire de la FCFA »).

21. Claudette TARDIF et Chantal TERRIEN, « La réforme du Sénat et les minorités francophones », (2009) 32 *Revue parlementaire canadienne* 6; CANADA, *Débats du Sénat*, 1^{re} sess., 41^e légis., fascicule n° 3, 7 juin 2011, p. 16 (réponse à la question posée au leader du gouvernement au Sénat par l'honorable Maria Chaput, dans laquelle la sénatrice affirme que « [l]a représentation des régions et des minorités est au cœur même du mandat de cette Chambre. Il serait, à mon avis, inacceptable que la représentation de ces minorités fasse l'objet du jeu électoral »).

de la question²², il fait part de ses préoccupations à ce sujet. Selon lui, « [l]es répercussions des changements proposés seront bien réelles puisque le Sénat agit de plus en plus comme protecteur des communautés de langue officielle »²³.

13. Il existe peu de doctrine politique concernant l'impact de la réforme du Sénat sur les communautés francophones hors Québec. En effet, parmi toutes les facettes de la question de la réforme du Sénat, la question des minorités linguistiques semble être un des sujets les moins étudiés. Cependant, il demeure que certains politologues ont traité de la question, que ce soit dans le cadre d'études plus générales sur le Sénat ou sur les communautés francophones ou, comme c'est le cas de Louis Massicotte, dans le cadre d'une étude d'impact sur un projet de réforme du Sénat²⁴. Sur le plan juridique, la réforme du Sénat et les droits linguistiques constituent deux sujets qui, séparément, ont généré beaucoup de recherches au cours des dernières décennies²⁵. Il ne semble toutefois pas exister d'étude sérieuse sur la réforme du Sénat et sur les intérêts des communautés de langue officielle en situation minoritaire.

22. Une vérification auprès du Commissariat aux langues officielles a confirmé qu'aucune étude publique sur la réforme du Sénat ou sur la place au Parlement des communautés de langue officielle en situation minoritaire n'a été effectuée par celui-ci.

23. COMMISSARIAT AUX LANGUES OFFICIELLES, *Rapport annuel 2007-2008*, Ottawa, Ministre de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2008, p. 51.

24. Voir Louis MASSICOTTE, « Possible Repercussions of an Elected Senate on Official Language Minorities in Canada », Rapport préparé pour le Commissaire aux langues officielles du Canada, Washington, 2007, 6 mars 2007; Linda CARDINAL, « Les minorités francophones hors Québec et la vie politique au Canada : comment combler le déficit démocratique? », dans Joseph Yvon THÉRIAULT, Anne GILBERT et Linda CARDINAL (dir.), *L'espace francophone en milieu minoritaire au Canada : nouveaux enjeux, nouvelles mobilisations*, Montréal, Éditions Fides, 2008, p. 385; Gil RÉMILLARD, « La réforme du Sénat : le nécessaire retour aux sources », dans S. JOYAL (dir.), préc., note 2, p. 105, à la page 113.

25. Voir, par exemple, Joseph Eliot MAGNET (dir.), *Official Languages of Canada : New Essays*, Markham, LexisNexis, 2008; Pierre FOUCHER, « La double dualité du Canada et ses conséquences juridiques », dans Benoît PELLETIER, Louis PERRET et Pierre THIBAUT (dir.), *Essays in Honour of Gérard A. Beaudoin : The Challenges of Constitutionalism*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 198; H. BRUN, préc., note 7; P. HOGG, préc., note 7. Concernant la réforme du Sénat telle qu'elle est envisagée par le gouvernement fédéral actuel, voir en général, Jennifer SMITH (dir.), *The Democratic Dilemma : Reforming the Canadian Senate*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2009.

14. Enfin, l'évolution jurisprudentielle des dernières années justifie aussi l'analyse entreprise dans le présent article. Rappelons notamment l'arrêt *R. c. Beaulac*, décision dans laquelle la majorité rompt avec trois jugements de 1986²⁶ — qui préconisaient une interprétation restrictive des droits linguistiques — en déclarant que « [l]es droits linguistiques doivent dans tous les cas être interprétés en fonction de leur objet, de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada » (soulignement dans l'original)²⁷. Dans ce contexte d'interprétation positive des dispositions constitutionnelles ayant une incidence sur les intérêts des communautés de langue officielle en situation minoritaire, il convient de s'interroger sur le rôle des institutions parlementaires, et plus particulièrement sur celui du Sénat, en ce qui concerne la protection et l'épanouissement de ces communautés et de leurs droits.

2. LE SÉNAT EN TANT QU'INSTITUTION DE PROTECTION DES COMMUNAUTÉS DE LANGUE OFFICIELLE

15. Afin d'étudier le rôle du Sénat comme garant de la représentation parlementaire des communautés de langue officielle en situation minoritaire, il faut d'abord comprendre le rôle qui avait été prévu pour la Chambre haute en 1867, ainsi que la manière dont celle-ci s'est acquittée de ses fonctions au cours des décennies suivantes. Il est donc souhaitable de rappeler le contexte historique avant d'évaluer l'impact des propositions visant à réformer le Sénat sur les communautés de langue officielle.

A) LE CONTEXTE HISTORIQUE

16. Une partie importante des conférences et des délibérations ayant mené à la création de la fédération a porté sur les manières de répondre aux besoins des deux groupes linguistiques et religieux principaux — ceux-ci ayant fait peu de

26. *Bilodeau c. Manitoba (Procureur général)*, [1986] 1 R.C.S. 449; *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460; *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549.

27. *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 25.

place aux Autochtones — au sein du pays en devenir. Au cours des débats sur le projet confédératif à la législature de la Province du Canada, l'honorable John Rose²⁸, un député de Montréal, traduit bien l'esprit du débat dans un de ses discours : « [d]ans l'histoire des deux races, l'adoption de ce projet sera le gage de leur confiance mutuelle et inaltérable. Cette réciprocité est remarquable, et la postérité se rappellera avec orgueil l'époque où l'une des races n'hésitait pas à confier sa sûreté et ses intérêts à l'honneur de l'autre. »²⁹ La situation des communautés linguistiques en milieu minoritaire fut également l'objet de débats, notamment en ce qui a trait aux questions touchant l'éducation. Il existe d'ailleurs de nombreuses traces du désir de répondre aux attentes des deux groupes linguistiques dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, dont l'article 133, qui donne à l'anglais et au français un statut égal devant le Parlement fédéral et à la législature du Québec et qui permet l'usage facultatif des deux langues devant les tribunaux de ces deux ressorts. Également, l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère des garanties relatives à l'éducation pour les deux groupes linguistiques en milieu minoritaire, qui protégeaient la confessionnalité de l'éducation et qui, selon les souhaits de certains, devaient aussi protéger la langue d'instruction³⁰. De plus, si les provinces devaient adopter des lois qui porteraient atteinte à ces droits en matière d'éducation, les

28. John Rose (1820-1888) est un des Pères de la Confédération. Il a été député de Montréal-Centre à l'Assemblée législative de la Province du Canada de 1857 jusqu'à l'Union et a occupé plusieurs postes au Conseil des ministres. Il a été délégué à la Conférence de Londres en 1867. Il a ensuite été député à la Chambre des communes pendant deux ans. Voir BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT, *PARLINFO*, en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/Parlinfo>> (consulté le 19 mai 2012).

29. PROVINCE DU CANADA, ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE, *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, 3^e sess., 8^e légis., 22 février 1865, « Province du Canada, *Débats parlementaires* », p. 412. Pour plus d'information sur l'importance des minorités dans la définition même de l'identité canadienne, voir John RALSTON SAUL, *Reflexions d'un frère siamois : Le Canada à l'aube du XXI^e siècle*, Montréal, Boréal, 1998.

30. Voir Paul T. CLARKE et Pierre FOUCHER, *École et droits fondamentaux : portrait des droits collectifs et individuels dans l'ère de la Charte canadienne des droits et libertés*, Winnipeg, Presses Universitaires de Saint-Boniface, 2005; voir Joseph Eliot MAGNET et Mark POWER, « Institutional Reform: Maintenance Claims and Equality for Canada's Official Language Minorities », dans J. MAGNET (dir.), préc., note 25, p. 389.

paragraphes 93 (3) et (4) donnent des pouvoirs au gouverneur général et au parlement fédéral pour remédier à la situation³¹. Cette partie de l'architecture constitutionnelle démontre une volonté non équivoque de tailler une place au sein de la Constitution aux communautés francophones et acadienne.

17. Les caractéristiques de la Chambre haute du Parlement du Canada ont également occupé une grande partie des débats confédératifs. Ayant à l'esprit l'expérience jugée plutôt décevante d'une chambre haute élue directement par la population dans la Province du Canada, le constituant a opté pour une chambre nommée³². Ainsi, on souhaitait que le Sénat soit un corps législatif capable de faire contrepoids à une Chambre des communes démocratique et possiblement trop impulsive. David E. Price³³ résume d'ailleurs bien ce qui avait été envisagé à l'époque : « [...] j'ai toujours cru que le conseil législatif devait être un corps essentiellement conservateur. Je crois qu'il doit y avoir une branche de la législature où l'on puisse examiner les questions sans trop se préoccuper des préjugés du peuple, si cela est possible [...] »³⁴. L'idée voulant que le Sénat ait une fonction « conservatrice » était directement inspirée de la Chambre des lords britannique. Cependant, contrairement au Royaume-Uni, le Canada ne comptait pas d'aristocratie héréditaire. C'est pourquoi un mode de nomination relevant du gouvernement fédéral a été

31. *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 3, art. 93. À noter qu'en vertu de l'article 93A, les paragraphes (1) à (4) ne s'appliquent plus au Québec.

32. Janet AJZENSTAT, « Le bicaméralisme et les architectes du Canada », dans S. JOYAL (dir.), préc., note 2, p. 1, à la page 13.

33. David Edward Price (1826-1883) a été membre du Conseil législatif de la Province du Canada au cours des années ayant précédé la Confédération, représentant d'abord Chicoutimi et Tadoussac, puis Chicoutimi-Saguenay et finalement les Laurentides. Il a ensuite été nommé au Sénat où il a siégé jusqu'à son décès. Voir BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT, *PARLINFO*, en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/Parlinfo>> (consulté le 19 mai 2012).

34. PROVINCE DU CANADA, *Débats parlementaires*, préc., note 29, p. 345. Un autre membre du Conseil législatif, Thomas Ryan, a d'ailleurs cité John Stuart Mill afin de soutenir l'idée qu'une Chambre haute élue ne serait pas un contrepoids efficace à la Chambre basse : « Que dans tout système politique il devrait y avoir un centre de résistance au pouvoir prédominant de la constitution, et en conséquence, dans un gouvernement démocratique, un noyau de résistance à la démocratie, — c'est ce que j'ai déjà dit et ce que je considère comme une maxime fondamentale du gouvernement » (p. 340).

retenu. Voici d'ailleurs ce que le très honorable sir John A. Macdonald avait à dire à ce sujet :

Une chambre héréditaire est une impossibilité en ce jeune pays, car nous n'avons aucun des éléments propres à former une aristocratie foncière; nous sommes sans fortunes territoriales; nous n'avons aucune classe séparée et distincte du peuple et un corps politique héréditaire ne conviendrait par conséquent en aucune manière à notre état de société. Il se réduirait bientôt à rien. C'est pourquoi la seule manière d'appliquer le système anglais, à la chambre haute, consiste à conférer à la couronne le pouvoir d'en nommer les membres de la même manière que les pairs anglais, avec cette différence que les nominations seront à vie.³⁵

18. La question particulière de la représentation des communautés francophones et acadienne en milieu minoritaire au sein du Sénat ne semble pas avoir reçu beaucoup d'attention³⁶. Louis Massicotte indique que l'enjeu principal de ces communautés était alors les droits scolaires et religieux³⁷. En fait, selon certains, si le Sénat avait pour rôle de protéger des minorités, il semble qu'à l'époque cette minorité était l'élite possédante³⁸. Cette conclusion paraît néanmoins simpliste et n'est probablement pas représentative de la richesse du débat sur la Chambre haute à l'époque.

19. La question du rôle du Sénat et celle des droits des communautés francophones et acadienne étaient interreliées de plusieurs façons au cours de ces débats. Tout d'abord, on peut déjà voir des indices du rôle du Sénat en ce qui a trait à la protection de ces communautés dans le rôle donné au pouvoir fédéral de remédier à d'éventuels abus des provinces en matière de droits à l'éducation de la minorité. De plus, la Chambre haute a été créée pour jouer un rôle différent de celui de la Chambre des communes, notamment afin de donner un poids significatif aux francophones; elle devait par ailleurs représenter les différentes régions du pays. Cette idée de représentation régionale a d'ailleurs été cruciale,

35. *Id.*, p. 36.

36. L. MASSICOTTE, *préc.*, note 24, p. 4 et 5.

37. *Id.*, p. 6.

38. *Id.*

comme l'affirmait à l'époque l'honorable George Brown³⁹ : « Nos amis du Bas-Canada ne nous ont concédé la représentation d'après la population qu'à la condition expresse qu'ils auraient l'égalité dans le conseil législatif. »⁴⁰ Cette concession était une condition essentielle à la Confédération⁴¹. On note aussi que la division du Québec en circonscriptions sénatoriales avait évidemment pour but de protéger la présence de Canadiens français du Québec au Sénat⁴².

20. Le constituant souhaitait que le Sénat serve de plateforme où divers intérêts de la population canadienne seraient représentés. En effet, le très honorable sir John A. Macdonald décrivait le rôle des membres de la Chambre haute ainsi : « Ils seront, comme ceux de la chambre basse, hommes du peuple et tirés du peuple, et lui appartiendront autant le lendemain de leur élévation que la veille. Sympathisant donc nécessairement avec le peuple, le conseiller législatif, à son retour des sessions du parlement, se confondra de nouveau avec lui et subira les mêmes sentiments, les mêmes idées et les mêmes besoins que son entourage. »⁴³ Il était donc important que les sénateurs représentent la population, qu'ils soient choisis à leur image. C'est probablement ce que le très honorable sir John A. Macdonald avait à l'esprit lorsqu'il nomma des membres des communautés francophones au Sénat dans les années suivant la Confédération, pratique qui s'est maintenue depuis⁴⁴. En effectuant ces nominations, le premier

39. George Brown (1818-1880) est un Canadien d'origine écossaise. Il a été l'un des Pères de la Confédération. Au cours des débats, il s'est fait l'ardent défenseur d'un Sénat nommé. Il a été élu député dans la province du Canada en 1851, et nommé sénateur en 1873. Voir BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT, *PARLINFO*, en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/Parlinfo>> (consulté le 19 mai 2012).

40. PROVINCE DU CANADA, ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE, *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, 3^e sess., 8^e légis., 8 février 1865, p. 87.

41. J. AJZENSTAT, préc., note 32, à la page 17.

42. *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 3, par. 23 (6). Bien que plusieurs soutiennent plutôt que la division du Québec en circonscriptions sénatoriales avait pour but de protéger les anglophones, Massicotte suggère plutôt que c'était l'objectif inverse qui était visé. Voir L. MASSICOTTE, préc., note 24, p. 9.

43. PROVINCE DU CANADA, ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE, *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, 3^e sess., 8^e légis., 6 février 1865, p. 37.

44. C. TARDIF et C. TERRIEN, préc., note 21, 8.

ministre a donné une voix aux communautés francophones en situation minoritaire, qui pouvaient compter sur des parlementaires pour présenter leurs idées et sentiments sur l'échiquier fédéral.

21. Ces efforts en vue d'assurer la bonne représentation des communautés de langue officielle en milieu minoritaire ont d'ailleurs porté des fruits. Très tôt dans l'histoire de la Confédération canadienne, des sénateurs se porteront à la défense des communautés francophones et feront la promotion d'une plus grande reconnaissance de leurs droits. À titre d'exemple, c'est le sénateur Marc-Amable Girard⁴⁵, représentant la nouvelle province du Manitoba, qui est à l'origine, au 19^e siècle, de la codification du bilinguisme législatif et judiciaire dans les Territoires du Nord-Ouest⁴⁶. D'autres sénateurs ont, au cours des années suivantes, défendu ces protections accordées aux francophones de cette partie du Canada, notamment en 1905, au moment de la création des provinces de la Saskatchewan et de l'Alberta⁴⁷.

22. L'histoire récente démontre aussi que les sénateurs ont souvent joué un rôle actif de représentation des intérêts des communautés francophones et acadienne⁴⁸. La défense des intérêts de ces communautés s'est effectuée entre autres par l'intermédiaire de la création du Comité mixte spécial sur les

45. Marc-André Girard est un homme politique manitobain originaire du Bas-Canada. Premier ministre du Manitoba de décembre 1871 à mars 1872, il a été nommé au Sénat en 1871 et demeura en fonction jusqu'à son décès en 1892. Il cumula ainsi fonctions de député provincial et sénateur jusqu'en 1883. Voir BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT, *PARLINFO*, en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/Parlinfo>> (consulté le 19 mai 2012).

46. Voir *Journal of the Debates of the Senate*, 2^e sess., 3^e légis., 1877, p. 319. La loi en question est l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*, S.R.C. 1886, c. 50, art. 110. Voir également *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234. Voir François J. LAROCQUE, Mark C. POWER et Michel DOUCET, « L'archéologie d'un pacte constitutionnel oublié : la proclamation royale du 6 décembre 1869 », dans *Le statut du français dans l'Ouest canadien : la cause Caron*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2012 [à paraître].

47. Voir notamment le discours de l'honorable sénateur Auguste Charles Philippe Robert Landry dans le cadre d'un débat sur l'Ouest canadien au cours duquel il défend les droits des minorités francophones : CANADA, *Débats du Sénat du Dominion du Canada*, 1^{ère} sess., 10^e légis., 1905, p. 647-649.

48. Sur ce sujet, le mémoire de la FCFA, transmis aux parlementaires fédéraux en mai 2008, présente un très bon aperçu de l'incidence de projets de loi tels que le projet de loi n^o C-7 : Mémoire de la FCFA, préc., note 20.

langues officielles⁴⁹. Ce rôle a d'ailleurs produit des effets concrets, notamment l'adoption du projet de loi S-3, présenté par l'honorable sénateur Jean-Robert Gauthier⁵⁰, un Franco-Ontarien, projet de loi qui, après trois tentatives infructueuses⁵¹, a modifié la partie VII de la *Loi sur les langues officielles*⁵² de manière à imposer aux institutions fédérales l'obligation de prendre « des mesures positives pour appuyer le développement des communautés de langue officielle et promouvoir l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne »⁵³. Louis Massicotte fait aussi remarquer que plusieurs autres projets de loi ont été présentés au Sénat, ou ont été amendés par celui-ci, afin de défendre les intérêts des communautés francophones et acadienne⁵⁴. Finalement, depuis 2002, le Sénat possède son propre comité sur les langues officielles⁵⁵.

23. Actif dans le domaine des droits linguistiques depuis ses débuts, le Sénat s'est solidement imposé comme une institution au service des communautés de langue officielle. Cette

49. COMITÉ PERMANENT DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LES LANGUES OFFICIELLES, *Historique*, en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/CommitteeBusiness/About-Committees.aspx?Cmte=LANG&Language=F&Mode=1&Parl=38&Ses=1&View=CH>> (consulté le 19 mai 2012).

50. Reconnu comme un grand défenseur des droits linguistiques, M. Jean-Robert Gauthier (1929-2009) a été député libéral à la Chambre des communes de 1972 jusqu'à sa nomination au Sénat en 1994. Ayant atteint l'âge de soixante-quinze ans, le sénateur Gauthier a pris sa retraite en 2004. Voir en général Rolande FAUCHER, *Jean-Robert Gauthier : « Convaincre... sans révolution et sans haine »*, Sudbury, Prise de parole, 2008.

51. Les projets de loi antérieurs au projet de loi n° S-3 sont, en ordre chronologique : *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)*, projet de loi n° S-32 (mort au *Feuilleton* au moment de la prorogation du Parlement — 16 septembre 2002), 1^{ère} sess., 37^e légis. (Can.); *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)*, projet de loi n° S-11 (mort au *Feuilleton* au moment de la prorogation du Parlement — 12 novembre 2003), 2^e sess., 37^e légis. (Can.); *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)*, projet de loi n° S-4 (mort au *Feuilleton* au moment de la dissolution du Parlement — 23 mai 2004), 3^e sess., 37^e légis. (Can.).

52. *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, c. 41.

53. Mémoire de la FCFA, préc., note 20, p. 7.

54. L. MASSICOTTE, préc., note 24, p. 6 et 7. Notons également la participation active de nombreux sénateurs, dont des représentants de communautés de langue officielle en situation minoritaire, au cours des débats concernant le rôle du Commissaire aux langues officielles du Canada : voir Mark C. POWER et Justine MAGEAU, « Réflexions sur le rôle du Commissaire aux langues officielles devant les tribunaux », (2011) 41 R.G.D. 179.

55. *Id.*

analyse, bien que succincte⁵⁶, mène à la conclusion qu'il faut rejeter la théorie sur l'histoire du Sénat qui veut que celui-ci ait été créé pour protéger les intérêts de l'élite. Au contraire, le Sénat a toujours joué, et joue encore, un rôle de premier plan pour les minorités nationales. En veillant à la défense des droits linguistiques des francophones vivant dans l'Ouest canadien au 19^e siècle, le Sénat faisait bien plus que « protéger les intérêts des riches ». Ce rôle du Sénat est d'ailleurs tout à fait compatible avec l'objectif, énoncé dans les débats sur la Confédération, d'une chambre de second examen objectif, capable de faire contrepoids à la chambre élue. Il est donc important pour les communautés de langue officielle d'envisager l'incidence de propositions de réforme du Sénat sur l'important rôle que joue cette institution.

B) L'IMPACT D'UN SÉNAT ÉLU

24. L'histoire présenté ci-dessus, quoique bref, est suffisant aux fins de cet article, car il démontre qu'on ne peut sérieusement douter du rôle que joue le Sénat dans la protection et l'épanouissement des minorités des communautés de langue officielle. Ainsi, les communautés francophones et acadienne du Canada sont actuellement mieux représentées au sein de la Chambre haute qu'à la Chambre des communes⁵⁷. Cette place particulière faite aux Francophones hors Québec s'inscrit par ailleurs dans la logique de la protection particulière des intérêts des minorités nationales d'un État multinational tel que le Canada⁵⁸.

56. Nous encourageons fortement les historiens du droit à approfondir cette recherche dans les sources primaires. Il existe sûrement d'autres éléments illustrant le rôle du Sénat en cette matière.

57. Il semble qu'il existe neuf députés francophones hors Québec, représentant, en date du 1^{er} septembre 2011, trois pour cent des députés à la Chambre des communes. Le Sénat compte neuf sénateurs francophones hors Québec, ce qui équivaut à neuf pour cent du total des sénateurs. Voir BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT, *PARLINFO*, en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/Parlinfo>> (consulté le 19 mai 2012).

58. Voir, par exemple, Will KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle : une théorie libérale du droit des minorités*, Montréal, Boréal, 2001. Dans cette ligne de pensée, Georges Paquet, un haut fonctionnaire à la retraite, proposait d'ailleurs récemment de transformer le Sénat afin d'en faire une chambre « des trois nations », regroupant des sénateurs représentant les communautés anglophone, francophone et autochtone du pays : Georges PAQUET, « Réformer le Sénat en intégrant les autochtones », *Le Droit*, 14 janvier 2012, p. 17.

25. Il semble évident qu'une réforme du Sénat qui envisage l'élection des sénateurs à l'échelon provincial, sans circonscriptions ou autre mécanisme assurant la représentation des minorités nationales, aurait un impact important et néfaste sur la capacité du Sénat de représenter des groupes minoritaires, y compris les communautés de langue officielle en situation minoritaire. En effet, dans le contexte contemporain, où on observe un taux d'assimilation préoccupant des Francophones hors Québec⁵⁹ — qui met d'ailleurs en danger leur représentation à la Chambre des communes —, il y a peu de chances que les candidates et candidats issus de ces communautés réussissent à se faire élire dans le cadre d'élections tenues à l'échelon provincial, sans circonscriptions. Dans le cas des anglophones du Québec, leur marginalisation politique risque d'être accentuée par l'adoption de réformes qui réduiraient leur présence au sein des institutions fédérales⁶⁰.

26. Il est assez improbable qu'une personne se présentant à des élections sénatoriales avec l'ambition de représenter les Francophones ou les Acadiens, qui ne constituent qu'une mince proportion de la population dans plusieurs provinces, réussisse à se faire élire lors d'un processus électoral mené dans une province⁶¹. Voilà un effet de ce type de réforme qui est préjudiciable aux communautés francophones et acadienne, qui sont soit réparties dans toute une province ou tout un territoire, soit concentrées dans certaines circonscriptions, notamment celles de l'est et du nord de l'Ontario, ainsi que dans la Péninsule acadienne et le sud-est du Nouveau-Brunswick. Tout avantage électoral découlant de ces concentrations de personnes d'expression française, qui permet actuellement une représentation à la Chambre des communes, serait donc perdu dans le processus électoral des candidates et candidats en vue d'être nommés au Sénat.

27. Privées de cette représentation au Sénat, les communautés francophones et acadienne du Canada perdraient

59. Voir généralement Éric FORGUES et Rodrigue LANDRY, *Définitions de la francophonie en situation minoritaire : analyse de différentes définitions statistiques et de leurs conséquences*, Ottawa, Consortium national de formation en santé, 2006.

60. Voir Richard Y. BOURHIS (dir.), *The Vitality of the English-Speaking Communities of Quebec : From Community Decline to Revival*, Montréal, Centre d'études ethniques des universités montréalaises, 2008.

61. Mémoire de la FCFA, préc., note 20, p. 9.

l'accès à un forum important qui leur permet de faire valoir leur point de vue sur la scène politique fédérale et de défendre leur langue et leur culture.

3. LES COMMUNAUTÉS DE LANGUE OFFICIELLE LAISSÉES POUR COMPTE DANS LES TENTATIVES RÉCENTES DE RÉFORME DU SÉNAT

28. Au cours des dernières décennies, de nombreuses propositions de réforme de la Chambre haute canadienne ont été élaborées. Une des premières mentions de ce sujet date de 1874; un député de la Chambre des communes, l'honorable David Mills⁶², a alors proposé une motion demandant une modification de la Constitution en vue de donner aux provinces le pouvoir exclusif de nommer les sénateurs⁶³. Bien que tous les modèles proposés jusqu'à ce jour aient échoué, ils demeurent importants pour bien cerner les idées qui animaient les mouvements de réforme.

A) PROPOSITIONS DE RÉFORME ANTÉRIEURES À L'ACCORD DE CHARLOTTETOWN

29. Les premières propositions visant à modifier la structure constitutionnelle du Sénat ont été élaborées au cours des années 1960 et 1970. À cette époque, les propositions principales se concentraient essentiellement sur des modèles de Sénat dont les membres seraient toujours nommés, mais selon un processus différent de celui prévu par la Constitution

62. M. David Mills (1831-1903) a été élu député libéral à la Chambre des communes en 1867 et, à l'exception d'une période de deux ans, il a été député jusqu'en 1896. Il a ensuite été sénateur jusqu'en 1902. Il a été ministre de l'Intérieur dans le cabinet de l'honorable Alexander Mackenzie et, comme sénateur, a été leader du gouvernement au Sénat et ministre de la Justice dans le cabinet du très honorable sir Wilfrid Laurier.

63. La motion prévoyait: «Que le présent mode de constituer le Sénat est incompatible avec le principe fédéral de notre gouvernement, rend le Sénat également indépendant, et du peuple et de la Couronne, et est sous d'autres rapports importants défectueux; et que notre constitution devrait être changée de manière à conférer à chaque province le pouvoir de nommer ses propres sénateurs et de définir le mode de les nommer» (*Journaux de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 3^e légis., 13 avril 1874).

canadienne⁶⁴. Le débat affichait alors deux grandes tendances : certains revendiquaient un Sénat dont la moitié des membres seraient nommés par le gouvernement fédéral et l'autre moitié par les provinces⁶⁵, alors que d'autres voulaient que le Sénat soit une institution qui représenterait principalement les intérêts des provinces et dont tous les membres seraient nommés par celles-ci⁶⁶. C'est d'ailleurs dans ce contexte que le gouvernement fédéral a renvoyé à la Cour suprême les questions constitutionnelles traitées dans le *Renvoi sur le Sénat*⁶⁷.

30. C'est principalement à partir des années 1980 que les mouvements de réforme revendiquant une chambre haute composée de représentants élus ont pris une plus grande importance. Comme l'indique Stilborn, ces propositions sont empreintes d'une nouvelle philosophie : « on en était venu à tenir pour vraie l'adéquation entre élection et légitimité, d'où la nécessité, pour que le Sénat puisse jouer un rôle majeur et durable dans le processus législatif, qu'il soit, comme la Chambre des communes, l'expression d'un choix électoral démocratique »⁶⁸. Diverses propositions prévoyant un processus d'élection pour les sénateurs, ainsi que d'autres changements relatifs aux pouvoirs et à la répartition des sièges, ont été élaborées. L'accent était avant tout mis sur la légitimité démocratique des sénateurs et la distribution des sièges

64. J. STILBORN, préc., note 2, à la page 36.

65. Voir GOUVERNEMENT DU CANADA, *La Constitution canadienne et le citoyen : un aperçu des objectifs de la Confédération, des droits des individus et des institutions gouvernementales*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969; GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le temps d'agir : jalons du renouvellement de la fédération canadienne*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services, 1978; *Loi modifiant la Constitution du Canada dans certains domaines ressortissant à la compétence législative du Parlement du Canada et prévoyant les mesures nécessaires à la modification de la Constitution dans certains autres domaines*, projet de loi n° C-60 (mort au Feuilleton au moment de la prorogation du Parlement — 10 octobre 1978), 3^e sess., 30^e légis. (Can.).

66. Voir GROUPE DE TRAVAIL SUR L'UNITÉ CANADIENNE, *Se retrouver : observations et recommandations*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services, 1979; COLOMBIE-BRITANNIQUE, *Reform of the Canadian Senate*, Victoria, 1978; COMMISSION CONSTITUTIONNELLE DU PARTI LIBÉRAL DU QUÉBEC, *Une nouvelle fédération canadienne*, Montréal, Parti libéral du Québec, 1980.

67. Le *Renvoi sur le Sénat*, préc., note 18, est étudié ci-dessous aux paragraphes 82 et suiv.

68. J. STILBORN, préc., note 2, à la page 37.

entre provinces⁶⁹. Malgré cette orientation principale du débat, certaines propositions de réforme traiteront de la place à accorder aux communautés de langue officielle au sein de la Chambre haute.

31. À ce sujet, le rapport du Comité mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la réforme du Sénat, présenté en 1984, est digne de mention⁷⁰. Ce rapport recommandait des modifications majeures à la structure du Sénat afin d'en faire une chambre de membres élus par scrutin uninominal à un tour dans 144 circonscriptions⁷¹. Ce choix de créer des circonscriptions relativement petites était justifié par une volonté que les sénateurs représentent des « communautés naturelles », notamment les communautés « linguistiques et culturelles »⁷². Le rapport prévoyait également un nouveau système pour l'adoption des lois fédérales, le principe de la « double majorité », lequel portait entre autres que les projets de loi ayant un impact sur les droits linguistiques des communautés d'expression française devraient dorénavant être adoptés à la fois par une majorité des sénateurs présents et par une majorité des sénateurs francophones présents⁷³. Finalement, à titre de mesure temporaire en attendant que ces propositions de réforme se concrétisent, on recommandait que, dans ses nominations, le premier ministre du Canada préconise une augmentation du nombre de femmes, d'Autochtones,

69. Voir Peter McCORMICK, Ernest C. MANNING and Gordon GIBSON, *Regional Representation : The Canadian Partnership : A Task Force Report*, Calgary, Canada West Foundation, 1981 (document à l'origine du concept de Sénat « triple E » : élu, égal et efficace); CANADA, SÉNAT ET CHAMBRE DES COMMUNES, *Rapport du comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la réforme du Sénat*, 2^e sess., 32^e légis., 1984 (ci-après « Rapport du comité mixte »); COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR L'UNION ÉCONOMIQUE ET LES PERSPECTIVES DE DÉVELOPPEMENT DU CANADA, *Rapport*, vol. III, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services, 1985; ALBERTA, ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE, ALBERTA SELECT SPECIAL COMMITTEE ON UPPER HOUSE REFORM, *Strengthening Canada, Reform of Canada's Senate*, mars 1985.

70. Rapport du comité mixte, *id.*

71. *Id.*, p. 27 et 32.

72. *Id.*, p. 28.

73. *Id.*, p. 34. Afin de déterminer l'origine linguistique des sénateurs, le rapport recommandait également que les sénateurs déclarent, lors de leur assermentation, s'ils sont francophones.

de minorités culturelles et de représentants des communautés de langue officielle en situation minoritaire au Sénat⁷⁴.

32. L'année suivante, la question de la réforme du Sénat a fait partie des négociations entre le gouvernement fédéral et les provinces, qui ont mené à la conclusion de l'Accord du lac Meech⁷⁵. En effet, bien qu'il ne prévoyait pas de mécanismes précis à l'égard d'un Sénat réformé, l'Accord aurait codifié un engagement solennel à transformer, un jour, le Sénat en chambre composée d'élus. Comme mesure temporaire, il proposait l'ajout d'un article 25 à la *Loi constitutionnelle de 1867* de manière à donner aux provinces le droit de proposer des candidates et des candidats en vue d'être nommés au Sénat⁷⁶. L'Accord n'ayant pas été entériné par le nombre requis de provinces avant la fin de la période de ratification, il n'est jamais entré en vigueur.

33. Pendant cette période, les institutions représentant les Francophones hors Québec n'étaient pas muettes sur ces questions. En effet, en 1979, la FFHQ préconisait un Sénat élu en vue d'en faire « une Chambre haute représentative des dix provinces et sur une base paritaire des deux peuples fondateurs »⁷⁷. De plus, au cours de la période de ratification de

74. *Id.*, p. 38. Voir aussi Arthur TREMBLAY, « Commentaires sur le rapport du Comité mixte spécial sur la réforme du Sénat », (1985) 26 C. de D. 83, 86.

75. L'Accord du lac Meech était un projet de réforme constitutionnelle qui visait principalement à réconcilier le Québec avec le reste du Canada en reconnaissant son caractère distinct. En plus de l'engagement à réformer le Sénat, l'accord aurait donné plus de pouvoirs au Québec, dont un droit de veto sur certaines modifications constitutionnelles et plus de pouvoirs en matière d'immigration. À noter que la réforme du Sénat ne comptait pas parmi les demandes originellement formulées par le Québec, mais a été incluse dans les discussions à la demande d'autres provinces. Voir Patrick MONAHAN, *Meech Lake: The Inside Story*, Toronto, University of Toronto Press, 1991.

76. Le nouvel article 25 prévoyait ce qui suit : « 25. (1) En cas de vacance au Sénat, le gouvernement de la province à représenter peut proposer au Conseil privé de la Reine pour le Canada des personnes susceptibles d'être nommées au siège vacant. (2) Jusqu'à la modification, faite conformément à l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de toute disposition de la Constitution du Canada relative au Sénat, les personnes nommées aux sièges vacants au Sénat sont choisies parmi celles qui ont été proposées par le gouvernement de la province à représenter et agréées par le Conseil privé de la Reine pour le Canada. » Voir *Accord constitutionnel de 1987*, 3 juin 1987, en ligne : <<http://www.thecanadianencyclopedia.com/index.cfm?PgNm=TCE&Params=f1ARTf0010100>> (consulté le 19 mai 2012).

77. FÉDÉRATION DES FRANCOPHONES HORS QUÉBEC, *Principes fondamentaux de la Fédération des Francophones hors Québec sur la question de la réforme constitutionnelle* (1979), en ligne : <http://www.bv.cdeacf.ca/EA_PDF/2005_01_0539.pdf>, p. 4 (consulté le 8 juin 2012).

l'Accord du lac Meech, la FFHQ, tout en appuyant l'Accord, revendiquait aussi une réforme de la Chambre haute. Toujours en faveur d'une réforme du Sénat qui ferait une place aux communautés de langue officielle, la FFHQ affirmait alors que « [l]e Sénat devrait être élu, il devrait assurer une représentation plus équitable des petites provinces et surtout, *il devrait détenir des pouvoirs réels [...] afin d'être le reflet de la dualité canadienne* » (italiques dans l'original)⁷⁸.

34. Ce bref aperçu historique des débats sur la réforme du Sénat démontre que les discussions étaient principalement axées sur de grandes dichotomies. Les sénateurs seraient-ils nommés par les provinces ou par le palier fédéral? Seraient-ils élus ou demeureraient-ils nommés? Cependant, au cours des années 1980, le débat a commencé à porter aussi sur les enjeux particuliers des communautés de langue officielle en milieu minoritaire. Cela témoigne d'une reconnaissance du besoin d'assurer une représentation effective de ces communautés au sein du Sénat. Il faudra néanmoins attendre encore quelques années, jusqu'aux discussions entourant l'Accord de Charlottetown, pour que le point de vue de ces communautés soit affiché de façon concrète dans des propositions de réforme.

B) L'ACCORD DE CHARLOTTETOWN

35. L'Accord de Charlottetown, survenu en 1992, comprenait des propositions visant à réformer en profondeur la composition et les pouvoirs de la Chambre haute⁷⁹. Il prévoyait que les membres du Sénat seraient élus par la population ou par les députés provinciaux, que leur nombre soit réduit à 62 (6 pour chaque province et 1 par territoire⁸⁰) et garantissait

78. FÉDÉRATION DES FRANCOPHONES HORS QUÉBEC, *Mise à jour du dossier constitutionnel* (16 juin 1990), *id.*, p. 5.

79. Voir Kenneth McROBERTS et Patrick MONAHAN, *The Charlottetown Accord, the Referendum, and the Future of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1993.

80. À noter qu'à cette époque, le Canada comptait deux territoires, le Nunavut ayant été créé le 1^{er} avril 1999. Voir *Loi constitutionnelle de 1999 (Nunavut)*, L.C. 1998, c. 15.

une représentation aux Autochtones⁸¹. L'Accord reprenait également le concept de la double majorité qui faisait partie des recommandations du rapport du Comité mixte⁸². Ces propositions, si elles avaient été adoptées, auraient dans une certaine mesure permis de cristalliser le rôle du Sénat en ce qui a trait à la protection de ces communautés, tout en accordant une protection supplémentaire aux droits acquis par les Francophones partout au Canada.

36. Ces mesures faisaient partie d'un ensemble de réformes constitutionnelles qui visaient à donner aux communautés de langue officielle une meilleure protection constitutionnelle. Cet objectif était de la première importance, comme le confirmera le premier ministre néo-brunswickois de l'époque, l'honorable Frank McKenna⁸³, au cours de la conférence de presse suivant la conclusion de l'Accord. Il a alors déclaré : « Je suis particulièrement fier concernant [*sic*] les accomplissements pour les communautés minoritaires dans ce pays, parce que nous croyons que c'est essentiel pour leurs survivances d'avoir les [*sic*] outils dans la Constitution »⁸⁴. L'influence des revendications en faveur d'une plus grande

81. L'Accord prévoyait ce qui suit concernant les Autochtones : « Il conviendrait que la représentation autochtone au Sénat soit garantie dans la Constitution. Les sièges autochtones au Sénat devraient s'ajouter aux sièges provinciaux et territoriaux, et non pas être tirés des sièges alloués aux provinces ou aux territoires. Il conviendrait que les sénateurs autochtones aient les mêmes rôles et pouvoirs que les autres sénateurs, en plus d'un pouvoir possible de double majorité relativement à certaines questions touchant de façon importante les peuples autochtones. Ces questions et les autres détails de la représentation autochtone au Sénat (nombre, répartition, méthode de sélection) seront discutés plus à fond par les gouvernements et les représentants des peuples autochtones au début de l'automne 1992. » Voir *Accord de Charlottetown : document*, en ligne : <<http://www.thecanadianencyclopedia.com/index.cfm?PgNm=TCE&Params=f1ARTf0010099>> (consulté le 19 mai 2012).

82. Voir *Accord de Charlottetown : document*, *id.*

83. Né en 1948, Frank McKenna a été élu député libéral à l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick en 1982 et est devenu premier ministre en 1987, son parti ayant remporté chaque siège de l'Assemblée. Il a démissionné de ses fonctions en 1997. Voir en général Harvey SAWLER, *Frank McKenna : Beyond Politics*, Vancouver, Douglas & McIntyre, 2009.

84. BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT, « Conférence de presse, le 28 août 1992 (soirée) », *Réunion des premiers ministres sur la Constitution, Charlottetown, Île-du-Prince-Édouard, les 27 et 28 août 1992*, p. 53.

reconnaissance des minorités de langue officielle dans la Constitution canadienne est très présente dans le texte de l'Accord⁸⁵.

37. Les communautés de langue officielle en situation minoritaire ont d'ailleurs été très actives, tant à l'étape de l'élaboration des propositions que lors de la campagne référendaire qui a suivi⁸⁶. Peu avant la conclusion de l'Accord, dans un document intitulé *Dessein 2000 pour un espace francophone : rapport final*, la FCFA a soutenu que la réforme du Sénat devait tenir compte « des réalités canadiennes, dont la dualité linguistique » et s'est prononcée fortement en faveur du principe de la double majorité, mais également en faveur d'une représentation garantie⁸⁷. D'ailleurs, peu avant la publication de ce document important, des représentants de cet organisme ont présenté ce point de vue devant des parlementaires lors d'une étude du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur le processus de modification de la Constitution du Canada, en 1991⁸⁸.

38. Malgré tous les efforts de consultation déployés par les acteurs gouvernementaux⁸⁹, l'Accord de Charlottetown comportait au moins une faiblesse en ce qui concerne le Sénat. Contrairement à ce qui était prévu dans le rapport du Comité mixte, il aurait réservé des sièges garantis aux Autochtones,

85. L'Accord prévoyait entre autres l'ajout d'un article 2 à la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui prévoyait que : « 2. (1) Toute interprétation de la Constitution du Canada, notamment de la Charte canadienne des droits et libertés, doit concorder avec les caractéristiques fondamentales suivantes : [...] d) l'attachement des Canadiens et de leurs gouvernements à l'épanouissement et au développement des communautés minoritaires de langue officielle dans tout le pays [...] ».

86. P. A. DE VRIENDT, préc., note 20, 300.

87. FÉDÉRATION DES COMMUNAUTÉS FRANCOPHONES ET ACADIENNE DU CANADA, *Dessein 2000 pour un espace francophone : rapport final*, préc., note 20, en ligne : <http://bv.cdeacf.ca/bvdoc.php?no=2005_01_0567&col=EA&format=htm &ver=old> (consulté le 19 mai 2012).

88. CANADA, SÉNAT ET CHAMBRE DES COMMUNES, *Témoignages*, Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur le processus de modification de la Constitution du Canada, 2^e sess., 34^e légis., fascicule n° 23, 18 avril 1991, p. 86-106 (comparaissaient alors le président de la FCFA, Guy Matte, et le directeur général, Aurèle Thériault).

89. Notamment les consultations effectuées par le très honorable Joe Clark, alors ministre des Affaires constitutionnelles, ainsi que les travaux du Comité mixte du Sénat et de la Chambre des communes et de la Commission royale sur les affaires autochtones. Voir Brian MULRONEY, *Mémoires*, Montréal, Éditions de l'Homme, 2007, p. 1003.

mais il ne prévoyait pas de mécanisme garantissant une représentation des minorités de langue officielle au sein de la Chambre haute. Cette lacune, qui allait à l'encontre de la position préconisée par la FCFA, résultait peut-être des aléas des négociations constitutionnelles, qui nécessitent bien sûr de faire des compromis. Le Sénat proposé aurait alors détenu un pouvoir décisif en matière de droits linguistiques, sans qu'il soit toutefois garanti que des Francophones hors Québec possèdent une place au sein de cette institution.

C) PROPOSITIONS CONTEMPORAINES DE RÉFORME

39. Après l'échec de l'Accord de Charlottetown, le débat sur la réforme du Sénat a perdu son élan. Il a fallu attendre l'élection du gouvernement conservateur du très honorable Stephen Harper en 2006 pour que cette question revienne à l'avant-scène. C'est à l'occasion du discours du Trône d'avril 2006 que le gouvernement du Canada communique officiellement son intention de ramener la réforme du Sénat à l'ordre du jour. Il s'est engagé à chercher « des moyens qui permettraient au Sénat de mieux refléter les valeurs démocratiques des Canadiens et les besoins des régions du pays »⁹⁰. De cet engagement sont nés huit projets de loi sur le sujet. Deux mesures sont envisagées dans ces propositions législatives. Quatre de ces projets de loi portaient précisément sur la durée du mandat des sénateurs⁹¹, tandis que

90. CANADA, *Débats du Sénat*, 1^{ère} sess., 39^e légis., fascicule n° 2, 4 avril 2006, p. 5 (discours du Trône prononcé par Son Excellence la très honorable Michaëlle Jean, gouverneure générale du Canada).

91. Ces projets de lois sont, en ordre chronologique : *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs)*, projet de loi n° S-4 (introduit au Sénat et prévoyait des mandats de huit ans, possiblement renouvelables; mort au *Feuilleton* au moment de la prorogation du Parlement — 14 septembre 2007), 1^{ère} sess., 39^e légis.; *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs)*, projet de loi n° C-19 (introduit à la Chambre des communes et prévoyait des mandats de huit ans non renouvelables; mort au *Feuilleton* au moment de la dissolution du Parlement — 7 septembre 2008), 2^e sess., 39^e légis.; *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (limitation de la durée du mandat des sénateurs)*, projet de loi n° S-7 (introduit au Sénat et prévoyait des mandats de huit ans non renouvelables; mort au *Feuilleton* au moment de la prorogation du Parlement — 30 décembre 2009), 2^e sess., 40^e légis.; *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (limitation de la durée du mandat des sénateurs)*, projet de loi n° C-10

trois d'entre eux proposaient de créer un processus électoral pour sélectionner les candidates ou les candidats dont les noms seraient ensuite soumis au gouverneur général par le premier ministre en vue d'être nommés au Sénat⁹². Aucune de ces mesures n'a franchi l'étape de la troisième lecture dans l'une ou l'autre chambre du Parlement⁹³.

40. Le projet de loi n° C-7, *Loi concernant la sélection des sénateurs et modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 relativement à la limitation de la durée du mandat des sénateurs*, qui sert de cas de figure dans le présent article, constitue donc la huitième proposition de réforme du Sénat par le gouvernement du Canada et regroupe les deux mesures proposées par celui-ci depuis 2006. Le préambule énonce clairement les objectifs que la réforme du Sénat tente de réaliser, ainsi que les problèmes qu'elle tente de régler⁹⁴. Son

(introduit à la Chambre des communes et prévoyait des mandats de huit ans non renouvelables; mort au *Feuilleton* au moment de la dissolution du Parlement — 26 mars 2011), 3^e sess., 40^e légis.

92. Ces projets de lois sont, en ordre chronologique : *Loi prévoyant la consultation des électeurs en ce qui touche leurs choix concernant la nomination des sénateurs*, projet de loi n° C-43 (introduit à la Chambre des communes et prévoyait un système électoral facultatif géré par le gouvernement fédéral; mort au *Feuilleton* au moment de la prorogation du Parlement — 14 septembre 2007), 1^{ère} sess., 39^e légis.; *Loi prévoyant la consultation des électeurs en ce qui touche leurs choix concernant la nomination des sénateurs*, projet de loi n° C-20 (introduit à la Chambre des communes et prévoyait un système électoral facultatif géré par le gouvernement fédéral; mort au *Feuilleton* au moment de la dissolution du Parlement — 7 septembre 2008), 2^e sess., 39^e légis.; *Loi concernant la sélection des sénateurs*, projet de loi n° S-8 (introduit au Sénat et prévoyait un processus électoral facultatif géré par les provinces; mort au *Feuilleton* au moment de la dissolution du Parlement — 26 mars 2011), 3^e sess., 40^e légis.

93. Seulement deux de ces projets de loi ont franchi l'étape de la deuxième lecture. Le projet de loi n° S-4 a été étudié par le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. Le 19 juin 2007, le rapport du comité, qui recommandait que le projet de loi ne soit lu une troisième fois qu'une fois que la Cour suprême se serait prononcée sur sa constitutionnalité, a été adopté avec dissidence par le Sénat (voir CANADA, *Débats du Sénat*, 1^{ère} sess., 39^e légis., fascicule n° 110, 19 juin 2007, p. 2774). Le projet de loi n° C-20 a franchi l'étape de la deuxième lecture à la Chambre des communes le 13 février 2008, au terme d'un vote de 224 députés en faveur et 48 contre. Le Bloc québécois a été le seul parti opposé à la deuxième lecture (voir CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 39^e légis., fascicule n° 050, 13 février 2008, p. 3030). Le projet de loi a été étudié en comité, mais une dissolution du Parlement a empêché ce dernier de terminer ses travaux.

94. Quant au rôle du préambule dans l'interprétation de l'objet et de la portée d'une mesure législative, voir Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Thémis, 2009, p. 72.

quatrième paragraphe indique l'intention du gouvernement de faire en sorte que les personnes nommées au Sénat soient « [...] choisies par voie d'une élection démocratique par la population [...] »⁹⁵. L'intention est sans équivoque : par l'adoption de ces réformes, on souhaite transformer le Sénat en une assemblée d'élus.

41. Dans un premier temps, cette réforme ouvre la voie à un processus provincial d'élections de candidates et de candidats en vue d'être nommés au Sénat. Elle prévoit, en annexe, un cadre que les provinces et territoires peuvent utiliser en vue d'établir un processus électoral. Dans la mesure où une province adopte un cadre substantiellement semblable à celui prévu par cette réforme, le premier ministre « tient compte, lors de la recommandation de candidats sénatoriaux au gouverneur général, des personnes dont le nom figure sur la plus récente liste des candidats sénatoriaux choisis pour cette province ou ce territoire. »⁹⁶

42. Le mode d'élection retenu mérite attention. Il est prévu que les candidates et les candidats soient élus à l'échelon provincial. Chaque électeur dispose du nombre de voix correspondant au nombre de sièges vacants. S'il n'y a qu'un siège vacant, celui ou celle qui obtient une simple pluralité des voix est déclaré élu. S'il existe deux postes vacants, les gagnants sont les deux candidats ayant reçu le plus de voix, et ainsi de suite⁹⁷.

43. Par conséquent — l'expression « tient compte » étant impérative —, le projet de loi n° C-7 obligerait le premier ministre du Canada à prendre en considération, lorsqu'il recommande au gouverneur général des candidats et des candidates en vue d'être nommés au Sénat, ceux et celles qui ont été proposés par les provinces et choisis au cours d'élections. En vertu de l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le gouverneur général conserve cependant la prérogative ultime

95. Projet de loi n° C-7, préc., note 6, voir préambule.

96. *Id.*, art. 3.

97. *Id.*, art. 22 de l'annexe.

de la nomination⁹⁸. De plus, le premier ministre du Canada ne serait pas contraint, légalement, de recommander les candidates et les candidats soumis par les provinces. Il ne doit que prendre ces noms en considération. Il est donc possible, du moins en théorie, qu'un premier ministre refuse de recommander au gouverneur général une personne élue à l'issue de ce processus. Si, du point de vue politique, ignorer le processus électoral aurait probablement des conséquences graves, du point de vue juridique, il suffirait vraisemblablement que le premier ministre démontre qu'il a tenu compte des personnes élues pour s'acquitter de ses obligations.

44. La seconde mesure prévue par le projet de loi n° C-7 est une limite de la durée du mandat des sénateurs. À l'heure actuelle, une personne peut être nommée au Sénat dès qu'elle atteint l'âge de 30 ans et peut demeurer en fonction jusqu'à l'âge de 75 ans⁹⁹. Le projet de loi n° C-7 vise à modifier l'article 29 de la *Loi constitutionnelle de 1867* de manière à limiter la durée du mandat des sénateurs à un seul mandat, non renouvelable, de neuf ans¹⁰⁰. La limite d'âge de 75 ans serait cependant conservée, peu importe l'âge auquel les sénateurs sont nommés¹⁰¹. Le mandat d'une personne

98. Au sujet du pouvoir du gouverneur général de faire des nominations au Sénat, voir H. BRUN, préc., note 7, p. 343; P. HOGG, préc., note 7, p. 9-38. De plus, la Cour fédérale du Canada, dans l'affaire *Samson c. Canada (Procureur général)*, 1998 CanLII 8543 (C.F.), a rejeté une demande d'injonction interlocutoire afin d'empêcher le gouverneur général de nommer des personnes autres que celles qui avaient été élues au cours des élections sénatoriales albertaines. La Cour a entre autres conclu que le gouverneur général a le « pouvoir discrétionnaire absolu de nommer au Sénat des personnes ayant les qualités requises » (par. 4).

99. *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 3, art. 23 et par. 29 (2).

100. Projet de loi n° C-7, préc., note 6, art. 5. Ce projet de loi est différent de ses prédécesseurs. Le projet de loi n° S-4 prévoyait à l'origine un mandat renouvelable de huit ans, alors que ses successeurs, les projets de loi n° C-19 et n° S-7, proposaient un mandat non renouvelable de huit ans. En prévoyant un mandat de neuf ans, le gouvernement fédéral souhaitait peut-être améliorer l'indépendance des sénateurs. En effet, avec l'adoption en 2007 de la *Loi modifiant la Loi électorale du Canada*, L.C. 2007, c. 10, qui prévoit des élections à date fixe tous les quatre ans, les sénateurs devraient normalement demeurer en place pour la durée d'au moins deux Parlements de quatre ans chacun. À noter toutefois que cette loi n'a toutefois pas empêché le premier ministre de demander avec succès à la gouverneure générale une dissolution du Parlement avant l'échéance : voir *Conacher c. Canada (Premier Ministre)*, [2011] 4 R.C.F. 22.

101. *Id.*

nommée au Sénat après son 66^e anniversaire serait donc d'une durée inférieure à 9 ans¹⁰².

45. Le projet de loi n° C-7 paraît confirmer les craintes soulevées par la FCFA relativement à l'absence de « mécanisme concret qui permettrait d'assurer une représentativité adéquate des communautés francophones et acadiennes au sein du Sénat »¹⁰³. Conformément aux propositions de l'Accord de Charlottetown, les élections prévues à l'annexe de ce projet de loi seraient tenues à l'échelon provincial, ce qui aurait pour effet de diluer le poids parlementaire des Francophones hors Québec, de même que la représentation politique des Anglophones du Québec. Il semble que les intérêts des communautés de langue officielle en milieu minoritaire aient été laissés pour compte dans cette proposition de réforme.

102. Il est également possible, aux termes du régime proposé, de renommer une personne pour compléter un mandat de neuf ans ayant été interrompu, que ce soit pour des raisons de santé, pour avoir accepté une charge publique, ou pour d'autres raisons (Projet de loi n° C-7, préc., note 6, art. 5). Cette possibilité de renommer une personne au Sénat est d'ailleurs permise par le régime actuel. En 2011, les sénateurs Fabian Manning et Larry Smith avaient tous les deux démissionné pour se porter candidats à l'élection générale. Ils ont perdu et ont ensuite été renommés au Sénat. De plus, comme mesure transitoire, l'article 4 du projet de loi n° C-7 prévoit que la durée du mandat des sénateurs nommés après le 14 octobre 2008 sera de neuf ans à partir de la date d'entrée en vigueur de la loi. Cette date coïncide avec la 40^e élection générale et c'est à partir de ce moment que le premier ministre Stephen Harper a commencé à pourvoir les sièges vacants au Sénat. En août 2012, 42 sénateurs seraient touchés par cet article. Pour les sénateurs nommés avant cette date, le silence du projet de loi n° C-7 sur la question indique fort probablement que l'ancien régime continuerait de s'appliquer et que leur mandat se terminerai au plus tard le jour de leur 75^e anniversaire. La transition vers un Sénat élu serait donc graduelle et se réaliserait une nomination à la fois. Si le projet de loi n° C-7 devait recevoir la sanction royale, l'honorable sénatrice Pierrette Ringuette, du Nouveau-Brunswick, pourrait devenir la dernière sénatrice nommée sous l'ancien régime à prendre sa retraite, le 31 décembre 2030. Le changement proposé par le projet de loi n° C-7 est donc graduel : de nombreuses années devraient s'écouler avant que tous les sénateurs en exercice soient limités à un mandat de neuf ans.

103. Mémoire de la FCFA, préc., note 20, p. 9. L'honorable sénatrice Rose-Marie Losier-Cool, au moment de sa retraite, a d'ailleurs exprimé des craintes quant à l'impact de la réforme du Sénat présentement envisagée (« Language, Minority Rights Top Concerns Politics. Acadian senator leaving post hopes others will continue fight for French education, First Nations », *Telegraph Journal*, 18 juin 2012, p. A1).

4. LA REPRÉSENTATION AU SÉNAT DES COMMUNAUTÉS DE LANGUE OFFICIELLE EN SITUATION MINORITAIRE DEVRAIT ÊTRE CONSIDÉRÉE COMME ÉTANT CONSACRÉE PAR LA CONSTITUTION

46. Il ressort assez clairement de ce qui précède que les propositions de réforme qui ont été élaborées au cours des dernières années ne tiennent pas compte du rôle fondamental du Sénat en tant que forum délibératif s'intéressant aux enjeux propres aux communautés de langue officielle. Est-ce qu'il existe une obligation d'assurer la présence de représentants de ces communautés au sein de la Chambre haute du Parlement canadien? Avant d'aborder la procédure de modification de la Constitution, il est utile de relever d'autres pistes juridiques méritant peut-être davantage de recherche : les paragraphes 16 (1) et 16 (3) de la Charte, l'article 3 de la Charte, la partie VII de la *Loi sur les langues officielles*, ainsi que le principe constitutionnel de la protection des minorités.

A) LE PARAGRAPHE 16 (1) DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

47. Le paragraphe 16 (1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁰⁴ dispose que « [l]e français et l'anglais sont les langues officielles du Canada; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada ». Il existe bien peu de jurisprudence interprétant cette disposition. Il n'en demeure pas moins que son libellé, très large, lu en tenant compte des principes d'interprétation des droits linguistiques, laisse entrevoir la possibilité d'en dégager des obligations juridiques.

48. Les motifs de la juge Wilson dans l'affaire *Société des Acadiens c. Association of Parents*¹⁰⁵ constituent la source jurisprudentielle décrivant de la façon la plus complète la portée de ce paragraphe. L'interprétation plus restrictive du paragraphe 16 (1) de la Charte effectuée par le juge Beetz

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

105. *Société des Acadiens c. Association of Parents*, préc., note 26.

dans les motifs de la majorité a d'ailleurs été critiquée depuis, notamment dans l'arrêt *Beaulac*¹⁰⁶. Selon la juge Wilson, il est important de donner un sens large au paragraphe 16 (1) de la Charte, notamment au motif que « le sens à donner aux dispositions de la Charte relatives aux langues officielles, y compris le par. 19 (2), dépendra en grande partie de l'interprétation donnée à l'art. 16 »¹⁰⁷. Ce paragraphe mérite d'être interprété « beyond the realm of symbolic declaration to that of substantive constitutional provision »¹⁰⁸.

49. Selon la juge Wilson, « la disposition introductive portant que "Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada" est déclaratoire et [...] le reste du paragraphe énonce les conséquences principales de cette déclaration dans le contexte fédéral, savoir que les deux langues ont un statut égal et sont assorties des mêmes droits et privilèges quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada »¹⁰⁹. La juge Wilson considère les droits linguistiques constitutionnels comme étant garants d'une progression vers une dualité linguistique toujours plus parfaite. Selon elle, le paragraphe 16 (1) de la Charte consacre l'importance primordiale accordée aux droits linguistiques dans la structure constitutionnelle canadienne¹¹⁰. Il est donc essentiel que les obligations créées par ces dispositions changent au fil des années afin de concrétiser cette évolution : « La question, selon moi, sera donc toujours de savoir où nous en sommes présentement dans notre cheminement vers le bilinguisme et si la conduite attaquée peut être considérée comme appropriée à ce stade de l'évolution »¹¹¹. L'approche prise par la juge Wilson semble s'inscrire dans une certaine

106. Voir l'excellent chapitre de Grégoire Charles N. WEBBER, « The Promise of Canada's Official Languages Declaration », dans J. MAGNET (dir.), préc., note 25, p. 131, à la page 134; voir également José WOEHLING et André TREMBLAY, « Les dispositions de la Charte relatives aux langues officielles (articles 16 à 22) », dans Gérald A. BEAUDOIN et Errol MENDES (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd., Markham, LexisNexis, 2005, p. 1025; Joseph Eliot MAGNET, « The Charter's Official Language Provisions: The Implications of Entrenched Bilingualism », (1982) 4 S.C. Law Rev. 163.

107. *Société des Acadiens c. Association of Parents*, préc., note 26, par. 132.

108. G. C. N. WEBBER, préc., note 106, à la page 168.

109. *Société des Acadiens c. Association of Parents*, préc., note 26, par. 140.

110. *Id.*, par. 140 et 178.

111. *Id.*, par. 140.

continuité au regard des décisions antérieures concernant d'autres garanties linguistiques présentes dans la Constitution, dont l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, approche qui prévoyait l'application de ces garanties en tenant compte de leur signification contemporaine¹¹².

50. Est-il possible de réformer le Sénat de manière à réduire la capacité des communautés de langue officielle en situation minoritaire à maintenir une représentation adéquate au Sénat sans porter atteinte à l'égalité de statut du français et de l'anglais? Les droits prévus au paragraphe 16 (1) de la Charte devraient avoir une signification réelle : le Parlement ne peut pas légiférer de façon à enfreindre ou à esquiver le caractère effectif des garanties y afférentes. Par conséquent, les propositions récentes de réforme du Sénat pourraient miner l'applicabilité du paragraphe 16 (1) en privant ces communautés d'une présence significative au sein du Parlement, ce qui aurait pour effet de porter atteinte à l'égalité de statut.

51. Puisque les propositions de réforme actuelles prévoient l'adoption de lois électorales sénatoriales par les législatures provinciales, il est également pertinent de noter, au passage, que l'interprétation à donner au paragraphe 16 (2) de la Charte, qui garantit l'égalité de statut du français et de l'anglais du gouvernement et de la législature du Nouveau-Brunswick, devrait être au moins aussi généreuse que la portée du paragraphe 16 (1). De plus, l'article 16.1 de la Charte, qui traite quant à lui de l'égalité de statut de « [l]a communauté linguistique française et la communauté linguistique anglaise du Nouveau-Brunswick », est également susceptible d'être interprété de manière à favoriser une représentation équitable des deux communautés linguistiques de

112. Voir *Procureur général du Québec c. Blaikie et autres*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Procureur général du Québec c. Blaikie et autres*, [1981] 1 R.C.S. 312 (ci-après « *Blaikie n° 2* »). Les attentes envers les gouvernements en 2012 sont par conséquent différentes et probablement plus exigeantes que celles qui étaient formulées dans les années ayant suivi l'entrée en vigueur de la Charte. Ces attentes sont d'autant plus exigeantes que les droits linguistiques constitutionnels n'ont pas encore été complètement redéfinis depuis l'arrêt *Beaulac* qui, comme il est mentionné plus haut, a reconnu que les droits linguistiques doivent être interprétés de manière large et libérale. Voir *R. c. Beaulac*, préc., note 27. De plus, comme la Cour suprême du Canada l'affirme dans l'arrêt *Blaikie n° 2* au sujet de l'article 133, les gouvernements ne peuvent faire en sorte que ces droits soient tronqués par leurs actions (*Blaikie n° 2*, p. 321).

cette province au Sénat¹¹³. Quant au paragraphe 16.1 (2), il confirme le rôle du gouvernement et de la législature du Nouveau-Brunswick de « protéger et de promouvoir le statut, les droits et les privilèges visés au paragraphe (1) ». Par conséquent, une loi adoptée par l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick et prévoyant l'élection des sénateurs, mais portant atteinte à l'égalité de statut du français et de l'anglais¹¹⁴ ou à l'égalité des deux communautés linguistiques de la province¹¹⁵, ne reposerait pas sur des assises très solides.

B) LE PARAGRAPHE 16 (3) DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

52. Le paragraphe 16 (3) de la Charte indique que les droits conférés par celle-ci n'ont pas pour but d'empêcher le Parlement fédéral ni les législatures des provinces « de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais ». Il demeure donc toujours possible pour le Parlement fédéral et les législatures provinciales d'en faire plus que ce qui est prévu dans la Charte¹¹⁶. Toutefois, dans l'affaire *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, la Cour d'appel de l'Ontario indique que le paragraphe 16 (3) de la Charte apporte des précisions aux paragraphes 16 (1) et (2), mais n'est pas attributif de droit¹¹⁷.

53. Par conséquent, ce paragraphe ne saurait protéger les réformes comme celles que prévoit le projet de loi C-7, lesquelles, si adoptées, entraîneraient un recul de l'égalité de

113. Voir aussi *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*, L.R.N.-B. 1981, c. O-1.1.

114. Voir *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 104, par. 16 (2).

115. Voir *id.*, art. 16.1; *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*, préc., note 113.

116. Ces décisions appliquent ainsi à cet article de la Charte la logique de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182, qui indique qu'il n'y a rien dans la Constitution « qui empêche l'octroi de droits ou privilèges additionnels ou l'imposition d'obligations additionnelles relativement à l'usage de l'anglais et du français, si cela est fait relativement à des matières qui relèvent de la compétence de la législature légiférant en ce sens » (p. 193).

117. *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, (2001) 56 O.R. (3d) 577, par. 95 (C.A.).

statut et d'usage du français et de l'anglais au Canada. En effet, les motifs concordants du juge Bastarache dans l'affaire *R. c. Kapp* reprennent les conclusions de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Lalonde* et expliquent que le rôle que joue le paragraphe 16 (3) de la Charte est semblable à celui de l'article 25, qui maintient à l'égard des Autochtones des droits et libertés qui ne sont pas mentionnés dans la Charte¹¹⁸. De plus, le paragraphe 16 (3), qui s'applique à la Charte dans son ensemble, aide à protéger la validité juridique des mesures qui ont pour effet de favoriser la progression vers l'égalité des deux langues officielles¹¹⁹.

54. Le paragraphe 16 (3) de la Charte ne peut vraisemblablement pas être utilisé seul pour invalider une mesure qui nuirait à son objectif. Il sert cependant de bouclier pour les mesures qui cadrent avec sa portée. En plus d'être autorisée par ce paragraphe, une réforme du Sénat qui serait respectueuse et qui contribuerait à l'objectif de protection de la représentation des communautés de langue officielle en milieu minoritaire serait en partie protégée contre des allégations portant qu'elle enfreint d'autres droits et libertés prévus par la Charte.

C) L'ARTICLE 3 DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

55. L'article 3 de la Charte garantit aux citoyens certains droits démocratiques :

3 Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.

3 Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

118. *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 107.

119. Voir, par exemple, *Galganov c. Russell (Township)*, 2010 ONSC 4566, par. 192.

56. Cette disposition a reçu une interprétation très large. En particulier, elle comprend un droit de « représentation effective ». En effet, la Cour suprême du Canada affirme, dans l'affaire *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, que cet article « [...] a pour objet de conférer à tout citoyen non seulement le droit d'être représenté par un député fédéral ou provincial et d'élire ce député, mais aussi celui de jouer un rôle significatif dans le processus électoral »¹²⁰. Dans le *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, le même tribunal indique également que « l'objet fondamental de cet article n'est pas d'assurer l'égalité du pouvoir électoral, mais une représentation effective et équitable garante d'une bonne administration »¹²¹.

57. Ce droit à une représentation effective pourrait ne pas être respecté par l'adoption des réformes parlementaires dont il est question dans le présent article. Tel qu'indiqué, l'élection de candidates et de candidats en vue d'être nommés au Sénat suivant la méthode proposée lors des dernières propositions de réforme, méthode qui aurait eu pour effet d'empêcher des populations dispersées sur un territoire provincial d'obtenir une voix au Sénat, laisserait peu de chances aux membres des communautés de langue officielle en situation minoritaire d'être représentés au Sénat. Les membres des minorités nationales ne joueraient pas un rôle significatif dans le choix des sénateurs. Ces mesures risqueraient fortement d'encourager ou d'entraîner une représentation des communautés de langue officielle qui ne serait ni effective, ni équitable. Cette représentation risquerait même d'être non existante. Des arguments similaires ont d'ailleurs été retenus par la Cour fédérale, qui a infirmé une proposition de redécoupage d'une circonscription

120. *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 25.

121. *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, 183. Voir P. HOGG, préc., note 7, p. 45-2 à 45-8; H. BRUN, préc., note 7, p. 279-304; Duff SPAFFORD, « Effective Representation Reference Re Provincial Electoral Boundaries », (1992) 56 *Sask. Law Rev.* 197; Ronald E. FRITZ, « Challenging Electoral Boundaries Under the Charter: Judicial Deference and Burden of Proof », (1999) 5 *Rev. Const. Stud.* 1.

électorale fédérale néo-brunswickoise qui aurait miné la représentation politique des Acadiennes et Acadiens du nord-est de la province¹²².

58. Il semble assez évident, à la lecture de la version française de l'article 3 de la Charte, qu'un processus électoral menant à l'élection de candidates et de candidats en vue de leur nomination au Sénat soit visé par l'expression « élections législatives fédérales ou provinciales ». Cependant, la version anglaise de cet article pourrait semer un doute (« election of members of the House of Commons or of a legislative assembly »). Les versions anglaise et française de la *Loi constitutionnelle de 1982* sont toutes les deux valides et ont la même force¹²³. En effet, la terminologie de l'ensemble des textes constitutionnels est constante, l'expression anglaise « legislative assembly » désignant les assemblées législatives des provinces¹²⁴. De prime abord, le Sénat ne semble donc pas être visé par la version anglaise de l'article 3. Cette situation est vraisemblablement due au fait que le constituant n'avait évidemment pas prévu, en 1982, que le Sénat devienne un jour une assemblée élue.

59. Il serait cependant absurde que l'article 3 de la Charte, dont l'objet est la protection des droits démocratiques des Canadiennes et des Canadiens, ne soit pas applicable à

122. *Raïche c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.F. 93. Bien que la décision de la Cour ne reposait pas sur l'article 3 de la Charte, le tribunal a effectué un examen similaire et a conclu que cette Commission « n'a pas examiné s'il était souhaitable de permettre un écart envisagé par la loi pour maintenir une communauté d'intérêts dans une circonscription » (par. 82). Par conséquent, le dossier de preuve présenté en l'espèce pourrait être indicatif de ce qui serait nécessaire pour démontrer qu'une réforme du Sénat, qui aurait pour effet de porter atteinte aux communautés de langue officielle en situation minoritaire, est incompatible avec les droits démocratiques garantis par l'article 3. La preuve présentée dans l'affaire *Raïche* inclut des déclarations assermentées de citoyens indiquant qu'il existe une communauté d'intérêts dans Acadie-Bathurst, ainsi qu'un rapport rédigé par Denis Duval, professeur en sciences politiques, qui défend également cette thèse (par. 33 et 34).

123. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11), art. 57. Voir Michel BASTARACHE, *Le droit de l'interprétation bilingue*, Montréal, LexisNexis, 2009.

124. Par exemple, les articles 41, 69, 70, 71, 80, 82, 83, 84, 85, 87 et 128 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 3, ainsi que les articles 3, 4, 30, 41 et 43 et les paragraphes 38 (3), 39 (1), 46 (1) et 59 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, id., utilisent dans la version anglaise l'expression « legislative assembly » pour désigner l'assemblée législative d'une province.

l'assemblée élue que serait le Sénat si un projet de réforme portant atteinte à l'efficacité de la représentation des communautés de langue officielle en situation minoritaire entrainait en vigueur. Si tel était le cas, par exemple, un régime législatif qui prévoirait qu'un parti politique ne présentant pas un certain nombre de candidates et candidats à la Chambre des communes n'a pas le droit de remettre des reçus aux fins d'impôts, ce qui est inconstitutionnel au regard de l'article 3 de la Charte, serait parfaitement valide dans le cadre d'élections sénatoriales, puisque aucun droit à la participation efficiente à la Chambre haute n'est garanti par la Constitution¹²⁵.

60. Les tribunaux ne devraient pas hésiter à interpréter l'article 3 de la Charte de manière à ce qu'il s'applique au Sénat. D'abord, la Cour suprême du Canada a clairement indiqué que les droits et libertés garantis par la Constitution doivent faire l'objet d'une interprétation large et libérale¹²⁶. Ensuite, le sens de la version française de l'article est sans équivoque. Enfin, l'expression « legislative assembly » s'entend clairement de toute assemblée délibérative ayant le pouvoir d'adopter des lois¹²⁷. Selon l'*Oxford English Dictionary*, le mot « legislative » signifie « [t]hat legislates or makes laws; having the function of legislating »¹²⁸; quant au mot « assembly », il veut dire « [t]he action or fact of assembling, the state of being assembled »¹²⁹. Le Sénat correspond certainement à cette définition.

61. Dans le cas où le Sénat deviendrait une chambre élue, de manière directe ou indirecte, il existerait d'excellentes raisons, fondées sur des principes, justifiant que l'article 3 de la

125. Voir *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, préc., note 120.

126. Voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Beaulac*, préc., note 27, par. 25; *Edwards c. Attorney General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), p. 136.

127. Il est indéniable que le Sénat constitue une assemblée législative selon cette définition. En effet, l'article 17 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 3, indique clairement qu'« [il] y aura, pour le Canada, un parlement qui sera composé de la Reine, d'une chambre haute appelée le Sénat, et de la Chambre des Communes. » De plus, l'article 55 de la même loi indique que ce n'est qu'une fois que les deux Chambres du Parlement ont adopté un projet de loi que ce dernier sera soumis au gouverneur général afin de recevoir la sanction royale.

128. *Oxford English Dictionary*, 2^e éd., version en ligne de juin 2011, en ligne : <<http://www.oed.com>>, *sub verbo* « legislative » (consulté le 19 mai 2012).

129. *Id.*, *sub verbo* « assembly ».

Charte garantisse à tous les citoyens le droit à la représentation effective. Une réforme sénatoriale qui porterait atteinte à la représentation des communautés de langue officielle en situation minoritaire pourrait être susceptible de violer les garanties démocratiques prévues à l'article 3¹³⁰.

D) LA PARTIE VII DE LA LOI SUR LES LANGUES OFFICIELLES

62. Il est également pertinent de s'attarder un peu à la *Loi sur les langues officielles*. Tout d'abord, il est important de souligner que, dans la mesure où la *Loi sur les langues officielles* « est l'expression exacte de la reconnaissance des langues officielles inscrite aux paragraphes 16 (1) et 16 (3) de la *Charte canadienne des droits et libertés* », elle a un statut quasi constitutionnel¹³¹. Sa partie VII impose aux institutions fédérales — ce qui inclut probablement le Conseil des ministres et le premier ministre¹³² — l'obligation de prendre des mesures positives afin de favoriser l'épanouissement des

130. Sans s'attarder de manière approfondie sur ces articles, il est important de mentionner au passage deux autres articles de la Charte qui pourraient avoir une certaine utilité dans toute démarche visant à démontrer la reconnaissance de la représentation au sein du Sénat des communautés de langue officielle en milieu minoritaire. Tout d'abord, il y a l'article 21, qui dispose que les articles 16 à 20 ne portent pas atteinte à d'autres droits, privilèges ou obligations prévus ailleurs dans la Constitution. Également, l'article 22 indique que ces mêmes articles « n'ont pas pour effet de porter atteinte aux droits et privilèges, antérieurs ou postérieurs à l'entrée en vigueur de la présente charte et découlant de la loi ou de la coutume, des langues autres que le français ou l'anglais ». Ces articles, qui n'ont cependant jamais fait l'objet d'une interprétation exhaustive par les tribunaux, semblent ouvrir la porte à la possibilité que la présence, dans la Constitution, dans d'autres lois ou dans la coutume, d'obligations relatives à la représentation de ces communautés au Sénat puisse être utilisée dans le but de contester une mesure qui porterait atteinte à cette présence. Voir Gérard A. BEAUDOIN et Walter S. TARNOPOLSKY (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*, Toronto, Carswell, 1982.

131. Voir *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373, par. 16.

132. L'expression « institutions fédérales » est définie au paragraphe 3 (1) de la *Loi sur les langues officielles*, préc., note 52 : « Les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada, dont le Sénat, la Chambre des communes, la bibliothèque du Parlement, le bureau du conseiller sénatorial en éthique et le bureau du commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique, les tribunaux fédéraux, tout organisme — bureau, commission, conseil, office ou autre — chargé de fonctions administratives sous le régime d'une loi fédérale ou en vertu des attributions du gouverneur en conseil, les ministères fédéraux, les sociétés d'État créées sous le régime d'une loi fédérale et tout autre organisme désigné par la loi à titre de mandataire de Sa Majesté du chef du Canada ou placé sous la tutelle du gouverneur en conseil ou d'un ministre fédéral. [...] ».

Francophones et Anglophones en situation minoritaire au Canada¹³³. Un manquement aux obligations prévues dans la partie VII peut maintenant donner lieu à un droit d'agir en justice¹³⁴. Par conséquent, un peu à l'image des études d'impact environnemental, les institutions fédérales ont l'obligation légale de considérer l'impact de leurs actions sur les communautés de langue officielle en milieu minoritaire. La Loi attribue au ministre du Patrimoine canadien une responsabilité particulière à ce sujet.

63. Il est incertain si des actions du gouverneur général en conseil, prises dans la foulée d'une réforme qui aurait pour effet de nuire considérablement à la représentation au Sénat des communautés de langue officielle en situation minoritaire, pourraient constituer des manquements à la partie VII de la *Loi sur les langues officielles*. Dans l'affaire *Picard c. Canada (Office de la propriété intellectuelle)*, la Cour fédérale affirme que « les tribunaux ont l'habitude de se prononcer sur les circonstances factuelles relatives à une décision particulière, et il est logique de supposer qu'en créant un recours juridique pour des atteintes à la partie VII, le Parlement voulait justement faire appel à leur expertise en la matière »¹³⁵. La Cour fédérale montre donc une certaine ouverture à la révision judiciaire de certaines décisions prises par le gouvernement afin de vérifier leur compatibilité avec la partie VII. Une autre décision du même tribunal, rendue la même année, semble toutefois prendre une direction différente. L'affaire *Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada c. Canada (Procureur général)* portait sur la contestation d'un décret modifiant considérablement le recensement de 2011 par rapport aux recensements précédents. La

133. *Loi sur les langues officielles*, préc., note 52, art. 41.

134. *Id.*, art. 77. Voir également *Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence d'inspection des aliments)*, [2004] 1 R.C.F. 136, infirmé en partie par [2004] 4 R.C.F. 276, autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada accordée, puis révoquée par [2005] 3 R.C.S. 906; Michel DOUCET, « La décision judiciaire qui ne sera jamais rendue : l'abolition du Programme de contestation judiciaire du Canada et la Partie VII de la *Loi sur les langues officielles* », (2008) 10 R.C.L.F. 27.

135. *Picard c. Canada (Office de la propriété intellectuelle)*, [2011] 2 R.C.F. 192, par. 68.

Cour fédérale conclut que « rien n'indique que le législateur en adoptant le paragraphe 41 (2) de la Loi ait eu l'intention de restreindre le pouvoir et la discrétion du gouverneur en conseil de prendre des actes de législation déléguée autorisés par d'autres lois fédérales, nommément la *Loi sur la statistique* »¹³⁶. La question de savoir dans quelle mesure la partie VII peut restreindre la discrétion du gouvernement ne semble donc pas encore réglée.

64. Pour ce qui est de la question de la réforme du Sénat, le Commissaire aux langues officielles a déjà pris position. Il indique que « [...] le Sénat peut jouer un rôle important de promoteur et de protecteur des droits linguistiques au sein du Parlement, et il incombe au gouvernement de pleinement considérer l'incidence de sa réforme sur les communautés de langue officielle. Cette responsabilité est d'autant plus importante qu'elle s'inscrit dans l'esprit de la partie VII de la Loi »¹³⁷. Dans sa forme actuelle, la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* n'est pas incluse dans la liste des parties de la Loi¹³⁸ qui prévalent sur toutes les autres lois fédérales, à l'exception de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹³⁹. Il serait donc difficile de démontrer qu'une loi prévoyant l'élection de candidates et candidats au Sénat est invalide parce qu'elle constitue un manquement aux obligations du gouvernement imposées par la partie VII. Ce serait sans doute intéressant pour les communautés de langue officielle en situation minoritaire si, un jour, la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* était modifiée de manière à l'emporter sur toutes les lois fédérales, incluant ainsi les projets de loi visant la réforme des institutions parlementaires.

136. *Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2010 C.F. 999, par. 41.

137. COMMISSARIAT AUX LANGUES OFFICIELLES, *Rapport annuel 2007-2008*, préc., note 23, p. 51.

138. Ces parties sont les suivantes : partie I (Débats et travaux parlementaires), partie II (Actes législatifs et autres), partie III (Administration de la justice), partie IV (Communication avec le public et prestation de services) et partie V (Langue de travail), *Loi sur les langues officielles*, préc., note 52, par. 82 (1).

139. *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6.

E) LE PRINCIPE CONSTITUTIONNEL DE LA PROTECTION DES MINORITÉS

65. Des démarches juridiques tendant à protéger ou à revendiquer la représentation efficiente des communautés de langue officielle en situation minoritaire au Sénat peuvent également trouver des appuis dans les principes sous-jacents de la Constitution. Le *Renvoi sur la sécession* définit de manière précise la nature des principes sous-jacents de la Constitution, principes non écrits qui « guident l'interprétation du texte et la définition des sphères de compétence, la portée des droits et obligations ainsi que le rôle de nos institutions politiques »¹⁴⁰. Ces principes peuvent aussi donner lieu à des obligations juridiques substantielles¹⁴¹. Le respect de ces principes, qui sont étroitement liés, est considéré par la Cour suprême comme « indispensable au processus permanent d'évolution et de développement de notre Constitution, cet [traduction] "arbre vivant" selon la célèbre description de l'arrêt *Edwards c. Attorney-General for Canada* [référence omise] »¹⁴². Les principes sous-jacents servent à préciser le texte de la Constitution et à combler ses vides; ils ne sauraient cependant « violer ou contredire une disposition explicite »¹⁴³.

66. Le principe de la protection des minorités :

a clairement été un facteur essentiel dans l'élaboration de notre structure constitutionnelle même à l'époque de la Confédération : *Renvoi relatif au Sénat*, précité, à la p. 71. Même si le passé du Canada en matière de défense des droits des minorités n'est pas irréprochable, cela a toujours été, depuis la Confédération, un but auquel ont aspiré les Canadiens dans un cheminement qui n'a pas été dénué de succès. Le principe de la protection des droits des minorités continue d'influencer l'application et l'interprétation de notre Constitution.¹⁴⁴

140. *Renvoi sur la sécession*, préc., note 15, par. 52.

141. *Id.*, par. 54.

142. *Id.*, par. 52.

143. H. BRUN, préc., note 7, p. 211. Voir également P. HOGG, préc., note 7, p. 15-51 à 15-56.

144. *Renvoi sur la sécession*, préc., note 15, par. 81.

67. L'interprétation et l'application des normes constitutionnelles doivent respecter ce principe lorsqu'il existe des vides à combler dans la Constitution écrite. Étant donné le rôle historique du Sénat en matière de protection des minorités, ce principe devrait être pris en considération lorsque vient le temps d'analyser la constitutionnalité de mesures unilatérales visant à réformer le Sénat.

68. Il existe un certain degré d'incertitude quant à la force normative exacte du principe de la protection des minorités. Dans l'affaire *Lalonde*, la Cour d'appel de l'Ontario interprète le rôle des principes sous-jacents d'une manière large et, en particulier, reconnaît que les tribunaux possèdent une discrétion dans l'interprétation des obligations qui découlent du principe de protection des minorités. La Cour d'appel de l'Ontario indique que « [m]ême s'ils ne sont pas expressément énoncés dans le texte de la Constitution, ces droits ressortent du texte lorsqu'il est compris et interprété dans son contexte juridique, historique et politique complet et approprié »¹⁴⁵. Elle en arrive donc à la conclusion que la Commission de restructuration des services de santé avait agi illégalement en demandant la fermeture de l'Hôpital Montfort desservant la population francophone de la région d'Ottawa, sans prendre en considération l'impact de cette fermeture sur la communauté francophone. Dans un autre contexte, le principe constitutionnel de l'indépendance de la magistrature a permis d'invalidier une loi de l'Île-du-Prince-Édouard qui portait atteinte à la sécurité financière des juges¹⁴⁶.

69. Cependant, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, dans l'affaire *Charlebois c. Mowat*¹⁴⁷, préconise une approche beaucoup plus restrictive. L'honorable juge Daigle refuse d'étendre ce principe pour qu'il englobe une obligation de publier les arrêtés municipaux de la Ville de Moncton dans les deux langues officielles. Selon lui, « l'argument selon lequel ce principe non écrit et sous-jacent peut également

145. *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, préc., note 117, par. 118.

146. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de Î.P.E.; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de Î.P.E.*, [1997] 3 R.C.S. 3.

147. *Charlebois c. Mowat*, 2001 N.B.C.A. 117.

servir de fondement, indépendamment de tout texte constitutionnel, à une demande de contrôle judiciaire afin de faire invalider l'action gouvernementale est peu convaincant »¹⁴⁸.

70. Malgré l'ambivalence de la jurisprudence quant aux principes sous-jacents de la Constitution¹⁴⁹, il semble néanmoins que le contexte politique, historique et juridique entourant la raison d'être et le rôle du Sénat pourrait permettre de justifier que les tribunaux préconisent une interprétation large des articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* portant sur les nominations au Sénat et les protections linguistiques offertes par la Charte.

71. Par conséquent, il est possible de conclure qu'une réforme du Sénat qui nuirait à la représentation des communautés de langue officielle en milieu minoritaire violerait le principe constitutionnel de la protection des minorités, en privant non seulement les groupes minoritaires, y compris les communautés francophones et acadienne du Canada, mais également la communauté anglophone du Québec et d'autres communautés, d'un forum délibératif leur permettant de faire valoir leurs droits sur la scène politique fédérale. En effet, l'analyse historique confirme que cette institution a été conçue pour assurer, entre autres choses, la protection des minorités. À l'instar de l'« arbre vivant » qu'est la Constitution, la définition du concept de « minorité » a évolué au cours de l'histoire constitutionnelle du Canada. Le rôle de protecteur des minorités joué par le Sénat s'est élargi et englobe, logiquement, les communautés linguistiques en milieu minoritaire.

72. Le principe sous-jacent du constitutionnalisme pourrait aussi servir de bouclier au profit des minorités nationales¹⁵⁰.

148. *Id.*, par. 58.

149. Voir, dans le contexte de l'indépendance de la fonction publique, Lorne SOSSIN, « Speaking Truth to Power? The Search for Bureaucratic Independence in Canada », (2005) 55 *U.T.L.J.* 1.

150. Il est à noter que la Cour suprême du Canada, dans le *Renvoi sur la sécession*, préc., note 15, rassemble sous une même rubrique le principe constitutionnel du constitutionnalisme avec celui de la primauté du droit. Depuis cette décision, ce dernier principe a reçu une interprétation plutôt restrictive et ne peut servir à invalider une loi en raison de son contenu (voir *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, par. 59; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, [2007] 1 R.C.S. 873). Dans le *Renvoi sur la sécession*, la Cour suprême semble néanmoins distinguer les deux principes l'un de l'autre lorsqu'elle affirme, au paragraphe 72, que « [l]e principe du constitutionnalisme ressemble

Dans le *Renvoi sur la sécession*, la Cour suprême du Canada indique qu'il existe des raisons pour lesquelles une constitution est placée à l'abri de la règle de la simple majorité : c'est pour protéger les arrangements visant à ce que les « groupes minoritaires vulnérables bénéficient des institutions et des droits nécessaires pour préserver et promouvoir leur identité propre face aux tendances assimilatrices de la majorité »¹⁵¹. Le principe constitutionnel de la démocratie n'est pas aveugle aux besoins de représentation des minorités. En effet, comme il est mentionné plus haut, l'article 3 de la Charte, une des sources de ce principe sous-jacent, a été interprété comme incluant un droit à la représentation efficiente des différents groupes formant la société canadienne¹⁵². De plus, la Cour suprême a indiqué que les principes devaient être modulés les uns avec les autres, afin de les adapter au contexte. C'est pourquoi elle ajoute que « [c]es règles les "lient" non pas en ce qu'elles font échec à la volonté de la majorité dans une province, mais plutôt en ce qu'elles définissent la majorité qui doit être consultée afin de modifier l'équilibre fondamental en matière de partage du pouvoir politique (y compris les sphères d'autonomie garanties par le principe du fédéralisme), de droits de la personne et de droits des minorités dans notre société »¹⁵³. Ce besoin de consulter la majorité appropriée afin de changer fondamentalement la structure constitutionnelle canadienne justifie d'ailleurs le fait que la procédure d'amendement de la Constitution soit suivie rigoureusement.

beaucoup au principe de la primauté du droit, mais ils ne sont pas identiques. L'essence du constitutionnalisme au Canada est exprimée dans le par. 52 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* : « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. » En d'autres mots, le principe du constitutionnalisme exige que les actes de gouvernement soient conformes à la Constitution. Le principe de la primauté du droit exige que les actes de gouvernement soient conformes au droit, dont la Constitution. » Il est donc permis de supposer que l'interprétation du principe du constitutionnalisme pourrait être différente, et donc possiblement plus large, que celle qui est faite du principe de la primauté du droit.

151. *Renvoi sur la sécession*, préc., note 15, par. 74.

152. *Id.*, par. 61-69. Voir également *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, préc., note 121.

153. *Renvoi sur la sécession*, préc., note 15, par. 76.

73. De plus, certains spécialistes du droit constitutionnel sont d'avis que la dualité linguistique devrait être reconnue comme un principe constitutionnel à part entière. C'est le cas notamment du professeur Pierre Foucher. Ce dernier soutient que divers articles de la Constitution, notamment l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les articles concernant les droits linguistiques contenus dans la Charte, ainsi que la *Loi sur les langues officielles*, permettent de « proposer que la dualité linguistique [fasse] partie des principes structurels de la Constitution canadienne »¹⁵⁴. Cette théorie constitue une piste intéressante dont l'incidence sur le sujet traité dans le présent article pourrait s'avérer fort positif.

74. Quoi qu'il en soit, le principe constitutionnel de protection des minorités, appuyé par ceux du constitutionnalisme et de la démocratie, semble soutenir l'idée que des réformes du Sénat qui menaceraient les communautés de langue officielle nécessiteraient de procéder à un amendement constitutionnel requérant un niveau de consentement plus élevé que le Parlement fédéral agissant seul. Étant donné que les principes sous-jacents émanent du texte écrit de la Constitution, il faut considérer de telles mesures comme des amendements aux articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* dont elles découlent. Par conséquent, il faudrait modifier les dispositions régissant les nominations au Sénat. Ce genre de modification tombe sous l'égide de la procédure prévue à l'alinéa 42 (1) (b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui exige le consentement des deux chambres du Parlement du Canada et d'au moins sept provinces représentant cinquante pour cent de la population¹⁵⁵. L'examen de la procédure de modification constitutionnelle qui suit commande d'ailleurs l'application de cette formule afin de donner effet aux réformes prévues par le gouvernement.

154. P. FOUCHER, préc., note 25, à la page 174.

155. H. BRUN, préc., note 7, p. 234.

5. LA PROCÉDURE DE MODIFICATION CONSTITUTIONNELLE ET LE FÉDÉRALISME COMME MÉCANISMES DE RECONNAISSANCE DU RÔLE DU SÉNAT

75. En plus des atteintes possibles à des droits garantis par la Charte et à d'autres régimes juridiques protégeant expressément les droits linguistiques, les réformes du Sénat proposées par le gouvernement eu égard à la représentation des communautés de langue officielle en situation minoritaire soulèvent d'autres questions quant à leur validité. En effet, la jurisprudence et la doctrine traitant de la procédure de modification constitutionnelle peuvent être pertinentes en ce qui a trait aux enjeux relatifs aux droits de ces communautés, dans la mesure où elles constituent d'autres indices de la reconnaissance du rôle du Sénat par la Constitution et démontrent la nécessité d'obtenir un large consensus pour modifier ce rôle.

76. Le constituant accordait sans aucun doute une importance fondamentale aux droits des communautés de langue officielle, inclus dans la Constitution, notamment ceux qui sont garantis par la Charte et mentionnés précédemment. On trouve d'ailleurs un exemple de cette importance accordée aux droits linguistiques dans l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui dispose comme suit :

41. Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province :

a) la charge de Reine, celle de gouverneur général et celle de lieutenant-gouverneur;
b) 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

41. An amendment to the Constitution of Canada in relation to the following matters may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada only where authorized by resolutions of the Senate and House of Commons and of the legislative assembly of each province :

(a) the office of the Queen, the Governor General and the Lieutenant Governor of a province;
(b) the right of a province to a number of members in the House of Commons not less than the number of Senators

représentée lors de l'entrée en vigueur de la présente partie;
c) sous réserve de l'article 43, l'usage du français ou de l'anglais; (nos soulignés)
d) la composition de la Cour suprême du Canada;
e) la modification de la présente partie.

by which the province is entitled to be represented at the time this Part comes into force;
(c) subject to section 43, the use of the English or the French language; (emphasis added)
(d) the composition of the Supreme Court of Canada; and
(e) an amendment to this Part.

77. Par conséquent, en vertu de l'alinéa 41 (c), dans la mesure où une réforme qui porte atteinte à la représentation des communautés de langue officielle au Sénat constitue une modification de la Constitution du Canada portant sur « l'usage du français ou de l'anglais », il serait possible que la modification constitutionnelle qu'elle annoncerait exige le consentement unanime de toutes les provinces, en plus de celui des deux chambres du Parlement fédéral.

78. De plus, l'enjeu de la présence de ces communautés au Sénat soulève des questions plus générales concernant la procédure de modification qui peuvent s'avérer utiles pour les aider à conserver leurs représentants au sein de la Chambre haute du Parlement canadien.

A) LA COMPÉTENCE DU PARLEMENT FÉDÉRAL ET LES CARACTÉRISTIQUES ESSENTIELLES DU SÉNAT

79. Une des considérations les plus susceptibles d'avoir un effet décisif sur la validité constitutionnelle d'une réforme du Sénat et qui aurait une incidence négative sur la représentation des communautés de langue officielle en situation minoritaire est celle de la compétence du Parlement fédéral, agissant seul, concernant l'adoption d'une telle réforme. Cette question est relativement controversée et suscite plusieurs opinions divergentes. La difficulté repose essentiellement sur le fait qu'aucune disposition des textes constitutionnels ne serait modifiée par la partie de ce projet de loi prévoyant l'élection indirecte des membres de la Chambre haute. Il n'en demeure pas moins qu'une telle réforme de la Chambre haute devrait probablement être effectuée selon la formule prévue à l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

38 (1) La Constitution du Canada peut être modifiée par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée à la fois :

- a) par des résolutions du Sénat et de la Chambre des communes;
- b) par des résolutions des assemblées législatives d'au moins deux tiers des provinces dont la population confondue représente, selon le recensement général le plus récent à l'époque, au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces.

38 (1) An amendment to the Constitution of Canada may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada where so authorized by

- (a) resolutions of the Senate and House of Commons; and
- (b) resolutions of the legislative assemblies of at least two-thirds of the provinces that have, in the aggregate, according to the then latest general census, at least fifty per cent of the population of all the provinces.

80. Tout d'abord, malgré l'approche indirecte prise par le gouvernement fédéral, la nature constitutionnelle du changement proposé semble évidente lorsqu'on regarde le caractère véritable des propositions de réforme, qui est sans aucun doute reliée au Sénat. Les tribunaux ont depuis longtemps précisé que pour déterminer le caractère véritable d'une loi, il ne faut pas se limiter à une analyse stricte du texte de loi : ses effets doivent également être pris en considération¹⁵⁶. Comme il a été démontré précédemment, le projet de loi aurait certainement pour effet de modifier le Sénat. D'ailleurs, le préambule de la plus récente proposition de réforme du Sénat indique que le gouvernement fédéral invoque son pouvoir de modifier les dispositions relatives au Sénat, qui lui est donné par l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, lequel prévoit :

156. Voir, quant à la question de la détermination du caractère véritable, R. c. *Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463. Cette évaluation du caractère véritable des propositions de réforme du Sénat a été confirmée par le professeur de droit Charles-Emmanuel Côté, de l'Université Laval, lors d'une comparution devant le Comité chargé de l'étude du projet de loi n° C-20 le 30 avril 2008.

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.

44 Subject to sections 41 and 42, Parliament may exclusively make laws amending the Constitution of Canada in relation to the executive government of Canada or the Senate and House of Commons.

81. Cependant, l'article 44 n'est pas le seul à traiter des modifications constitutionnelles relatives au Sénat, et nous ne croyons pas qu'il permette au Parlement fédéral d'adopter ces réformes. L'alinéa 42 (1) (b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* indique que les changements relatifs aux pouvoirs du Sénat et au mode de sélection des sénateurs doivent être réalisés en suivant la procédure prévue à l'article 38 :

42 (1) Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait conformément au paragraphe 38(1) :

a) le principe de la représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes prévu par la Constitution du Canada;

b) les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs; (nos soulignés)

c) le nombre des sénateurs par lesquels une province est habilitée à être représentée et les conditions de résidence qu'ils doivent remplir;

d) sous réserve de l'alinéa 41d), la Cour suprême du Canada;

e) le rattachement aux provinces existantes de tout ou partie des territoires;

f) par dérogation à toute autre loi ou usage, la création de provinces.

42 (1) An amendment to the Constitution of Canada in relation to the following matters may be made only in accordance with subsection 38(1) :

(a) the principle of proportionate representation of the provinces in the House of Commons prescribed by the Constitution of Canada;

(b) the powers of the Senate and the method of selecting Senators; (emphasis added)

(c) the number of members by which a province is entitled to be represented in the Senate and the residence qualifications of Senators;

(d) subject to paragraph 41(d), the Supreme Court of Canada;

(e) the extension of existing provinces into the territories; and

(f) notwithstanding any other law or practice, the establishment of new provinces.

82. La Cour suprême du Canada, avant le rapatriement de la Constitution, a traité de la question des pouvoirs du Parlement du Canada de modifier unilatéralement les dispositions de la Constitution applicables au Sénat. Dans le *Renvoi sur la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, la Cour suprême du Canada a indiqué que le paragraphe 91 (1) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* (maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867*) ne « permet pas [au Parlement fédéral] d'apporter des modifications qui porteraient atteinte aux caractéristiques fondamentales ou essentielles attribuées au Sénat pour assurer la représentation régionale et provinciale dans le système législatif fédéral »¹⁵⁷. Examinant les questions précises posées par le gouvernement dans le renvoi, la Cour indique qu'en vertu du préambule de cette loi, qui prévoit une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni, le fait que la Chambre haute soit nommée, et par conséquent non élue, constitue l'une de ses caractéristiques essentielles¹⁵⁸. Il ressort aussi du jugement que le Sénat a été conçu pour être « un organisme tout à fait indépendant qui pourrait revoir avec impartialité les mesures adoptées par la Chambre des communes »¹⁵⁹. Le gouvernement fédéral a également demandé à la Cour si le Parlement fédéral pouvait modifier la durée du mandat des sénateurs. La Cour a refusé de répondre à cette question, car elle ne comportait pas de contexte assez précis¹⁶⁰.

83. Le rapatriement de la Constitution en 1982 a entraîné l'abrogation du paragraphe 91 (1) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et son remplacement par l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui est son équivalent fonctionnel. Plusieurs constitutionnalistes croient tout de même que le *Renvoi sur le Sénat* est encore pertinent pour l'interprétation de l'article 44. Selon certains, l'article 44 de la *Loi*

157. *Renvoi sur le Sénat*, préc., note 18, 78.

158. *Id.*, 77. Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 3, énonce que le Canada a « une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ».

159. *Id.*

160. *Id.*, 76.

constitutionnelle de 1982 refléterait un choix du constituant de « consacrer et de maintenir » les principes dégagés par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi sur le Sénat*¹⁶¹. Selon d'autres, la compétence constitutionnelle du Parlement pour modifier sa propre constitution doit recevoir une interprétation restrictive et « en utilisant les expressions "pouvoir exécutif", "Sénat" et "Chambre des communes", la *Loi constitutionnelle de 1982* veut donner suite à ce jugement de la Cour suprême »¹⁶².

84. Pour ce qui est de l'article 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il n'existe aucune jurisprudence à ce jour permettant d'éclaircir sa portée. Par conséquent, afin de déterminer la portée de l'expression « les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs », il faut s'appuyer en grande partie sur l'interprétation du libellé, sur son objet et sur la doctrine. Le professeur Hogg est d'avis que l'article 42 ne s'applique qu'aux textes qui forment la Constitution du Canada, en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et croit que cet article est exhaustif¹⁶³. Voici le libellé de l'article 52 :

161. Benoît PELLETIER, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough, Carswell, 1996, p. 184, 194 et 195. Pelletier indique également que « le pouvoir unilatéral de modification du Parlement central est énoncé de façon plus stricte dans l'article 44 que dans l'ancien par. 91 (1), de sorte qu'il est évident que cette compétence ne porte que sur la régie interne de l'État central » (p. 181).

162. H. BRUN, préc., note 7, p. 225. Cette interprétation a d'ailleurs été défendue par d'autres constitutionnalistes qui ont témoigné lors de l'étude du projet de loi n° C-20, ainsi qu'ailleurs dans la doctrine : voir CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Témoignages*, Comité législatif chargé du projet de loi C-20, 2^e sess., 39^e légis., fascicule n° 005, 16 avril 2008, p. 5 (professeur Fabien Gélinas, Faculté de droit de l'Université McGill); CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Témoignages*, Comité législatif chargé du projet de loi C-20, 2^e sess., 39^e légis., fascicule n° 009, 4 juin 2008, p. 2 (M. Benoît Pelletier, alors ministre québécois des Affaires intergouvernementales). Voir également John WHYTE, « Senate Reform: What Does the Constitution Say? », dans J. SMITH (dir.), préc., note 25, p. 97; Andrew HEARD, « Constitutional Doubts About Bill C-20 and Senatorial Elections », dans J. SMITH (dir.), préc., note 25, p. 81, à la page 92; Don DESSERUD, « Whither 91.1? : The Constitutionality of Bill C-19: An Act to Limit Senate Tenure », dans J. SMITH (dir.), préc., note 25, p. 63 (Desserud est en fait d'avis que la portée de l'article 44 est encore plus restreinte que celle du paragraphe 91 (1)).

163. Voir CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Témoignages*, Comité législatif chargé du projet de loi C-20, 2^e sess., 39^e légis., fascicule n° 005, 16 avril 2008, p. 2.

52 (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

(2) La Constitution du Canada comprend :

- a) la Loi de 1982 sur le Canada, y compris la présente loi;
- b) les textes législatifs et les décrets figurant à l'annexe;
- c) les modifications des textes législatifs et des décrets mentionnés aux alinéas a) ou b).

(3) La Constitution du Canada ne peut être modifiée que conformément aux pouvoirs conférés par elle.

52 (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

(2) The Constitution of Canada includes

- (a) the Canada Act 1982, including this Act;
- (b) the Acts and orders referred to in the schedule; and
- (c) any amendment to any Act or order referred to in paragraph (a) or (b).

(3) Amendments to the Constitution of Canada shall be made only in accordance with the authority contained in the Constitution of Canada.

85. De plus, le professeur Hogg ne croit pas que le *Renvoi sur le Sénat* soit encore pertinent depuis le rapatriement de la Constitution¹⁶⁴. En conséquence, selon lui, une réforme du Sénat qui aurait pour effet de réduire la présence au Parlement des communautés de langue officielle en situation minoritaire serait valide, car elle «échappe aux contraintes de l'alinéa 42 (1) (b), selon lequel il faut procéder à un amendement pour changer le mode de sélection des sénateurs, puisqu'il ne modifie pas véritablement l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867* »¹⁶⁵.

86. L'approche adoptée par le professeur Hogg est d'un formalisme qui ne cadre pas tout à fait avec la nature de la Constitution canadienne, telle qu'elle est interprétée par les tribunaux. D'autres constitutionnalistes ont d'ailleurs des opinions contraires à la sienne. C'est le cas du professeur Benoît Pelletier, qui croit que l'alinéa 42 (1) (b), à l'instar de l'article 44, a constitutionnalisé les caractéristiques essentielles du Sénat telles qu'elles sont décrites dans le *Renvoi sur*

164. *Id.*, p. 3.

165. *Id.*, p. 2.

le Sénat, et ce, même si elles ne se trouvent pas dans la liste de l'article 52¹⁶⁶. De plus, le professeur Brun, traitant de la portée de l'article 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982* en ce qui concerne la Cour suprême, est d'avis que cet article ne peut se limiter aux textes énumérés à l'article 52¹⁶⁷. En faisant une analogie avec le *Renvoi sur le Sénat*, le professeur Brun croit que les caractéristiques essentielles de la Cour suprême sont protégées par l'article 42¹⁶⁸. Cette analogie au *Renvoi sur le Sénat* peut probablement être renversée afin d'en arriver à la conclusion que les caractéristiques essentielles du Sénat sont également protégées par l'article 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et que sa portée dépasse — et touche directement — les dispositions constitutionnelles écrites qui encadrent la nomination des sénateurs.

87. Cette position trouve au moins un appui de taille dans la jurisprudence, lequel ne semble pas avoir été pris en compte par le professeur Hogg. En effet, la Cour suprême du Canada a déjà indiqué qu'il existe des exceptions à l'exhaustivité de la liste de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, la Cour suprême du Canada a déclaré que les privilèges parlementaires inhérents devaient être inclus dans la Constitution, en vertu du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, même s'ils sont absents de la liste de l'article 52¹⁶⁹. Tout comme ce fut le cas pour les privilèges parlementaires, il semble plausible que des tribunaux concluraient que plusieurs caractéristiques essentielles du Sénat, dont le fait qu'il s'agisse d'une Chambre nommée, puissent elles aussi être dégagées du préambule de la Constitution, qui affirme que le Canada a une « constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni »¹⁷⁰. Par conséquent, une conclusion semblable devrait

166. B. PELLETIER, préc., note 161, p. 277.

167. H. BRUN, préc., note 7, p. 235.

168. *Id.*

169. *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319.

170. *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 3, voir préambule. La Cour suprême du Canada, dans le *Renvoi sur le Sénat*, préc., note 18, 77, semble confirmer que le mode de sélection des sénateurs est basé sur le principe non électif de la Constitution du Royaume-Uni.

aller de soi en ce qui concerne les conventions qui sont nécessaires pour protéger ces caractéristiques essentielles du Sénat.

88. Un raisonnement différent amène le professeur Charles-Emmanuel Côté à la même conclusion. Devant le comité spécial de la Chambre des communes, il affirme qu'il faut interpréter de façon large l'alinéa 42 (1) (b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il justifie sa position en notant la différence de terminologie entre cet alinéa et les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives à la nomination de sénateurs par le gouverneur général¹⁷¹. Il est d'avis que l'utilisation dans la *Loi constitutionnelle de 1867* des termes « mandat » et « nomination », qui sont plus restrictifs que l'expression « mode de sélection des sénateurs » présente dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, traduit une volonté d'englober quelque chose de plus large que ce processus¹⁷².

89. Il est raisonnable de conclure que l'adoption de l'alinéa 42 (1) (b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* démontre une volonté de constitutionnaliser tout le processus de nomination des sénateurs et d'accorder ainsi une protection supplémentaire à la forme et au rôle actuels du Sénat, éléments qui permettent à la Chambre haute d'être un mécanisme de représentation des communautés de langue officielle en situation minoritaire. Une réforme du Sénat qui porte atteinte à la représentation de ces communautés, dans la mesure où elle a une incidence sur les caractéristiques essentielles de la Chambre haute, dépasse probablement le cadre de la procédure de modification limitée prévue par l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁷³. En adoptant une réforme selon laquelle le Sénat serait transformé en chambre dont les membres sont élus pour un mandat de neuf ans, le

171. Voir *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 3, art. 24, 26 et 32.

172. Voir CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Témoignages*, Comité législatif chargé du projet de loi C-20, 2^e sess., 39^e légis., fascicule n^o 006, 30 avril 2008, p. 6.

173. Le professeur Benoît Pelletier indique que le constituant, entre autres choses, ne souhaitait pas que la procédure de modification puisse « permettre aux autorités centrales d'aller à l'encontre des dispositions de la Constitution du Canada qui sont essentielles à la mise en œuvre du principe fédéral, ni d'ailleurs de celles qui, pour des raisons historiques, constituent une condition fondamentale de l'Union formée en 1867 » : B. PELLETIER, préc., note 161, p. 185. On peut imaginer que l'article 44, pour ce qui est de la constitution du Parlement fédéral, se limite à des modifications comme celles du rôle du président de la Chambre des communes ou bien du quorum de l'une ou l'autre des deux Chambres du Parlement.

Parlement créerait une situation de fait qui serait fondamentalement différente de celle qui est prévue dans l'ordre constitutionnel canadien depuis 1867. Par conséquent, adopter ces changements requiert l'utilisation de la formule de modification codifiée à l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, c'est-à-dire qu'il faudrait le consentement des deux chambres fédérales, ainsi que celui de sept législatures provinciales représentant au moins cinquante pour cent de la population canadienne¹⁷⁴. Ainsi, il est probable qu'une réforme comme celle qui est présentement envisagée soit *ultra vires* du Parlement fédéral.

**B) DU POUVOIR DES LÉGISLATURES PROVINCIALES
DE DONNER SUITE AUX RÉFORMES PROPOSÉES
PAR LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL**

90. Ces propositions de réforme comportent un autre aspect qui laisse planer le doute quant à leur constitutionnalité : le fait que le processus électoral qu'elles souhaitent créer repose sur l'ordre de gouvernement provincial. En effet, après leur adoption, il reviendrait aux provinces, si elles le veulent, d'adopter des lois prévoyant les processus électoraux appropriés. Malgré deux précédents¹⁷⁵, on peut se demander si les provinces sont compétentes pour adopter des lois prévoyant l'élection de candidates et de candidats à des postes prévus dans la constitution de l'autre ordre de gouvernement. Nous soutenons que ce n'est pas le cas.

91. L'adoption d'une telle loi par l'assemblée législative d'une province ne semble pas pouvoir être autorisée par les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* traitant des compétences provinciales. En effet, il semble que les articles 92, 92A, 93, 94A et 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'autorisent pas ce genre de loi. Les provinces n'ayant pas de pouvoir résiduel, il ne reste donc que la compétence des provinces

174. À noter qu'en vertu de l'article 47 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 123, le Sénat n'a qu'un droit veto suspensif à l'égard des modifications constitutionnelles effectuées en vertu des articles 38, 41, 42 ou 43.

175. Ce genre de loi existe déjà en Alberta depuis 1987 (*Senatorial Selection Act*, R.S.A. 2000, c. S-5), et une loi équivalente a été adoptée par la Saskatchewan en 2009, mais n'est toujours pas entrée en vigueur (*The Senate Nominee Election Act*, R.S.S. 2009, c. S-46.003).

pour modifier leur propre constitution, prévue à l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui dispose comme suit :

45 Sous réserve de l'article 41, une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province.

45 Subject to section 41, the legislature of each province may exclusively make laws amending the constitution of the province.

92. Dans l'affaire *Ontario (Procureur général) c. SEFPO*, la Cour suprême du Canada se penche sur la définition de ce qu'est la constitution d'une province dans le système fédéral canadien. Dans le cas de l'Ontario, la Cour indique ce qui suit :

une disposition peut généralement être considérée comme une modification de la constitution d'une province *lorsqu'elle porte sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement de la province, pourvu qu'elle ne soit pas par ailleurs intangible parce qu'indivisiblement liée à la mise en œuvre du principe fédéral ou à une condition fondamentale de l'union et pourvu évidemment qu'elle ne soit pas explicitement ou implicitement exemptée du pouvoir de modification que le par. 92 (1) accorde à la province*, comme par exemple la charge de lieutenant-gouverneur et, probablement et à plus forte raison, la charge de la souveraine qui est représentée par le lieutenant-gouverneur.¹⁷⁶ (nos italiques)

93. Il est donc nécessaire que le changement soit relié au fonctionnement d'un organe de gouvernement provincial et qu'il n'existe pas d'exemption explicite ou implicite ailleurs dans la Constitution¹⁷⁷. La Cour suprême du Canada ajoute, dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, que « lorsqu'il est plus juste d'affirmer qu'une [loi contestée] porte

176. *Ontario (Procureur général) c. SEFPO*, [1987] 2 R.C.S. 2, par. 90. À noter que le paragraphe 92 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* a été remplacé par l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 123, qui est son équivalent fonctionnel sauf pour quelques possibles exceptions relatives à l'article 43 n'ayant aucune application dans le cas qui nous concerne. Voir P. HOGG, préc., note 7, p. 4-33.

177. Le professeur Brun abonde dans le même sens et affirme que « [l]a partie de la Constitution du Canada qui peut être modifiée par simple législation provinciale est donc celle que, selon l'esprit, l'on peut considérer comme relevant de la constitution interne de la province étant donné qu'elle porte essentiellement sur l'organisation et le fonctionnement des institutions de la province. » H. BRUN, préc., note 7, p. 218. Voir également P. HOGG, préc., note 7, p. 4-33.

sur une matière qui échappe à la compétence de cette législature, la constatation de cette atteinte au partage des pouvoirs entraînera l'invalidation de la loi.»¹⁷⁸

94. Une loi provinciale relative à la sélection de candidates et candidats en vue d'être nommés au Sénat ne constitue pas un changement relevant de la constitution interne de la province. Ce genre de mesure représente une intrusion des provinces dans les institutions fédérales, laquelle n'est pas permise dans la structure constitutionnelle canadienne. De plus, la Cour suprême du Canada, dans le *Renvoi sur le Sénat*, a déjà émis des réserves quant à la participation possible de l'exécutif ou de la législature d'une province dans la sélection des sénateurs¹⁷⁹. Le Sénat est une institution faisant partie des organes fédéraux et ne peut être modifié qu'en vertu de la procédure d'amendement appropriée prévue à la Constitution. Le principe sous-jacent du constitutionnalisme soutient également cette thèse. La Cour, traitant de l'importance de la répartition des pouvoirs dans une fédération, indique que « [c]et objectif ne pourrait pas être atteint si un de ces niveaux de gouvernement démocratiquement élus pouvait usurper les pouvoirs de l'autre en exerçant simplement son pouvoir législatif pour s'attribuer à lui-même, unilatéralement, des pouvoirs politiques supplémentaires »¹⁸⁰. Par conséquent, ce genre de loi serait possiblement *ultra vires* des législatures provinciales¹⁸¹.

178. *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 26.

179. *Renvoi sur le Sénat*, préc., note 18, 77.

180. *Renvoi sur la sécession*, préc., note 15, par. 74. Ce point de vue a d'ailleurs déjà été soulevé lors des débats en deuxième lecture du projet de loi n° S-8 au Sénat (CANADA, *Débats du Sénat*, 3^e sess., 40^e légis., fascicule n° 57, 20 octobre 2009, p. 1186 (l'honorable sénateur Serge Joyal)).

181. Il est à noter que l'adoption de ces mesures législatives par le Parlement fédéral ne peut servir d'assise pour justifier la compétence législative des provinces. En effet, la jurisprudence est claire sur le fait qu'il est impossible pour un ordre de gouvernement de déléguer un pouvoir législatif à un autre pouvoir législatif. En 1951, dans l'affaire *Attorney General of Nova Scotia c. Attorney General of Canada*, [1951] R.C.S. 31, le juge Kerwin dit clairement que « The British North America Act divides legislative jurisdiction between the Parliament of Canada and the Legislatures of the Provinces and there is no way in which these bodies may agree to a different division » (p. 38). Le Parlement fédéral ne peut donc pas autoriser la législature provinciale à outrepasser sa compétence en lui donnant une autorisation législative de le faire.

CONCLUSION

95. Le présent article démontre que le Sénat joue un rôle très important de représentation des communautés de langue officielle en milieu minoritaire, rôle qui est au cœur de la fonction représentative de la Chambre haute depuis la Confédération. La présence de ces communautés au Sénat leur donne accès à un forum délibératif qui leur permet de faire valoir leur point de vue sur la scène fédérale. Des indices concrets de cette fonction de la Chambre haute se trouvent dans les textes constitutionnels, notamment dans les protections linguistiques prévues dans la Charte, mais également dans les principes sous-jacents de la Constitution. De plus, cet article démontre qu'il est probable que le rôle et la structure actuels du Sénat soient consacrés par la Constitution et soient par conséquent protégés contre des modifications effectuées par le Parlement fédéral agissant seul. Il est donc permis d'émettre de sérieux doutes sur la validité constitutionnelle d'une réforme du Sénat qui tenterait ainsi de contourner la Constitution.

96. Au cours des dernières années, la réforme du Sénat a repris une place importante dans le programme politique fédéral. Malheureusement, plutôt que de se concentrer sur la valeur des propositions avancées, ainsi que sur leur constitutionnalité, le processus actuel vise plutôt à faire élire le Sénat, peu importe la méthode et peu importe les conséquences sur le parlementarisme canadien. Cet objectif du gouvernement a engendré des propositions dont la constitutionnalité est douteuse. En effet, en présentant des mesures qui auraient pour effet de nuire à la représentation au sein du Sénat des communautés de langue officielle en situation minoritaire, le gouvernement tente de faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement : il tente de contourner la Constitution, car un amendement en bonne et due forme a peu de chances de se concrétiser dans la situation politique actuelle. Au cours de ce processus, les intérêts des communautés de langue officielle en situation minoritaire, qui comptent sur la Chambre haute pour leur offrir une certaine représentation dans les institutions parlementaires fédérales, ont été mis de côté.

97. La Cour suprême du Canada a déjà affirmé que les droits linguistiques « sont essentiels à la viabilité de la nation »¹⁸². C'est dans cet esprit que nous croyons que des études plus approfondies sur la question de la présence au sein des institutions parlementaires fédérales des communautés de langue officielle en situation minoritaire sont essentielles afin de les aider à maintenir une voix forte sur la scène fédérale. Ces recherches sont d'autant plus importantes qu'elles pourraient probablement avoir une réelle incidence sur l'opinion publique dans les groupes minoritaires et contribuer ainsi à mettre de la pression sur les gouvernements afin qu'ils prennent en compte les intérêts de ces groupes lorsqu'ils élaborent des propositions de réforme du Sénat. De plus, il n'est pas impossible que la doctrine qu'elle pourrait engendrer puisse un jour avoir une certaine influence sur les tribunaux, s'ils sont un jour appelés à trancher ces questions.

98. Il est également important de noter que le présent article ne se prononce pas contre le principe d'une réforme du Sénat prévoyant l'élection des sénateurs. Cependant, nous croyons que dans un État multinational comme le Canada, le respect de la démocratie demande souvent bien plus que le simple gouvernement du plus grand nombre. Les différents groupes constituant la diversité canadienne ont eux aussi le droit d'être entendus. Des propositions visant à garantir une représentation à des groupes minoritaires ne sont d'ailleurs pas inusitées dans l'univers politique contemporain. Par exemple, dans les discussions entourant la réforme de la Chambre des lords, au Royaume-Uni, le gouvernement s'est déjà prononcé en faveur d'une recommandation visant à garantir une représentation équitable des minorités ethniques du pays¹⁸³. Il est en effet particulièrement important de donner une voix aux différents groupes façonnant la diversité d'un État afin que leur point de vue soit entendu et leurs droits respectés. Par conséquent, toute proposition de réforme du Sénat canadien se doit de réconcilier le besoin de légitimité démocratique et la nécessité de permettre une

182. *R. c. Mercure*, préc., note 46, 269.

183. GOVERNMENT OF THE UNITED KINGDOM, *The House of Lords — Completing the Reform*, London, The Stationery Office, 2000.

représentation de la diversité canadienne au sein des institutions parlementaires.

99. Finalement, l'exercice auquel convie le présent article ne serait pas seulement bénéfique pour les communautés de langue officielle en situation minoritaire. En effet, d'autres groupes minoritaires, plus particulièrement les Autochtones, pourraient également tirer profit de ces recherches afin de trouver des moyens d'assurer leur présence au sein de ces institutions. Leur représentation au Sénat est aussi menacée que celle des Francophones hors Québec, et certains arguments liés aux droits linguistiques pourraient avoir un équivalent fonctionnel dans les droits garantis aux Autochtones. Il est donc hautement souhaitable que les réflexions amorcées dans le présent article engendrent plus de recherche sur la question afin de combler les lacunes que l'on observe actuellement en ce qui a trait à ces aspects fascinants de la Constitution canadienne.

Mark C. Power
Programme de common law en français
Section de common law
Pavillon Fauteux
57, rue Louis-Pasteur, bureau 394
Université d'Ottawa
Ottawa (Ontario) K1N 6N5
Téléphone : 613 562-5800, poste 3381
Télécopieur : 613 562-5124
Mark.Power@uottawa.ca

Marc-André Roy
mroy2@hotmail.com