

## L'inconstitutionnalité du projet d'élections fédérales sénatoriales

Charles-Emmanuel Côté\*

Le gouvernement fédéral de Stephen Harper a fait connaître son intention de procéder à la réforme du Sénat du Canada dès son élection, en janvier 2006. La méthode choisie par Ottawa pour arriver à ses fins consiste à utiliser la compétence fédérale unilatérale de modification de la Constitution, en raison du blocage de la procédure multilatérale de modification constitutionnelle. Une première tentative avortée de modification fédérale unilatérale a eu lieu avec les projets de loi S-4 et C-43, en 2006<sup>1</sup>. Après leur mort au feuillet, le gouvernement fédéral a présenté ces projets de loi à nouveau en 2007, mais cette fois uniquement aux Communes, avec les projets de loi C-19 et C-20<sup>2</sup>. Suite à la mort au feuillet de ces derniers, un projet de loi concernant la limitation de la durée du mandat des sénateurs a de nouveau été présenté en 2009, sans toutefois aller aussi loin dans le processus législatif<sup>3</sup>. Ce projet de loi a connu le même sort lors de la suspension des travaux parlementaire en décembre 2009.

La réforme unilatérale du Sénat du Canada proposée par le gouvernement fédéral procède toujours en deux étapes : la durée du mandat des sénateurs serait réduite par une modification de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>4</sup>, tandis qu'Élections Canada serait chargée d'organiser des élections sénatoriales consultative par une loi fédérale ordinaire.

---

\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval, D.C.L. (McGill) et avocat au Barreau du Québec. Ce texte est issu d'un mémoire présenté par l'auteur le 30 avril 2008 au Comité législatif de la Chambre des communes chargé de l'étude du projet de loi C-20, *Loi prévoyant la consultation des électeurs en ce qui touche leurs choix concernant la nomination des sénateurs*. Canada, Chambre des communes, Comité législatif chargé du projet de loi C-20, *Témoignages*, 39<sup>e</sup> Parl., 2<sup>e</sup> sess., n° 6 (30 avril 2008).

<sup>1</sup> P.L. S-4, *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs)*, 1<sup>re</sup> sess., 39<sup>e</sup> Parl., 2006 (adoption du rapport du comité législatif avec modifications le 12 juin 2007); P.L. C-43, *Loi prévoyant la consultation des électeurs en ce qui touche leurs choix concernant la nomination au Sénat*, 1<sup>re</sup> sess., 39<sup>e</sup> Parl., 2006 (débat en deuxième lecture le 7 mai 2007).

<sup>2</sup> P.L. C-19, *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs)*, 2<sup>e</sup> sess., 39<sup>e</sup> Parl., 2007 (débat en deuxième lecture le 16 novembre 2007); P.L. C-20, *Loi prévoyant la consultation des électeurs en ce qui touche leurs choix concernant la nomination des sénateurs*, 2<sup>e</sup> sess., 39<sup>e</sup> Parl., 2007 (renvoi en comité législatif avant la deuxième lecture le 13 février 2008).

<sup>3</sup> P.L. S-7, *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (limitation de la durée du mandat des sénateurs)*, 2<sup>e</sup> sess., 40<sup>e</sup> Parl., 2009 (première lecture le 28 mai 2009).

<sup>4</sup> *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5.

Les commentaires qui suivent portent sur la compétence *in abstracto* du Parlement fédéral pour adopter une loi visant à organiser des élections sénatoriales consultatives. Ils ne visent ni à faire une étude détaillée des dispositions spécifiques du projet de loi C-20, ni à juger de la valeur ou de l'opportunité politique du processus de consultation des électeurs mis en place.

À notre avis, la question fondamentale que soulève ce projet de loi est celle de savoir s'il respecte un des objectifs primordiaux exprimé dans son préambule, soit « *que le Parlement entend préserver les caractéristiques essentielles du Sénat, lieu de réflexion indépendante, sereine et attentive au sein de la démocratie parlementaire canadienne* »<sup>5</sup>. Plus particulièrement, la question qui se pose est celle de savoir si la distinction formelle opérée par le projet de loi C-20 entre un « *mode d'élection directe* », d'une part, et un « *processus permettant aux électeurs de faire connaître leurs préférences quant à la nomination des sénateurs* », d'autre part, est déterminante quant à sa constitutionnalité<sup>6</sup>.

Pour les raisons qui suivent, nous estimons que cette distinction formelle pourrait ne pas être suffisante pour empêcher le projet de réforme du Sénat de dévier de son objectif de préserver les caractéristiques essentielles du Sénat, et soulève par conséquent des doutes sérieux quant à la constitutionnalité du projet de loi C-20.

### **1. Le mode de sélection des sénateurs et sa protection constitutionnelle**

La Constitution du Canada attribue au Gouverneur général le pouvoir de nommer membres du Sénat les personnes remplissant les qualifications requises<sup>7</sup>. Les conventions constitutionnelles veulent que celui-ci agisse uniquement en conformité avec les instructions du premier ministre du Canada. Nous vivons actuellement dans un système où le Premier ministre sélectionne les personnes destinées à devenir sénateurs et où le Gouverneur général procède officiellement à leur nomination. La manière dont le Premier ministre procède à la sélection des personnes appelées à siéger au Sénat est exempte de toute formalisation dans la loi ou la Constitution.

Depuis 1982, le mode de sélection des sénateurs est expressément protégé par la Constitution du Canada. Aux termes de l'article 42(1) b) de la *Loi constitutionnelle de*

---

<sup>5</sup> P.L. C-20, *supra* note 2, Préambule, 5<sup>e</sup> paragr. [Nous soulignons].

<sup>6</sup> *Ibid.*, Préambule, 4<sup>e</sup> paragr. [Nous soulignons].

<sup>7</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 4, art. 24. Les qualifications des sénateurs sont prévues aux articles 23, 29, 30 et 31.

1982, toute modification du « *mode de sélection des sénateurs* » relève désormais de la procédure normale de modification constitutionnelle, dite du « 7/50 », exigeant des résolutions de la Chambre des communes, du Sénat et des assemblées législatives d'au moins sept provinces représentant au moins 50 % de la population de toutes les provinces<sup>8</sup>. L'ancienne compétence législative du Parlement fédéral qui lui permettait de modifier la Constitution du Canada, alors prévue à l'article 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, a été abrogée et remplacée par la procédure unilatérale fédérale de modification constitutionnelle, prévue par l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>9</sup>. Celle-ci prévoit que le Parlement fédéral peut modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives au Sénat, à l'exception expresse des modifications portant sur le mode de sélection des sénateurs.

### **a. Le texte de l'article 42(1) b) de la Loi constitutionnelle de 1982**

La question cruciale consiste à déterminer l'étendue de ce qui est exclu de la compétence unilatérale fédérale, c'est-à-dire la portée de l'expression « mode de sélection des sénateurs ». Une analyse textuelle semble indiquer qu'il faut donner une acception large à cette expression, qui engloberait tout le processus menant à la nomination d'une personne au Sénat par le Gouverneur général, et non pas uniquement la phase finale de ce processus qui est la nomination. Le texte de l'article 42(1) b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est clair et ce qui est exclu de la compétence unilatérale fédérale n'est pas le « *mode de nomination des sénateurs* » [« *method of appointing Senators* »], mais bien le « *mode de sélection des sénateurs* » [« *method of selecting Senators* »].

Selon le *Petit Robert de la langue française*, la sélection est « [l'a]ction de choisir [...] les individus qui conviennent le mieux », alors que la nomination est « [l'a]ction de nommer quelqu'un à un emploi, à une fonction », et que nommer signifie « [d]ésigner, choisir (une personne) de sa propre autorité, pour remplir une fonction, une charge ». Le mot « sélection » renvoie donc à l'idée générale de choisir, d'effectuer un choix, alors que le mot « nomination » renvoie à l'idée plus précise de désigner une personne pour remplir une fonction. L'utilisation par l'article 42(1) b) du mot « *sélection* » semble déjà indiquer à elle seule que ce qui est visé, c'est tout le processus menant à la nomination d'une

---

<sup>8</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, art. 42(1) b). [Nous soulignons].

<sup>9</sup> *Ibid.*, art. 44.

personne au Sénat, mais sa combinaison avec le mot « mode » confirme cette interprétation large. Toujours selon le *Petit Robert de la langue française*, « mode » signifie « *forme particulière sous laquelle [...] s'accomplit une action* », ce qui renvoie à la manière, au processus par lequel on effectue une action.

La version anglaise de la *Loi constitutionnelle de 1982* confirme cette interprétation large de l'expression « *mode de sélection des sénateurs* » [« *method of selecting Senators* »]. Selon le *Concise Canadian Oxford Dictionary*, « *selection* » signifie « *the act or the instance of selecting* », alors que « *select* » signifie « *choose as the best or more suitable* ». Mais la version anglaise éclaire particulièrement bien le sens large et englobant de l'expression « *mode de sélection des sénateurs* », à la lumière de la définition du mot « *method* ». Toujours selon le même dictionnaire, « *method* » signifie « *a mode of procedure* », « *a defined or systemic way of doing a thing* », « *orderliness* », « *regular habits* », ce qui renvoie clairement à tout le processus de sélection menant à la nomination d'une personne au Sénat.

### **b. Le contexte historique de l'article 42(1) b) de la Loi constitutionnelle de 1982**

Le contexte historique ayant conduit à l'adoption de l'article 42(1) b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et à l'exclusion du mode de sélection des sénateurs de la procédure unilatérale fédérale de modification constitutionnelle de l'article 44, vient renforcer l'interprétation voulant qu'il faut donner à cette expression une acception large englobant tout le processus de sélection menant à la nomination d'une personne au Sénat.

Il est généralement admis que la solution retenue dans l'article 42(1) b) est fondée sur le *Renvoi sur la compétence du Parlement relativement à la chambre haute*<sup>10</sup>, qui a tracé les contours de la compétence législative du Parlement fédéral à l'égard du Sénat avant 1982<sup>11</sup>. La Cour suprême du Canada a jugé que l'ancien article 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne permettait pas au Parlement fédéral de toucher aux

---

<sup>10</sup> *Renvoi sur la compétence du Parlement relativement à la chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54.

<sup>11</sup> Voir notamment Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2002 aux pp. 230-231; Patrick J. Monahan, *Constitutional Law*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Irwin Law, 2006 à la p. 202; Warren J. Newman, « Defining the "Constitution of Canada" since 1982 : The Scope of the Legislative Powers of Constitutional Amendment Under Section 44 and 45 of the *Constitution Act, 1982* » (2003) 22 S.C.L.R. (2d) 423 à la p. 494.

« *caractéristiques essentielles du Sénat* », en raison du rôle de représentation des intérêts régionaux qu'il joue dans le processus législatif fédéral<sup>12</sup>. Toute atteinte aux caractéristiques essentielles du Sénat viendrait rompre l'équilibre des relations fédérales-provinciales dans notre système fédéral, aussi la Cour a-t-elle estimé que ces modifications ne pouvaient être faites unilatéralement par le Parlement fédéral, s'appuyant à notre avis, sans le dire explicitement, sur le principe du fédéralisme. La Cour suprême du Canada n'a pas énuméré spécifiquement toutes les questions qui toucheraient aux caractéristiques essentielles du Sénat, mais elle a jugé que l'élection directe des sénateurs en serait une et que cette question était *ultra vires* du Parlement fédéral<sup>13</sup>. Elle a insisté sur la nature non élective du Sénat comme en étant un « *trait fondamental* », en s'appuyant sur le renvoi fait par la Constitution du Canada aux principes qui sous-tendent celle du Royaume-Uni, où la chambre haute du Parlement britannique n'est pas élective, faisant à notre avis de la nature non élective du Sénat du Canada un principe constitutionnel sous-jacent, consubstantiel au système fédéral canadien créé en 1867<sup>14</sup>.

Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a refusé de se prononcer sur les autres questions liées à la sélection des sénateurs qui lui étaient posées par le gouvernement fédéral, faute de faits suffisants. Ces autres questions avaient trait à la nomination [« *selection* », dans la version anglaise du décret du gouvernement fédéral] des membres du Sénat par la Chambre des communes, ou par les assemblées législatives provinciales, sur l'avis [« *on the nomination* », dans la version anglaise du décret du gouvernement fédéral] du Gouverneur général ou du lieutenant-gouverneur<sup>15</sup>. Cela permet d'expliquer pourquoi l'article 42(1) b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne se borne pas à codifier l'exclusion de l'élection directe des sénateurs de la procédure unilatérale fédérale de modification constitutionnelle, prévue par l'article 44. C'est à dessein que l'on a préféré employer l'expression générique « *mode de sélection des sénateurs* » afin d'exclure toute modification touchant à la manière, au processus par lequel des personnes sont choisies et nommées au Sénat. Cette expression générique dépasse donc largement la simple nomination formelle au Sénat par le Gouverneur général, puisque dans les questions qui étaient

---

<sup>12</sup> Renvoi sur la compétence du Parlement relativement à la chambre haute, *supra* note 10, 78.

<sup>13</sup> *Ibid.*, 77.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> *Ibid.*, 58-59.

posées à la Cour suprême, le Gouverneur général conservait son pouvoir de nomination lorsque la Chambre des communes sélectionnait une personne. En 1982, on a jugé que toute modification du mode de sélection des sénateurs touchait aux caractéristiques essentielles du Sénat, c'est pourquoi on a exclu de la procédure fédérale unilatérale, et ce de manière explicite, globale et distincte des pouvoirs du Sénat, les questions liées au mode de sélection des sénateurs.

En somme, force nous est de conclure au caractère global de l'exclusion des questions touchant au mode de sélection des sénateurs de la procédure unilatérale fédérale de modification constitutionnelle. Cette exclusion ne viserait pas uniquement l'élection directe des sénateurs, mais inclurait aussi leur sélection par la Chambre des communes ou les assemblées législatives, même si le pouvoir de nomination formelle du Gouverneur général était maintenu, ou encore leur élection indirecte par le truchement d'un collège électoral. En définitive, tout ce qui touche au processus contribuant ou menant à l'identification des personnes destinées à être nommées ou à siéger au Sénat, serait exclu de la compétence du Parlement fédéral.

Dans cette perspective processuelle globale, il nous semble que le caractère obligatoire, facultatif ou consultatif du mode de sélection des sénateurs mis en place par une loi n'importerait guère. En se fondant sur le texte de l'article 42(1) b) et sur le contexte historique ayant mené à son adoption, il apparaît que toute initiative législative en ce sens serait *ultra vires* du Parlement fédéral.

## **2. Le caractère véritable du projet de loi C-20 : le mode de sélection des sénateurs**

Le projet de loi C-20 vise à permettre au gouvernement fédéral d'organiser des élections sénatoriales consultatives, de concert avec une élection générale fédérale ou provinciale<sup>16</sup>. La tenue de ces élections est facultative, puisque la loi confie au gouvernement fédéral le pouvoir de les déclencher par décret. L'objectif des élections est de permettre l'établissement d'une liste de candidats choisis par les électeurs pour chaque province, qui doit être publiée dans la *Gazette du Canada*<sup>17</sup>. Aucune disposition du projet de loi ne précise l'utilisation qui doit être faite de la liste, après sa publication, ce qui signifie que le gouvernement fédéral, le premier

---

<sup>16</sup> P.L. C-20, *supra* note 2, art. 12 et 13.

<sup>17</sup> *Ibid.*, art. 51 et 58.

ministre du Canada ou le Gouverneur général ne sont pas juridiquement liés par celle-ci.

Du point de vue constitutionnel, la question de la validité du projet de loi C-20 se pose. Il est bien établi en droit constitutionnel canadien que toute loi, pour être valide, doit se rattacher à un chef de compétence du législateur qui l'a adoptée. À notre avis, la seule assise constitutionnelle qui permettrait au Parlement fédéral d'adopter une telle loi est la procédure unilatérale fédérale de modification constitutionnelle, prévue par l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et donnant au Parlement fédéral la compétence exclusive pour modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives au Sénat, sous la réserve importante de l'exclusion examinée ci-dessus concernant le mode de sélection des sénateurs. La jurisprudence récente et la doctrine montrent que l'analyse classique de la validité constitutionnelle des lois s'applique également aux procédures de modification constitutionnelle<sup>18</sup>. L'application de cette analyse a été faite dans le contexte de la procédure bilatérale de modification constitutionnelle prévue par l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui nécessite l'utilisation de résolutions parlementaires. À notre avis, l'analyse classique de la validité constitutionnelle s'applique *a fortiori* à la procédure unilatérale fédérale de modification constitutionnelle prévue par l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, puisque celle-ci s'emploie au moyen d'une loi ordinaire du Parlement fédéral.

Pour établir la validité constitutionnelle du projet de loi C-20, il faut donc examiner si son caractère véritable, son « *pith and substance* » tombe ou relève bien de la compétence législative prévue par l'article 44<sup>19</sup>. Il s'agit de bien qualifier le projet de loi, en fonction de sa caractéristique dominante ou la plus fondamentale, de son objectif réel, à la lumière de la preuve intrinsèque et extrinsèque; les effets juridiques et pratiques du projet de loi peuvent aussi être pris en considération, dans la mesure où ils révèlent le caractère véritable de la loi. Or il nous semble qu'en substance, le projet de loi C-20 porte précisément sur le mode de sélection des sénateurs, puisqu'il

---

<sup>18</sup> Warren J. Newman, « Living with the Amending Procedures : Prospects for Future Constitutional Reform in Canada » (2007) 37 S.C.L.R. (2d) 383 aux pp. 403-406. Voir *Hogan v. Terre-Neuve (P.G.)*, 2000 NFCA 12, (2000) 183 D.L.R. (4th) 225 aux paragr. 95 et 97 (C.A. T.-N.-L.); *Potter c. Québec (P.G.)*, [2001] R.J.Q. 2823 aux paragr. 22-24 et 29-30 (C.A. Qué.).

<sup>19</sup> Voir notamment *Global Securities c. C.-B. (Sec. Comm.)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 506-507; *Ward c. Canada (P.G.)*, [2002] 1 R.C.S. 569, 579-580; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique*, [2002] 2 R.C.S. 146, 170-171; *Producteurs de volailles c. Pelland*, [2005] 1 R.C.S. 292, 301-302.

visé à créer un nouveau mécanisme de consultation des électeurs destiné à intervenir dans le processus menant à la sélection des sénateurs. À notre avis, le caractère facultatif et consultatif du nouveau processus n'est pas déterminant, et la distinction formelle opérée entre une élection directe des sénateurs et une élection consultative ne trouve pas de fondement solide dans la Constitution, qui exclut en substance de la compétence du Parlement fédéral la question globale du mode de sélection des sénateurs. Le caractère véritable du projet de loi C-20 apparaissant être de modifier le mode actuel de sélection des sénateurs, il ne peut être rattaché à aucun chef de compétence fédérale, puisqu'il dépasse les limites de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Cette conclusion est renforcée par le fait que les effets pratiques du projet de loi C-20 peuvent servir à éclaircir son caractère véritable. Même si le processus envisagé est facultatif et consultatif, il est permis de penser que si le projet de loi est adopté, le processus sera vraisemblablement utilisé. Or l'effet pratique de l'utilisation de ces élections sénatoriales consultatives et de la liste de candidats choisis par le gouvernement fédéral et le premier ministre du Canada sera d'ajouter un nouveau processus dans le cadre de la sélection des sénateurs. En outre, un effet juridique potentiel du projet de loi C-20 pourrait être la création d'une convention constitutionnelle obligeant le premier ministre du Canada à tenir des élections sénatoriales et à respecter le choix des électeurs. Cela confirme que le caractère véritable du projet de loi est bien de modifier le mode actuel de sélection des sénateurs.

Le lien conceptuel entre la question du mode de sélection des sénateurs et les caractéristiques essentielles du Sénat nous conforte également dans cette conclusion. Des sénateurs nommés à partir de la liste dressée suivant le projet de loi C-20 pourraient raisonnablement estimer qu'ils ont une légitimité démocratique suffisante pour éprouver moins de retenue face à la Chambre des communes que des sénateurs nommés suivant le mode actuel de sélection. À partir du moment où le nombre de sénateurs nommés aux termes du nouveau mode de sélection serait significatif, l'équilibre politique entre la Chambre des communes et le Sénat pourrait être touché, affectant le rôle du Sénat dans le processus législatif canadien. Cela renforce à nouveau le fait que la nature non obligatoire du processus envisagé ne serait pas déterminante d'un point de vue constitutionnel.



---

Charles-Emmanuel Côté, « L'inconstitutionnalité du projet d'élections fédérales sénatoriales »

Ainsi, le projet de loi C-20 ne modifierait certes pas le mode de nomination des sénateurs par le Gouverneur général, mais il modifierait leur mode actuel de sélection, même si le processus envisagé est facultatif et consultatif. Les élections sénatoriales envisagées toucheraient par essence au processus, à la méthode suivant laquelle les sénateurs sont choisis. Or il apparaît que le Parlement fédéral n'est pas compétent pour légiférer sur cette question.

\* \* \*

En somme, nous sommes d'avis que l'on peut raisonnablement conclure que le caractère véritable du projet de loi C-20 est de modifier le mode actuel de sélection des sénateurs, en introduisant un processus d'élections consultatives par la population. Or la question du mode de sélection des sénateurs est explicitement exclue de la compétence législative du Parlement fédéral pour modifier la Constitution du Canada en ce qui concerne le Sénat. Dans cette mesure, le projet de loi C-20 apparaît constitutionnellement invalide et *ultra vires* du Parlement fédéral. Dans ces circonstances, il pourrait être opportun de demander à la Cour suprême du Canada de se prononcer formellement sur la constitutionnalité du projet de loi C-20.

### **Addendum**

Les projets de loi S-8 et C-10 ont été déposés au Parlement par le gouvernement fédéral au printemps 2010<sup>20</sup>. Ces projets de loi constituent la dernière initiative fédérale dans son projet de réforme unilatérale du Sénat du Canada. Le projet de loi S-8, intitulé *Loi concernant la sélection des sénateurs*, est une version modifiée de manière assez significative des projets antérieurs d'élections fédérales sénatoriales. La modification la plus importante consiste à charger dorénavant les provinces de l'organisation des élections sénatoriales consultatives. Même si cette innovation pourrait avoir pour effet de renforcer la représentation des intérêts provinciaux au Sénat, il nous semble à première vue qu'il s'agit d'un expédient qui souffre toujours du même vice constitutionnel que ces prédécesseurs. Le caractère véritable du projet de loi S-8 demeure la modification du mode actuel de sélection des sénateurs et il serait donc *ultra vires* du Parlement fédéral, pour les raisons exposées précédemment.

---

<sup>20</sup> P.L. S-8, *Loi concernant la sélection des sénateurs*, 3<sup>e</sup> sess., 40<sup>e</sup> Parl., 2010 (première lecture le 27 avril 2010); P.L. C-10, *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (limitation de la durée du mandat des sénateurs)*, 3<sup>e</sup> sess., 40<sup>e</sup> Parl., 2010 (débat en deuxième lecture le 25 mai 2010).