

Aux frontières de la modification constitutionnelle : le caractère para-constitutionnel de la réforme du Sénat canadien

Catherine Mathieu et Patrick Taillon¹

Introduction

De son élection en 2006 jusqu'au plus récent discours du Trône², le gouvernement conservateur de Stephen Harper a continuellement manifesté son intention de réformer le Sénat canadien. Cet engagement – conjugué avec le ferme refus de ce gouvernement d'ouvrir des négociations constitutionnelles dans ce dossier ou dans un autre – l'a amené à privilégier la voie des réformes unilatérales conduites par une simple loi du Parlement. Depuis son arrivée au pouvoir, le gouvernement Harper a ainsi déposé un total de huit projets de loi relatifs à la réforme du Sénat, dont un, le projet de loi C-7, en contexte de gouvernement majoritaire³.

¹ Patrick Taillon est professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval et Catherine Mathieu est diplômée de deuxième cycle de cette même Faculté. Ce texte cherche à approfondir certains aspects des recherches entreprises par celle-ci dans le cadre de son mémoire de maîtrise intitulé *La réforme du Sénat en marge des procédures multilatérales de modification constitutionnelle* (Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2013) en les combinant aux travaux amorcés par Patrick Taillon sur l'utilisation de la loi ordinaire afin de mener des réformes para-constitutionnelles des institutions politiques canadiennes. Les auteurs tiennent à remercier le Fonds québécois de recherche sur la société et la culture, le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada et le Secrétariat aux Affaires intergouvernementales canadiennes du Québec de l'aide financière accordée à l'un ou l'autre des auteurs dans la réalisation de leurs travaux de recherche.

² PARTI CONSERVATEUR DU CANADA, *Plate-forme conservatrice Changeons pour vrai*, 13 janvier 2006, p. 44, en ligne : <http://www.poltext.org/sites/poltext.org/files/plateformes/can2006pc_plt.14112008_16550.pdf> (site consulté le 7 novembre 2013); PARTI CONSERVATEUR DU CANADA, *Plate-forme conservatrice Un Canada fort et libre*, 7 octobre 2008, p. 24, en ligne : <http://www.poltext.org/sites/poltext.org/files/plateformes/can2008pc_plt.14112008_160047.pdf> (site consulté le 7 novembre 2013); PARTI CONSERVATEUR DU CANADA, *Plate-forme conservatrice Ici pour le Canada*, 8 avril 2011, p. 72, en ligne : <<http://www.conservative.ca/media/2012/06/Plateforme-conservatrice-2011-FRs.pdf>> (site consulté le 7 novembre 2013); CANADA, *Débats du Sénat*, 2^e sess., 41^e légis., vol. 149, n^o 1, 16 octobre 2013, p. 2-13.

³ En ordre chronologique de dépôt : *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs)*, projet de loi n^o S-4 (Adoption du rapport du comité – 12 juin 2007), 1^{ère} sess., 39^e légis. (Can.); *Loi prévoyant la consultation des électeurs en ce qui touche leurs choix concernant la nomination des sénateurs*, projet de loi n^o C-43 (1^{ère} lecture – 13 décembre 2006), 1^{ère} sess., 39^e légis. (Can.); *Loi prévoyant la consultation des électeurs en ce qui touche leurs choix concernant la*

Considérant que le Parlement fédéral n'avait pas la compétence d'adopter de tels projets de loi, le gouvernement du Québec a initié, le 1^{er} mai 2012, un renvoi devant la Cour d'appel du Québec afin que celle-ci se prononce sur la constitutionnalité du projet de loi C-7⁴. Les questions posées par le gouvernement québécois avaient pour but de déterminer si ce projet de loi contenait une modification constitutionnelle visée par l'une des trois procédures multilatérales de modification prévues à la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁵. La première question concernait l'exception relative à la « charge » du gouverneur général prévue à l'alinéa 41a) de la *L.C. de 1982* dont la modification nécessite l'accord du Parlement fédéral et de l'assemblée législative de chaque province. La seconde portait sur la modification du « mode de sélection des sénateurs » de l'alinéa 42(1) b) de la *L.C. de 1982* qui ne peut être menée qu'avec l'accord du Parlement fédéral et de sept provinces représentant 50 % de la population. La troisième visait à établir si le projet de loi C-7 constituait une modification portant atteinte aux caractéristiques fondamentales et au rôle du Sénat ne pouvant être effectuée que par le biais de la procédure générale de modification constitutionnelle prévue au paragraphe 38(1) de la *L.C. de 1982*.

Dans sa décision rendue le 24 octobre 2013⁶, la Cour d'appel du Québec a répondu de façon positive à la seconde question. Elle a conclu, à l'unanimité des 5 juges présents, que l'introduction d'élections sénatoriales consultatives et la réduction de la durée du mandat des sénateurs à 9 ans, prévues par le projet de loi C-7, constituaient une modification au « mode de sélection des sénateurs et aux pouvoirs du Sénat » nécessitant ainsi l'accord de sept provinces représentant 50 % de la population.

nomination des sénateurs, projet de loi n° C-20 (1^{ère} lecture – 13 novembre 2007), 2^e sess., 39^e légis. (Can.); *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs)*, projet de loi n° C-19 (1^{ère} lecture – 13 novembre 2007), 2^e sess., 39^e légis. (Can.); *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (limitation de la durée du mandat des sénateurs)*, projet de loi n° S-7 (1^{ère} lecture – 28 mai 2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can.); *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (limitation de la durée du mandat des sénateurs)*, projet de loi n° C-10 (1^{ère} lecture – 29 mars 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.); *Loi concernant la sélection des sénateurs*, projet de loi n° S-8, 3^e sess., 40^e légis. (Can.); *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 (1^{ère} lecture – 21 juin 2011), 1^{ère} sess., 41^e légis. (Can.) Ayant été déposé le 21 juin 2011, ce projet de loi est toutefois resté au feuilleton jusqu'à la prorogation de 13 septembre 2013 après avoir été en deuxième lecture pendant plus d'un an.

⁴ Décret 346-2012, *Renvoi à la Cour d'appel du Québec relativement au projet de réforme du Sénat*, (2012) 144 G.O. II, 2277.

⁵ *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 44 [ci-après « *L.C. de 1982* »].

⁶ *Renvoi sur le projet de loi fédéral relatif au Sénat*, 2013 QCCA 1807 [ci-après « *Renvoi sur la réforme du Sénat* »].

Alors que le gouvernement fédéral avait jusqu'alors refusé de solliciter l'avis de la Cour suprême du Canada, ce dernier décida, le 1^{er} février 2013, non seulement de porter la question en renvoi⁷, mais aussi de poser des questions dont la portée dépasse largement le simple cadre du projet de loi C-7. La Cour suprême aura par conséquent à déterminer si le Parlement peut réformer certains aspects du Sénat sans l'accord des provinces, en l'occurrence réduire la durée du mandat des sénateurs, mettre en place des élections consultatives fédérales ou provinciales et abolir les exigences relatives aux conditions de propriété des membres du Sénat. Du reste, le gouvernement fédéral a également demandé à la Cour si l'abolition du Sénat exige l'accord unanime des provinces, ou si l'accord de sept provinces représentant 50 % de la population suffit.

Ces deux renvois, à la Cour d'appel du Québec et à la Cour suprême du Canada, visent en somme à identifier – en ce qui concerne la Chambre haute fédérale – la frontière entre, d'un côté, les procédures multilatérales de modification de la Constitution et, de l'autre, les normes constitutionnelles souples qui entrent dans le domaine des lois matériellement constitutionnelles modifiables par simples lois. De cette frontière entre les normes constitutionnelles rigides de rang supralégislatif et les normes constitutionnelles souples de rang législatif dépend pour l'essentiel la réponse à la question de la constitutionnalité des différents projets de réforme du Sénat déposés devant le Parlement fédéral. Or, avant même de se prononcer sur la constitutionnalité des réformes entreprises par le fédéral, une précision essentielle et fondamentale doit être apportée afin de bien comprendre la nature de ces réformes.

Souhaitant éviter à tout prix de s'engager dans une modification multilatérale de la Constitution rigide, le gouvernement Harper a tenté de transcender la traditionnelle distinction entre dispositions souples et rigides de la Constitution de manière à introduire – par le biais d'une procédure souple ou unilatérale de modification – des changements dont le caractère véritable met toutefois en cause des normes constitutionnelles rigides. En prétendant « compléter » le dispositif déjà en place, tout en préservant formellement les normes constitutionnelles rigides en vigueur, le gouvernement fédéral tente de faire évoluer substantiellement le fonctionnement de la Chambre haute.

Pour ce faire, il s'appuie à la fois sur la compétence législative du Parlement fédéral relative à la modification des dispositions souples de la Constitution⁸, et aussi – c'est

⁷ *Décret C.P. 2013-70* en date du 1^{er} février 2013.

⁸ L'article 44 de la *L.C. de 1982* donne au Parlement fédéral la « compétence exclusive pour modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat et à la Chambre des Communes ». Cette disposition est venue remplacer le paragraphe 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), reproduite dans

probablement là que réside le caractère plus innovant et plus controversé de cette réforme – sur une compétence générale de « compléter » par des lois que nous qualifions de « para-constitutionnelles »⁹ les dispositions constitutionnelles relevant de l'une des procédures rigides ou multilatérales de modification constitutionnelle.

En clair, une partie des réformes législatives envisagées par le fédéral dans le dossier du Sénat doit être distinguée d'une autre. C'est cette distinction entre, d'un côté, une modification des dispositions souples de la Constitution, conduite suivant la procédure de l'article 44, et, de l'autre côté, une réforme para-constitutionnelle de la Constitution que cet article vise à défendre (1.) en identifiant les caractéristiques de la réforme para-constitutionnelle du mode de désignation des sénateurs par rapport aux autres types de modification envisagée et (2.) en analysant les fondements juridiques – bien souvent contestables – de ce type de réforme.

1. Deux législations dans une : de la durée du mandat à la réforme para-constitutionnelle du mode de sélection des sénateurs

Sur le plan procédural, les réformes entreprises par le gouvernement conservateur de Stephen Harper ont toutes épousé la forme législative. Qu'elles visent à limiter la durée du mandat des sénateurs ou à mettre en place des élections sénatoriales, les réformes

L.R.C. 1985, app. II, n° 5 [ci-après « *L.C. de 1867* »] qui donnait au Parlement le pouvoir de modifier la « constitution du Canada », pourvu que cette modification ne touche pas aux pouvoirs législatifs provinciaux, aux écoles, à l'usage du français et de l'anglais, à l'obligation du Parlement de tenir au moins une session chaque année et à la restriction voulant que la Chambre des communes ne puisse poursuivre ses travaux au-delà de 5 ans. Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 215; Ronald CHEFFINS, « The Constitution Act, 1982 and the Amending Formula : Political and Legal Implications », (1982) 4 *S.C. Law Rev.* 43, 45; Bayard W. REESOR, *The Canadian Constitution in Historical Perspective with a Clause-by-Clause Analysis of the Constitution Acts and the Canada Act*, Scarborough, Prentice-Hall Canada Inc., 1992, p. 207; *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54, 68 [ci-après « *Renvoi sur la Chambre haute* »]; Francis R. SCOTT, « The British North America (No. 2) Act, 1949 », (1950) 8-2 *U.T.L.J.* 201, 202.

⁹ Le concept de para-constitutionnalité au cœur de cette recherche est inspiré en partie de la définition qu'en donne Johanne Poirier dans ses travaux sur les ententes intergouvernementales. Pour reprendre ses termes, une « fonction para-constitutionnelle désigne une fonction s'inscrivant en marge ou en complément de normes constitutionnelles. Il peut s'agir de contourner, compléter, interpréter, déjouer ou éviter les normes ou la nécessité de réformes institutionnelles ». Johanne POIRIER, « Quand le non-droit fait la loi : les ententes entre partenaires fédéraux et l'hypothèse du pluralisme juridique », *Site collaboratif de recherches sur l'avenir du droit public, Centre de droit public de l'ULB*, en ligne : <[http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/index.php?id=14&tx_ttnews\[pointer\]=1&cHash=bf631284](http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/index.php?id=14&tx_ttnews[pointer]=1&cHash=bf631284)> (site consulté le 16 juillet 2013).

proposées ont chaque fois emprunté la même voie procédurale, celle de projets de loi, déposés parfois au Sénat, parfois à la Chambre des communes.

Parmi les huit projets de loi déposés par le gouvernement conservateur depuis son entrée au pouvoir, quatre proposaient de modifier l'article 29 de la *L.C. de 1867* afin de réduire le mandat des sénateurs à huit ans¹⁰. Ces projets de loi furent généralement déposés de façon concomitante avec des projets de loi distincts visant à mettre en place des élections sénatoriales dites « consultatives ». Les projets de loi C-43¹¹ et C-20¹² prévoyaient tous deux la tenue d'élections fédérales alors que le projet de loi S-8¹³ établissait, quant à lui, un cadre que devait adopter les provinces pour organiser des élections sénatoriales sur leur territoire. Finalement, le projet de loi C-7 fusionnait, dans un même véhicule législatif, la réduction de la durée du mandat des sénateurs, qu'il établissait cette fois à 9 ans, et l'introduction d'élections sénatoriales organisées par les provinces en fonction d'un cadre prévu par l'annexe accompagnant le projet de loi.

S'il y a une certaine similitude quant à la forme législative des projets de loi, sur le plan substantiel, des différences majeures existent quant au contenu même des réformes proposées. D'un côté se retrouvent les modifications au texte de la *L.C. de 1867* conduites suivant la procédure de l'article 44 de la *L.C. de 1982* et de l'autre, les modifications para-constitutionnelles du mode de sélection des sénateurs. La nature de ces changements se résume ainsi : alors que les projets de loi relatifs à la durée du mandat des sénateurs visent à opérer une modification expresse d'une disposition constitutionnelle [a.], ceux relatifs aux élections sénatoriales cherchent plutôt à « compléter » la Constitution [b.] en ajoutant des modalités d'exercice d'un pouvoir tout en laissant intact, du moins en apparence, le dispositif constitutionnel antérieur. C'est ce second type de réformes que nous qualifions de « para-constitutionnelles ».

a. La modification unilatérale des dispositions souples relatives à la durée du mandat des sénateurs

D'abord, en ce qui concerne la durée du mandat des sénateurs, le mode opératoire retenu par les rédacteurs des différents projets de loi épouse les formes classiques de la modification constitutionnelle conduite suivant la procédure unilatérale fédérale. Chaque fois, les récents projets de loi visaient à ajouter un paragraphe à l'article 29 de la *L.C. de 1867*, et ce, selon différentes modalités : S-4 suggérait un mandat de huit ans

¹⁰ Projet de loi n° S-4, préc., note 3; projet de loi n° C -19, préc., note 3; projet de loi n° S-7, préc., note 3; projet de loi n° 10, préc., note 3.

¹¹ Projet de loi n° C -43, préc., note 3.

¹² Projet de loi n° C -20, préc., note 3.

¹³ Projet de loi n° S-8, préc., note 3.

renouvelable¹⁴; C-19 proposait un mandat de huit ans non renouvelable¹⁵; S-7 et C-10 imposaient un mandat de huit ans non renouvelable, et ajoutaient un effet rétroactif à la modification en prévoyant que cette limite s'appliquerait au mandat d'un sénateur nommé depuis le 14 octobre 2008¹⁶. La proposition la plus récente, celle du projet de loi C-7, a repris le caractère rétroactif des deux projets de loi précédents, mais en fixant le mandat à neuf ans non renouvelables¹⁷.

Il y a donc dans cette première catégorie de changements, soit ceux relatifs à la durée du mandat, au moins trois traits ou caractéristiques à souligner. Premièrement, ces changements visent à modifier le texte de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Deuxièmement, ils tentent de se rapporter, c'est du moins la position soutenue par les autorités fédérales, à un type de dispositions bien précises de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les dispositions souples – et donc de rang législatif. De ce fait, ces changements pourraient, troisièmement, s'inscrire dans le domaine d'application de la procédure de modification unilatérale fédérale prévue par l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Les dispositions souples de la Constitution canadienne font certes figure d'exceptions, mais leur modification – facilitées par la procédure unilatérale fédérale – n'a rien d'exceptionnel. Par exemple, les deux lois ayant modifié l'article 51 de la *L.C. de 1867* pour changer la représentation à la Chambre des communes en 1985 et en 2011¹⁸, ou encore la *Loi constitutionnelle de 1999*, ayant amendé les articles 21, 28 et 51 de la *L.C. de 1867* afin d'assurer la représentation du Nunavut au Sénat et à la Chambre des communes, témoignent de cet usage de la procédure de l'article 44 pour des modifications mineures du pouvoir exécutif, du Sénat et de la Chambre des communes, c'est-à-dire des changements qui n'affectent pas l'une des caractéristiques essentielles des institutions fédérales. Dans le cas particulier de la réforme du Sénat, c'est ce type de loi qui est employé par le fédéral afin de fixer la durée du mandat des sénateurs par le biais d'une modification à l'article 29 de la *L.C. de 1867*.

¹⁴ Projet de loi n° S-4, préc., note 3.

¹⁵ Projet de loi n° C -19, préc., note 3.

¹⁶ Projet de loi n° S-7, préc., note 3, projet de loi n° C -10, préc., note 3.

¹⁷ Projet de loi n° C-7, préc., note 3.

¹⁸ *Loi constitutionnelle de 1985 (représentation électorale)*, L.C. 1986, c. 8 et *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867; Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales et la Loi électorale du Canada (Loi la représentation équitable)*, L.C. 2011, c. 26. Selon James Ross Hurley, les changements à la formule de représentation des provinces à la Chambre des communes peuvent relever non seulement de l'article 44 de la *L.C. de 1982*, mais également du pouvoir de légiférer en cette matière que l'article 51 de la *L.C. de 1867* confère au Parlement. James Ross HURLEY, *La modification de la Constitution du Canada. Historique, processus, problèmes et perspectives d'avenir*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996, p. 82.

Cela dit, bien que ce ne soit pas le propos central de la présente étude, on peut sérieusement s'interroger sur la constitutionnalité de cette modification de l'article 29 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Est-ce véritablement une modification à l'âge de la retraite ou l'ajout d'un tout autre contenu ayant un impact sur le fonctionnement et les caractéristiques essentielles du Sénat? Or, la capacité du Parlement fédéral à limiter unilatéralement le mandat des sénateurs est restreinte de trois manières.

Premièrement, la modification de la durée du mandat des sénateurs risque d'engendrer des conséquences suffisamment importantes sur les pouvoirs du Sénat et sur le mode de sélection de ses membres pour être exclue du domaine d'application de l'article 44 et relever plutôt de la procédure du 7/50 tel que le prévoit l'alinéa 42(1) b) de la *L.C. de 1982*. C'est du moins la conclusion à laquelle est parvenue la Cour d'appel du Québec dans le *Renvoi sur la réforme du Sénat* :

[...] En réalité, une modification de la durée du mandat peut porter atteinte à la fois aux pouvoirs du Sénat et au mode de sélection de ses membres.

Il s'ensuit qu'il existe un intérêt provincial dans le remplacement de la nomination à vie (jusqu'à l'âge de 75 ans) par un mandat d'une durée prédéterminée et que la modification proposée ne pouvait être couverte par l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[...] Il serait difficile pour les tribunaux de tracer des balises claires en deçà desquelles on pourrait affirmer, sans hésitation, que le fonctionnement du Sénat n'est pas affecté par une modification de la durée du mandat des sénateurs. En outre, le passage d'un mandat viager à un mandat de durée fixe n'excédant pas neuf ans constituerait un changement qualitatif d'importance. Dans ces circonstances, il est plus logique de penser que le constituant a voulu laisser la détermination de la durée du mandat sénatorial aux acteurs politiques, plutôt qu'aux tribunaux et que l'alinéa 42(1) b), inclut, dans les questions des pouvoirs et du mode de sélection, la durée du mandat¹⁹.

Outre cette question des conséquences d'un changement significatif de la durée du mandat sur les pouvoirs du Sénat et sur les relations qu'entretient cette assemblée avec la Chambre des communes, la proposition des autorités fédérales risque deuxièmement d'affecter la « charge du gouverneur général ». Imposant une limite au pouvoir de ce

¹⁹ *Renvoi sur la réforme du Sénat*, préc., note 6, par. 82-84. Voir aussi Charles-Emmanuel CÔTÉ, « Modifier la Constitution du Canada sans la modifier? Les limites de la compétence fédérale unilatérale sur le Sénat », (2013) 5 *R.Q.D.C.* 1, 103-106, en ligne : <http://www.aqdc.org/pub/cms_volume_tablemat.php?id_volume=5> (site consulté le 7 novembre 2013).

dernier de nommer « de temps à autre »²⁰ les membres du Sénat, la réforme proposée forcerait le gouverneur général à effectuer un très grand nombre de nominations dans un laps de temps relativement court²¹. Alors que, dans la situation actuelle, les nominations se font graduellement et que le gouverneur général dispose d'une entière discrétion pour nommer les sénateurs « de temps à autre », le projet de loi C-7²² lui imposerait d'exercer son pouvoir discrétionnaire à un moment précis et de manière cyclique.

Enfin, troisièmement, la réduction de la durée du mandat des sénateurs pourrait porter suffisamment atteinte aux « caractéristiques essentielles » du Sénat pour nécessiter l'accord des provinces²³. Ne siégeant que pour un seul mandat de huit ou neuf ans, les

²⁰ *L.C. de 1867*, art. 24 : « Le gouverneur général mandera de temps à autre au Sénat, au nom de la Reine et par instrument sous le grand sceau du Canada, des personnes ayant les qualifications voulues. [...] » [nos italiques].

²¹ Cette hypothèse a été soulevée par John McEvoy lors de l'étude du projet de loi S-4 devant le Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles. Le professeur McEvoy était d'avis que la mise en place d'un mandat sénatorial de 8 ans modifierait « de façon inacceptable la charge de la gouverneure générale en changeant la nature de la charge qu'elle peut attribuer à des personnes qualifiées ». En d'autres termes, une modification à la « charge » de la personne nommée affecterait la « charge » de la personne qui la nomme. De ce fait, en ne permettant plus au gouverneur général de nommer des sénateurs à vie et en le « contraignant » à les nommer pour une période de 8 ou 9 ans, on modifierait un élément constitutif de son pouvoir de nommer des sénateurs, ce qui porterait, par le fait même, atteinte à sa « charge ». CANADA, SÉNAT, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, 1^{ère} sess., 39^e légis., fascicule n° 23, 22 mars 2007, p. 86 (M. John McEvoy). C'est également la position soutenue par la sénatrice Anne C. Cools qui prétend que la modification de la durée du mandat des sénateurs porte atteinte à la charge de « Reine » protégée à l'alinéa 41a) de la *L.C. de 1982*. Anne C. COOLS, *Mémoire présenté à la Cour suprême du Canada dans le Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, p. 29, en ligne : <http://www.scc-csc.gc.ca/factums-memoires/35203/FM115_Intervenir_Honorable-Anne-C.-Cools.pdf> (site consulté le 7 novembre 2013). Catherine MATHIEU, préc., note 1, p. 100-101.

²² En effet, le projet de loi C-7 prévoit que tous les sénateurs nommés après le 14 octobre 2008 verront leur mandat expirer 9 ans après l'entrée en vigueur de la loi. Ainsi, près du tiers des sénateurs quitteront leur poste au même moment. Catherine MATHIEU, préc., note 1, p. 100-101.

²³ Dans le cadre du *Renvoi sur la Chambre haute*, la Cour suprême est venue ajouter des limites implicites aux exceptions expressément prévues au pouvoir du Parlement fédéral de modifier la « constitution du Canada » en vertu du paragraphe 91(1) de la *L.C. de 1867*. Ainsi, bien que cette disposition semblait permettre au Parlement d'apporter unilatéralement des réformes substantielles au Sénat canadien, la Cour suprême a néanmoins établi que les caractéristiques « essentielles » ou « fondamentales » de la Chambre haute ne pouvaient être modifiées par le Parlement agissant seul. Malgré l'entrée en vigueur d'une procédure de modification constitutionnelle en 1982 prévoyant des exceptions expresses au pouvoir fédéral de modifier les dispositions relatives au Sénat, les changements aux caractéristiques essentielles de la Chambre haute continue d'échapper, de notre point de vue, à l'action unilatérale du Parlement

sénateurs ne disposeraient plus de l'indépendance, de la perspective à long terme et de la continuité qui caractérisent et différencient leur travail de celui des membres de la Chambre des communes²⁴. Une telle réforme modifierait le rôle du Sénat dans le processus législatif et l'équilibre des pouvoirs entre les deux chambres. Or, une telle modification devrait selon nous être considérée comme portant atteinte à un élément central des conditions de l'union de 1867. Certes, le Parlement fédéral bénéficie d'une certaine marge de manœuvre pour apporter des changements mineurs à la durée du mandat des sénateurs, mais il ne dispose certainement pas de la liberté totale de bouleverser en profondeur cette institution²⁵. Considérant que l'article 44 de la *L.C. de*

fédéral. Parmi les auteurs qui partagent ce point de vue : Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, préc., note 8, p. 225, 226; CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Témoignages, Comité législatif chargé du projet de loi C-20*, 2^e sess., 39^e légis., n^o 5, 16 avril 2008, p. 1635 (M. Fabien Gélinas); Catherine MATHIEU, préc., note 1, p. 74-86, Benoît PELLETIER, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough, Carswell, 1996, p. 186; Mark C. POWER et Marc-André ROY, « La représentation au Parlement fédéral des communautés de langue officielle en situation minoritaire : étude sur la réforme du Sénat et sa validité constitutionnelle », (2012) 422 R.G.D 498, 553; André TREMBLAY, *Droit constitutionnel — Principes*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 48. D'autres auteurs soutiennent que la procédure de modification est venue, en 1982, supplanter les conclusions du Renvoi en codifiant, à l'article 42, toutes les caractéristiques du Sénat considérées comme essentielles : CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Témoignages, Comité législatif chargé du projet de loi C-20*, 2^e sess., 39^e légis., n^o 5, 16 avril 2008, p. 3 (M. Peter W. Hogg); CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Témoignages, Comité législatif chargé du projet de loi C-20*, 2^e sess., 39^e légis., n^o 2, 5 mars 2008, p. 8 (M. Warren J. Newman). La Cour d'appel du Québec a, quant à elle, rejeté l'argument selon lequel les caractéristiques essentielles du Sénat sont protégées par le paragraphe 38(1) de la *L.C. de 1982. Renvoi sur la réforme du Sénat*, préc., note 6, par. 87-88.

²⁴ Sur les caractéristiques essentielles du Sénat, voir notamment : CANADA, SÉNAT, *Présentation au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 1^{ère} sess., 39^e légis., 21 mars 2007 (M. Andrew Heard); Serge JOYAL, « Conclusion », dans Serge JOYAL (dir.), *Protéger la démocratie canadienne : le Sénat en vérité*, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2003, aux pages 290-338; Gil RÉMILLARD, « La réforme du Sénat, le nécessaire retour aux sources », dans Serge JOYAL (dir.), *Protéger la démocratie canadienne : le Sénat en vérité*, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2003, aux pages 113-142; CANADA, SÉNAT, *Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, 1^{ère} sess., 39^e légis., fascicule n^o 25, 25 avril 2007 (M. David E. Smith); David E. SMITH, « L'adaptation possible du Sénat, sans avoir à modifier la Constitution », dans Serge JOYAL (dir.), *Protéger la démocratie canadienne : Le Sénat en vérité*, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2003, aux pages 246-288.

²⁵ Il ressort des décisions *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016 et *Procureur général de l'Ontario c. SEFPO*, [1987] 2 R.C.S. 2 que la modification de dispositions constitutionnelles relatives aux conditions fondamentales de l'union et à la mise en œuvre du principe fédéral échappe au pouvoir d'amendement unilatéral des provinces. En outre, la Cour a précisé en *obiter dictum* dans l'arrêt *SEFPO* que « le pouvoir de modification constitutionnelle que le paragraphe 92(1) accorde aux provinces ne comprend pas nécessairement le pouvoir de provoquer des bouleversements constitutionnels profonds par l'introduction d'institutions

1982 connaît davantage d'exceptions que son prédécesseur, le paragraphe 91(1) de la *L.C. de 1867*, le pouvoir unilatéral de modification constitutionnelle du Parlement fédéral doit rester soumis à des restrictions aussi, sinon plus importantes que celles que lui avait imposées la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Chambre haute*²⁶.

b. Le caractère para-constitutionnel de la réforme du mode de désignation des sénateurs

En ce qui concerne cette fois le second type de réformes proposées par le gouvernement fédéral, il s'agit de modifications qui visent prétendument à « compléter » le texte de la Constitution sans le modifier formellement. Contrairement à la modification de la durée du mandat qui implique un amendement au texte de la *L.C. de 1867*, la mise en place d'élections sénatoriales consultatives est introduite par un dispositif législatif qui, formellement, ne change rien au texte de la Constitution. Une simple loi opère alors une évolution en profondeur du fonctionnement des institutions tout en préservant, du moins en apparence, le dispositif protégé par la Constitution formelle. Or, ce genre de réforme que nous qualifions de « para-constitutionnelle » cherche, en fin de compte, à neutraliser ou à modifier – en marge de la Constitution formelle – certains aspects de cette même Constitution. Bien évidemment, ce procédé permet aux acteurs politiques d'éviter le recours à l'une ou l'autre des procédures multilatérales de modification constitutionnelle.

Dans le cas particulier de la réforme du Sénat, les dispositions législatives relatives au mode de sélection des sénateurs entrent assurément dans cette catégorie de réforme para-constitutionnelle. Elles ajoutent une étape supplémentaire dans le processus de

politiques étrangères et incompatibles avec le système canadien ». Considérant que la jurisprudence relative à l'article 92(1) continue de s'appliquer à l'article 45 de la *L.C. de 1982*, la procédure unilatérale provinciale de modification constitutionnelle connaîtrait encore aujourd'hui de telles limites implicites. Font par conséquent partie de la Constitution rigide les dispositions étroitement liées aux conditions fondamentales de l'union et au principe fédéral. En appliquant la jurisprudence relative au pouvoir d'amendement unilatéral provincial à l'article 44, il s'en suit que toute modification à une disposition qui serait étroitement liée au compromis fédératif canadien ou qui provoquerait des bouleversements constitutionnels profonds échapperait au pouvoir du Parlement fédéral agissant seul. De ce fait, ce pouvoir serait non seulement limité par les exceptions qui se trouvent aux articles 41 et 42, mais également par ces limites implicites. *Renvoi sur la Chambre haute*, préc., note 8, 56; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 37; Georges BROWN, *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord*, 3^e session, 8^e Parlement provincial du Canada, Québec, 1865, p. 87, cité dans le *Renvoi sur la Chambre haute*, préc., note 8, p. 67. Catherine MATHIEU, préc., note 1, p. 84-85. Charles-Emmanuel CÔTÉ, préc., note 19, 21.

²⁶ Catherine MATHIEU, préc., note 1, p. 136-137.

sélection des sénateurs, tout en laissant intacts les articles 24 et 32 de la *L.C. de 1867* relatifs à la désignation par le gouverneur général des sénateurs. D'un projet de loi à l'autre, cette étape supplémentaire a pu obéir à des modalités organisationnelles fort différentes, les élections étant parfois organisées par le fédéral (C-43 et C-20) suivant le mode de scrutin proportionnel à vote unique transférable, parfois par les provinces (S-8 et C-7) suivant un mode de scrutin uninominal à un tour²⁷. Néanmoins, dans tous les cas, ces projets de loi para-constitutionnelle ajoutent à l'hypocrisie d'une nomination formelle par le gouverneur général devenue – sous l'effet des conventions constitutionnelles – une nomination par le premier ministre, l'hypocrisie d'une élection, dite « consultative », visant à préserver – du moins en apparence – le mode de désignation traditionnel des sénateurs fédéraux.

²⁷ Le projet de loi C-43 prévoyait la mise en place d'une mécanique électorale permettant au gouvernement fédéral de consulter les Canadiens au moment d'une élection générale fédérale. La préférence des électeurs se serait exprimée selon un mode de scrutin proportionnel, le vote unique transférable, en vertu duquel les électeurs auraient classé les candidats par ordre de préférence. Le projet de loi C-20, présenté après la mort au feuillet du projet de loi C-43, était très semblable à ce dernier. Les deux projets ne comportaient que des différences de nature technique qui n'avaient aucun impact sur le processus électoral prévu. À la différence des projets de loi antérieurs, le projet de loi S-8 visait à placer l'élection des sénateurs dans un contexte politique provincial, mais encadré par la législation fédérale. L'annexe du projet de loi établissait, d'une part, que l'élection se tiendrait sur une base provinciale, sans lien avec le calendrier électoral de la Chambre des communes et, d'autre part, que les candidats ne pourraient pas être affiliés à un parti politique fédéral. L'annexe du projet de loi S-8 venait grandement simplifier la formule électorale prévue par les projets de loi C-43 et C-20. Le mode de scrutin uninominal à un tour se substituait ainsi au scrutin par vote unique transférable. De plus, selon l'annexe, la responsabilité de la tenue des élections sénatoriales aurait reposé sur les autorités électorales provinciales plutôt que sur Élections Canada comme prévu précédemment. Le projet de loi S-8, à l'instar de ses prédécesseurs, ménageait, sur le plan formel, une certaine marge de manœuvre au premier ministre fédéral dans son rôle de recommandation au gouverneur général des candidats au poste de sénateur. En outre, le gouvernement fédéral abandonnait dans le projet de loi S-8 la notion de « consultations » qui se retrouvait dans les projets de loi antérieurs. Le projet de loi S-8 traitait désormais d'« élections ». Finalement, le projet de loi C-7 a joint les deux éléments de réforme du Sénat, antérieurement mis de l'avant par le gouvernement conservateur, notamment dans les projets de loi C-10 et S-8 qu'il avait déposés au cours de la législature précédente. Le contenu de ce nouveau projet de loi ressemble considérablement à celui des deux projets de loi précédents, mis à part la proposition de limiter la durée du mandat des sénateurs à neuf ans plutôt qu'à huit. Ce projet de loi intègre également une contrainte supplémentaire à l'égard du premier ministre, en prévoyant, à l'article 3, que « 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 » et, à l'article 1 de l'annexe, que « les sénateurs devant être nommés pour une province ou un territoire *devraient être choisis* à partir de la liste des candidats sénatoriaux présentée par le gouvernement de la province ou du territoire » [nos italiques].

Loin d'être le propre de la réforme du Sénat, ces lois introduisant des réformes para-constitutionnelles répondent, en définitive, à des caractéristiques bien précises [ii.] et tendent à se multiplier au Canada depuis quelques années [i.].

i. Les attraits de la législation para-constitutionnelle

Les projets de loi relatifs à l'élection consultative des sénateurs, à titre de réforme para-constitutionnelle, n'ont rien d'un cas isolé. En fait, le recours à ce genre de procédé a, depuis l'échec de l'Accord du lac Meech, eu tendance à s'accroître au Canada. Certaines propositions, comme celles visant à encadrer législativement le pouvoir de proroger les travaux parlementaires²⁸, le mode de nomination des juges²⁹ ou le recours à la clause

²⁸ Guy TREMBLAY, « Le projet de limiter le pouvoir du gouvernement de proroger le Parlement », (2010) 33-2 *Revue parlementaire canadienne*, 17-18; Ronald CHEFFINS, « La prérogative royale et la charge de lieutenant-gouverneur », (2000) 23-1 *Revue parlementaire canadienne*, 14-19; Bruce HICKS, « La prérogative royale dans les contextes britannique et canadien », (2010) 33-2 *Revue parlementaire canadienne*, 19-25; Nicholas MACDONALD et James BOWDEN, « Prorogation : aucune latitude pour le gouverneur général », (2011) 34-1 *Revue parlementaire canadienne*, 8-17; Edward MCWHINNEY, « Les aspects constitutionnels et politiques de la charge de gouverneur général », (2009) 32-2 *Revue parlementaire canadienne*, 2-7; Edward MCWHINNEY, « Le rôle du gouverneur général : enseignement en provenance de l'Australie et d'ailleurs dans le Commonwealth », (2010) 33-4 *Revue parlementaire canadienne*, en ligne : <<http://www.revparl.ca/francais/issue.asp?art=1407¶m=200>> (site consulté le 7 novembre 2013); Peter H. RUSSEL, « Latitude et pouvoir de réserve de la Couronne », (2011) 34-2 *Revue parlementaire canadienne*, 19-25; André BARNES, *Étude sur la prorogation : Témoignages et opinions choisis*, Section des affaires constitutionnelles et parlementaires, 15 octobre 2010; André BARNES, *Prorogation : La pratique Royaume-Uni, en Australie et en Nouvelle-Zélande*, Section des affaires constitutionnelles et parlementaires, 23 avril 2010; Michel BÉDARD, *Étude sur la prorogation : contexte et questions aux fins de discussion*, Section des affaires constitutionnelles et parlementaires, 23 avril 2010.

²⁹ Plusieurs projets de loi portant sur le bilinguisme des juges à la Cour suprême ont été déposés au cours des dernières années par le Nouveau parti démocratique ainsi que par le Parti libéral du Canada : *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (compréhension des langues officielles — juges de la Cour suprême du Canada)*, projet de loi n° C-548 (1^{ère} lecture – 15 mai 2008), 2^e sess., 39^e légis. (Can.); *Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême (compréhension des langues officielles)*, projet de loi n° C-559 (1^{ère} lecture – 5 juin 2008), 2^e sess., 39^e légis. (Can.); *Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême (compréhension des langues officielles)*, projet de loi n° C-232 (2^e lecture – 22 mars 2011), 1^{ère} sess., 40^e légis. (Can.); *Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême (compréhension des langues officielles)*, projet de loi n° C-208 (1^{ère} lecture – 13 juin 2011), 1^{ère} sess., 41^e légis. (Can.) De plus, le gouvernement fédéral a introduit, dans le projet de loi d'exécution du budget déposé le 22 octobre 2013, des modifications aux articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, afin de modifier les conditions d'éligibilité des juges qui y siègent. *Loi n° 2 portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 21 mars 2013 et mettant en œuvre d'autres mesures*, projet de loi n° C-4 (2^e lecture et renvoi à un comité – 29 octobre 2013), 2^e sess., 41^e légis. (Can.), art. 471 et 472.

déroatoire de la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁰, n'ont pas été menées à leur terme. Plusieurs, au contraire, ont été mises en œuvre au cours des dernières années.

Il y a d'abord l'adoption, au cours des années 90, d'une loi fédérale instituant des véto régionaux³¹, de même que de lois provinciales rendant obligatoire la tenue d'un référendum préalablement à l'approbation par ces provinces de toute modification formelle à la Constitution du Canada, qui sont venues « compléter » – et à certains égards contredire – la partie V de la *L.C. de 1982*, et ce, par l'adoption de simples dispositions législatives³². Ces lois particulières sont rédigées comme si elles visaient non pas tant à amender les procédures formelles de modification, mais bien à préciser et à aménager la manière dont le fédéral ou les provinces concernées comptent exercer leurs droits et leurs prérogatives dans l'exercice des procédures de révision constitutionnelle. De cette façon, le fédéral et les provinces intéressées ont réussi à introduire des changements majeurs aux procédures de modification (c'est-à-dire l'ajout de véto régionaux et de référendums obligatoires) comme de simples compléments conçus et élaborés en marge de la Constitution formelle. En agissant ainsi, les parlementaires ont contrevenu directement à l'alinéa 41e) de la *L.C. de 1982* en n'exigeant pas le consentement unanime requis du fédéral et des provinces pour apporter des changements au processus de révision de la Constitution.

S'ajoute ensuite l'adoption, en 2000, de la *Loi sur la clarté*³³ par laquelle le Parlement fédéral a tenté de limiter l'étendue de son obligation constitutionnelle de négocier la sécession d'une province, à la suite de l'expression claire et démocratique de la population par référendum, énoncée explicitement par la Cour suprême du Canada à

³⁰ Malorie BEAUCHEMIN et Tristan PELOQUIN, « Le premier ministre à l'assaut de la clause déroatoire », *La Presse*, 10 janvier 2006, p. A2; Hélène BUZZETTI et Alec CASTONGUAY, « Coup d'éclat de Martin : Le premier ministre promet d'abolir la clause déroatoire incluse dans la Charte », *Le Devoir*, 10 janvier 2006, p. A1; Vincent MARISSAL, « Débat des chefs », *La Presse*, 11 janvier 2006, p. A1.

³¹ *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, L.C. 1996, c. 1 [ci-après « *Loi sur les véto régionaux* »]; Andrew HEARD and Tim SWARTZ, « The Regional Veto Formula and Its Effects on Canada's Constitutional Amendment Process », (1997) 30-2 *C.J.P.S.* 339.

³² Parmi ces lois se trouvent celles adoptées par la Colombie-Britannique (*Referendum Act*, R.S.B.C. 1996, c. 400 et *Constitutional Amendment Approval Act*, R.S.B.C. 1996, c. 67) et l'Alberta (*Constitutional Referendum Act*, R.S.A. 2000, c. 25). Voir aussi Sébastien GRAMMOND, « Une province peut-elle subordonner l'approbation d'une modification constitutionnelle à la tenue d'un référendum », (1997) 38-3 *C. de D.* 569; Patrick TAILLON, *Les nouveaux obstacles juridiques au renouvellement du fédéralisme canadien*, étude préparée pour le compte de l'Institut de recherche sur le Québec, Montréal, I.R.Q., 2007; Nancy CÔTÉ, *Referendums and constitutional amendment in Canada*, North York, Osgoode Hall Law School, York University, 2000.

³³ *Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec*, L.C. 2000, c. 26 [ci-après « *Loi sur la clarté* »].

l'occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*³⁴. Par cette loi ordinaire, le Parlement fédéral cherche à « neutraliser » les effets des normes constitutionnelles non écrites reconnues par la Cour suprême et, ainsi, à se soustraire à son obligation constitutionnelle de négocier. Encore une fois, sous prétexte de « compléter » l'avis de la Cour suprême, le Parlement fédéral tente unilatéralement de modifier le contenu de normes non écrites ayant une portée supralégislative.

De plus, l'adoption au cours des années 2000, par le Parlement fédéral et par plusieurs provinces, de lois sur les élections à date fixe représente un autre exemple de modification significative des institutions politiques canadiennes qui, normalement, aurait dû faire l'objet d'une modification formelle de la Constitution, comme l'exige pourtant l'alinéa 41*a*) de la *Loi constitutionnelle de 1982*³⁵. Or, en utilisant une technique de rédaction propre aux lois para-constitutionnelles, le législateur fédéral et plusieurs législateurs provinciaux ont réussi à préserver, du moins en apparence, les prérogatives des représentants de la Reine (gouverneur général et lieutenant-gouverneur), condition essentielle pour éviter en l'espèce l'application des procédures multilatérales de modification constitutionnelle. Il en résulte une réforme para-constitutionnelle qui

³⁴ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 25, par. 89-103.

³⁵ En plus du Parlement fédéral qui a adopté la *Loi modifiant la Loi électorale du Canada*, L.C. 2007, c. 10 [ci-après « *Loi sur les élections à date fixe* »], la majorité des provinces ont également adopté des lois prévoyant la tenue d'élections à date fixe : *Constitution (Fixed Election Dates) Amendment Act, 2001*, S.B.C. 2001, c. 36 (Colombie-Britannique); *An Act to Amend the House of Assembly Act and the Elections Act, 1991*, S.N.L. 2004, c. 44 (Terre-Neuve-et-Labrador); *An Act to amend the Election Act, the Election Finances Act and the Legislative Assembly Act, to repeal the Representation Act, 1996 and to enact the Representation Act, 2005*, S.O. 2005, c. 35 (Ontario); *Elections and Plebiscites Act*, S.N.W.T. 2006, c. 15 (Territoires du Nord-Ouest); *An Act to Amend the Election Act*, S.P.E.I. 2007, c. 29 (modifiée par S.P.E.I. 2008, c. 9) (Île-du-Prince-Édouard); *Loi modifiant la Loi sur l'Assemblée législative*, L.N.-B. 2007, c. 57 (Nouveau-Brunswick); *An Act to amend The Legislative Assembly and Executive Council Act, 2007*, S.S. 2008, c. 6 (Saskatchewan); *The Lobbyists Registration Act and Amendments to The Elections Act, The Elections Finances Act, The Legislative Assembly Act and The Legislative Assembly Management Commission Act*, S.M. 2008, c. 43, annexe B (Manitoba). L'Assemblée nationale étudie présentement la *Loi modifiant la Loi électorale afin de prévoir des élections à date fixe*, projet de loi n° 3 (sanctionné – 14 juin 2013), 1^{ère} sess., 40^e légis. (Qc.) Voir aussi Adam M. DODEK, « The Past, Present and Future of Fixed Election Dates in Canada », (2009) 4 *J.P.P.L.* 215; Andrew HEARD, « Legality and Fiction about Federal Fixed-Date Elections », (2009) 2 *J.P.P.L.* 1999; Edward MCWHINNEY, « Les élections à date fixe et les pouvoirs du gouverneur général d'accorder la dissolution », (2008) 31-1 *Revue parlementaire canadienne* 15; Doug STOLTZ, « Élections à date fixe, dissolution du Parlement et tribunaux », (2010) 33-1 *Revue parlementaire canadienne* 15; Guy TREMBLAY et Hubert CAUCHON, « Les élections à date fixe mais flexible au Canada », (2010) 51-2 *C. de D.* 425.

produit certes des effets, mais qui entraîne aussi des difficultés importantes d'application et d'interprétation.

Enfin, la récente *Loi de 2013 sur la succession au trône*³⁶, également contestée devant les tribunaux³⁷, confirme encore une fois cette tendance. Alors que l'existence d'un chef d'État non élu dont les règles de désignation sont constitutionnellement protégées par l'alinéa 41a) de la *L.C. de 1982* correspond à une caractéristique essentielle de la fédération canadienne, le Parlement fédéral a tenté, par une simple loi, de donner son consentement à l'application en droit canadien de modifications apportées par le Parlement britannique aux règles relatives à la désignation du chef de l'État. Comme pour d'autres lois para-constitutionnelles, les autorités fédérales prétendent, en l'espèce, qu'il n'y aurait pas de modification à la Constitution formelle dans la mesure où la loi fédérale ne fait que consentir à la réforme apportée par le Parlement britannique. Faisant fi non seulement de l'alinéa 41a) de la *L.C. de 1982* qui protège la « charge de Reine » du Canada, mais aussi de l'article 2 de la *Loi de 1982 sur le Canada*³⁸, par lequel le Parlement britannique a définitivement renoncé à son pouvoir de légiférer « pour le Canada », les autorités fédérales, dans ce dossier, cherchent à minimiser les effets juridiques du rapatriement de la Constitution. Elles ont recours à une procédure que Anne Twomey qualifie « d'extrêmement coloniale »³⁹ qui consiste à prétendre qu'il revient, encore aujourd'hui, au Parlement britannique de modifier les règles constitutionnelles relatives à la désignation du chef de l'État canadien⁴⁰.

³⁶ *Loi de 2013 sur la succession au trône*, L.C. 2013, c. 6; Bill 110, *Bill to Make succession to the Crown not depend on gender; to make provision about Royal Marriages; and for connected purposes*, sess. 2012-1013.

³⁷ *Geneviève Motard et Patrick Taillon c. Procureur général du Canada, Requête introductive d'instance en jugement déclaratoire (art. 52(1) L.C. 1982, 453 C. p.c.)*, déposée au greffe de la Cour supérieure du Québec, 6 juin 2013.

³⁸ *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 44 : « 2. Les lois adoptées par le parlement du Royaume-Uni après l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne font pas partie du droit du Canada ».

³⁹ Annie MATHIEU, « Loi sur la succession au trône : la façon de faire canadienne "extrêmement coloniale" », *Le Soleil*, 15 août 2013, en ligne : <<http://www.lapresse.ca/le-soleil/actualites/politique/201308/14/01-4679999-loi-sur-la-succession-au-trone-la-facon-de-faire-canadienne-extremement-coloniale.php>> (site consulté le 7 novembre 2013).

⁴⁰ Anne TWOMEY, « The royal succession and the de-patriation of the Canadian Constitution », *Constitutional Reform Unit — The University of Sydney*, en ligne : <http://blogs.usyd.edu.au/cru/2013/02/the_royal_succession_and_the_d.html> (site consulté le 7 novembre 2013); Anne TWOMEY, « Royal Succession rules : view from the Realms », *Constitutional Reform Unit — The University of Sydney*, en ligne : <<http://constitution-unit.com/2011/10/20/royal-succession-rules-view-from-the-realms/>> (site consulté le 7 novembre 2013); Garry TOFFOLI, « More is Needed to Change the Rules of Succession for Canada », (2013) 36-2 *Revue parlementaire canadienne*, 10-12; Garry TOFFOLI, *Is There a Canadian*

Suivant le raisonnement fédéral, la compétence législative relative à la « charge de Reine » serait restée, du moins ses règles de désignation du titulaire de cette charge, de la compétence du Parlement britannique, et ce, même après le rapatriement de la Constitution. Ainsi, comme c'était le cas avant le rapatriement de la Constitution de 1982 et conformément aux exigences du *Statut de Westminster de 1931*⁴¹, la loi fédérale de 2013 modifiant les règles de succession au trône de Reine du Canada ne viserait qu'à exprimer l'assentiment des autorités canadiennes à des modifications constitutionnelles conduites « pour le Canada » par le Parlement de Westminster.

ii. Les caractéristiques de la législation para-constitutionnelle

Que ce soit en ce qui concerne la nomination des sénateurs ou une autre réforme, toutes ces lois introduisant des modifications para-constitutionnelles des institutions politiques canadiennes partagent un certain nombre de caractéristiques. Premier trait à souligner, ces lois reposent sur une volonté ferme du législateur de ne pas modifier le texte de la Constitution formelle. Parfois, cette volonté est expressément énoncée dans le projet de loi⁴² alors qu'elle est, en certaines occasions, seulement tacite⁴³. Dans le cas

Law of Succession and Is There a Canadian Process of Amendment?, Toronto, The Canadian Royal Heritage Trust, en ligne : <<http://crht.ca/wp-content/uploads/2013/02/CRHT-Background-Paper-on-Canadas-Law-of-Succession.pdf>> (site consulté le 7 novembre 2013); Philippe LAGASSÉ, « Op-Ed: Canada's independence is at stake », *Ottawa Citizen*, 5 juillet 2013, p. B-7; Philippe LAGASSÉ, « The Queen of Canada is dead; long live the British Queen. Why the Conservatives must rethink their approach to succession », *Macleans's*, 3 février 2013, en ligne : <<http://www2.macleans.ca/2013/02/03/the-queen-of-canada-is-dead-long-live-the-british-queen/>> (site consulté le 7 novembre 2013); Daniel TURP, « La Loi de 2013 sur la succession au trône — Benoît Pelletier ou la nostalgie de l'époque impériale », *Le Devoir*, 18 juillet 2013, en ligne : <http://www.ledevoir.com/politique/canada/383148/benoit-pelletier-ou-la-nostalgie-de-l-epoque-imperiale?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3Afluxdudevoir+%28Le+fil+de+presse+du+Devoir%29> (site consulté le 7 novembre 2013); Pierre THIBAUT, Sophie THÉRIAULT, David ROBITAILLE et Marie-Ève SYLVESTRE, « Loi sur la succession au trône — Ottawa doit refaire ses devoirs », *Le Devoir*, 2 juillet 2013, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/politique/canada/381956/ottawa-doit-refaire-ses-devoirs>> (site consulté le 7 novembre 2013); Patrick TAILLON, « Projet de loi sur la succession au trône d'Angleterre — Une occasion de sauver ce qui reste du veto du Québec! », *Le Devoir*, 2 février 2013, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/politique/canada/369907/une-occasion-de-sauver-ce-qui-reste-du-veto-du-quebec>> (site consulté le 8 novembre 2013); Benoît PELLETIER, « Loi sur la succession au trône — Le fédéral n'a pas agi inconstitutionnellement », *Le Devoir*, 12 juillet 2013, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/politique/canada/382732/le-federal-n-a-pas-agi-inconstitutionnellement>> (site consulté le 7 novembre 2013).

⁴¹ *Statut de Westminster, 1931*, 22 Geo. V, c. 4 (R.-U.), préambule, art. 2, 4, 7.

⁴² À titre d'exemple, la *Loi sur les élections à date fixe* prévoit expressément que la mesure qu'elle introduit ne porte pas atteinte aux pouvoirs du gouverneur général, et qu'il ne s'agit donc pas

de la réforme du mode de désignation des sénateurs, cette volonté expresse de ne pas modifier la Constitution se manifeste à plus d'un titre.

Alors que la modification de la durée du mandat des sénateurs s'accompagne de l'intention clairement exprimée du gouvernement de procéder à une modification constitutionnelle, celles relatives aux « élections sénatoriales consultatives mettent l'accent, à l'inverse, sur l'absence de tout changement au texte constitutionnel »⁴⁴. Dans le cas de la durée du mandat, tant le titre (*Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 relativement à la limitation de la durée du mandat des sénateurs*) que le contenu de la Loi (« L'article 29 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est remplacé par ce qui suit : ») indiquent clairement que ce type de loi opère une modification constitutionnelle⁴⁵. Quant aux élections consultatives, leur validité constitutionnelle reposerait, selon les autorités fédérales, sur le fait qu'elles n'altèrent pas formellement le texte d'une disposition de la « Constitution du Canada » et qu'elles échapperaient donc aux procédures multilatérales prévues à la partie V de la *L.C. de 1982*⁴⁶.

Une seconde caractéristique réside dans le fait que les changements proposés touchent à une matière protégée par l'une des procédures multilatérales de modification de la Constitution de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par exemple, dans le cas de la réforme du Sénat, l'organisation d'une élection consultative entre, de toute évidence, dans le domaine du « mode de sélection » des sénateurs protégés par l'alinéa 42(1) *b*) de la *L.C. de 1982*. Par ailleurs, il y a lieu de croire que cette élection consultative, comme la réduction de la durée des mandats ait également des conséquences sur les « pouvoirs

d'une modification constitutionnelle relevant de l'alinéa 41*a*) de la *L.C. de 1982* : « 56.1 (1) Le présent article n'a pas pour effet de porter atteinte aux pouvoirs du gouverneur général, notamment celui de dissoudre le Parlement lorsqu'il le juge opportun ».

⁴³ *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, préc., note 31.

⁴⁴ Catherine MATHIEU, préc., note 1, p. 12.

⁴⁵ *Id.*, p.12-13.

⁴⁶ La position fédérale est à l'effet que la *Loi concernant la sélection des sénateurs* ne modifie pas ce qui est protégé par l'exception relative au « mode de sélection des sénateurs » prévue à l'alinéa 42(1) *b*) de la *L.C. de 1982* : « Comme le mode de sélection des sénateurs ne change pas, une modification de la Constitution n'est pas nécessaire ». CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 1^{ère} sess., 41^e légis., vol. 146, n^o 24, 30 septembre 2011, p. 1425 (Mme Kellie Leitch). Dans les explications qu'il fournit au sujet de la validité du projet de loi C-7, le ministre conservateur Tim Uppal prend bien soin d'établir cette distinction : « Contrairement aux dispositions relatives à la sélection, qui ne modifient pas la Constitution, les dispositions visant la limitation de la durée du mandat modifient la Constitution ». CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 1^{ère} sess., 41^e légis., vol. 146, n^o 25, 3 octobre 2011, p. 1727 (M. Tim Uppal).

du Sénat », du moins sur l'équilibre des pouvoirs entre les deux chambres du Parlement également protégées par l'alinéa 42(1) *b*)⁴⁷.

De ces deux premières caractéristiques, il faut convenir, à l'instar de Charles-Emmanuel Côté, qu'une loi para-constitutionnelle « modifie sans modifier » la Constitution⁴⁸. Autrement dit, bien que l'objet de ce type de lois soit visé par l'une ou l'autre des procédures complexes d'amendement, leur forme et les techniques rédactionnelles employées ont pour effet de préserver en apparence les dispositions de la Constitution formelle. Il n'en demeure pas moins que le caractère véritable, c'est-à-dire le caractère dominant d'une mesure au regard de son objet et de ses effets pratiques et juridiques⁴⁹, entre directement dans le domaine d'une matière ou d'un sujet constitutionnellement protégé par l'une des procédures multilatérales de modification de la Constitution prévue à la Partie V de la *L.C. de 1982*⁵⁰.

Enfin, troisième caractéristique des lois para-constitutionnelles, il s'agit de législations aux effets juridiques bien incertains. En effet, la loi para-constitutionnelle poursuit un objectif contradictoire : conserver intactes les normes supralégislatives tout en faisant évoluer significativement et substantiellement, au moyen de la loi ordinaire, des pratiques politiques pourtant régies par la Constitution. Or, de deux choses l'une, soit la législation para-constitutionnelle est inopérante parce que contraire aux normes supralégislatives protégées par les procédures multilatérales de modification, soit elle peut – sous l'effet d'une interprétation conforme à la Constitution – produire des effets atténués et, à bien des égards incertains. Dans cette seconde hypothèse, tout dépend alors des circonstances. Un peu à la manière d'une convention constitutionnelle, une telle loi peut entraîner un changement effectif des pratiques politiques, seulement et seulement si, les acteurs politiques adhèrent, consensuellement, au changement introduit et se sentent spontanément liés par l'acrobatie intellectuelle que suppose le respect simultané de la Constitution formelle et des lois para-constitutionnelles qui cherchent à en altérer le sens.

⁴⁷ Charles-Emmanuel CÔTÉ, préc., note 19, 20-22; Catherine MATHIEU, préc., note 1, p. 13.

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ Sur l'application du caractère véritable en matière de partage des compétences, voir notamment : Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, préc., note 8, p. 448-450; Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., Scarborough, Thomson Carswell, 2012, p. 15-7 et suiv.; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, par. 21-25; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 55-54; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669, par. 15; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 63-65.

⁵⁰ Catherine MATHIEU, préc., note 1, p. 23.

Dans le cas particulier de la réforme du mode de sélection des sénateurs, les différents projets de loi soumis au Parlement se caractérisent tous par l'effet non contraignant des élections sénatoriales, dites « consultatives »⁵¹, que le législateur fédéral cherche à mettre en place. L'absence de contrainte juridique est la technique rédactionnelle employée par le législateur fédéral⁵² afin de laisser subsister le mode traditionnel de sélection des sénateurs pour en fait le dénaturer complètement au moyen d'élections dites consultatives. Contrairement à la modification de la durée du mandat, véritable changement au texte constitutionnel, les effets non contraignants des élections sénatoriales consultatives permettent de maintenir, du moins en apparence, le pouvoir discrétionnaire du gouverneur général – depuis longtemps exercé par le premier ministre – de procéder à la nomination des sénateurs.

À supposer un instant – à l'inverse de notre conviction profonde – qu'une telle loi puisse être considérée comme conforme à la *L.C. de 1982*, les conséquences institutionnelles d'un tel dispositif seraient très difficiles à prévoir. Contrairement à une véritable réforme constitutionnelle faite dans les règles de l'art, la réforme para-constitutionnelle du Sénat conduirait à des effets juridiques bien incertains. Les plus confiants en cette réforme prétendent qu'une telle législation entraînerait, par le fait même, l'émergence de nouvelles conventions constitutionnelles⁵³. Comme par « magie », il résulterait de ces conventions que le premier ministre fédéral renoncerait définitivement à son pouvoir discrétionnaire de sélectionner les sénateurs, que les provinces accepteraient d'organiser de tels scrutins, et ce, en vertu d'une compétence législative qui ne seraient en aucun temps contesté bien que probablement contestable⁵⁴

⁵¹ À ce titre, le gouvernement conservateur fait reposer la validité constitutionnelle de la *Loi concernant la sélection des sénateurs* sur le fait que cette mesure « ne lie ni le premier ministre ni le gouverneur général lorsqu'ils font des nominations au Sénat ». Kellie LEITCH, préc. note 46.

⁵² Catherine MATHIEU, préc., note 1, p. 14 : « En fait, c'est cette absence de contrainte juridique de choisir des sénateurs élus qui amène certains à soutenir que les projets de loi relatifs aux élections sénatoriales ne modifient pas réellement le mode actuel de sélection des sénateurs puisqu'ils gardent théoriquement intact le pouvoir discrétionnaire du premier ministre, et par le fait même du gouverneur général, quant au choix des sénateurs. Comme le ferait une convention constitutionnelle, une telle loi opère une réforme du mode de sélection des sénateurs en marge des procédures complexes de modification constitutionnelle en préservant le texte de la Constitution tout en le faisant évoluer par une voie détournée. »

⁵³ Charles-Emmanuel CÔTÉ, « L'inconstitutionnalité du projet d'élections fédérales sénatoriales », (2010) 3 *R.Q.D.C.* 1, 8, en ligne : <http://www.aqdc.org/volumes/pdf/Charles-Emmanuel_Cote.pdf> (site consulté le 7 novembre 2013); José WOEHLING, « La modification par convention constitutionnelle du mode de désignation des sénateurs canadiens », (2008-2009) 39 *R.D.U.S.* 116.

⁵⁴ La compétence que détiennent les provinces de consulter leurs électeurs relève de toute évidence de l'article 45 de la *L.C. de 1982* qui permet à ces dernières de modifier leur propre constitution. Or, bien que les provinces disposent du pouvoir de légiférer en cette matière, il

et, enfin, que ce Sénat réformé parviendrait à user de cette nouvelle légitimité sans bouleverser outre mesure l'équilibre des pouvoirs entre les deux chambres du Parlement fédéral. Un tel scénario reposant sur l'émergence de nouvelles conventions est bien évidemment difficile à concevoir dans un paysage politique aussi fragmenté et complexe que le nôtre.

Qu'advierait-il alors d'une réforme para-constitutionnelle du Sénat si une ou des provinces décidaient de ne pas tenir d'élection⁵⁵? Une province pourrait-elle opter pour une élection indirecte par le biais d'un vote de son assemblée législative? Par ailleurs, le premier ministre fédéral se sentirait-il encore lié par les résultats d'élections, dites consultatives, si elles entraînaient la désignation de plusieurs dizaines de sénateurs indépendantistes? Comment pourrait-on composer, ne serait-ce qu'au départ, avec un Sénat réunissant en son sein des sénateurs nommés suivant l'ancien processus de sélection et des membres élus, disposant désormais de la légitimité des urnes? Quelles seraient les conséquences d'une telle réforme sur l'équilibre des pouvoirs entre la Chambre des communes et le Sénat et, par le fait même, sur les pouvoirs effectivement exercés par un Sénat ainsi réformé? Ce ne sont là que quelques-unes des incertitudes soulevées par une telle réforme qui, ne disposant pas des fondements constitutionnels requis en ces matières, ne pourrait prévoir en détail les indispensables modalités d'une telle métamorphose. Du coup, l'adoption d'une loi para-constitutionnelle semblable laisserait place l'évolution imprévisible des pratiques institutionnelles dont les effets secondaires sont bien évidemment difficiles à mesurer.

2. Les fondements juridiques incertains d'une réforme para-constitutionnelle du Sénat

La nécessaire distinction entre la modification *du texte* de la Constitution relative à la durée du mandat des sénateurs et la mise en place d'une procédure *para-constitutionnelle* d'élection consultative des sénateurs est indispensable à nos yeux afin de bien

semble que l'organisation d'élections portant sur le choix de membres d'un organe fédéral ne fasse pas partie de ce qui est compris dans la constitution des provinces. *Infra*, p. 35; Catherine MATHIEU, préc., note 1, p. 131-132. Voir aussi Charles-Emmanuel CÔTÉ, préc., note 19, 9.

⁵⁵ Consciente de ce problème, la Cour d'appel du Québec affirme : « Finalement, le projet de loi était inconstitutionnel en ce qu'il permettait la modification du mode de sélection des sénateurs à la carte, au choix de la province concernée, ce que le constituant de 1982 voulait interdire en précisant, au paragraphe 42(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'une modification adoptée relative à une question prévue au paragraphe 42(1) s'applique partout au Canada, sans possibilité d'exclusion. Le constituant a voulu que les modifications faites quant aux questions mentionnées au paragraphe 42(1) soient d'application générale et uniforme. » *Renvoi sur la réforme du Sénat*, préc., note 6, par. 78.

comprendre le caractère véritable de ces deux aspects de la législation fédérale relative à la réforme du Sénat. Certes, les intentions poursuivies restent sensiblement les mêmes puisque, dans les deux cas, les autorités fédérales cherchent à éviter le recours aux procédures multilatérales de modification constitutionnelle exigeant l'accord des provinces. Toutefois, les techniques rédactionnelles, les stratégies et le discours politique qui accompagnent ces deux types de réformes sont appelés à varier considérablement selon la nature des modifications. Pas étonnant, dans ces circonstances, que la question de leurs fondements constitutionnels soit analysée de façon différenciée de manière à s'adapter à la nature profonde de chaque modification.

Alors que les modifications relatives à la durée du mandat des sénateurs introduisent des changements sur un sujet qui n'est pas directement mentionné dans la partie V de la *L.C. de 1982*, l'élection des sénateurs a pour effet de modifier une matière expressément protégée par l'alinéa 42(1) *b*), la sélection des sénateurs. Du coup, la manière de poser les termes du débat change. Dans le cas de la modification de la durée du mandat des sénateurs, la question demeure l'identification de « la » procédure pertinente parmi l'ensemble des procédures prévues à la Partie V de la *L.C. de 1982*. Plusieurs options peuvent être considérées, notamment la procédure résiduaire ou de droit commun (article 38 de la *L.C. de 1982*) qui protégerait les caractéristiques essentielles de la fédération⁵⁶, ou bien la procédure relative aux pouvoirs du Sénat (alinéa 42(1)*b*) de la *L.C. de 1982*) possiblement affectés par la transformation des rapports entre les deux chambres résultant d'une forte limitation de la durée des mandats ou, encore, la procédure unilatérale fédérale (article 44 de la *L.C. de 1982*) qui permet au Parlement fédéral de modifier les dispositions souples et matériellement constitutionnelles relatives au Sénat⁵⁷.

À l'inverse, dans le cas des élections sénatoriales consultatives, il n'y a aucun doute quant au choix de la procédure de modification constitutionnelle : une seule procédure s'impose, en l'occurrence celle prévue à l'alinéa 42(1) *b*) de la *L.C. de 1982* qui vise toute modification du « mode de sélection des sénateurs »⁵⁸. Le débat est du coup fort différent, dans la mesure où il ne s'agit plus d'identifier à laquelle des procédures le changement se rapporte, mais bien plus fondamentalement de déterminer si la Partie V de la Constitution doit s'appliquer à un tel changement. Une toute autre question se pose

⁵⁶ Renvoi sur la *Chambre haute*, préc., note 8; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, préc., note 25; *Procureur général de l'Ontario c. SEFPO*, préc., note 25; Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, préc., note 8, p. 225-226; Fabien GÉLINAS, préc., note 23, p. 1635; Benoît PELLETIER, préc., note 23, p. 186; Mark C. POWER et Marc-André ROY, préc., note 23, 553; André TREMBLAY, préc., note 23, p. 48.

⁵⁷ *Supra*, p. 7-10.

⁵⁸ Catherine MATHIEU, préc., note 1, p. 13.

alors et revient à se demander si une loi para-constitutionnelle mettant en place des élections sénatoriales consultatives contrevient ou non aux exigences constitutionnelles prévues à l'alinéa 42(1) *b*) de la *L.C. de 1982*⁵⁹. D'un débat sur le choix de la bonne procédure de modification qui caractérise la question de la durée des mandats, on passe à celui de l'application des règles prévues à la Partie V de la *L.C. de 1982* à des évolutions institutionnelles qui, bien que relevant de matières protégées par cette Partie V, n'entraînent aucun amendement formel au texte de la Constitution.

Conscientes de ces nuances qui caractérisent le débat sur la constitutionnalité de la réforme du Sénat, les autorités fédérales proposent deux fondements bien distincts à leur action. Il y a, d'une part, le pouvoir de modification unilatérale prévu à l'article 44 pour les modifications qui relèvent, selon la position fédérale, du domaine d'application de la Partie V de la Constitution du Canada, [*a.*] et, d'autre part, la compétence législative de faire des lois pour « la paix, l'ordre et le bon gouvernement » [*b.*] pour les aspects para-constitutionnels de la réforme qui, suivant la même position fédérale, pourraient s'opérer en marge des procédures multilatérales de modification constitutionnelle. Dans un cas comme dans l'autre, nous verrons qu'il n'est guère simple de trouver un fondement constitutionnel solide à une réforme para-constitutionnelle dont le caractère véritable touche directement à une matière constitutionnellement protégée par l'alinéa 42(1) *b*) de la *L.C. de 1982*.

a. La procédure de modification unilatérale de la Constitution

Robert E. Hawkins utilise l'expression « *formula-shopping* » pour désigner cette façon d'accomplir une réforme constitutionnelle en optant pour la procédure de modification la plus souple possible⁶⁰. Pour les autorités fédérales, l'enjeu est en fait le suivant : soustraire la réforme du Sénat au domaine d'application des procédures multilatérales nécessitant le consentement des provinces. À cet égard, deux interprétations de l'article 44 se font concurrence parmi les auteurs qui cherchent à établir un fondement juridique à la compétence du Parlement fédéral d'adopter une réforme para-constitutionnelle telle que l'élection sénatoriale consultative.

L'article 44 de la *L.C. de 1982* autorise le Parlement fédéral à « modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes »⁶¹. Cette procédure législative reprend, en des termes

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ Robert E. HAWKINS, « Constitutional Workarounds: Senate Reform and Other Examples », (2010) 89-3 *R. du B. can.* 513, 517.

⁶¹ *L.C. de 1982*, art. 44.

simplifiés, l'ancien article 91 (1) adopté en 1949 par le Parlement britannique⁶², et permet la modification de normes constitutionnelles souples (ou lois organiques) portant sur certains aspects bien précis des institutions fédérales. Or, deux lectures du domaine d'application de l'article 44 sont à distinguer. D'un côté, il y a ceux qui interprètent globalement l'article 44 pour en faire le fondement d'une compétence législative fédérale relative aux institutions centrales s'exerçant sous réserve des matières relevant des autres procédures de modification constitutionnelle. Puis, d'un autre côté, il y a les tenants d'une approche plus formaliste qui considèrent que l'article 44 n'autorise que la modification de certaines dispositions de la Constitution du Canada, et qu'il ne peut donc pas servir de fondement à l'adoption de nouvelles lois ordinaires au contenu matériellement constitutionnelle. Dans les deux cas, le raisonnement nous semble peu convaincant.

i. L'interprétation globalisante de l'article 44 de la L.C. de 1982

Suivant les tenants d'une interprétation globalisante de l'article 44 et de l'économie générale de la Partie de la *L.C. de 1982*, la disposition en question – tout comme l'article 45 par ailleurs⁶³ – aurait deux rôles. Cet article permettrait au Parlement fédéral, d'une part, de modifier seul des dispositions souples de la « Constitution du Canada »⁶⁴

⁶² *Acte d'Amérique du Nord Britannique (No 2), 1949*, 13 Geo. VI, c. 81 (R.-U.). Le paragraphe 91(1) de la *L.C. de 1867* donnait au Parlement le pouvoir de modifier la « constitution du Canada », pourvu que cette modification ne touche pas aux pouvoirs législatifs provinciaux, aux écoles, à l'usage du français et de l'anglais, à l'obligation que le Parlement tienne au moins une session chaque année et à la restriction voulant que la Chambre des communes ne puisse poursuivre ses travaux au-delà de 5 ans. *Supra*, note 8.

⁶³ Le pouvoir prévu à l'article 44 apparaît comme l'équivalent du pouvoir des provinces de modifier leur propre constitution en vertu de l'article 45 de la *L.C. de 1982*. Toutefois, comme le précise la Cour d'appel dans le *Renvoi sur le projet de loi fédéral relatif au Sénat*, l'article 44 a une portée plus limitée que celle de l'article 45 : « Cependant, à la différence des institutions législatives provinciales, certaines caractéristiques du Sénat découlent du compromis préconfédératif. À l'égard de celles-ci, il faut reconnaître que les provinces ont un intérêt. Donc, contrairement à la constitution interne des provinces, le pouvoir du Parlement à l'égard des modifications à la constitution interne fédérale est limité par le fait qu'il ne lui permet pas d'agir unilatéralement pour modifier des aspects de sa structure touchant les intérêts provinciaux. » *Renvoi sur la réforme du Sénat*, préc., note 6, par. 37. Ainsi, les provinces ayant généralement un intérêt dans les institutions fédérales et non l'inverse, le pouvoir du Parlement d'amender unilatéralement sa « constitution interne » doit, en toute logique, être plus restreint que celui des assemblées législatives provinciales de modifier l'ensemble des lois qui forment leur constitution. Catherine MATHIEU, préc., note 1, p. 45.

⁶⁴ Le paragraphe 52(2) de la *L.C. de 1982* définit le contenu de la Constitution du Canada : « 52. (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). »

relatives aux institutions centrales et, d'autre part, d'adopter d'autres dispositions législatives matériellement constitutionnelles, dites lois « organiques »⁶⁵ concernant certains aspects secondaires ou complémentaires liés à l'organisation du pouvoir exécutif, du Sénat ou de la Chambre des communes.

Pour des auteurs tels que Warren J. Newman, Stephen A. Scott et Joseph Magnet, l'expression « Constitution du Canada » à l'article 44 vise tout autant les textes énumérés au paragraphe 52(2) de la *L.C. de 1982*, que la Constitution au sens large et matériel du terme⁶⁶. Dans cette optique, il peut être considéré comme conférant au Parlement fédéral à la fois une compétence *législative* et une compétence *constituante*⁶⁷. Évidemment, le pouvoir dont il est question est nécessairement un pouvoir constituant de second rang dans la hiérarchie des normes. En effet, contrairement aux procédures multilatérales qui conduisent à l'adoption de normes rigides de rang supralégislatif, la procédure prévue à l'article 44 n'entraîne que l'adoption de normes constitutionnelles souples, soit des normes de rang législatif au contenu matériellement constitutionnel.

Ainsi, l'article 44 permettrait non seulement au Parlement fédéral de modifier des dispositions constitutionnelles souples, telles que les articles 9 à 16, 21 à 36 et 37 à 57 de la *L.C. de 1867*, mais il serait également le fondement d'une compétence législative générale pour l'adoption de lois ordinaires relatives au pouvoir exécutif, au Sénat ou à la Chambre des communes⁶⁸. Le pouvoir conféré au Parlement fédéral à l'article 44 serait alors semblable à celui conféré aux assemblées législatives par l'article 45 qui permet à ces dernières de modifier à la fois les dispositions de la Constitution du Canada propres aux institutions provinciales, essentiellement les dispositions se trouvant au titre V de la

⁶⁵ Par « lois organiques » nous entendons des lois matériellement constitutionnelles, soit des « lois ordinaires dont le contenu est de nature constitutionnelle, c'est-à-dire dont le contenu porte sur les principes les plus fondamentaux de l'organisation et du fonctionnement des pouvoirs publics ». Benoît PELLETIER, préc., note 23, p. 73.

⁶⁶ CANADA, SÉNAT, *Comité spécial sur le projet de loi C-20*, 2^e sess., 36^e légis., 1^{er} juin 2000 (M. Joseph Magnet); Warren J. NEWMAN, « Defining the “Constitution of Canada” since 1982 : the Scope of the Legislative Powers of Constitutional Amendment under Sections 44 and 45 of the Constitution Act, 1982 », (2003) 22 *S.C. Law Rev.* 423, 495-496; CANADA, SÉNAT, *Comité spécial du Sénat sur le projet de loi C-110*, 1^{ère} sess., fascicule n° 4, 25 janvier 1996 (M. Stephen A. Scott).

⁶⁷ Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec. Du régime français à nos jours*, t. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 494.

⁶⁸ José WOEHLING, « Le recours à la procédure de modification de l'article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982 pour satisfaire certaines revendications constitutionnelles du Québec », dans Pierre THIBAUT, Benoît PELLETIER et Louis PERRET (dir.), *Les mélanges Gérald-A. Beaudoin. Les défis du constitutionnalisme*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, à la page 456.

L.C. de 1867, et d'adopter, de modifier ou d'abroger des lois formant leur constitution matérielle respective⁶⁹.

Le problème de cette thèse réside dans le fait que, contrairement à ce que prétend le gouvernement fédéral⁷⁰ ainsi que plusieurs auteurs, dont Warren J. Newman⁷¹, Stephen A. Scott⁷², Joseph Magnet⁷³ ainsi que Jacques-Yvan Morin et José Woehrling⁷⁴, bien que l'article 44 permette l'ajout de nouvelles dispositions relatives à l'organisation et au bon fonctionnement du Sénat, il doit être interprété « sous réserve » des autres dispositions de la Partie V qui ont pour objet de restreindre considérablement son domaine d'application⁷⁵. Autrement dit, l'article 44 doit être compris à la lumière de l'économie générale de la Partie V de la *L.C. de 1982* qui limite inévitablement l'étendue de la compétence législative fédérale, et ce, d'au moins trois façons.

D'abord, l'article 44 reste une exception à la procédure de droit commun de l'article 38⁷⁶, procédure pouvant jouer un rôle supplétif pour tous les changements

⁶⁹ Catherine MATHIEU, préc., note 1, p. 17-19. Ainsi, selon Joseph Magnet, « [l]es articles 44 et 45, qui correspondent au pouvoir unilatéral d'amendement conféré à Ottawa et aux provinces en ce qui concerne leurs constitutions respectives, s'appliquent aux lois organiques ». Joseph MAGNET, préc., note 66. Toutefois, l'article 45 a par nature une portée plus large que l'article 44 dans la mesure où les provinces ont généralement un intérêt dans les institutions fédérales et que plusieurs aspects du fonctionnement et de l'organisation des institutions fédérales risquent d'apparaître comme des caractéristiques essentielles de la fédération. *Supra*, note 63.

⁷⁰ PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA, *Mémoire présenté devant la Cour suprême du Canada dans le cadre du Renvoi concernant la réforme du Sénat*, déposé le 31 juillet 2013, en ligne : <http://www.scc-csc.gc.ca/factums-memoires/35203/FM015_Appellant_Procureur_Général-du-Canada.pdf> (site consulté le 8 novembre 2013).

⁷¹ Warren J. NEWMAN, préc., note 66.

⁷² Stephen A. SCOTT, « Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes », (1982) 20-2 *U.W.O.L. Rev.* 247, 267.

⁷³ Joseph MAGNET, préc., note 66.

⁷⁴ Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, préc., note 67, p. 494.

⁷⁵ L'article 44 s'appliquant sous réserve des articles 41 et 42, peu de dispositions relatives aux institutions fédérales peuvent être modifiées par le Parlement agissant seul. En effet, en reprenant, dans leur substance, les conclusions de la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Chambre haute*, la procédure de modification a mis hors de portée du Parlement fédéral toute réforme ayant pour objectif de changer le mode de sélection des sénateurs, d'augmenter ou de diminuer les pouvoirs du Sénat ou d'altérer le mode de représentation régional en modifiant la composition de la Chambre haute ou les conditions de résidence de ses membres.

⁷⁶ Lorsqu'une modification constitutionnelle n'est pas visée par les articles 41 et 42, le paragraphe 38(1) de la *L.C. de 1982* reste la procédure résiduaire de modification constitutionnelle. Catherine MATHIEU, préc., note 1, p. 135-136.

significatifs touchant à des « compromis historiques »⁷⁷ ou à « des caractéristiques essentielles »⁷⁸ de la fédération canadienne⁷⁹. Ensuite, et plus spécifiquement, le domaine d'application de l'article 44 est limité par les matières expressément mentionnées à l'alinéa 42 (1) b) de la *L.C. de 1982*, soit « les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs ». Enfin, la restriction relative « au mode de sélection des sénateurs » de l'alinéa 42 (1) b) de la *L.C. de 1982* peut, elle-même, être perçue comme une exception à la protection plus générale des pouvoirs de nomination du gouverneur général protégés par l'alinéa 41 a) de la *L.C. de 1982*⁸⁰.

Or, la mise en place d'élections sénatoriales consultatives touche, de toute évidence, « au mode de sélection des sénateurs » de l'alinéa 42 (1) b) de la *L.C. de 1982* et échappe, de ce fait, au domaine d'application de l'article 44. Du reste, même à supposer un instant que l'alinéa 42 (1) b) de la *L.C. de 1982* soit abrogé ou qu'il n'ait jamais existé, une telle modification relèverait dès lors soit de la procédure de l'unanimité des provinces, considérant qu'elle affecterait les pouvoirs du gouverneur général de nommer les sénateurs de son choix, soit de la procédure de droit commun de l'article 38 de la *L.C. de 1982*, dans la mesure où l'existence d'un Sénat non élu a été le fruit d'un compromis historique négocié en 1867 et un trait caractéristique du fédéralisme canadien. En somme, l'article 44 est une exception aux articles 38, 42 (1) b) et 41 a) et, comme toute exception, elle doit, en toute logique, s'interpréter restrictivement. Pour toutes ces raisons, une loi para-constitutionnelle mettant en place des élections sénatoriales consultatives, tout en laissant intact le texte de la Constitution telle que définie au paragraphe 52(2), ne peut, selon nous, être rattachée – ni de près ni de loin – à la compétence législative fédérale découlant de l'article 44.

ii. L'interprétation formaliste de l'article 44 de la L.C. de 1982

Conscients de l'obstacle que représente l'économie générale de la Partie V de la Constitution, d'autres auteurs – partisans d'une approche plus formaliste et plus restrictive du domaine d'application de l'article 44 – soutiennent que cette disposition ne peut en fait servir qu'à modifier le texte de la Constitution du Canada au sens formel du terme, tel que définie à l'article 52 (2) de la *L.C. de 1982*.

⁷⁷ *Procureur général du Québec c. Blaikie*, préc., note 25; *Procureur général de l'Ontario c. SEFPO*, préc., note 25.

⁷⁸ *Renvoi sur la Chambre haute*, préc., note 8.

⁷⁹ *Supra*, notes 23 et 25.

⁸⁰ Dans la mesure où la nomination des sénateurs relève du gouverneur général, l'exception relative à la « charge » de ce dernier apparaît comme un dernier rempart à toute modification qui viserait à changer le processus menant à la sélection des membres du Sénat. Catherine MATHIEU, préc., note 1, p. 86-94.

Cette interprétation défendue, entre autres, par Peter W. Hogg, Patrick J. Monahan et Mark D. Walters, repose sur le postulat extrêmement réducteur suivant lequel la procédure de modification prévue à la partie V de la *L.C. de 1982*, incluant l'article 44, ne vaut en définitive que pour la modification des textes déjà existants et énumérés au paragraphe 52(2) de la *L.C. de 1982*⁸¹. Dans cette perspective, l'article 44 permettrait au Parlement de modifier que les dispositions relatives au pouvoir exécutif, au Sénat et à la Chambre des communes, soit respectivement les articles 9 à 16, 21 à 36 et 37 à 57 de la *L.C. de 1867*. Les réformes soutenues par le gouvernement fédéral relèveraient donc de deux compétences distinctes : la *Loi relative à la limitation de la durée du mandat des sénateurs* serait un amendement effectué en vertu de l'article 44 puisqu'il cherche à modifier l'article 29 de la *L.C. de 1867*⁸²; la *Loi concernant la sélection des sénateurs* serait, quant à elle, une loi para-constitutionnelle adoptée en marge de toutes les procédures de modification prévues à la Partie V de la *L.C. de 1982*, et ce, en vertu d'un autre fondement juridique, soit le pouvoir résiduel du Parlement de faire des lois « pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement »⁸³.

Cette approche est évidemment centrée, non pas sur le *contenu* des modifications proposées, mais bien seulement sur la *forme* que ces modifications sont appelées à prendre. Plutôt que d'examiner le caractère véritable de la réforme, ces auteurs ne s'intéressent qu'au document à partir duquel ces changements cherchent à s'opérer. Le débat est alors réduit à la simple question de savoir si la réforme proposée modifie ou non le texte de la Constitution déjà existant. Or, c'est là une conception bien obtuse de la modification constitutionnelle. Qu'est-ce qu'une modification à des dispositions déjà existantes? Après tout, il existe toute sorte de technique rédactionnelle – dont les lois para-constitutionnelles en sont la manifestation la plus vibrante – permettant de contourner cette exigence de forme (abrogation implicite plutôt qu'explicite, ajout aux dispositions tout en maintenant en vigueur le texte ancien, etc.). Le gouvernement fédéral en convient lui-même dans son mémoire lorsqu'il prétend qu'un projet de loi ordinaire adopté en marge de la Constitution aurait pu être transformé en modification

⁸¹ Peter W. HOGG, préc., note 49, p. 4-13; Patrick J. MONAHAN, *Constitutional Law*, Toronto, Irwin Law, 2002, p. 178; Mark WALTERS, « The Constitutional Form and Reform of the Senate : Thoughts on the Constitutionality of Bill C-7 », (2013) 7 *J.P.P.L.* 37, 52-53.

⁸² Un argument avec lequel nous sommes par ailleurs en désaccord pour les raisons expliquées précédemment, *supra*, p. 6 à 10.

⁸³ Peter W. Hogg a également adopté cette position relativement aux projets de loi C-20 et C-19 : « [J] e suis d'avis que l'article 44 ne s'applique pas au projet de loi C-20 parce qu'il ne touche que les « lois qui modifient la Constitution du Canada, et le projet de loi C-20 ne modifie pas les dispositions de la Constitution canadienne. Le projet de loi C-19 [sur la durée du mandat des sénateurs] modifie la disposition de la Constitution qui fixe à soixante-quinze ans la limite d'âge pour le maintien en fonction des sénateurs, et sa validité dépend de l'article 44 ». Peter W. HOGG, préc., note 23, p. 3.

constitutionnelle conduite sous l'article 44 si tel avait été le désir des autorités fédérales⁸⁴.

Selon les tenants de cette approche formaliste, de nouvelles dispositions pourraient être ajoutées grâce à l'article 44, dans la mesure où il serait clairement exprimé qu'il s'agit d'une modification au texte déjà existant de la Constitution du Canada⁸⁵. Cette approche très formaliste implique donc qu'il reviendrait à celui qui dépose le projet de loi de décider s'il s'agit d'une modification constitutionnelle en le précisant expressément. Dans ces circonstances, cette approche apparaît comme un sophisme de composition dont les effets pourraient à terme affecter substantiellement la portée du principe de la primauté du droit. Ainsi interprétée, la Partie V de la *L.C. de 1982* deviendrait un instrument purement défensif qui protégerait, non pas des contenus, des objets ou des matières jugées fondamentales, mais uniquement des textes déjà existants. Des lois ordinaires – occupant un rang infraconstitutionnel dans l'ordonnement juridique – viendraient alors dénaturer la nature de nos institutions par l'ajout de nouvelles normes ayant pour effet de neutraliser le contenu de la Constitution formelle.

En définitive, l'avantage tactique de cette approche formaliste pour ceux qui cherchent à défendre la validité des lois introduisant des réformes para-constitutionnelles est le suivant : réduire le plus possible le domaine d'application de la Partie V de la *L.C. de*

⁸⁴ Selon la thèse exposée par le procureur général du Canada, dans le mémoire déposé dans le cadre du *Renvoi sur la réforme du Sénat*, l'introduction d'élections sénatoriales peut à la fois se fonder sur l'article 91 de la *L.C. de 1867* et sur l'article 44 de la *L.C. de 1982*. Ainsi, bien que le fédéral soit d'avis que ce type de mesures législatives repose avant tout sur l'article 91, puisqu'il ne prévoit aucune modification au texte de la Constitution, il soutient que l'article 44 resterait un fondement légitime aux projets de loi C-7 et C-20 s'il advenait que les réformes introduites par ces derniers soient considérées comme des modifications constitutionnelles : « L'adoption d'une loi concernant les personnes que le premier ministre peut consulter et la manière dont il doit le faire ne nécessite pas de modifier la Constitution. Le Parlement peut édicter une loi relative au Sénat en application de son pouvoir général ou résiduaire de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada en vertu de l'article 91 de la Loi constitutionnelle de 1867. Même si l'on envisageait qu'un tel changement puisse nécessiter une modification, l'article 44 de la Loi constitutionnelle de 1982 servirait de fondement constitutionnel à une telle réforme, étant donné qu'un processus de consultation fédéral, provincial ou territorial permettant de choisir des candidats sénatoriaux potentiels ne fait pas partie des matières énoncées à l'article 42 ». PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA, préc., note 70, par. 36.

⁸⁵ Certains auteurs, dont José Woehrling, vont plus loin et considèrent que l'article 44 – comme cela a souvent été dit à propos de l'article 43 – ne permet que de modifier des dispositions existantes de la Constitution et non pas d'en ajouter de nouvelles : « [L]es articles 43 (modifications à l'égard de certaines provinces) et 44 (modification par le Parlement fédéral) parlent de la modification de la Constitution, ce qui laisse entendre qu'ils ne visent que les dispositions déjà existantes et ne permettent que des modifications à de telles dispositions ou, du moins, pouvant être raccrochées à celles-ci ». José WOEHLING, préc., note 68, à la page 456.

1982 et, par le fait même, la nécessité d'obtenir le consentement des provinces préalablement à la réforme des institutions fédérales communes. Certes, l'article 44 ne peut plus dès lors servir de fondement à la législation fédérale relative à l'élection sénatoriale consultative, mais cet inconvénient, du point de vue des autorités fédérales, est vite compensé par le fait que l'application des articles 38, 42 (1) b) et 41 a) est du même coup écartée par un tel raisonnement. Ainsi, l'objectif des promoteurs de l'approche formaliste apparaît sous son véritable jour : écarter l'application de la Partie V pour ensuite faire reposer l'action unilatérale des autorités fédérales sur un autre fondement soit la compétence « de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada » du paragraphe introductif de l'article 91 de la *L.C. de 1867*.

b. La législation relative à la « paix, l'ordre et le bon gouvernement »

Si l'on considère que l'article 44 de la *L.C. de 1982* ne peut servir de fondement aux aspects para-constitutionnels de la réforme du Sénat et si, comme les autorités fédérales le souhaitent, il s'agit de mettre l'accent sur la non-application de l'ensemble de la Partie V de la *L.C. de 1982* à ces aspects para-constitutionnels élaborés en marge du texte de la Constitution, il s'ensuit que la seule compétence sur laquelle le Parlement fédéral pourrait s'appuyer pour adopter de nouvelles lois ordinaires régissant le fonctionnement et l'organisation de l'État fédéral est celle conférée par le paragraphe introductif de l'article 91. Il s'agit, en quelque sorte, du « dernier repli » employé afin de justifier l'unilatéralisme d'Ottawa par ce pouvoir résiduaire de faire des lois « pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement »⁸⁶. C'est pourquoi l'on trouve, parmi les questions que le gouvernement fédéral a soumises à la Cour suprême du Canada relativement à la réforme du Sénat, celle de savoir si le Parlement détient « en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [...] la compétence législative voulue pour édicter des lois » permettant de consulter la population quant aux choix des sénateurs. Or, l'interprétation de l'article 91 que sous-entend cette question semble, en ce qui nous concerne, manifestement anachronique et critiquable au regard de l'économie générale de la Partie V de la *L.C. de 1982* [i.] et n'est de toute manière pas en mesure de résoudre les problèmes de partage des compétences [ii.] soulevés par la mise en place d'élections sénatoriales consultatives.

i. L'interprétation anachronique

La thèse, soutenue par le gouvernement fédéral à l'occasion du renvoi sur le Sénat, suivant laquelle le Parlement fédéral pourrait adopter des normes constitutionnelles souples (ou lois organiques) relatives au fonctionnement des organes centraux de la

⁸⁶ Catherine MATHIEU, préc., note 1, p. 50.

fédération, en vertu du pouvoir résiduaire de faire des lois « pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement », est une thèse éminemment controversée. Elle puise sa source, entre autres, dans les propos du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Jones*⁸⁷. Statuant sur la compétence du Parlement fédéral d'adopter la *Loi sur les langues officielles*⁸⁸, le juge Laskin précisa qu'indépendamment du paragraphe 91(1), le pouvoir de faire des lois « pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement » conféré par l'alinéa liminaire de l'article 91 était la source de la compétence du Parlement fédéral d'adopter des lois relatives aux institutions fédérales. Il écrit :

Indépendamment de l'effet des articles 133 et 91, par. (1), [...] je ne doute aucunement qu'il était loisible au Parlement du Canada d'édicter la *Loi sur les langues officielles* (restreinte qu'elle est à ce qui relève du Parlement et du gouvernement du Canada, et aux institutions de ces Parlement et gouvernement) à titre de loi « pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à [une matière] ne tombant pas dans les catégories de sujets... exclusivement assignés aux législatures des provinces ». Les termes en question sont extraits de l'alinéa liminaire de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*; et, en me basant sur eux comme fondement constitutionnel de la *Loi sur les langues officielles*, je ne tiens compte que du caractère purement résiduaire du pouvoir législatif qu'ils confèrent. Point n'est besoin de citer de précédent à l'appui du pouvoir exclusif du Parlement du Canada de légiférer relativement au fonctionnement et à l'administration des institutions et organismes du Parlement et du gouvernement du Canada⁸⁹.

S'appuyant sur ces propos du juge Laskin, le juge Laforest eut un raisonnement semblable dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (ministre des Transports)*⁹⁰. Selon le juge Laforest, le pouvoir fédéral de « réglementer la façon dont les institutions et organismes du gouvernement du Canada exercent leurs fonctions et responsabilités administratives » pourrait se fonder sur le pouvoir résiduel du paragraphe introductif de l'article 91⁹¹.

Bien qu'anachronique pour les raisons exposées ci-dessous, cette position est tout de même défendue par Stephen A. Scott qui s'appuie sur les propos du juge Laskin pour faire remarquer que le pouvoir d'adopter et d'abroger des normes relatives à l'organisation de la Chambre des communes existait même avant 1949. Il affirme :

⁸⁷ *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182.

⁸⁸ *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985), ch. 31 (4^e suppl.).

⁸⁹ *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, préc. note 87, 189.

⁹⁰ *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3.

⁹¹ *Id.*, 74.

Section 91.1 of the British North America Act, 1867, added in 1949, clearly – and even on the narrowest reading – has empowered the Parliament of Canada to enact and repeal such provisions as sections 2 to 4 of the House of Commons Act. Yet these long antedate Parliament's acquisition in 1949 of that power. It cannot seriously be doubted that they have been, from Confederation, within the legislative authority of Parliament to enact or repeal. They have been so in virtue of Parliament's residuary power to legislate « in relation to the operation and administration of the institutions and agencies of the Parliament and Government of Canada » since « [t]hose institutions and agencies are clearly beyond provincial reach »⁹².

Interprété ainsi, le paragraphe introductif de l'article 91 aurait permis au Parlement d'adopter des lois relatives à l'organisation des institutions fédérales, et ce, même avant que le paragraphe 1 ne soit ajouté à cette disposition en 1949.

Parmi les rares auteurs qui se sont intéressés à cet argument, on compte aussi Warren J. Newman qui, déterminé à trouver un fondement à l'action unilatérale du fédéral, explore à la fois la double fonction de l'article 44 que permet l'approche globalisante et le pouvoir résiduaire découlant du paragraphe introductif de l'article 91, et ce, sans opérer un choix définitif entre ces deux positions⁹³. Peter W. Hogg fait quant à lui partie de ceux qui donnent une portée très limitée à l'article 44 et qui, par conséquent, accordent un rôle beaucoup plus important au pouvoir résiduaire fédéral conféré par l'article 91⁹⁴. C'est d'ailleurs la thèse qu'il a défendue lors d'un témoignage effectué devant un comité de la Chambre des communes portant précisément sur l'un des projets de loi prévoyant la mise en place d'élections sénatoriales consultatives⁹⁵. Mark

⁹² Stephen A. SCOTT, préc., note 72, 267.

⁹³ Bien que ce dernier soit d'avis que l'article 44 joue un rôle dans l'adoption des lois organiques, il part néanmoins de la prémisse selon laquelle plusieurs lois matériellement constitutionnelles, dont la *Loi sur les titres royaux* (L.R.C. 1985, c. R -12), la *Loi sur la gestion des finances publiques* (L.R.C. 1985, c. F-11), la *Loi sur les véto régionaux*, ainsi que la *Loi sur la clarté* « can be quite adequately supported by Parliament's general (or residuary) power to enact "Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada" reflected in the opening words of section 91 of the Constitution Act, 1867 » Warren J. NEWMAN, préc., note 66, 431.

⁹⁴ À ce chapitre, il cite pour exemple des lois matériellement constitutionnelles telles que la *Loi sur la sanction royale* (L.C. 2002, c. 15) et la *Loi sur les élections à date fixe* (*Loi électorale du Canada*, L.C. 2007, c. 10, art. 1) Peter W. HOGG, préc., note 49, p. 4-26, 9-32.

⁹⁵ Témoignant sur la validité du projet de loi C-20 prévoyant la consultation des électeurs en ce qui concerne la nomination des sénateurs, Peter W. Hogg en vient à la conclusion que si un tel projet de loi avait été adopté, il aurait constitué une loi du Parlement en bonne et due forme relevant du pouvoir résiduaire de faire des lois « pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement ». Peter W. HOGG, préc., note 23, p. 3.

D. Walters fait le même calcul dans son analyse des spécificités du projet de loi C-7⁹⁶. Du reste, Patrick J. Monahan a évoqué cette thèse sans la développer en détail dans des analyses portant sur la *Loi sur la clarté*⁹⁷ et la *Loi sur les véto régionaux*⁹⁸.

Cette position est néanmoins très difficile à défendre au regard de la cohérence historique. Premièrement, elle revient à confondre l'alinéa liminaire de l'article 91 de la *L.C. de 1867* avec l'ancien paragraphe 91(1) qui portait précisément sur la compétence du Parlement fédéral de légiférer sur certains aspects de l'organisation et du bon fonctionnement des institutions centrales⁹⁹. Sur le plan de la simple chronologie historique, cette interprétation ne résiste pas à l'épreuve des faits.

Si – avant même le « mini rapatriement » de 1949 – le Parlement fédéral disposait déjà de la compétence pour adopter et modifier des lois organiques relatives au fonctionnement et à l'organisation des institutions fédérales, alors pourquoi précisément introduire un tel changement en 1949? Après tout, le législateur – *a fortiori* le législateur britannique agissant à l'époque à titre de pouvoir constituant pour le Canada – n'est pas censé parler pour ne rien dire. Quelle aurait été l'utilité de l'*Acte*

⁹⁶ Mark D. Walters est d'avis que la *Loi sur les élections sénatoriales* relève manifestement du pouvoir résiduaire du Parlement fédéral. Il écrit : « The textual foundation for this power is not section 44 of the *Constitution Act, 1982*, which deal only with constitutional amendments, but rather Parliament's general legislative authority over the peace, order and good government of Canada conferred by the opening word of section 91 of the *Constitution Act, 1867*. [...] The grant of legislative authority over the peace, order and good government of a jurisdiction is, within the British imperial constitutional tradition, generally regarded as conferring a legislative capacity that is, within the bounds of relevant constitutional limits, plenary and sovereign. Vested with this authority, Parliament's ability to make law in relation to the executive and legislative branches of government is as complete as it can be, and it is difficult to understand what would be gained by turning to section 44 as a supplementary source of ordinary legislative power [...]. » Mark WALTERS, préc., note 81, 53.

⁹⁷ Patrick J. MONAHAN, préc., note 81, p. 204; CANADA, SÉNAT, *Comité spécial sur le projet de loi C-20*, 2^e sess., 36^e légis., 29 mai 2000 (M. Patrick J. Monahan); CANADA, SÉNAT, *Comité spécial sur le projet de loi C-20*, 2^e sess., 36^e légis., 23 février 2000, p. 2005 (M. Stephen A. Scott).

⁹⁸ CANADA, SÉNAT, *Comité spécial du Sénat sur le projet de loi C-110*, 1^{ère} sess., 35^e légis., fascicule n° 4, 25 janvier 1996 (M. Patrick J. Monahan).

⁹⁹ L'article 44 de la *L.C. de 1982* est venu remplacer le paragraphe 91(1) de la *L.C. de 1867* qui donnait au Parlement le pouvoir de modifier la « constitution du Canada », pourvu que cette modification ne touche pas aux pouvoirs législatifs provinciaux, aux écoles, à l'usage du français et de l'anglais, à l'obligation que le Parlement tienne au moins une session chaque année et à la restriction voulant que la Chambre des communes ne puisse poursuivre ses travaux au-delà de 5 ans. Ce pouvoir d'amendement constitutionnel avait été ajouté par l'*Acte d'Amérique du Nord Britannique (No 2)* à la liste des compétences fédérales prévue à l'article 91 de la *L.C. de 1867*. Cet ajout avait été réalisé par le Parlement britannique, à la demande des autorités canadiennes sans consultation des provinces. *Supra*, note 8.

*d'Amérique du Nord Britannique (No 2)*¹⁰⁰ et de l'adoption, en 1949, du paragraphe 91 (1) si l'essentiel de son contenu résidait déjà dans le paragraphe introductif de ce même article? C'est bien évidemment l'une des raisons pour laquelle cette thèse a toujours soulevé de très sérieux doutes, et ce, au sein même des institutions fédérales.

À titre d'exemple, en 1894, le Parlement canadien tenta l'adoption de la *Loi concernant le président du Sénat*¹⁰¹ qui prévoyait un changement institutionnel somme toute mineur, la nomination d'un suppléant en cas d'absence ou de maladie du président du Sénat. Or, les incertitudes quant à la compétence du Parlement fédéral d'adopter cette loi ont amené le Parlement impérial britannique à adopter, en 1895, une loi visant à confirmer, après coup, la *Loi concernant le président du Sénat*¹⁰² dont les assises constitutionnelles étaient alors jugées bien incertaines par les autorités fédérales et britanniques de l'époque. La loi indiquait ainsi, dans son préambule, qu'il importait « de dissiper les doutes qui se sont manifestés quant au pouvoir du Parlement du Canada d'adopter cette loi »¹⁰³. Se pose donc, encore à ce jour, la question des raisons qui ont justifié cette intervention britannique, si ce n'est parce qu'elle s'imposait afin de valider une loi fédérale adoptée sans fondement constitutionnel suffisant. Cette absence d'assises juridiques valables pour l'adoption de lois organiques n'a finalement été corrigée, de manière définitive, qu'en 1949, par l'adoption de l'*Acte d'Amérique du Nord Britannique (No 2)*¹⁰⁴, un autre geste du Parlement britannique confirmant l'absence d'habilitation générale au chapitre de la compétence pour la « paix, l'ordre et le bon gouvernement ».

Deuxièmement, la thèse présentement défendue par les autorités fédérales quant à l'interprétation du paragraphe introductif de l'article 91 présente aussi l'inconvénient de sous-estimer gravement les effets juridiques du rapatriement de 1982 et de l'adoption de la Partie V de la *L.C. de 1982*. En effet, la position fédérale heurte de front l'économie générale de la Partie V de la *L.C. de 1982* et dénote une certaine méconnaissance de la nature profonde des changements intervenus au moment de l'adoption de cette nouvelle Constitution. Elle se méprend sur le caractère exhaustif de la codification effectuée dans la Partie V de la *L.C. de 1982* en tentant obstinément de trouver dans le paragraphe introductif de l'article 91 de la *L.C. de 1867* le fondement d'une procédure de modification concurrente à celles établies en 1982.

Alors que les normes écrites de la Constitution canadienne ne représentent qu'une faible partie des normes constitutionnelles pertinentes, par ailleurs souvent éparpillées

¹⁰⁰ L'*Acte d'Amérique du Nord Britannique (No 2)*, 1949, préc., note 62.

¹⁰¹ *Loi concernant le président du Sénat*, 1894, 57 & 58 Vict, c. 11 (Can.).

¹⁰² *Loi de 1895, 2^e session, sur le Sénat du Canada (suppléance de la présidence)*, 59 Vict., c. 3 (R.-U.).

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Acte d'Amérique du Nord Britannique (No 2)*, 1949, préc., note 62.

dans plusieurs textes¹⁰⁵, la Partie V de la *L.C. de 1982* représente, au contraire, un effort systématique de codification de l'ensemble des procédures applicables. Le caractère exhaustif de la Partie V de la *L.C. de 1982*, de même que l'exposé systématique et structuré des procédures qu'on y trouve, reste, à bien des égards, une exception par rapport aux autres portions du texte constitutionnel, où le rôle complémentaire des normes non écrites et l'éparpillement des normes écrites à travers plusieurs textes ou plusieurs sections de texte semblent être devenus la marque de commerce du constitutionnalisme canadien¹⁰⁶.

Ce caractère exhaustif de la formule d'amendement ressort clairement du texte même de la Partie V de la *L.C. de 1982*¹⁰⁷. Plusieurs indices en témoignent. D'abord, le caractère supplétif de la procédure, dite de droit commun, de l'article 38 de la *L.C. de 1982* traduit cette volonté de prévoir une procédure pour toutes les modifications constitutionnelles qui n'auraient pas été spécifiquement prévues par les autres dispositions et permet d'envisager exhaustivement tous les cas de figure possibles.

Il faut ensuite souligner qu'en 1982, le pouvoir constituant a systématiquement cherché à éradiquer du texte de la *L.C. de 1867* toute procédure de modification constitutionnelle concurrente. Pour ce faire, il a, dans un premier temps, procédé à l'extinction définitive de la compétence du Parlement de Westminster de légiférer « pour le Canada »¹⁰⁸. Par une forme de « toilettage » de la formule d'amendement, il a, dans un deuxième temps, rapatrié, dans la partie V de la *L.C. de 1982*, l'ensemble des procédures de modification déjà existantes dans d'autres textes, notamment le pouvoir unilatéral fédéral issu de l'adoption, en 1949, du paragraphe 91 (1) de la *L.C. de 1867* et le pouvoir unilatéral des provinces de modifier leur constitution de l'article 92 (1) de la *L.C. de 1867* qui sont devenus, en des termes plus ou moins semblables, les articles 44 et 45 de la *L.C. de 1982*. Le pouvoir constituant de 1982 a, dans un troisième temps,

¹⁰⁵ L'énumération au paragraphe 52(2) de la *L.C. de 1982* de différents documents dans lesquels se trouvent ce qui forme la « Constitution du Canada » en témoigne.

¹⁰⁶ Patrick TAILLON et Amélie BINETTE, « Le fédéralisme canadien : sources, pratiques et dysfonctionnements », dans *Le fédéralisme : du droit public au droit privé*, Journées bilatérales québéco-suisse de l'Association Henri-Capitant, Institut suisse de droit comparé, Lausanne, 25 octobre 2013 [à paraître 2014].

¹⁰⁷ Par exemple, l'article 41 e) de la *L.C. de 1982* vise la modification à la formule d'amendement. Les termes employés sont « Toute modification de la Constitution du Canada portant sur [...] la modification de la présente partie ». Or, l'utilisation des mots « présente partie » témoigne, à sa façon, du caractère exhaustif des procédures contenues dans la *L.C. de 1982* et des efforts systématiques des rédacteurs de la *L.C. de 1982* de codifier dans une même partie l'ensemble des procédures.

¹⁰⁸ *Loi de 1982 sur le Canada*, préc., note 38, art. 2.

opéré une mutation ou une rigidification de certains objets en rapatriant dans la partie V des procédures de modification déjà existantes dans d'autres textes.

C'est le cas, par exemple, du rattachement de territoires aux provinces et de la création de nouvelles provinces (maintenant visés par l'article 42 e) et f) de la *L.C. de 1982*), de la modification des dispositions relatives à la Cour suprême du Canada (article 42 d) de la *L.C. de 1982*), dont celles relatives à la composition de la Cour (art. 41 d) de la *L.C. de 1982*), qui sont, de ce fait, passées du statut de normes constitutionnelles souples modifiables par un acte unilatéral des autorités fédérales à celui de normes constitutionnelles rigides modifiables seulement avec l'accord des provinces. Dans la même optique, le pouvoir du Parlement fédéral de donner son assentiment aux modifications faites par le Parlement de Westminster « pour le Canada » aux règles de succession royale, prévu au préambule du Statut de Westminster, a été transformé en un pouvoir du fédéral et des provinces d'apporter toutes modifications relatives à la charge de Reine, et ce, sous l'effet combiné de l'article 41 a) de la *L.C. de 1982* et de l'article 2 de la *Loi de 1982 sur le Canada*¹⁰⁹.

Cet effort systématique de codification est par ailleurs d'autant plus exhaustif que le pouvoir constituant a choisi, dans la Partie V de la *L.C. de 1982*, de composer avec toutes les ambiguïtés du terme Constitution qui caractérisent le droit constitutionnel canadien. En effet, les procédures de modification répertoriées dans la Partie V envisagent la modification à la fois de toutes les règles constitutionnelles formelles, soit de l'ensemble des normes constitutionnelles rigides dotées d'un caractère supralégislatif et modifiables uniquement avec le consentement des provinces, ainsi que de toutes les règles matériellement constitutionnelles, ce qui permet, du même coup, d'élargir le domaine d'application de la Partie V à l'ensemble des normes constitutionnelles souples modifiables par simple loi ordinaire du Parlement fédéral¹¹⁰ ou de la législature d'une province¹¹¹. Ainsi, la coexistence, au sein d'une même formule d'amendement, des termes constitution au sens *formel* et au sens *matériel* témoigne de l'intention manifeste du pouvoir constituant d'englober exhaustivement toutes les modifications possibles des normes souples et rigides qui composent la Constitution du Canada au sens large.

Du reste, ce caractère exhaustif des procédures mises en place lors de l'adoption de la *L.C. de 1982* a été expressément confirmé par la Cour suprême du Canada à l'occasion du *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*¹¹². En effet, dans ce Renvoi, rendu à l'unanimité des membres de la Cour, le Tribunal a clairement

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ *Id.*, art. 44.

¹¹¹ *Id.*, art. 45.

¹¹² [1982] 2 R.C.S. 793, 806.

écarté l'hypothèse qu'il puisse subsister après le rapatriement quelque règle juridique ou conventionnelle que ce soit relative à la modification de la Constitution antérieure au rapatriement. Confirmant l'exhaustivité de la Partie V et le remplacement de toutes les autres règles antérieures, la Cour suprême écrit sans détour :

« La *Loi constitutionnelle de 1982* est maintenant en vigueur. Sa légalité n'est ni contestée ni contestable. Elle prévoit une *nouvelle* procédure de modification de la Constitution du Canada *qui remplace complètement l'ancienne tant au point de vue juridique que conventionnel*. C'est pourquoi, même en supposant que le consentement du Québec était conventionnellement requis dans l'ancien système, cette règle serait désormais sans objet ni effet »¹¹³ [*nos italiques*].

Or, ce qui a été décidé, malheureusement selon nous, à l'encontre des intérêts du Québec en 1982 s'impose, tout autant sinon plus, à quiconque – notamment au gouvernement fédéral – qui chercherait aujourd'hui, ailleurs que dans la Partie V de la *L.C. de 1982*, une procédure concurrente relative à la modification d'une institution constitutionnellement protégée comme celle du Sénat. Ainsi, prétendre que le paragraphe introductif de l'article 91 et la compétence relative à la paix, l'ordre et le bon gouvernement offrent une procédure concurrente à celle prévue par la Constitution de 1982, revient non seulement à faire fi de l'économie générale de la Partie V, mais également à méconnaître la jurisprudence de la Cour suprême du Canada.

Enfin, la portée que les autorités fédérales cherchent à donner à la compétence résiduaire du paragraphe introductif de l'article 91 est tout simplement trop exorbitante et n'a rien à voir avec les critères applicables en cette matière. En effet, pour qu'il y ait exercice du pouvoir résiduaire fédéral, il faut être en présence d'une matière prévisible en 1867, mais qui a été omise ou oubliée par le constituant de l'époque¹¹⁴. Autrement dit, il doit s'agir d'une simple omission d'un objet connu pour lequel les provinces sont présumées, en toute logique, avoir accepté l'intervention du fédéral.

Or, en pratique, les institutions fédérales étaient un sujet de compétence connu en 1867 qui n'a pas fait l'objet d'une omission malencontreuse, mais bien d'un choix délibéré –

¹¹³ *Id.* Cette manière de concevoir la Partie V comme « un code complet » a d'ailleurs été reprise récemment par la Cour d'appel du Québec dans le *Renvoi sur la réforme du Sénat*, préc., note 6, par. 25

¹¹⁴ Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, préc., note 8, p. 566-567; Charles-Emmanuel CÔTÉ, préc., note 19, 9; Peter W. HOGG, préc., note 49, p. 17-7. À titre d'exemple, les tribunaux ont reconnu que si les provinces pouvaient légiférer relativement à l'incorporation de compagnies pour des objets « provinciaux », le Parlement fédéral pouvait, en vertu de son pouvoir résiduaire, légiférer sur la constitution de compagnies pour des objets « autres que provinciaux ». *Multiple Access Ltd c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, 174-175; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 A.C. 96, 117.

et en quelque sorte renouvelé en 1949 et en 1982 – de faire de l'organisation des institutions fédérales communes une matière relevant pour l'essentiel des procédures rigides de modification nécessitant la participation des provinces. Comme l'affirment Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet :

Si les autorités fédérales n'avaient pas reçu en 1867 cette compétence constitutionnelle dont continuaient alors de jouir les provinces, ce ne pouvait être que parce que ces dernières, à l'origine de l'union fédérative et de l'existence même des institutions fédérales, jugeaient que la chose répugnait aux conditions de leur union. Leur intérêt dans ces institutions fédérales qu'elles engendraient était trop grand pour qu'elles en abandonnent la maîtrise. Aussi cette modification faite contre la volonté des provinces peut-elle être regardée comme un coup de force fédéral, fait avec la complicité des autorités britanniques. N'était-ce pas précisément pour empêcher qu'une telle chose se produise que le *Statut de Westminster de 1931* avait laissé la *Loi constitutionnelle de 1867* sous la garde du Parlement britannique?¹¹⁵

Il devient difficile dans ces circonstances de prétendre que la réforme des institutions fédérales communes à toutes les provinces ait pu faire l'objet d'un oubli ou d'une omission involontaire en 1867. En raison du choix délibéré du pouvoir constituant de ne pas confier cette compétence au fédéral, du moins pas avant 1949, il devient impossible pour les autorités fédérales de chercher dans le pouvoir résiduaire du paragraphe introductif de l'article 91 quelque fondement constitutionnel à l'adoption de lois para-constitutionnelles relatives à la réforme du Sénat.

ii. La dimension « interparlementaire »

Non seulement le paragraphe introductif de l'article 91 de la *L.C. de 1867* est un fondement bien incertain et éminemment critiquable de la mise en place d'élections sénatoriales consultatives, mais il a, en outre, le fâcheux inconvénient de ne pas résoudre toutes les difficultés découlant du partage des compétences que soulève cette réforme para-constitutionnelle du Sénat canadien. Il y a dans la réforme proposée une dimension interparlementaire qui pose problème : le Parlement fédéral encadre l'organisation de scrutins organisés par les législatures provinciales pour assurer la formation d'une des deux chambres qui composent le Parlement fédéral. Or, ni le gouvernement fédéral ni les provinces n'ont compétence en cette matière, et ce, pour des raisons différentes qui constituent, néanmoins, des obstacles juridiques bien réels.

En l'état actuel du droit constitutionnel canadien, le Parlement fédéral ne peut, comme il tentait de le faire dans le projet de loi C-7, s'ingérer dans l'organisation d'un scrutin

¹¹⁵ Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, préc., note 8, p. 215.

électoral provincial. Ce serait là une forme de « tutelle » législative contraire au partage des compétences. Certes, l'intervention se voulait subtile. Dans le préambule du projet de loi C-7, le gouvernement fédéral prenait soin de préciser que la réforme visait à « établir un *cadre* pour *guider* les provinces et les territoires en ce qui touche la législation régissant la tenue de ces élections »¹¹⁶ [*nos italiques*]. En d'autres termes, l'objectif du projet de loi était non seulement d'inciter les provinces à organiser un processus de consultation des électeurs, mais surtout d'édicter des balises à un tel processus. Ces balises étaient énumérées en détail en annexe du projet de loi. Cette annexe – beaucoup plus longue que le corps du projet de loi – se révélait être en vérité le noyau dur d'un véritable code électoral unifié imposé aux provinces par les autorités fédérales. Elle établissait des limites temporelles quant au moment et au déroulement du scrutin¹¹⁷, des limites personnelles relatives aux règles d'éligibilité¹¹⁸, de mise en candidature¹¹⁹ ou de désistement¹²⁰ et, enfin, des balises organisationnelles portant, entre autres, sur l'initiative du scrutin¹²¹, le choix des officiers ou des fonctionnaires électoraux¹²², la forme des bulletins de vote¹²³, certains aspects financiers de la campagne¹²⁴, le dépouillement¹²⁵ et la divulgation des résultats¹²⁶, de même que d'autres aspects de l'organisation électorale¹²⁷.

En somme, la rédaction d'un tel projet de loi était faite de manière à insister sur l'absence de changement au processus de sélection des sénateurs – la nomination par le gouverneur général étant en apparence maintenue – et sur l'encadrement législatif d'un nouveau processus de consultation des électeurs, organisé par les provinces préalablement à la nomination des sénateurs. Or, de 1867 à nos jours, le fédéral n'a jamais eu de compétence quant à l'encadrement juridique de scrutins électoraux organisés par les provinces. Ce type de « tutelle » législative serait donc manifestement contraire à l'article 45 de la *L.C. de 1982* qui confie aux provinces une compétence exclusive d'organiser, à leur façon, leurs propres processus électoraux.

¹¹⁶ Projet de loi n° C-7, préc., note 3.

¹¹⁷ *Id.*, art. 2, 5.

¹¹⁸ *Id.*, art. 3, 4, 8.

¹¹⁹ *Id.*, art. 9, 10, 12, 13.

¹²⁰ *Id.*, art. 17, 23.

¹²¹ *Id.*, art. 5.

¹²² *Id.*, art. 6, 7.

¹²³ *Id.*, art. 19- 21.

¹²⁴ *Id.*, art. 11, 13, 14, 27.

¹²⁵ *Id.*, art. 21.

¹²⁶ *Id.*, art. 22, 25.

¹²⁷ *Id.*, art. 18, 22, 28.

Après tout, la consultation des citoyens par une province ne relève d'aucun chef de compétence fédérale. C'est du moins ce qui ressort de l'arrêt *Haig*, où la juge L'Heureux-Dubé, pour la majorité de la Cour suprême, confirme explicitement la compétence des provinces de consulter leurs citoyens sur leur territoire, et ce, même sur un objet – en l'occurrence l'Accord de Charlottetown de 1992 – qui concerne l'ensemble du Canada. Elle affirme :

Sous le régime constitutionnel canadien, ce sont les provinces qui détiennent le pouvoir d'établir des règles applicables au déroulement des scrutins sur leur territoire. [...] [I]l serait juridiquement inexact de prétendre que le fédéral a « permis » au Québec d'administrer une partie de ce qui était, dans les faits, un référendum « national ». Le Québec n'avait pas à obtenir l'autorisation fédérale de tenir son référendum et la loi référendaire québécoise ne relevait ni du contrôle ni du pouvoir fédéral. S'il avait voulu tenir un référendum « national », le gouvernement fédéral aurait pu inclure le Québec dans la proclamation. Il était en droit de le faire, mais il s'en est abstenu, comme il avait aussi le droit de le faire¹²⁸.

Par conséquent, tant le fédéral que les provinces disposent de la compétence d'organiser une consultation des électeurs. Toutefois, si le gouvernement fédéral décide de mettre sur pied un scrutin à travers le Canada ou dans certaines provinces seulement, il s'agira d'un processus de consultation fédéral soumis aux modalités établies par des lois fédérales. À l'inverse, si ce sont les provinces qui organisent la tenue d'un scrutin sur leur territoire, il s'agira d'un processus de consultation provincial régi par des lois provinciales. Bref, à la lumière de l'arrêt *Haig*, la législation fédérale ne peut être utilisée afin d'encadrer l'organisation de scrutins provinciaux.

Même si le processus d'élections sénatoriales consultatives qu'Ottawa suggère aux provinces d'adopter reste facultatif, dans la mesure où les provinces ne sont pas obligées de tenir de telles consultations, il n'en reste pas moins que, par un projet de loi comme le projet de loi C-7, les autorités fédérales tentent de légiférer sur un objet pour lequel elles ne disposent d'aucune compétence, soit l'organisation d'un scrutin provincial. Les effets pratiques d'une législation semblable seraient vraisemblablement que les provinces souhaitant organiser un tel scrutin seraient contraintes d'adopter une loi provinciale conforme au cadre fédéral établi à l'annexe du projet de loi C-7. L'exercice de leur compétence législative relative à la consultation des citoyens et à l'organisation de scrutins électoraux serait alors gravement entravé par l'existence d'un code électoral unifié et imposé par les autorités fédérales.

¹²⁸ *Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995, par. 61.

Au-delà de l'entrave que peut représenter la législation fédérale visant à « encadrer » l'organisation de scrutins provinciaux, la législation provinciale relative à la tenue d'élections sénatoriales consultatives poserait aussi problème sur le plan du partage des compétences. Alors que la compétence des provinces de consulter leurs électeurs relève, de toute évidence, de l'article 45 de la *L.C. de 1982*, il faut bien admettre qu'en l'état actuel du droit constitutionnel canadien cette compétence se limite à ce qui relève de la « constitution de la province ». Or, même définie dans son sens le plus large, l'expression « constitution de la province » ne saurait, à notre avis, couvrir l'adoption d'une législation provinciale relative au processus de formation d'une institution fédérale telle que le Sénat.

Les différentes lois organiques (ou lois matériellement constitutionnelles) liées à la tenue d'élections et de consultations populaires sont généralement reconnues comme faisant partie de la « constitution de la province »¹²⁹. C'est le cas, par exemple au Québec, de la *Loi électorale*¹³⁰ ainsi que de la *Loi sur les consultations populaires*¹³¹. Est-ce à dire qu'une loi établissant des élections sénatoriales, comme la *Senatorial Selection Act*¹³² en Alberta, pourrait être adoptée en vertu du pouvoir conféré par l'article 45? La réponse à cette question n'est pas si simple dans la mesure où les provinces ne disposent d'aucune compétence législative quant à l'organisation et au fonctionnement des institutions fédérales. Dans l'arrêt *SEFPO*, le juge Beetz, au nom de la majorité de la Cour suprême, a précisé qu'« 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 »¹³³. Or, de toute évidence, le Sénat canadien ne peut être considéré comme un organe de l'État provincial. Par conséquent, bien que les provinces disposent du pouvoir de légiférer relativement à la consultation de leurs électeurs, il semble que l'organisation d'élections portant sur le choix de membres d'un organe fédéral ne puisse faire partie de ce qui est compris dans la constitution des provinces¹³⁴.

La recherche d'un autre chef de compétence qui se trouverait dans l'un des paragraphes de l'article 92 de la *L.C. de 1867* s'avère par ailleurs infructueuse. Même en se tournant vers ce qui peut être considéré comme le pouvoir résiduaire des provinces sur « toutes les matières de nature purement locale ou privée » (paragraphe 92(16) de la *L.C. de 1867*), la mise en place d'élections sénatoriales consultatives entre difficilement dans ce

¹²⁹ Benoît PELLETIER, préc., note 23, p. 122.

¹³⁰ *Loi électorale*, L.R.Q., c. E-3.3

¹³¹ *Loi sur la consultation populaire*, L.R.Q., c. C-64.1

¹³² *Senatorial Selection Act*, R.S.A. 2000, c. S -5.

¹³³ *Procureur général de l'Ontario c. SEFPO*, préc., note 25, par. 90.

¹³⁴ Catherine MATHIEU, préc., note 1, p. 132.

champ de compétences¹³⁵. Il est, en effet, peu probable que l'élection de membres d'une institution fédérale puisse être considérée comme étant de « nature purement locale ». Cette position est, entre autres, soutenue par Gérard A. Beaudoin pour qui aucun chef de compétence ne permettrait aux provinces d'adopter une loi, telle que celle en vigueur en Alberta, prévoyant des élections sénatoriales :

[La] loi albertaine viole, à notre avis, la Constitution puisque l'on ne peut trouver nulle part au chapitre du partage des compétences législatives une rubrique qui rendrait valide une loi provinciale ayant pareil objectif. On ne peut faire indirectement ce que la Constitution n'autorise pas. Dans l'état actuel du droit constitutionnel, les provinces n'ont rien à dire dans la nomination des sénateurs. Elles peuvent sans doute faire des suggestions, elles ne peuvent pas légiférer¹³⁶.

Ce n'est pas que les provinces n'aient aucun intérêt légitime dans la formation d'un organe central tel que le Sénat. Au contraire, le fédéralisme, principe constitutionnel reconnu¹³⁷, reconnaît aux États membres un intérêt direct dans la gestion des affaires fédérales. Ce principe de participation des provinces aux décisions communes découle, entre autres, « de la fonction première et initiale des institutions fédérales, soit de répondre aux besoins et aux priorités de l'ensemble des membres de la fédération »¹³⁸. Il n'en reste pas moins – et c'est là l'une des nombreuses perversions du fédéralisme canadien – qu'en l'état actuel du droit positif canadien, les provinces n'ont pas la compétence de participer au processus de sélection, de nomination ou d'élection des membres de la chambre censée pourtant représenter leurs intérêts au sein du Parlement fédéral¹³⁹.

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ Gérard-A. BEAUDOIN, *La Constitution du Canada*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 120. Sur la question de la validité des élections sénatoriales provinciales voir aussi Mark C. POWER et Marc-André ROY, préc., note 23, 554-556.

¹³⁷ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 25, par. 54; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, 905 à 909 (motifs dissidents des juges Martland et Ritchie); à ce sujet, voir : Eugénie BROUILLET, « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », (2004) 45 *C. de D.* 7; Luc B. TREMBLAY, « Les principes constitutionnels non écrits », (2012) 1 *Rev. Const. Stud.* 15; Olivier COURTEMANCHE, *Les principes constitutionnels implicites : Étude jurisprudentielle de leur nature, de leur rôle et de leur autorité*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2008, p. 152.

¹³⁸ Patrick TAILLON et Amélie BINETTE, préc. note 106.

¹³⁹ La participation des États membres est, à bien des égards, révélatrice de la qualité des rapports entre les institutions centrales et les institutions des États membres de la fédération. Or, il n'y a pas au Canada de véritable chambre fédérale, c'est-à-dire un Sénat qui agit non seulement comme un élément modérateur, mais aussi, et surtout, comme la représentation du point de vue des États membres dans la délibération devant conduire à l'adoption des normes

En fin de compte, cette absence de compétence de chacun des ordres de gouvernement de légiférer quant à l'organisation d'élections sénatoriales consultatives n'est pas du tout étrangère à la complexité du dispositif proposé par les autorités fédérales. L'encadrement fédéral d'une consultation provinciale menant à la formation d'un organe fédéral témoigne de la dimension interparlementaire de la réforme qui repose manifestement sur une certaine imbrication des pouvoirs. À notre avis, cette dimension ne fait que renforcer l'hypothèse selon laquelle la mise en place de ce type d'élections ne relève ni du législateur fédéral, ni du législateur provincial, mais bien du pouvoir constituant agissant conformément aux procédures multilatérales prévues à la Partie V de la *L.C. de 1982*.

* * *

Le haut degré de complexité du changement proposé par les autorités fédérales au Sénat est en définitive révélateur de son caractère para-constitutionnel. Acrobaties, pirouettes et créativité intellectuelle ont dû être nécessaires à ceux et celles qui ont conçu le plus récent dispositif contenu dans le projet de loi C-7. Après tout, il n'est pas simple de comprendre ce système d'élections sénatoriales consultatives organisées facultativement par les provinces, dans le respect de la législation fédérale, et soi-disant sans affecter le pouvoir du gouverneur général de nommer les sénateurs. Voilà en quelque sorte, tout le paradoxe de la réforme para-constitutionnelle. Le législateur ordinaire se trouve à élaborer de « complexes astuces » pour éviter à tout prix le recours aux procédures jugées trop « complexes » de modification multilatérale de la Constitution. C'est là un trait caractéristique de la pensée constitutionnelle et de la conception du fédéralisme qui anime les élites politiques canadiennes depuis l'échec des accords du lac Meech et de Charlottetown. Tous les moyens semblent désormais permis pour éviter « l'épreuve » des négociations constitutionnelles avec les provinces. Comme si, depuis le départ de la vie politique de Brian Mulroney, de Robert Bourassa et de quelques autres, les élites politiques canadiennes ne disposaient plus de la maturité et de l'ouverture d'esprit suffisantes pour négocier une ô combien nécessaire modernisation de la Constitution canadienne!

communes à l'ensemble de la fédération. Voir notamment : Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, préc., note 8, p. 407, 421; Richard SIMEON et Ian ROBINSON, « The dynamics of Canadian federalism », dans James BICKERTON et Alain-G. GAGNON (dir.), *Canadian Politics*, 5^e éd., Toronto, University of Toronto Press, 2004, p. 155, à la page 156; Ronald L. WATTS, *Comparaison des régimes fédéraux*, 2^e éd., Kingston, Les Presses universitaires McGill-Queen's, 1996, p. 80; Réjean PELLETIER, *Le Québec et le fédéralisme canadien : un regard critique*, coll. « Prisme », Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2008, p. 178.

Loin d'être un cas isolé, la réforme para-constitutionnelle du Sénat s'inscrit dans une tendance lourde de changements institutionnels discutés, et parfois adoptés, en marge de la Constitution. Pour chacune de ces réformes para-constitutionnelles, la même volonté de ne pas modifier les normes supralégislatives, tout en agissant dans une sphère d'action relevant *a priori* de l'une des procédures multilatérales de modification, anime le législateur.

Les résultats de ces réformes demeurent toutefois bien incertains sur le plan juridique, car de deux choses l'une, soit la loi para-constitutionnelle subsiste au test des tribunaux par le jeu d'une interprétation conforme qui en atténue significativement les effets, soit elle est déclarée non conforme à la Constitution. C'est le premier scénario qui semble, pour le moment, être le sort des lois établissant des élections à date fixe qui, sous l'effet de la technique de l'interprétation conforme, se révèlent n'être que des élections à « date molle » pour reprendre la formule de Marc Chevrier¹⁴⁰. Dans d'autres situations, et cela devrait être le cas de la réforme para-constitutionnelle du Sénat, la seule avenue possible s'avère en définitive celle de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi dont la validité constitutionnelle ne peut – ni de près, ni de loin – être défendue sérieusement.

¹⁴⁰ Marc CHEVRIER, « Des élections à date... molle », *Le Devoir*, 11 juin 2013, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/politique/quebec/380397/des-elections-a-date-molle>> (site consulté le 7 novembre 2013); Antoine ROBITAILLE, « Élections à date molle — Péquisme royal », *Le Devoir*, 10 octobre 2013, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/politique/quebec/389599/pequisme-royal>> (site consulté le 7 novembre 2013).