

QUI PEUT RÉFORMER LE SÉNAT CANADIEN?

Sébastien Grammond*

Résumé

La Cour suprême du Canada a récemment rendu un avis consultatif portant sur la procédure de modification constitutionnelle applicable à la réforme du Sénat canadien. Le présent texte offre une perspective historique expliquant le développement des règles relatives aux modifications constitutionnelles concernant le Sénat et les origines de la controverse qui a été soumise à la Cour. Afin de trancher la controverse, la Cour suprême a dû, pour la première fois depuis l'adoption de la constitution de 1982, préciser son interprétation de la formule de modification de la constitution. Se fondant sur le concept d'architecture de la constitution et, implicitement, sur une vision de la fédération canadienne comme un pacte, la Cour a interdit au gouvernement fédéral d'agir unilatéralement. La réforme du Sénat, si elle a lieu, devra donc faire l'objet d'une entente entre le gouvernement fédéral et les provinces.

Mots-clés: droit constitutionnel; modification constitutionnelle; Canada; Sénat.

WHO CAN REFORM THE CANADIAN SENATE?

Abstract

The Supreme Court of Canada recently rendered an advisory opinion as to which constitutional amending procedure is applicable to the reform of the Canadian Senate. This paper offers a historical perspective explaining the development of the rules governing constitutional amendments with respect to the Senate and the origins of the controversy that was submitted to the Court. To settle the issue, the Supreme Court had, for the first time since the adoption of the 1982 constitution, to explain its interpretation of the constitutional amending formula. Relying upon the concept of "architecture of the constitution" and, implicitly, a vision of the Canadian federation as a pact, the Court prohibited the federal government from acting unilaterally. Senate reform, if it should take place, will therefore require an agreement between the federal government and the provinces.

Key words: Constitutional Law; constitutional reform; Canada; Senate.

* Sébastien Grammond, LL.B., LL.M. (Montréal), M.Stud., D.Phil. (Oxford), Ad.E.; doyen de la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa, 57, rue Louis-Pasteur, Pavillon Fauteux, Ottawa, Ontario, Canada, K1N 6N5, sebastien.grammond@uottawa.ca.

L'auteur a agi comme avocat de la Fédération des communautés francophones et acadiennes du Canada dans le *Renvoi sur la réforme du Sénat*. Il désire remercier son collègue Pierre Thibault qui a accepté de relire une ébauche du présent texte.

Article reçu le 19.05.2014. Évaluation en aveugle: 28.05.201 et 29.05.2014. Date d'acceptation de la version finale: 5.06.2014.

Citation Recommandée: Grammond, Sébastien. « Qui peut réformer le Sénat canadien? ». *Revista catalana de dret públic*. Núm. 48, 2014. p. 53-64. DOI: [10.2436/20.8030.01.20](https://doi.org/10.2436/20.8030.01.20).

Sommaire

- I Origines et évolution du Sénat canadien
- II Propositions de réforme
- III La *Loi constitutionnelle de 1982* et la formule de modification
- IV Les propositions récentes
- V La décision de la Cour suprême
- VI Conclusions

À l'heure où plusieurs pays européens réforment la chambre haute de leur parlement, la situation canadienne peut paraître paradoxale. Dans un avis consultatif, la Cour suprême vient de rappeler que le Parlement fédéral ne peut, à lui seul, modifier des aspects importants du Sénat et que le consentement des provinces est nécessaire pour réaliser ce qui serait une modification constitutionnelle¹. Pour de nombreux observateurs, cette décision signifie que la réforme du Sénat est désormais vouée à l'échec.

En réalité, cette décision de la Cour suprême ne porte pas tant sur le bien-fondé de certaines propositions de réforme que sur les règles régissant la modification de la constitution canadienne. Cette décision faisait suite à la volonté du gouvernement fédéral de faire adopter une réforme partielle du Sénat par le Parlement, évitant ainsi de négocier les paramètres d'une réforme complète avec les gouvernements provinciaux. Selon la Cour, le gouvernement fédéral ne peut contourner la formule de modification prévue dans la constitution, qui exige la participation des provinces à toute réforme importante du Sénat, en concevant sa réforme d'une manière qui évite de modifier le texte formel de la constitution. Au-delà de la réforme du Sénat, l'avis de la Cour traite donc de la source de légitimité politique fondamentale au sein de la fédération canadienne et réaffirme le rôle crucial des provinces comme « partenaires de la Confédération ».

Dans le présent texte, nous présenterons d'abord les éléments du contexte historique nécessaires à la compréhension des questions que la Cour avait à trancher. Nous analyserons ensuite les réformes proposées par le gouvernement fédéral, puis le raisonnement employé par la Cour pour conclure à leur inconstitutionnalité.

I Origines et évolution du Sénat canadien

Le Sénat canadien trouve ses origines dans la tradition britannique du bicaméralisme. Depuis longtemps, le Parlement du Royaume-Uni est composé, en plus du souverain, d'une Chambre des communes élue par la population (avec une extension graduelle du suffrage) et d'une Chambre des lords représentant l'aristocratie. Ce modèle a été transposé au Canada dès que le conquérant britannique a accepté la mise sur pied d'une assemblée législative dans ses nouvelles colonies, en 1791². Cependant, plutôt que de représenter l'aristocratie héréditaire, la chambre haute, appelée Conseil législatif, était composée de personnes nommées par l'exécutif, qui, à cette époque, n'était pas responsable devant l'assemblée élue. Le Conseil législatif représentait donc les intérêts de la Couronne face à la population de la colonie. En 1856, quelques années après l'octroi du gouvernement responsable, les membres du Conseil législatif ont commencé à être élus³.

Lorsque les colonies britanniques d'Amérique du Nord se sont unies pour former une fédération, en 1867, l'un des sujets qui ont le plus retenu l'attention des « Pères de la Confédération » était la composition et le rôle de la chambre haute. Sans doute en raison de l'expérience peu concluante des vingt années précédentes, il a été décidé que seule une des deux chambres du Parlement fédéral, la Chambre des communes, serait élue par la population. La chambre haute, qui porterait désormais le nom de Sénat, aurait pour fonction d'assurer un examen réfléchi des lois (« *sober second thought* », selon l'expression consacrée) ainsi qu'une représentation régionale équitable, afin de compenser la représentation proportionnelle à la population au sein de la Chambre des communes. Ses membres seraient nommés par l'exécutif fédéral et, afin d'assurer leur indépendance, ils occuperaient leurs fonctions à vie. Leurs décisions ne seraient donc pas dictées par des intérêts à court terme ou la volonté de se faire réélire. Le fait que le Sénat ne bénéficierait pas de la légitimité démocratique devait assurer, aux yeux des Pères de la Confédération, que celui-ci ne ferait pas obstacle à la volonté bien arrêtée de la Chambre des communes d'adopter un projet de loi, mais se contenterait de retarder son adoption, suscitant ainsi un débat plus approfondi sur le projet controversé.

La répartition des sièges au Sénat obéit, avec quelques variantes, à un principe d'égalité « régionale ». Le Canada de 1867 était composé de quatre provinces. En raison de leur taille et de leur composition linguistique, deux d'entre elles, le Québec et l'Ontario, ont été considérées comme des régions à part entière,

1 Renvoi relatif à la réforme du Sénat, 2014 CSC 32. Les décisions des tribunaux canadiens peuvent être consultées sur le site www.canlii.org.

2 Jacques-Yvan Morin, « L'évolution constitutionnelle du Canada et du Québec de 1534 à 1867 » dans Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *Les constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours*, Montréal, Thémis, 1992, pp. 52, 56-59.

3 Michel Morin, « L'élection des membres de la Chambre haute du Canada-Uni, 1856-1867 », (1994) 35 Cahiers de droit 23.

représentées par 24 sénateurs. Les deux autres provinces, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, auxquelles s'est ajoutée l'Île-du-Prince-Édouard en 1873, ont été reconnues comme une troisième région, celle des Maritimes. Enfin, au terme d'une évolution graduelle, les quatre provinces de l'Ouest ont été reconnues comme une quatrième région, elle aussi représentée par 24 sénateurs, c'est-à-dire six par province. La province de Terre-Neuve, qui s'est jointe au Canada en 1949, et les territoires nordiques sont représentés indépendamment du système de régions, à raison de six sénateurs pour Terre-Neuve et d'un sénateur pour chacun des trois territoires.

Au fil du temps, le Sénat a aussi acquis un rôle de représentation des groupes minoritaires. Dès les premières années de la Confédération, les premiers ministres successifs ont nommé au Sénat des francophones des provinces autres que le Québec. En effet, le système électoral uninominal à un tour que l'on retrouve au Canada ne favorise pas l'élection de représentants de groupes minoritaires, sauf si ceux-ci sont territorialement concentrés. Ainsi, encore aujourd'hui, les francophones hors-Québec sont mieux représentés au Sénat qu'à la Chambre des communes⁴. Il en est de même des femmes et des Autochtones.

II Propositions de réforme

Le Sénat canadien a toujours été une institution controversée. Le principal fondement de ses critiques est qu'il ne remplit pas les rôles qui lui ont été initialement assignés. La principale cause de cet état de faits est la très grande partisanerie politique qui caractérise les nominations au Sénat et le comportement des sénateurs. Bien que certaines personnalités de haut calibre aient été nommées au Sénat, les différents premiers ministres ont aussi nommé des amis du parti, des collecteurs de fonds, des candidats défaits aux élections ou d'autres personnes qui ne possèdent pas nécessairement les compétences voulues pour effectuer un examen réfléchi des lois⁵. La discipline de parti qui s'est installée au Sénat, même si elle est parfois plus atténuée qu'à la Chambre des communes, fait que les sénateurs défendent habituellement le point de vue du parti politique fédéral auquel ils sont affiliés, plutôt que les intérêts de leur province d'origine. À ces critiques s'ajoute la méfiance envers les acteurs qui détiennent un pouvoir politique sans avoir été élus.

Dès ses débuts, le Sénat a fait l'objet de propositions de réforme, voire d'abolition. Sans remonter au début du XX^e siècle, il est utile, pour la compréhension de ce qui suit, de décrire les grandes lignes des projets de réforme proposés dans les années 1970, c'est-à-dire avant le « rapatriement » de la constitution canadienne. Ces propositions ont été faites dans le cadre de discussions de portée plus vaste visant à prévoir une formule permettant de modifier la constitution au Canada. En effet, il est nécessaire de rappeler que la constitution canadienne de 1867 est une loi britannique (maintenant appelée *Loi constitutionnelle de 1867*) et que jusqu'à cette époque, la plupart des dispositions de cette loi ne pouvaient être modifiées que par le Parlement de Londres. La correction de cette situation pour le moins incongrue est ce qu'on a appelé le « rapatriement » de la constitution canadienne. Ces discussions visaient aussi à insérer une charte des droits dans la constitution, à réaménager le partage des compétences entre les gouvernements fédéral et provinciaux et à réformer certaines institutions.

Quant au Sénat, de nombreuses options avaient été envisagées, notamment quant au mode de nomination (par le gouvernement fédéral, par les provinces ou les deux), quant à la répartition des sièges (principalement afin d'assurer une meilleure représentation aux provinces de l'Ouest) et quant à la limitation de ses pouvoirs.⁶ La prémisse de ces discussions était que le Parlement canadien demeurerait bicaméral et que le Sénat ne serait pas aboli. L'élection directe des sénateurs par la population n'était habituellement pas une option privilégiée.

En 1978, face à l'impasse dans les discussions avec les provinces, le gouvernement fédéral a tenté de mettre de l'avant une réforme unilatérale de certaines institutions, dont le Sénat. Face aux doutes exprimés quant à sa

4 Claudette Tardif et Chantal Terrien, « La réforme du Sénat et les minorités francophones », (2009) 32 *Revue parlementaire canadienne* 6, disponible en ligne : http://www.revparl.ca/32/1/32n1_09f_Tardif-Terrien.pdf (consulté le 7 mai 2014).

5 À titre d'exemple, on a nommé l'entraîneur d'une équipe de hockey professionnel, dont on a appris qu'il ne savait pas lire.

6 Pour une analyse des enjeux soulevés par ces différentes possibilités, voir José Woehrling, « L'évolution constitutionnelle du Canada et du Québec de 1867 à nos jours », dans Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *Les constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours*, Montréal, Thémis, 1992, aux pp. 209-221.

compétence pour apporter des modifications importantes au Sénat, le gouvernement fédéral a sollicité l'avis consultatif de la Cour suprême sur cette question. Le gouvernement fédéral prétendait que l'article 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui accordait au Parlement le pouvoir de modifier la Constitution du Canada, sauf relativement à un nombre limité de sujets, autorisait celui-ci à modifier des aspects fondamentaux du Sénat, puisque celui-ci ne faisait pas partie des exceptions mentionnées à l'article 91(1). En décembre 1979, la Cour a répondu qu'en raison du rôle crucial que le Sénat est censé jouer dans l'équilibre des relations fédérales-provinciales, celui-ci n'était pas visé par le pouvoir unilatéral du Parlement fédéral de modifier certains aspects de la constitution⁷. En particulier, la Cour a affirmé que le Parlement, agissant seul, ne pouvait ni abolir le Sénat, ni prévoir que le Parlement pourrait adopter des lois sans le consentement du Sénat après un certain délai (comme c'est le cas au Royaume-Uni depuis le début du XX^e siècle). La Cour n'a pas voulu donner de réponse à certaines questions précises posées par le gouvernement fédéral, estimant qu'elle ne bénéficiait pas du contexte nécessaire, notamment au sujet de modifications éventuelles au nombre de sénateurs qui représentent chaque province ou de la participation des provinces au processus de nomination des sénateurs. Néanmoins, la Cour a répondu négativement à la question de savoir si le Parlement pouvait prévoir l'élection directe des sénateurs par la population, s'exprimant comme suit :

La substitution d'un système d'élection à un système de nomination implique un changement radical dans la nature d'un des organes du Parlement. Comme on l'a vu, le préambule de l'Acte parle d'«une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni», où la Chambre haute n'est pas élective. En créant le Sénat de la manière prévue à l'Acte, il est évident qu'on voulait en faire un organisme tout à fait indépendant qui pourrait revoir avec impartialité les mesures adoptées par la Chambre des Communes. On y est arrivé en disposant que les membres du Sénat seraient nommés à vie. Si l'on faisait du Sénat un organisme entièrement ou partiellement électif, on en modifierait un trait fondamental.⁸

L'impression générale qui se dégage de cet avis consultatif est que la compétence unilatérale du Parlement relativement au Sénat ne vise que des modifications qui ne touchent pas à des caractéristiques essentielles ou des traits fondamentaux de l'institution. La Cour n'a cependant pas tenté de donner une liste exhaustive de ces caractéristiques, ce qui explique les controverses récentes.

III La *Loi constitutionnelle de 1982* et la formule de modification

Les discussions constitutionnelles des années 1970 ont trouvé leur aboutissement partiel dans un accord politique entre le gouvernement fédéral et neuf des dix provinces (le Québec étant exclu), en novembre 1981, qui a donné lieu à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* par le Parlement britannique, ce qui consacrait le « rapatriement » de la constitution canadienne.

La réforme du Sénat ne faisait pas partie de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En effet, en octobre 1980, face au piétinement des discussions fédérales-provinciales, le gouvernement fédéral a choisi de prioriser deux volets de la réforme constitutionnelle, la formule de modification et la charte des droits, et a tenté de procéder de façon unilatérale, sans obtenir l'accord des provinces. Dans cette optique, la réforme du Sénat était reportée à une phase ultérieure des négociations. Ce report de la réforme du Sénat explique l'attention accrue portée dès ce moment aux questions relatives au Sénat au sein de la formule de modification.

La suite est bien connue : après que la Cour suprême ait rendu un avis consultatif qui statuait que le processus unilatéral proposé par le gouvernement fédéral était contraire aux conventions de la constitution, qui exigeaient l'obtention d'un consentement d'un nombre « substantiel » de provinces à toute modification constitutionnelle affectant leurs droits ou leurs pouvoirs⁹, le gouvernement fédéral a repris les négociations avec les provinces et s'est entendu avec neuf d'entre elles¹⁰. Aux termes du compromis de novembre 1981, les provinces acceptaient de constitutionnaliser une charte des droits, alors que le gouvernement fédéral acceptait la formule de modification proposée par les provinces.

7 Renvoi : *Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54.

8 *Ibid.*, à la p. 77.

9 Renvoi : *résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

10 Voir, entre autres, José Woehrling, « L'évolution constitutionnelle du Canada et du Québec de 1867 à nos jours », dans Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *Les constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours*, Montréal, Thémis, 1992, aux pp. 441-461; en espagnol, voir Josep M. Castellà, « Canadá: un laboratorio del federalismo », dans Juan J. Solozábal (ed.), *La reforma federal*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2014, aux pp. 259-309.

Quant aux modifications de la constitution touchant le Sénat, la *Loi constitutionnelle de 1982* contient les dispositions suivantes :

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

a) par des résolutions du Sénat et de la Chambre des communes;

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

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

[...]

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

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

[...]

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

Un autre aspect de la formule de modification mérite d'être souligné. Contrairement aux propositions formulées par le gouvernement fédéral, la formule actuelle ne prévoit aucunement le recours au référendum. Ainsi, le gouvernement fédéral ne peut pas forcer l'adoption d'une modification constitutionnelle à laquelle les provinces ne consentent pas en appelant directement à la population. En droit canadien, les référendums ne jouent qu'un rôle purement consultatif, même si le résultat d'un référendum possède un poids politique incontournable.

IV Les propositions récentes

Dès le début des années 1980, les provinces de l'Ouest canadien ont fait valoir des revendications radicalement différentes quant à la réforme du Sénat. Animées par un sentiment d'aliénation face à la concentration du pouvoir politique dans l'est du pays, ces provinces ont réclamé un Sénat « égal, élu et efficace » (en anglais, « *Triple-E Senate* ») comme moyen de faire entendre leur voix à Ottawa. Par cette expression, on entend que les sénateurs doivent être élus directement par la population, que chaque province, quelle que soit la taille de sa population ou sa composition linguistique, doit être représentée par le même nombre de sénateurs et que le Sénat doit disposer de pouvoirs réels.

La première tentative de modifier la constitution après 1982 était l'Accord du lac Meech, conclu en 1987 par les premiers ministres fédéral et provinciaux. Cet accord visait principalement à répondre à certaines demandes traditionnelles du Québec afin de permettre à celui-ci de consentir honorablement à la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il ne prévoyait aucune réforme du Sénat; encore une fois, cette question était reportée à une discussion ultérieure. Pour un ensemble de raisons qu'il est impossible d'examiner ici, l'Accord a été un échec, car deux provinces ont refusé de le ratifier. Cet échec a été suivi par une autre ronde de négociations constitutionnelles où les demandes de toutes les provinces, y compris la réforme du Sénat, ont été traitées simultanément. Ces discussions, impliquant le gouvernement fédéral, les provinces, les territoires et des représentants des peuples autochtones, ont donné lieu à l'Accord de Charlottetown de l'été 1992.

Quant à la réforme du Sénat, l'Accord de Charlottetown prévoyait un Sénat qualifié de « *Triple-E* », avec certaines nuances¹¹. Ainsi, le Sénat devait être composé de six sénateurs par province, donnant ainsi effet à la revendication d'égalité chère aux provinces de l'Ouest. Quant au mode de sélection des sénateurs, chaque province aurait eu le choix entre faire élire ses sénateurs directement par sa population et les désigner par

11 Pour le texte juridique de l'Accord de Charlottetown, voir André Tremblay, *La réforme de la constitution au Canada*, Montréal, Thémis, 1995, pp. 464-471; voir aussi <http://bilan.usherbrooke.ca/voutes/callisto/dhsp3/lois/Chalottetown.html> (consulté le 9 mai 2014).

vote de l'assemblée législative provinciale. Des règles spécifiques auraient été prévues pour trancher les conflits entre la Chambre des communes et le Sénat. Ainsi, la Chambre des communes aurait eu le dernier mot sur les projets de loi fiscale ou de crédits. Pour les autres projets de loi, une impasse entre les deux chambres aurait pu être dénouée par le vote majoritaire d'un congrès des deux chambres, qui aurait, dans les faits, été composé à 80 p. cent de membres de la Chambre des communes. Enfin, certaines dispositions étaient prises pour assurer la protection des minorités. En plus des représentants des provinces, le Sénat aurait été composé d'un nombre non spécifié de sénateurs autochtones. Les mesures touchant la langue ou la culture françaises auraient dû être approuvées par une double majorité de l'ensemble des sénateurs et des sénateurs d'expression française.

Même s'il avait été approuvé par les gouvernements, l'Accord de Charlottetown a été rejeté par la population canadienne lors d'un référendum tenu le 26 octobre 1992. L'échec de l'Accord de Charlottetown et le référendum de 1995 sur la souveraineté du Québec ont accredité l'idée selon laquelle la réforme constitutionnelle était devenue impossible, notamment en raison des risques associés à un échec éventuel.

C'est ce qui a incité le gouvernement conservateur fédéral, arrivé au pouvoir en 2006, à adopter une stratégie différente afin de réformer le Sénat. Dans plusieurs projets de loi (qui n'ont jamais été adoptés), le gouvernement a proposé d'utiliser au maximum son pouvoir de modifier les lois ou la constitution sans obtenir l'appui des provinces. Ces modifications proposées portaient sur deux sujets : la réduction de la durée du mandat des sénateurs et la mise en place d'un processus d'« élections consultatives ».

La mise en place d'un système d'élections dites consultatives visait à contourner l'intangibilité du pouvoir de l'exécutif fédéral de nommer les sénateurs, pouvoir prévu à l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Des élections devaient être tenues dans chaque province pour désigner des « candidats » sénatoriaux, dont le nom serait ensuite transmis au premier ministre fédéral pour qu'il les « considère » au moment de nommer un sénateur. Les projets de loi étaient soigneusement formulés afin de préserver, sur le plan juridique, la discrétion du premier ministre. Cependant, sur le plan politique, il est clair que l'intention derrière le concept d'élections consultatives était de faire élire les sénateurs et de les doter d'une légitimité démocratique. Ce système était inspiré d'une loi adoptée par l'Alberta en 1989, la *Senatorial Selection Act*¹², qui prévoyait la tenue d'élections consultatives pour désigner des candidats sénatoriaux. De fait, plusieurs sénateurs « élus » selon ce système ont été nommés au Sénat par les premiers ministres Mulroney ou Harper. Cependant, les premiers ministres Chrétien et Martin ne se sont pas sentis liés par les résultats de ces élections et n'ont pas nommé les candidats recommandés. Il n'est pas certain que ces premiers ministres auraient pris une telle liberté si la tenue des élections consultatives avait été prévue par une loi fédérale plutôt qu'une loi provinciale.

Sur le plan du droit constitutionnel, le gouvernement prétendait qu'un tel mécanisme était valide, puisque la discrétion du gouverneur général (en pratique, du premier ministre) de nommer la personne de son choix au Sénat, prévue à l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, était formellement maintenue. Autrement dit, dans cette perspective, le Parlement pourrait adopter des lois qui ont pour effet pratique de modifier le fonctionnement des institutions mises en place par la constitution, même de manière importante, à la condition que les pouvoirs discrétionnaires accordés par la constitution soient formellement maintenus¹³. Cette façon de voir les choses joue sur la différence entre obligation juridique et obligation politique. Ainsi, le résultat d'une élection consultative aurait indubitablement créé une obligation politique, même si, aux termes de la loi, le premier ministre n'aurait eu aucune obligation juridique de nommer le vainqueur au Sénat. Les promoteurs de ces projets de loi affirmaient également vouloir créer une convention constitutionnelle qui se serait superposée à l'article 24. Or, puisque les conventions constitutionnelles ne relèvent pas du droit au sens strict, il n'aurait pas été nécessaire de procéder à une modification constitutionnelle¹⁴.

Un autre volet des réformes proposées était la limitation de la durée du mandat des sénateurs. En effet, un mécanisme électoral est habituellement associé à des mandats de durée limitée. Quant à cette question, la

12 R.S.A. 2000, c. S-5.

13 Robert E. Hawkins, « Constitutional Workarounds: Senate Reform and Other Examples », (2010) 89 *Revue du Barreau canadien* 513.

14 Pour une critique de ce point de vue, voir Mark Walters, « The Constitutional Form and Reform of the Senate: Thoughts on the Constitutionality of Bill C-7 », (2013) 7 *Journal of Parliamentary and Political Law* 37-61.

stratégie du gouvernement fut différente. Dans la constitution de 1867, les sénateurs occupaient leur charge leur vie durant. Or, en 1965, le Parlement, agissant seul en vertu de l'article 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, a modifié la disposition pertinente, l'article 29 de la même loi, pour prévoir que les sénateurs devraient dorénavant prendre leur retraite à l'âge de 75 ans. La validité de cette modification n'a jamais été contestée. Dans son avis consultatif de 1979, la Cour suprême avait refusé de se prononcer sur le pouvoir unilatéral du Parlement de prévoir des mandats à durée fixe. Elle avait tout de même affirmé qu'« [à] un certain point, la réduction de la durée des fonctions pourrait nuire au bon fonctionnement du Sénat »¹⁵, laissant ainsi entrevoir, *a contrario*, la possibilité que certaines modifications puissent relever de la compétence exclusive du Parlement, si elles ne nuisent pas au fonctionnement du Sénat. S'appuyant sur cette remarque de la Cour, le gouvernement fédéral a affirmé que le Parlement pouvait s'autoriser de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (qui remplaçait l'article 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*) pour réduire à huit ou neuf ans le mandat des sénateurs. Il était également prévu que le mandat des sénateurs ne serait pas renouvelable. Par ces mesures, le gouvernement souhaitait préserver l'indépendance des sénateurs, en ce sens que la durée relativement longue du mandat, couplée à l'impossibilité de renouveler celui-ci, aurait permis aux sénateurs de se consacrer à un examen impartial des lois sans avoir à se soucier de la nécessité de faire face à l'électorat à court terme.

La réforme proposée avait ses limites. Elle n'aurait rien changé à la répartition régionale des sièges : il semble impossible de changer celle-ci sans apporter des modifications formelles au texte de la constitution. De plus, puisque chaque province aurait eu le choix de tenir ou non des élections consultatives, l'adoption du projet de loi fédéral aurait pu conduire à une situation où les sénateurs de certaines provinces auraient été élus, alors que ceux des autres provinces auraient été nommés. La réforme n'aurait pas non plus prévu de mécanismes de résolution des conflits entre le Sénat et la Chambre des communes. Or, un Sénat partiellement ou totalement élu aurait pu invoquer sa légitimité démocratique accrue pour s'opposer plus systématiquement à la Chambre des communes, entraînant ainsi une paralysie du Parlement fédéral. En vérité, les promoteurs du projet fédéral étaient conscients de ces inconvénients, mais ils souhaitaient que la situation se dégrade à un point où les provinces se sentiraient contraintes à consentir à une réforme globale du Sénat, portant non seulement sur les éléments visés par les projets de loi, mais aussi sur les autres aspects du Sénat qui, de l'aveu du gouvernement, ne pouvaient être modifiés sans toucher au texte constitutionnel. À cet égard, l'évolution du Sénat américain était donnée en exemple. À l'origine, la constitution des États-Unis prévoyait que les sénateurs seraient désignés par la législature de chaque État. Or, au début du XX^e siècle, certains États ont commencé à tenir des élections afin de choisir les sénateurs qui seraient désignés par la législature. Rapidement, les autres États ont accepté de ratifier un amendement constitutionnel prévoyant l'élection de tous les sénateurs. L'histoire américaine aurait ainsi tracé la voie à suivre pour le Canada. C'était cependant sans compter que la validité constitutionnelle du procédé serait contestée.

V La décision de la Cour suprême

Dès le dépôt des premiers projets de loi fédéraux, des doutes ont été exprimés quant à la possibilité pour le Parlement de contourner la formule de modification constitutionnelle. Le comité sénatorial qui a étudié l'un de ces projets a d'ailleurs recommandé au gouvernement de solliciter l'avis consultatif de la Cour suprême, ce que le gouvernement a refusé de faire. C'est donc le gouvernement du Québec qui a lancé la contestation du projet fédéral en demandant, en avril 2012, l'avis de la Cour d'appel du Québec. Voyant cela, le gouvernement fédéral a tenté de court-circuiter le processus en demandant, en février 2013, à la Cour suprême de se prononcer sur une gamme de questions plus large. Malgré cela, la Cour d'appel du Québec a rendu son avis consultatif avant que l'affaire ne soit entendue par la Cour suprême. En gros, la Cour d'appel a statué que l'élection consultative des sénateurs était une modification de la constitution qui exigeait le consentement des provinces et que la réduction de la durée du mandat des sénateurs ne pouvait être réalisée par le Parlement fédéral agissant seul en vertu de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁶. C'est cependant l'avis rendu par la Cour suprême qui retiendra principalement notre attention.

15 *Renvoi relatif à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54, à la p. 76.

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

À l'exception de son avis concernant les conditions d'éligibilité pour devenir juge de la Cour¹⁷, rendu quelques semaines auparavant, l'avis sur la réforme du Sénat était la première occasion qu'a eue la Cour de se prononcer sur le fonctionnement et l'interprétation de la formule de modification contenue dans la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour a donc dû élaborer une théorie générale du fonctionnement de la formule. Le gouvernement fédéral proposait une vision essentiellement textuelle de la formule, selon laquelle celle-ci ne s'appliquerait qu'aux modifications formelles apportées au texte de la constitution. Dans cette perspective, une loi fédérale ordinaire pourrait affecter le fonctionnement des institutions créées par la constitution, pourvu qu'elle ne modifie pas le texte de celle-ci. La théorie du « contournement constitutionnel » se trouverait ainsi validée.

La Cour suprême ne l'a pas entendu ainsi. Elle a rappelé que le concept de constitution, enchâssée et protégée contre les modifications unilatérales que le Parlement voudrait lui apporter, était plus large que la liste des lois constitutionnelles énumérées à l'annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour a plutôt affirmé que l'« architecture » de la constitution était également protégée :

Comme nous l'avons vu, la Constitution ne doit pas être considérée comme un simple ensemble de dispositions écrites isolées. Elle a une architecture, une structure fondamentale. Par extension, les modifications constitutionnelles ne se limitent pas aux modifications apportées au texte de la Constitution. Elles comprennent aussi les modifications à son architecture.¹⁸

Il est intéressant de noter que, pour justifier son interprétation large de la formule de modification, la Cour suprême se fonde sur des arguments ou des concepts qu'on peut relier à la « théorie du pacte » de la fédération canadienne. Selon cette théorie, la constitution canadienne est, sur le plan politique, le résultat d'une entente entre les provinces fondatrices ou encore d'une entente entre les deux « peuples fondateurs », les francophones et les anglophones¹⁹. Souvent mentionnée dans la première moitié du XX^e siècle²⁰, cette théorie a été critiquée par la suite, notamment par les partisans d'une plus grande centralisation. Or, la Cour suprême prend bien soin de noter que la formule de modification découle essentiellement d'une proposition présentée par les provinces, qui avait pour but précis de protéger les intérêts des provinces²¹. La formule reflète « le consensus politique selon lequel les provinces doivent avoir un droit de participation aux modifications constitutionnelles mettant en cause leurs intérêts »²². Ainsi, la Cour peut justifier l'interprétation qu'elle donne à la constitution comme étant celle qui est la plus susceptible de protéger les intérêts des provinces ou, en d'autres termes, celle qui donne effet au « pacte ». Plus spécifiquement, la Cour affirme qu'en 1981-82, les provinces et le gouvernement fédéral se sont entendus pour « préserver le statu quo constitutionnel »²³ en attendant qu'un consensus émerge sur d'autres réformes, dont celle du Sénat. Dans cette optique, la réforme unilatérale proposée par le gouvernement fédéral paraît singulièrement illégitime.

Cela dit, en ayant recours au concept d'architecture de la constitution, la Cour s'octroie un pouvoir d'appréciation important pour déterminer ce qui est enchâssé et, en définitive, pour faire obstacle à l'action unilatérale d'un ordre de gouvernement (en l'occurrence, le fédéral, mais le même principe pourrait aussi être appliqué aux actions d'une province). Cette conception large du concept de constitution est certainement compatible avec la volonté des provinces, lors des discussions qui ont conduit à l'adoption de la *Loi*

17 *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21.

18 *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, au par. 27.

19 Voir notamment Kenneth McRoberts, *Un pays à refaire : l'échec des politiques constitutionnelles canadiennes* (Montréal, Boréal, 1999); Paul Romney, « Provincial Equality, Special Status and the Compact Theory of Confederation » (1999) 32 *Revue canadienne de science politique* 21; Stephen Tierney, *Constitutional Law and National Pluralism* (Oxford, Oxford University Press, 2004), pp. 100-109; Eugénie Brouillet, *La négation de la nation : l'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien* (Québec, Septentrion, 2005). Pour un exposé classique, voir George F.G. Stanley, « Act or Pact? Another Look at Confederation », (1956) 35 *Rapports annuels de la Société historique du Canada* 1.

20 Par exemple, une décision du Conseil privé, qui était alors le tribunal de dernier ressort pour le Canada, affirmait que la constitution était un « *inter-provincial compact* » : *P.G. Canada c. P.G. Ontario*, [1937] A.C. 326, à la p. 351.

21 *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, aux par. 30-31; voir aussi le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, aux par. 92-93, 99-100, où la Cour va jusqu'à dire que la formule de modification doit être interprétée selon « l'intention des provinces » (par. 99).

22 *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, par. 31.

23 *Ibid.*, au par. 31; voir aussi le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, au par. 100.

constitutionnelle de 1982, de protéger leurs intérêts fondamentaux contre l'intervention fédérale. On peut tout de même se demander si le caractère diffus du concept d'« architecture de la constitution » ne risque pas de rendre le fonctionnement de la formule de modification moins prévisible et, ainsi, de rendre les discussions constitutionnelles plus difficiles.

Appliquant ce concept, la Cour n'a eu aucun mal à conclure qu'un système d'élections consultatives transformerait l'architecture de la constitution en modifiant « les nature et rôle fondamentaux du Sénat »²⁴ et en brisant l'équilibre établi par la constitution de 1867 entre les deux chambres du Parlement fédéral. Selon la Cour, un Sénat élu ne serait plus l'organe législatif complémentaire envisagé par les Pères de la Confédération, mais deviendrait « un organe législatif doté d'un mandat populaire et d'une légitimité démocratique »²⁵. Seule une modification constitutionnelle peut produire un changement aussi drastique.

Au terme de cette analyse du rôle du Sénat dans l'architecture de la constitution, la Cour s'arrête au texte de la formule de modification, un peu comme s'il s'agissait d'une considération secondaire qui renforçait l'argument principal fondé sur des concepts non écrits. La Cour affirme que le texte de la formule de modification doit recevoir une interprétation large et téléologique²⁶. Curieusement, la Cour se fonde ici sur un argument purement littéral : l'article 42(1)b) réfère au mode de « sélection », et non seulement au mode de « nomination » des sénateurs, cette dernière expression visant plus précisément l'acte de nomination par le gouverneur général. L'expression « mode de sélection » serait plus large. Selon la Cour, « [e]n utilisant ce libellé, les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont étendu la protection constitutionnelle prévue par la procédure normale de modification à tout le processus de « sélection » des sénateurs. »²⁷ La Cour peut alors aisément conclure que la tenue d'élections consultatives fait partie du processus de sélection protégé par la constitution.

Dans les différents projets de réforme présentés par le gouvernement depuis 2006, la tenue d'élections consultatives était toujours liée à la réduction de la durée du mandat des sénateurs. À l'heure actuelle, l'article 29 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que les sénateurs occupent leur charge jusqu'à l'âge de 75 ans. Il est donc évident que la réduction de la durée du mandat exige une modification du texte constitutionnel. Cependant, le gouvernement fédéral prétendait que le Parlement pouvait apporter cette modification seul, en vertu de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En effet, il prétendait que les seules caractéristiques essentielles du Sénat qui ne pouvaient être modifiées qu'avec le consentement des provinces étaient celles qui étaient explicitement identifiées à l'article 42. Ainsi, les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* auraient en quelque sorte réduit la portée de l'avis rendu par la Cour suprême en 1979. Selon le gouvernement fédéral, conclure autrement permettrait aux tribunaux de protéger d'autres caractéristiques du Sénat que celles qui ont été identifiées comme étant importantes en 1982.

La Cour d'appel du Québec a résolu cette difficulté en statuant que la durée du mandat était indissociable de deux caractéristiques explicitement protégées, les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs²⁸. Elle n'a donc pas eu besoin de se fonder sur l'existence de caractéristiques du Sénat non mentionnées à l'article 42, mais néanmoins protégées en raison de leur importance. C'est pourtant cette dernière avenue que la Cour suprême a choisi d'emprunter. La Cour suprême a affirmé que l'article 44 a une portée limitée, puisqu'il constitue une exception à la procédure habituelle de l'article 38²⁹. Il s'ensuit que le pouvoir unilatéral de l'article 44 ne peut viser que des questions mineures, qui ne mettent pas en cause les intérêts des provinces. Toute modification qui affecte les nature et rôle fondamentaux du Sénat, même si elle n'est pas mentionnée à l'article 42, exige le consentement de sept provinces représentant au moins la moitié de la population. Or, puisque la réduction du mandat des sénateurs serait susceptible de nuire à leur indépendance, il s'agit d'une caractéristique importante qui ne peut être modifiée par le Parlement agissant seul.

24 *Ibid.*, au par. 52.

25 *Ibid.*, au par. 63.

26 *Ibid.*, au par. 25.

27 *Ibid.*, au par. 65.

28 *Projet de loi fédéral relatif au Sénat (Re)*, 2013 QCCA 1807, aux par. 80-82.

29 *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, au par. 75.

Lorsqu'il a sollicité l'avis de la Cour suprême, le gouvernement fédéral a également demandé quelle serait la formule de modification applicable à l'abolition pure et simple du Sénat. Une telle démarche peut paraître surprenante, mais le gouvernement était sans doute de plus en plus conscient de l'invalidité de son projet d'élections consultatives et voulait se ménager, sur le plan politique, une alternative. Sur cette question, la Cour a statué que le consentement unanime des provinces était nécessaire. Elle a d'abord affirmé que l'abolition du Sénat ne constituait pas simplement une diminution de ses pouvoirs ou de sa composition, et qu'elle n'était donc pas visée par l'article 42. Au contraire, l'abolition du Sénat aurait des effets importants sur le fonctionnement même de la formule de modification de la constitution³⁰. En effet, selon les dispositions actuelles, le Sénat dispose d'un veto suspensif de 180 jours sur toute modification constitutionnelle, il peut initier une modification constitutionnelle selon l'article 46 et il peut bloquer une modification apportée en vertu de l'article 44. L'abolition du Sénat constituerait donc une modification de la formule de modification elle-même, ce qui, aux termes de l'article 41e), exige l'appui unanime des provinces.

Une dernière question, d'importance apparemment mineure, a été posée à la Cour : comment faut-il s'y prendre pour modifier les exigences relatives aux biens que doivent détenir les sénateurs ? En effet, en 1867, on avait exigé que les sénateurs détiennent des immeubles d'une valeur d'au moins 4000 \$ canadiens, une somme considérable à l'époque, ce qui assurerait que le Sénat représente les couches les plus aisées de la population. Cette règle est maintenant désuète, et c'est sans surprise que la Cour a déclaré que le Parlement pourrait l'abroger unilatéralement, en vertu de l'article 44. Cependant, la Cour a affirmé que cette règle ne pourrait pas être complètement abrogée sans le consentement du Québec. Les dispositions de la constitution relatives au Sénat contiennent en effet un « arrangement spécial » pour le Québec : les sénateurs québécois sont nommés pour l'une des 24 circonscriptions de la province, et les sénateurs doivent résider ou détenir leur qualification foncière dans cette circonscription. Or, l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que les dispositions de la constitution qui touchent une province en particulier ne peuvent être modifiées qu'avec le consentement de cette province. C'est donc dire que l'exigence relative à la propriété immobilière ne pourrait pas être abolie, quant aux sénateurs québécois, sans le consentement de la province. Cependant, cette conclusion pourrait avoir une portée plus large. En effet, le raisonnement de la Cour peut être transposé à la disposition qui prévoit que le Québec sera divisé en 24 districts, représentés chacun par un sénateur. Il serait donc impossible, pour cette raison, de modifier le nombre de sénateurs représentant le Québec, sans le consentement du Québec. Il devient alors très difficile d'envisager une réforme du Sénat qui réduirait le nombre de sénateurs, surtout si l'on veut que chaque province ait un nombre égal de sénateurs. La Cour suprême aurait ainsi octroyé une forme de veto au Québec sur une réforme globale du Sénat, au moins de la manière dont celle-ci a été envisagée dans le passé.

VI Conclusions

Ces constatations nous conduisent à conclure sur les perspectives de réforme du Sénat. Il est clair que le plan du gouvernement actuel, qui consistait à apporter des changements unilatéraux pour ensuite contraindre les provinces à consentir à une réforme de plus grande envergure, doit être mis au rancart. Peut-on néanmoins envisager la reprise des négociations constitutionnelles en vue d'en arriver à un accord sur une réforme du Sénat ? Bien des gens sont sceptiques à ce sujet. Depuis une vingtaine d'années, l'opinion généralement répandue est que le processus de modification constitutionnelle est trop complexe et trop risqué et qu'il sera nécessaire de satisfaire les revendications de différents groupes ou régions du pays. On craint également qu'un échec du processus soit perçu comme un rejet du Québec et entraîne un autre référendum sur l'indépendance, de la même manière que l'échec de l'Accord de Charlottetown avait été suivi par le référendum de 1995. Il est également possible que le sentiment d'aliénation des provinces de l'Ouest qui avait motivé la revendication d'un Sénat « égal, élu et efficace » ait diminué d'intensité, depuis que le gouvernement fédéral est aux mains d'un parti politique principalement issu de l'Ouest.

Le statu quo paraît cependant peu attrayant. La perception publique négative du Sénat, couplée aux récents scandales impliquant certains sénateurs, tend à accréditer l'idée qu'il faut faire quelque chose. C'est dans ce contexte que la proposition d'abolir le Sénat est revenue sur la table. Évidemment, cette option se heurte à un obstacle majeur : le consentement unanime des provinces est nécessaire. Or, certains ont proposé la

³⁰ *Ibid.*, aux par. 107, 110.

tenue d'un référendum pancanadien sur l'abolition du Sénat, qui pourrait avoir lieu en même temps que les prochaines élections fédérales. Si la population se prononce en faveur de l'abolition, les acteurs politiques pourraient être contraints de consentir à une modification constitutionnelle pour donner effet à la volonté du peuple. Une telle entreprise n'est pas sans risque : il suffit que la population d'une province vote pour le maintien du Sénat pour que l'assemblée législative de la province bloque l'ensemble du processus. Dans ce cas, le référendum aurait fait apparaître un clivage au sein du pays plutôt que de provoquer la réforme tant attendue.

En bout de ligne, il se peut que la voie la plus satisfaisante, sur le plan des principes et sur le plan des résultats qu'on peut en escompter, demeure la reprise des négociations constitutionnelles en vue de réformer le Sénat. C'est en effet la voie la plus compatible avec la conception de la légitimité constitutionnelle qui se dégage de l'avis de la Cour et qui met l'accent sur la discussion et l'entente entre le gouvernement fédéral et ceux des provinces (possiblement, comme on l'a vu plus haut, avec un veto en faveur du Québec). C'est cependant une entreprise qui exige, de la part des politiciens, une bonne dose de courage, de patience et d'humilité.