

DEVANT LA COUR SUPRÊME DU CANADA

DANS L’AFFAIRE de l’article 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, LRC 1985, c S-26 ;

**ET DANS L’AFFAIRE d’un renvoi par le Gouverneur en conseil concernant la réforme du
Sénat tel que formulé dans le décret CP 2013-70
en date du 1^{er} février 2013**

MÉMOIRE DE L’INTERVENANTE

**LA FÉDÉRATION DES COMMUNAUTÉS
FRANCOPHONES ET ACADIENNE DU CANADA**

**MARK C POWER
JENNIFER KLINCK
PERRI RAVON**

HEENAN BLAIKIE SENCRL, SRL
55, rue Metcalfe
Bureau 300
Ottawa (Ontario) K1L 6L5

Téléphone : 613-236-8071
Télécopieur : 613-236-9632
Courriel : mpower@heenan.ca

Procureurs de la Fédération des
communautés francophones et acadienne
du Canada

SÉBASTIEN GRAMMOND, ADE
Courriel : sgrammon@uottawa.ca

Avocat conseil de la Fédération des
communautés francophones et
acadienne du Canada

AU : REGISTRAIRE DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

ET À :

Robert J Frater
Ministère de la Justice du Canada
234, rue Wellington, Tour de l'Est
Bureau 1161
Ottawa (Ontario) K1A 0H8

Téléphone : 613-957-4763
Télécopieur : 613-954-1920
Courriel : robert.frater@justice.gc.ca

Avocats du procureur général du Canada

John J L Hunter, cr
Hunter Litigation Chambers Law Corporation
1040, rue Georgia Ouest
Bureau 2100
Vancouver (Colombie-Britannique) V6E 4H1

Téléphone : 604-891-2401
Télécopieur : 604-647-4554
Courriel : jhunter@litigationchambers.com

Amicus curiae

Daniel Jutras
Université McGill
3644, rue Peel
Montreal (Québec) H3A 1W9

Téléphone : 514-398-6604
Télécopieur : 514-398-4659
Courriel : daniel.jutras@mcgill.ca

Amicus curiae

Christopher Rupar
Ministère de la Justice du Canada
234, rue Wellington, Tour de l'Est
Bureau 1161
Ottawa (Ontario) K1A 0H8

Téléphone : 613-957-4763
Télécopieur : 613-954-1920
Courriel : christopher.rupar@justice.gc.ca

Correspondants du procureur général du Canada

Marie-France Major
Supreme Advocacy, srl
397, rue Gladstone
Bureau 100
Ottawa (Ontario) K2P 0Y9

Téléphone : 613-695-8855
Télécopieur : 613-695-8580
Courriel : mfmajor@supremeadvocacy.ca

Correspondants de l'*Amicus curiae*

Marie-France Major
Supreme Advocacy, srl
397, rue Gladstone
Bureau 100
Ottawa (Ontario) K2P 0Y9

Téléphone : 613-695-8855
Télécopieur : 613-695-8580
Courriel : mfmajor@supremeadvocacy.ca

Correspondants de l'*Amicus curiae*

Jean-Yves Bernard
Bernard, Roy & Associés
8.00-1, rue Notre-Dame Est
Montréal (Québec) H2Y 1B6

Téléphone : 514-393-2336
Télécopieur : 514-878-7074
Courriel : jean-yves.bernard@justice.gouv.ca

Marise Visocchi
Robert Desroches
Jean-François Beaupré
Marise-Catherine Bolduc
Ministère de la Justice
Direction de droit public
1200, route de l'Église, 2^e étage
Québec (Québec) G1V 4M1

Téléphone : 418-643-1477
Télécopieur : 418-644-7030

Avocats du procureur général du Québec

Robert Houston, cr
Burke-Robertson
441, rue MacLaren
Bureau 200
Ottawa (Ontario) K2P 2H3

Téléphone : 613-566-2058
Télécopieur : 613-235-4430
Courriel : rhouston@burkerobertson.com

Correspondants des procureurs généraux de la
Colombie-Britannique, de l'Ontario et de Terre-
Neuve et du Labrador

Pierre Landry
Noël et Associés
111, rue Champlain
Gatineau (Québec) V6C 2G8

Téléphone : 819-771-7393
Télécopieur : 819-771-5397
Courriel : p.landry@noelassocies.com

Correspondants du procureur général du
Québec

Henry S Brown, cr
Gowling Lafleur Henderson, srl
160, rue Elgin
Bureau 2600
Ottawa (Ontario) K1P 1C3

Téléphone : 613-786-0139
Télécopieur : 613-563-9869
Courriel : henry.brown@gowlings.com

Correspondants des procureurs généraux de
l'Alberta, de la Saskatchewan, du Manitoba, du
Nouveau-Brunswick, de l'Île-du-Prince-
Édouard, de la Nouvelle-Écosse et des
ministères de la justice des Territoires du Nord-
Ouest et du Nunavut

Christian E Michaud
Serge Rousselle
Cox & Palmer
644, rue Main, bureau 500
Moncton (Nouveau-Brunswick) E1C 1E2

Téléphone : 506-856-9800
Télécopieur : 506-856-8150
Courriel : cmichaud@coxandpalmer.ca

Procureurs de l'intervenante, la Société de
l'Acadie du Nouveau Brunswick Inc

L'honorable sénateur Serge Joyal
250, Édifice de l'Est
Parlement du Canada K1A 0A4

Téléphone : 613-943-0434
Télécopieur : 613-943-0441
Courriel : joyals@sen.parl.gc.ca

Intervenant, L'honorable sénateur Serge Joyal

Perri Ravon
HEENAN BLAIKIE SENCRL, SRL
55, rue Metcalfe
Bureau 300
Ottawa (Ontario) K1L 6L5

Téléphone : 613-236-1668
Télécopieur : 613-236-9632
Courriel : pravon@heenan.ca

Correspondants de l'intervenante, la
Société de l'Acadie du Nouveau
Brunswick Inc

Nicholas Peter McHaffle
Stikeman Elliott srl
1600 – 50, rue O’Connor
Ottawa (Ontario) K1P 6L2

Téléphone : 613-566-0546
Télécopieur : 613-230-8877
Courriel : nmchaffle@stikeman.com

Procureurs de l’intervenante, l’honorable
sénatrice Anne C Cools

TABLE DES MATIÈRES

I	APERÇU ET CONTEXTE	1
II	LES QUESTIONS EN LITIGE ET LA POSITION DE LA FCFA	3
III	L'ARGUMENTATION	4
A.	L'interprétation de la formule de modification	4
B.	Le mode de sélection des sénateurs.....	9
1.	Un mécanisme de « consultation populaire » relève d'une matière réservée à l'action concertée du Parlement et des législatures provinciales en vertu de l'alinéa 42(1) <i>b</i>).....	10
a)	L'alinéa 42(1) <i>b</i>) a une fonction prohibitive	10
b)	Le « mode de sélection des sénateurs » comprend des mécanismes de « consultation populaire » ou d'élection	13
2.	Une loi prévoyant la « consultation populaire » serait incompatible avec les dispositions existantes de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i>	15
a)	La <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> prévoit la nomination des sénateurs et exclut leur élection	16
b)	Les projets de loi C-7 et C-20 remplacent la nomination par l'élection	18
C.	La durée du mandat des sénateurs.....	20
D.	L'abolition du Sénat	23
IV	LES CONCLUSIONS.....	25
V	TABLE DES AUTORITÉS	26
VI	LA LÉGISLATION (contenue dans le Recueil de sources).....	27

I APERÇU ET CONTEXTE

1. L'intervenante, la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada (la « FCFA »), a été fondée en 1975 sous le nom de Fédération des francophones hors-Québec et est le principal porte-parole de 2,5 millions de francophones qui résident dans neuf provinces et trois territoires canadiens. La mission de la FCFA est d'être la voix nationale des communautés francophones et acadiennes du Canada. En particulier, la FCFA cherche à s'assurer que les francophones et les Acadiens soient adéquatement représentés au sein des institutions politiques fédérales et que leur voix puisse y être entendue.

2. Le Sénat est une institution qui représente plusieurs facettes de la diversité canadienne. En particulier, les communautés francophones et acadiennes ont toujours été mieux représentées au Sénat qu'à la Chambre des communes, car il existe une tradition bien établie de nommer des sénateurs francophones provenant des provinces autres que le Québec¹. À l'heure actuelle, 7,6 % des sénateurs sont issus des communautés francophones et acadiennes, alors que c'est le cas de seulement 3,2 % des membres de la Chambre des communes². (Le politologue Manfredi, expert du procureur général du Canada, se garde bien de nier cette réalité³.) De tout temps, les sénateurs francophones ont joué un rôle politique important dans la défense des droits et des intérêts de leurs communautés respectives, ainsi que dans la promotion de projets de loi sur les langues officielles ou dans la présentation de modifications législatives favorables au statut du français⁴. Contrairement aux propos du procureur général du Canada (paragraphe 101 de son mémoire), le gouvernement fédéral peut consacrer – et a effectivement consacré de temps à autre – d'importantes sommes pour appuyer des initiatives en matière de bilinguisme dans des domaines de compétence provinciale⁵.

¹ Rapport d'expert de la professeure Linda Cardinal, Dossier de preuve de la FCFA, Onglet A, aux pp 13-30, 64-65.

² Rapport d'expert de la professeure Linda Cardinal, Dossier de preuve de la FCFA, Onglet A, aux pp 64-65.

³ Rapport d'expert de Christopher P. Manfredi, Dossier de preuve du procureur général du Canada, Volume XVI, au par 24.

⁴ Rapport d'expert de la professeure Linda Cardinal, Dossier de preuve de la FCFA, Onglet A, aux pp 31-50.

⁵ Voir Partie VII de la *Loi sur les langues officielles*, LRC 1985, c 31 (4^e suppl).

3. La FCFA est inquiète des conséquences de l'élection des sénateurs sur la représentation des communautés francophones et acadiennes au Sénat. Quels que soient ses autres avantages et inconvénients, le processus actuel de nomination a permis aux premiers ministres successifs de favoriser une meilleure représentation de la diversité canadienne, notamment en nommant au Sénat des représentants des communautés francophones et acadiennes. À la lumière de l'expérience à la Chambre des communes, il est évident que l'élection des sénateurs réduirait cette représentation. Cette réduction serait aggravée par une caractéristique particulière des projets de loi C-20 et C-7 : ceux-ci prévoient l'élection de « candidats sénatoriaux » à l'échelle des provinces et non pour des circonscriptions locales. Il est bien connu que les membres de minorités ont beaucoup plus de chances d'être élus dans des circonscriptions où les membres de la minorité en cause sont concentrés. En prévoyant l'élection à l'échelle de la province, ces projets de loi diluent le poids politique des minorités et rendent beaucoup moins probable l'élection de certains de leurs représentants⁶. Il est loin d'être certain que le projet de loi C-7 permette à une province de prévoir des districts électoraux, et un tel mécanisme est peu susceptible d'assurer la représentation des francophones dans les provinces autres que le Nouveau-Brunswick ou, possiblement, l'Ontario. De toute manière, il ferait dépendre cette représentation du bon vouloir des provinces. Bref, la FCFA estime que ces projets de loi réduiraient considérablement, voire anéantiraient, la représentation des communautés francophones et acadiennes au Sénat.

4. De plus, l'indépendance dont jouissent les sénateurs en raison du fait qu'ils occupent leur charge jusqu'à l'âge de 75 ans permet à ceux-ci de défendre des opinions sans égard aux lignes de parti ou aux intérêts purement électoraux. En particulier, cette indépendance a permis aux sénateurs des communautés francophones et acadiennes de défendre vigoureusement les intérêts de ces communautés, sans égard aux positions officielles des partis politiques auxquels ils étaient affiliés⁷. Dans certains cas, cela a permis de faire adopter des projets de loi que des députés de la Chambre des communes n'auraient pas pris le risque de proposer eux-mêmes.

⁶ Rapport d'expert de la professeure Linda Cardinal, Dossier de preuve de la FCFA, Onglet A, aux pp 60-68; Rapport d'expert de Bruce Hicks, Dossier de preuve du procureur général du Québec, Volume V, aux pp 211-212, 233-235 ; Rapport d'expert de David Smith, Dossier de preuve du procureur général du Québec, Volume V, aux pp 23-25.

⁷ Rapport d'expert de la professeure Linda Cardinal, Dossier de preuve de la FCFA, Onglet A, aux pp 31-50.

5. Bien que la FCFA ne s'oppose pas à l'idée d'une réforme du Sénat, elle a toujours soutenu qu'une telle réforme devrait maintenir le rôle de représentation de la diversité et, en particulier, la représentation des francophones et des Acadiens. La FCFA estime que la formule de modification de la Constitution assure la prise en compte de la diversité en exigeant la participation des provinces à toute modification du mode de sélection des sénateurs et de la durée de leur mandat.

II LES QUESTIONS EN LITIGE ET LA POSITION DE LA FCFA

6. Les questions faisant l'objet du renvoi sont énoncées dans le mémoire du procureur général du Canada. L'intervenante FCFA soutient que la question n° 1, relative à la durée du mandat des sénateurs, doit recevoir une réponse négative dans tous ses volets. Elle soutient que les questions n^{os} 2 et 3, relatives à l'élection des sénateurs, doivent recevoir une réponse négative. Elle ne prend pas position quant à la question n° 4, relative aux exigences en matière de propriété. Enfin, quant aux questions n^{os} 5 et 6, relatives à l'abolition du Sénat, l'intervenante FCFA est d'avis que l'abolition du Sénat requiert le consentement de toutes les provinces et invite cette Cour à donner une réponse négative à la question n° 5 dans tous ses volets et à donner une réponse positive à la question n° 6.

III L'ARGUMENTATION

7. L'enjeu fondamental du présent renvoi est l'interprétation et la portée de la formule de modification de la Constitution qui figure à la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La FCFA invite la Cour à donner à la formule de modification une portée qui lui permettra de jouer son rôle de protection des droits, des intérêts et des institutions dont l'existence découle de la Constitution, notamment à l'égard des communautés francophones et acadiennes. Les principes généraux qui régissent l'interprétation et l'application de la formule de modification seront exposés dans un premier temps. L'argumentaire relatif à l'élection des sénateurs, à la durée de leur mandat et à l'abolition du Sénat suivra, dans cet ordre.

A. L'interprétation de la formule de modification

8. Comme toute disposition constitutionnelle, la formule de modification devrait être interprétée en tenant compte de son libellé, de sa structure, de l'objectif poursuivi par le pouvoir constituant et des principes fondamentaux de la constitution canadienne identifiés par cette Cour dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*. En particulier, cette interprétation doit tenir compte du principe constitutionnel de protection des minorités énoncé par cette Cour, ainsi que de l'égalité de statut des communautés de langues officielles et de la progression vers l'égalité de celles-ci, consacrées aux articles 16 et 16.1 de la *Charte canadienne des droits et libertés* («*Charte*»). Comme nous l'avons vu, les arrangements institutionnels dont traitent les projets de loi C-7 et C-20 ont des répercussions importantes sur les minorités linguistiques. Qui plus est, l'interprétation donnée par cette Cour à la formule de modification aura des répercussions sur l'évaluation de lois futures portant sur les droits linguistiques constitutionnels.

9. De façon générale, l'objectif de toute constitution enchâssée, c'est-à-dire assujettie à une formule de modification rigide, est de protéger les caractéristiques fondamentales du régime politique d'un pays contre des modifications intempestives ou irréfléchies par le gouvernement du moment⁸. Dans le cas de pays multinationaux comme le Canada, il s'agit également de protéger certains droits des groupes nationaux et d'autres groupes minoritaires contre des modifications

⁸ Louis Favoreu *et al*, *Droit constitutionnel*, 15^e éd, Paris, LGDJ, 2013 à la p 108.

apportées sans leur consentement par le groupe majoritaire. En d'autres termes, la formule de modification sert à garantir le respect des ententes entre les différentes composantes du pays.

(i) Protection des intérêts des minorités

10. Dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, cette Cour a affirmé que l'enchâssement de la Constitution vise à réaliser trois objectifs : la protection des droits et libertés, la préservation des institutions et des droits de groupes minoritaires vulnérables et la protection des pouvoirs respectifs des différents ordres de gouvernement dans un système fédéral. Cette Cour souligne spécifiquement que « [l]'exigence d'un vaste appui sous forme de « majorité élargie » pour introduire une modification constitutionnelle garantit que les intérêts des minorités seront pris en considération avant l'adoption de changements qui les affecteront »⁹.

11. Cette Cour note également que la protection des intérêts des minorités ne se traduit pas seulement par des dispositions constitutionnelles qui garantissent des droits, comme l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou les articles 16 à 23 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais que cette protection a aussi « clairement été un facteur essentiel dans l'élaboration de notre structure constitutionnelle même à l'époque de la Confédération »¹⁰. Le principe de protection des minorités s'attache donc tout autant aux institutions qu'aux droits.

12. Le fait que le principe de protection des minorités transcende des dispositions précises de la Constitution et constitue une caractéristique structurelle fondamentale de celle-ci, est d'une importance capitale dans le cadre de ce renvoi. La théorie de « l'exhaustivité » du texte écrit de la Constitution, mise de l'avant par le procureur général du Canada (paragraphe 93 de son mémoire), ne cadre tout simplement pas avec la jurisprudence de cette Cour et l'histoire politique du pays. Déjà en 1986, le juge Dickson faisait remarquer que « [l]a question de la dualité linguistique est une préoccupation de vieille date au Canada, un pays dans l'histoire duquel les langues française et anglaise sont solidement enracinées »¹¹. Deux ans plus tard, dans l'arrêt *R c Mercure*, la majorité de cette Cour reprenait les propos du juge Dickson, soulignant que les « droits concernant les

⁹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 au par 77.

¹⁰ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 au par 81.

¹¹ *Société des Acadiens c Association of Parents*, [1986] 1 RCS 549 au par 19.

langues française et anglaise [...] sont essentiels à la viabilité de la nation »¹². Dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, cette Cour expliquait :

Il ne fait aucun doute que la protection des minorités a été un des facteurs clés qui ont motivé l'adoption de la *Charte* et le processus de contrôle judiciaire constitutionnel qui en découle. Il ne faut pas oublier pour autant que la protection des droits des minorités a connu une longue histoire avant l'adoption de la *Charte*. [...] Le principe de la protection des droits des minorités continue d'influencer l'application et l'interprétation de notre Constitution.¹³

13. L'affaire de l'hôpital Montfort en Ontario illustre de façon éclatante la dimension structurelle fondamentale du principe de protection des minorités et la protection dont bénéficient les communautés de langue officielle en situation minoritaire¹⁴.

(ii) *L'émergence graduelle de principes faisant consensus*

14. La formule de modification de la Constitution n'a pas été inventée en une nuit. L'étude de l'historique des négociations visant à établir une telle formule démontre que certains principes ont fait l'objet d'un consensus stable dès les premières rondes de discussions¹⁵. Ces principes permettent de comprendre la structure de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

15. Le premier principe est que différentes formules de modification devaient s'appliquer à différentes parties de la Constitution. Ainsi, dès les années 1930, il était évident que certaines parties de la Constitution pourraient être modifiées par le Parlement agissant seul, d'autres par chaque province agissant seule, et d'autres encore au moyen d'une formule complexe impliquant à la fois le Parlement et les provinces. Une partie seulement de la Constitution serait véritablement enchâssée¹⁶.

16. Le deuxième principe est que les dispositions qui affectent les relations entre l'État fédéral et les provinces ainsi que celles qui portent sur les droits des minorités confessionnelles ou linguistiques devaient être enchâssées. En effet, ces dispositions sont au coeur du compromis de

¹² *R c Mercure*, [1988] 1 RCS 234 au par 46.

¹³ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 au par 81.

¹⁴ *Lalonde c Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 RJO (3e) 577 (CA).

¹⁵ Rapport d'expert de Don Desserud, Dossier de preuve du procureur général du Québec, Volume V, aux pp 132-154 ; Paul Gérin-Lajoie, *Constitutional Amendment in Canada* (Toronto : University of Toronto Press, 1950) aux pp 228-252.

¹⁶ J. Peter Meekison, « The Amending Formula », (1982) 8 Queen's LJ 99 aux pp 99-100.

1867 et les groupes minoritaires sont particulièrement vulnérables à l'action unilatérale d'une législature. Ainsi, lorsque le Parlement s'est vu conférer un pouvoir de modification constitutionnelle, en 1949, par ce qui était alors le paragraphe 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les modifications concernant les pouvoirs des provinces, les droits des minorités confessionnelles ou les droits linguistiques en étaient exclues. Ce principe a été repris dans tous les projets subséquents de formule de modification¹⁷.

17. Le troisième principe, sur lequel l'État fédéral et les provinces se sont entendus dès le début des années 1960, est que les caractéristiques essentielles du Sénat font partie des questions intéressant les relations fédéro-provinciales qui doivent être enchâssées¹⁸. Ce principe permettait de rassurer les provinces quant à la portée jugée excessive du paragraphe 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, adopté en 1949. Ainsi, tant la « formule Fulton-Favreau » de 1964 que la « charte de Victoria » de 1971 identifiaient certaines caractéristiques du Sénat qui ne pourraient pas faire l'objet de modifications par le Parlement agissant seul. En 1979, invitée à préciser la portée du paragraphe 91(1) à l'égard du Sénat, cette Cour a affirmé que plusieurs caractéristiques essentielles du Sénat, dont le mode de sélection des sénateurs, ne pouvaient être modifiées par le Parlement sans le consentement des provinces¹⁹. La décision de la Cour reflétait le principe sur lequel les politiciens s'étaient entendus au cours des quinze années précédentes.

18. Les articles 41 et 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982* sont directement inspirés par ces principes. Il devient alors évident que l'un des objectifs de la formule de modification est de protéger certaines caractéristiques essentielles du Sénat, notamment celles qui sont énumérées à l'article 42. Ce faisant, elle ne cherche pas à perpétuer des valeurs anachroniques. Les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* étaient au courant des diverses propositions de réforme du Sénat, incluant la possibilité d'élire ses membres. Ils cherchaient plutôt à garantir que les caractéristiques essentielles et le rôle d'un Sénat réformé fassent l'objet d'un degré important de consensus. Autrement dit, ils étaient davantage préoccupés par l'avenir que par le passé. Une réforme unilatérale du Sénat était précisément ce qu'ils ont voulu éviter.

¹⁷ Voir Rapport d'expert de Don Desserud, Dossier de preuve du Procureur général du Québec, Volume V, notamment à la p 132 ; Formule Fulton-Favreau, Dossier de preuve du procureur général du Québec, Volume I aux pp 81, 83 et 84.

¹⁸ J. Peter Meekison, « The Amending Formula », (1982) 8 Queen's LJ 99 aux pp 115-116.

(iii) Fonction habilitante et fonction prohibitive

19. Un autre aspect de la formule de modification mérite d'être souligné à ce stade. En prévoyant, au paragraphe 52(3), que « [l]a Constitution du Canada ne peut être modifiée que conformément aux pouvoirs conférés par elle », la formule de modification produit deux types d'effets. Elle indique d'abord la procédure à suivre si l'on souhaite modifier certaines dispositions existantes de la Constitution. C'est ce que nous appellerons la fonction habilitante (ou processuelle) de la formule de modification. Dans certains cas, elle peut aussi réserver un *domaine* à l'action concertée du Parlement et des législatures provinciales, interdisant par le fait même au législateur, fédéral ou provincial, d'adopter des lois portant sur ce sujet, même si celles-ci ne modifient pas formellement des dispositions existantes de la Constitution. C'est ce que nous appellerons la fonction prohibitive (ou protectrice). Lorsque la formule de modification a une telle fonction, elle soustrait un domaine à l'action législative unilatérale.

20. Pour bien comprendre cette distinction, on peut comparer les modifications portant sur les droits garantis et celles portant sur la structure de base des institutions. Dans le contexte des droits fondamentaux, l'enchâssement a pour objectif d'établir un *seuil minimal* de protection. Cet objectif n'est pas compromis lorsque le Parlement adopte des lois qui reconnaissent des droits qui vont au-delà de ceux qui sont garantis par la Constitution. La fonction habilitante de la formule de modification, qui indique la procédure à suivre pour modifier les dispositions existantes de la Constitution, et en l'occurrence le seuil minimal que constituent les droits fondamentaux, est ainsi suffisante pour assurer la protection des droits enchâssés. Cependant, en ce qui a trait à la structure des institutions politiques, l'enchâssement ne cherche plus à protéger un droit, mais plutôt un équilibre complexe entre les diverses composantes du système politique du pays. Dans ce cas, une simple loi ne peut pas « ajouter » à une institution sans rompre cet équilibre et sans modifier dans les faits la Constitution. Pour réaliser l'objectif poursuivi par l'enchâssement de dispositions constitutionnelles de ce type, il est nécessaire de réserver le *domaine* visé par la formule de modification à l'action concertée du Parlement et des législatures provinciales. Il s'agit là de la fonction prohibitive : le Parlement ne peut légiférer unilatéralement relativement à ce domaine. La fonction habilitante, dans ce cas, n'est pas suffisante. À titre d'exemple, il paraît évident que

¹⁹ Renvoi : *Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 RCS 54 aux pp 76-77.

l'alinéa 42(1)f), qui prévoit que la création de nouvelles provinces obéit à la procédure de l'article 38, a une fonction prohibitive et que le Parlement ne peut plus exercer son pouvoir unilatéral de créer une province, conféré par la *Loi constitutionnelle de 1871*.

(iv) *Méthodes de « contournement constitutionnel »*

21. Certains auteurs prétendent qu'une interprétation formaliste de la Constitution ou de projets de loi pourrait autoriser le contournement de la formule de modification (« *constitutional workaround* »), ce qui éviterait au Parlement d'obtenir le consentement des provinces dans des situations où celui-ci semble peu probable²⁰. Tout l'argumentaire du procureur général du Canada dans ce renvoi est fondé sur une telle approche.

22. En plus de faire triompher la forme au détriment du fond, une telle interprétation fait fi de la fonction prohibitive de la formule de modification. En réalité, cet argument semble fondé sur une insatisfaction face à la rigidité jugée excessive de la formule de modification. Or, cette rigidité a été voulue par le constituant, et elle est nécessaire à la protection des intérêts minoritaires et à celle des caractéristiques essentielles du régime politique canadien. Bref, cet argument n'est que l'expression déguisée de l'exaspération d'une majorité parlementaire qui ne veut pas ou ne peut pas obtenir le degré de consensus jugé nécessaire par les architectes de la Constitution afin d'apporter des changements majeurs à nos institutions parlementaires. Avaliser un tel coup de force, ce serait diluer le statut juridique de la Constitution.

B. Le mode de sélection des sénateurs

23. La FCFA soutient que le Parlement ne peut adopter une loi visant à « consulter les électeurs » au sujet de la nomination des sénateurs, peu importe la technique et le vocabulaire employés, pour deux raisons distinctes et indépendantes l'une de l'autre :

- a) Une telle loi porterait sur le mode de sélection des sénateurs, une question réservée à l'action concertée du Parlement et des législatures provinciales aux termes de l'alinéa 42(1)b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ;

²⁰ Robert E. Hawkins, « Constitutional Workarounds: Senate Reform and Other Examples » (2010) 89 R du B can 513 aux pp 516, 519-520, 525 ; voir aussi les auteurs cités par Hawkins à la note de bas de page 19.

- b) Bien loin de les compléter, une telle loi entrerait en conflit avec les dispositions existantes de la *Loi constitutionnelle de 1867* portant sur le mode de sélection des sénateurs, et son adoption exige donc une modification de la Constitution effectuée avec le consentement des provinces en vertu de l'alinéa 42(1)b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

1. Un mécanisme de « consultation populaire » relève d'une matière réservée à l'action concertée du Parlement et des législatures provinciales en vertu de l'alinéa 42(1)b)

24. Pour les raisons qui suivent, la FCFA soutient que l'alinéa 42(1)b) a pour effet de retirer au Parlement le pouvoir de légiférer seul sur le mode de sélection des sénateurs, ce qui inclut la mise en place d'un régime de « consultation populaire ». Il en découle que le Parlement ne possède pas le pouvoir de légiférer unilatéralement à ce sujet, quelle que soit la disposition constitutionnelle invoquée au soutien d'un tel pouvoir. De plus, la FCFA appuie les représentations des autres parties selon lesquelles l'article 44 ne permet pas au Parlement de modifier des caractéristiques essentielles du Sénat, notamment son caractère non élu. Les questions n^{os} 2 et 3 du renvoi doivent donc recevoir une réponse négative.

a) L'alinéa 42(1)b) a une fonction prohibitive

25. Comme nous l'avons vu plus haut, puisqu'il s'intéresse aux institutions et non aux droits, l'alinéa 42(1)b) possède une fonction protectrice et prohibitive. Cette disposition ne vise pas seulement à indiquer comment s'y prendre pour modifier formellement les dispositions constitutionnelles existantes portant sur le mode de sélection des sénateurs. Elle interdit au Parlement de légiférer à ce sujet, même si le Parlement prétend ne pas modifier la Constitution. Cette conclusion est fondée sur les considérations évoquées plus haut concernant les objectifs poursuivis par l'enchâssement d'une constitution et est confirmée par une étude de l'intention concrète des acteurs politiques impliqués dans l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* à ce sujet, ainsi que par une analyse des répercussions de changements au mode de sélection des sénateurs sur la représentation des communautés de langue officielle en situation minoritaire.

(i) L'historique des projets de formule de modification et l'intention du constituant

26. L'histoire des discussions qui ont conduit à l'adoption de la formule de modification démontre que les rédacteurs de la Constitution ont voulu empêcher le Parlement de modifier unilatéralement le mode de sélection des sénateurs, puisqu'il s'agit là d'une des principales caractéristiques de notre système politique. Ils ont voulu que l'alinéa 42(1)*b*) ait une fonction prohibitive.

27. Les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* savaient que l'une des options envisagées pour la réforme du Sénat était d'élire ses membres. Dès cette époque, cette option recueillait la faveur de l'opinion publique et était considérée avec intérêt par le gouvernement fédéral²¹.

28. Au cours des travaux du Comité mixte spécial qui a étudié le projet de Constitution en 1980-81, le gouvernement a proposé d'ajouter le « mode de sélection des sénateurs » à la liste des caractéristiques essentielles du Sénat soustraites au pouvoir de modification unilatéral du Parlement. Devant ce Comité, le sous-ministre de la Justice, Roger Tassé, a souligné la fonction prohibitive de cette disposition :

Nous avons estimé [...] que cette méthode de sélection devait être protégée en vertu de l'article 50 [42], qui stipule que le changement de la méthode de nomination des sénateurs doit se faire en collaboration avec le Parlement et les provinces, conformément à l'article 41 [38].

Il s'agit donc simplement de préciser que la méthode de sélection des sénateurs sera faite en vertu de l'article 41 [38], et non pas en vertu de l'article 48 [44], ce dernier n'exigeant pas le consentement des provinces²².

29. Les notes préparées à l'intention du ministre de la Justice en vue de ce Comité confirment cette intention d'empêcher toute modification unilatérale au mode de sélection des sénateurs. On y lit que toute modification au mode de sélection des sénateurs, notamment pour prévoir leur élection, est une question qui intéresse les provinces tout autant que le Parlement et qu'elle ne

²¹ Michael Kirby, Memorandum for the Prime Minister, 21 août 1980, reproduit en annexe du Rapport d'expert de la professeure Linda Cardinal, Dossier de preuve de la FCFA, Onglet D, notamment aux pp 151-152.

²² Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, Dossier de preuve du procureur général du Québec, Volume I, à la p 126 [nous soulignons.]

devrait être mise en œuvre qu'au moyen de la formule générale de modification exigeant le consentement des provinces²³. L'ajout du mode de sélection des sénateurs à l'article 42 était donc directement rattaché aux principes de base, évoqués plus haut, qui ont inspiré la formule de modification de la partie V.

(ii) *Préoccupations spécifiquement liées aux minorités nationales et aux communautés de langue officielle en situation minoritaire*

30. Comme nous l'avons vu plus haut, les politiciens se sont entendus depuis longtemps pour interdire au Parlement de modifier unilatéralement les dispositions constitutionnelles portant sur les droits et les intérêts des communautés de langue officielle en situation minoritaire. Les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* savaient que le mode de sélection des sénateurs avait des effets directs sur la représentation politique de ces communautés. Il est donc logique qu'ils aient voulu donner une portée prohibitive à l'alinéa 42(1)b), pour mieux protéger ces communautés.

31. En 1972, le comité Molgat-McGuigan, chargé d'étudier le renouvellement de la Constitution, avait rejeté l'idée d'élire les sénateurs précisément en raison du fait que leur nomination permettait une meilleure représentation des minorités²⁴. De la même manière, un document de travail rédigé à l'intention du premier ministre Trudeau en août 1980 énonçait clairement que le Sénat pouvait avoir pour fonction d'assurer une représentation des intérêts régionaux *et minoritaires* et de protéger les droits des minorités, notamment les droits linguistiques²⁵. Dans leurs discussions de l'époque, les provinces avaient également envisagé de formaliser le rôle du Sénat concernant la protection de la dualité linguistique²⁶.

²³ *Briefing Book for Clause-by-Clause Consideration of the Proposed Resolution*, Bibliothèque et Archives Canada, R11344, vol 406, dossiers 7, 8 et 9, reproduit en annexe du Rapport d'expert de la professeure Linda Cardinal, Dossier de preuve de la FCFA, Onglet Q, notamment aux pp 396-397 ; voir aussi le Rapport d'expert d'Andrew Heard, Dossier de preuve du procureur général du Québec, Volume V, aux pp 58-62.

²⁴ Rapport final, Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, 4^e session, 28^e législature, 1972, p 35, Dossier de preuve du procureur général du Canada, Volume II, Onglet 16, à la p 90.

²⁵ Michael Kirby, Memorandum for the Prime Minister, 21 août 1980, reproduit en annexe du Rapport d'expert de la professeure Linda Cardinal, Dossier de preuve de la FCFA, Onglet D, notamment aux pp 147, 149 et 167 ; Rapport d'expert de la professeure Linda Cardinal, Dossier de preuve de la FCFA, Onglet A, aux pp 51-52.

²⁶ Edward D Greathed, « Continuing Committee of Ministers on the Constitution: Report of the Committee of Officials on a New Second Chamber », Ottawa, 24 juillet 1980, à la p 8 de l'annexe A de Watts Memorandum for Prime Minister, reproduit en annexe du Rapport d'expert de la professeure Linda Cardinal, Dossier de preuve de la FCFA, Onglet D, à la p 167.

32. Même si le consentement des communautés de langue officielle en situation minoritaire n'est pas exigé par la formule de modification, l'exigence du consentement des provinces et du Parlement fédéral rend beaucoup plus probable la prise en compte des intérêts minoritaires. En d'autres termes, plus une modification constitutionnelle exige l'approbation d'un grand nombre d'acteurs, plus il y a de chances qu'un de ces acteurs choisisse de prendre la défense des minorités. La protection des intérêts des peuples autochtones, des francophones et des Acadiens au Sénat dans l'Accord de Charlottetown constitue un exemple de la prise en considération des intérêts minoritaires qui découle des négociations induites par la formule de modification²⁷.

33. Ainsi, le principe de protection des minorités et l'égalité de statut des langues officielles (article 16 de la *Charte*) devraient nous conduire à interpréter l'alinéa 42(1)b) comme interdisant au Parlement de légiférer seul sur un *sujet* qui, à la connaissance des rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982*, intéressait au plus haut point les communautés francophones et acadiennes.

34. Contrairement à ce que laisse entendre le procureur général du Canada, c'est l'intention du constituant de 1982, et non celle du constituant de 1867, qui est pertinente pour interpréter la formule de modification. Le fait que les discours des Pères de la Confédération n'aient pas mentionné les communautés francophones et acadiennes n'a aucune incidence sur la portée de l'alinéa 42(1)b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, adopté plus d'un siècle plus tard.

b) Le « mode de sélection des sénateurs » comprend des mécanismes de « consultation populaire » ou d'élection

35. L'expression « mode de sélection des sénateurs / *method of selecting Senators* » n'a pas une portée purement formelle. Si c'était le cas, l'alinéa 42(1)b) pourrait facilement être contourné et les rédacteurs de la Constitution n'auraient rien accompli d'utile. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à comparer le libellé de l'alinéa 42(1)b) avec celui de son ancêtre, l'article 6 de la formule Fulton-Favreau, qui enchâssait « les prescriptions de la constitution du Canada concernant leur nomination par le gouverneur général au nom de la Reine / *the requirements of the Constitution of Canada for*

²⁷ Entente de Charlottetown – projet d'accord juridique (9 octobre 1992), art 36, Dossier de preuve du procureur général du Québec, Volume I, à la p 167.

the summoning of persons to the Senate by the Governor General in the Queen's name »²⁸. De plus, l'interdépendance entre les caractéristiques du Sénat mentionnées à l'article 42 démontre qu'il faut leur donner une portée substantielle, car on ne peut modifier l'une sans affecter les autres. L'article 42 témoigne d'une réflexion poussée sur les caractéristiques essentielles du Sénat et sur la nécessité de parvenir à un large consensus avant de les modifier.

36. Selon la FCFA, le mode de sélection des sénateurs protégé par l'alinéa 42(1)b) comprend *tout élément qui affecte substantiellement la source de légitimité politique des sénateurs*. En effet, l'importance politique du mode de sélection découle du fait que celui-ci détermine dans une large mesure le type de légitimité que la personne sélectionnée peut faire valoir et, par ricochet, le rôle politique de l'institution dont cette personne fait partie. Ainsi, une personne nommée peut jouir d'une légitimité fondée sur l'expertise et l'indépendance ; une personne élue jouit de la légitimité démocratique ; et une personne désignée par une législature provinciale agit en tant que mandataire de sa province. Les gouvernements fédéral et provinciaux ont jonglé avec ces diverses possibilités dans les années qui ont précédé et qui ont immédiatement suivi l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁹. On doit en déduire que le choix entre ces diverses sources de légitimité est ce qu'ils ont voulu protéger par le biais de l'alinéa 42(1)b).

37. Les projets de loi C-20 et C-7 cherchent à modifier la source de légitimité politique des sénateurs, pour qu'elle passe d'une légitimité fondée sur la nomination et l'indépendance à une légitimité fondée sur l'élection et la représentation des commettants. Ce changement fondamental est bien décrit par l'un des attendus du préambule du projet de loi C-7 : « il est indiqué que les personnes dont la candidature est proposée au Conseil privé de la Reine pour le Canada en vue de leur nomination au Sénat soient *choisies par voie d'une élection démocratique par la population* de la province ou du territoire qu'ils représenteront » (nous soulignons). Ces projets de loi portent donc sur le mode de sélection des sénateurs et l'alinéa 42(1)b), qui revêt une fonction prohibitive, interdit au Parlement, agissant seul, de les adopter.

²⁸ Formule Fulton-Favreau, Dossier de preuve du procureur général du Québec, Volume I à la p 85.

²⁹ Voir notamment Gouvernement du Canada, *La réforme du Sénat : document de travail*, 1983 aux pp 13, 25; voir aussi Michael Kirby, Memorandum for the Prime Minister, 21 août 1980, reproduit en annexe du Rapport d'expert de la professeure Linda Cardinal, Dossier de preuve de la FCFA, Onglet D, notamment aux pp 150-151.

38. Le fait que les projets de loi en cause emploient le terme « consultation » et qu'ils prétendent maintenir la discrétion ultime du premier ministre, ainsi que les hypothèses que l'on peut émettre sur la force de l'obligation politique qui découlerait de la tenue d'élections sénatoriales, n'ont aucune incidence sur cette conclusion. En effet, au-delà de la technique et du vocabulaire employés, de telles lois visent véritablement à modifier la source de légitimité politique des sénateurs, tel qu'il appert de leur préambule et des déclarations publiques de leurs promoteurs. Ainsi, même si elles n'éliminent pas formellement le pouvoir du gouverneur général de « mander »³⁰, de telles lois portent indubitablement sur une matière réservée à l'action concertée du Parlement et des législatures provinciales en vertu de l'alinéa 42(1)b).

39. Le fait que la tenue d'élections « consultatives » n'ait pas été évoquée au cours des discussions des années 1970 ne signifie pas que de telles élections échappent à la portée de l'alinéa 42(1)b). Les politiciens de l'époque n'avaient tout simplement pas besoin d'envisager une façon de contourner une règle qui n'était pas encore établie.

40. De la même manière, on ne saurait valider les projets de loi C-20 et C-7 en affirmant que ceux-ci cherchent à modifier une convention constitutionnelle plutôt que le droit constitutionnel : cela ne change rien au fait que ces projets de loi portent sur le mode de sélection des sénateurs et que le Parlement ne peut à lui seul légiférer à ce sujet. Autrement dit, le fait qu'une loi puisse avoir des effets sur une convention constitutionnelle n'autorise pas le Parlement à légiférer sans tenir compte des contraintes découlant de la Constitution³¹.

2. Une loi prévoyant la « consultation populaire » serait incompatible avec les dispositions existantes de la *Loi constitutionnelle de 1867*

41. Dans l'alternative, la FCFA soutient qu'une loi prévoyant la « consultation » de la population quant à la sélection des sénateurs ne peut être adoptée par le Parlement agissant seul, parce qu'elle serait incompatible avec les dispositions existantes de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui prévoient la nomination des sénateurs et qui, interprétées dans leur contexte, excluent nécessairement leur élection ou tout mécanisme visant à leur conférer une légitimité élective. En

³⁰ Terme employé à l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

³¹ Mark D. Walters, « The Constitutional Form and Reform of the Senate: Thoughts on the Constitutionality of Bill C-7 » (2013) 7 RDPP 37 aux pp 54-59.

bref, une telle loi constituerait une modification constitutionnelle déguisée. En effet, bien loin de *compléter* l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, elle le *contredirait*.

42. Les tribunaux n'hésitent pas à invalider une modification constitutionnelle déguisée. Cette Cour a déjà invalidé une loi manitobaine qui cherchait à réduire la portée géographique des droits conférés aux autochtones par la *Loi constitutionnelle de 1930* et une loi québécoise qui prétendait modifier les catégories d'ayants droit de l'article 23 de la *Charte*, même si, dans les deux cas, aucune modification formelle n'était apportée au texte constitutionnel³². En s'attachant à la substance et non à la forme, les tribunaux cherchent à s'assurer que le législateur ne fasse pas indirectement ce qu'il ne peut faire directement³³.

43. Comme une loi prévoyant la « consultation » de la population quant à la sélection des sénateurs exigerait une modification de l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, elle ne peut être adoptée sans le consentement des provinces, en suivant la procédure de modification constitutionnelle prévue au paragraphe 38(1).

a) La Loi constitutionnelle de 1867 prévoit la nomination des sénateurs et exclut leur élection

44. Le procureur général du Canada affirme (paragraphe 139-140) qu'au sujet du mode de sélection des sénateurs, la *Loi constitutionnelle de 1867* se borne à préciser, à l'article 24, que les sénateurs seront « mandés » (« *summoned* ») par le gouverneur général. Il en déduit que le Parlement peut légiférer sur le mode de sélection des sénateurs pourvu qu'il laisse formellement intact ce pouvoir du gouverneur général de « mander ».

45. Or, cette prémisse est fautive. La *Loi constitutionnelle de 1867* n'est pas silencieuse quant au mode de sélection des sénateurs. L'article 24 n'est pas une disposition purement technique ou processuelle. Il exprime un choix politique fondamental en utilisant le langage de l'époque. De plus, plusieurs autres dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* supposent que le Sénat n'est pas une chambre élue. L'article 26 prévoit un mécanisme de résolution de conflits permettant au

³² *R c Sutherland*, [1980] 2 RCS 451 aux pp 456-457 ; *PG Québec c Québec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 RCS 66 à la p 87.

³³ *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 RCS 1198 aux pp 1291-1292.

premier ministre de recommander au gouverneur général de nommer quatre ou huit sénateurs supplémentaires, de manière à briser une impasse entre le Sénat et la Chambre des communes. Or, l'efficacité de ce mécanisme suppose que les sénateurs soient nommés et non élus. Si ces sénateurs additionnels étaient élus, rien ne garantirait qu'ils épousent le programme politique du parti qui forme le gouvernement. L'article 53, qui prévoit que les lois budgétaires ou fiscales doivent d'abord être présentées à la Chambre des communes, est également fondé sur le caractère non élu du Sénat. Par contraste, les articles 39, 41 et 44 réfèrent explicitement aux élections de la Chambre des communes.

46. Le mode de sélection des sénateurs a fait l'objet de longues discussions durant les débats sur la Confédération. Le rejet d'un système électif au profit d'un système nominatif est un choix longuement mûri et est un des éléments majeurs de l'architecture institutionnelle mise en place par les Pères de la Confédération. De plus, les membres de la chambre haute de la province du Canada-Uni avaient été élus entre 1856 et 1867 et les Pères de la Confédération ont explicitement voulu mettre fin à cette expérience³⁴.

47. S'il fallait suivre les arguments du procureur général du Canada à cet égard, il faudrait conclure que rien n'empêcherait le Parlement de mettre en place un système d'élection populaire des juges. En effet, les articles 24 et 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* utilisent un langage semblable, qui réfère à la nomination par le gouverneur général. S'il fallait interpréter l'article 96 comme ne visant que l'aspect formel de cette nomination, on permettrait au Parlement de transformer radicalement le système judiciaire canadien, sans le consentement des provinces, en adoptant une loi qui prévoirait la « consultation » de la population au sujet des candidats à la magistrature. De la même manière, il faudrait aussi admettre que le Parlement pourrait prévoir que la reine serait désormais élue ; or, une reine élue ne serait plus une reine, elle serait une présidente. Les fondements de notre régime politique seraient ainsi chamboulés. L'absurdité de ces exemples démontre bien qu'on ne peut attribuer un sens purement formel ou procédural aux dispositions de la Constitution. Comme l'affirmait cette Cour, « ce serait de tourner [l'article 96] en dérision que de l'interpréter comme un pouvoir de nomination simple et sans portée »³⁵. La Constitution énonce des

³⁴ Rapport d'expert de la professeure Linda Cardinal, Dossier de preuve de la FCFA, Onglet A, aux pp 8-12 ; *Acte pour changer la Constitution du Conseil législatif et le rendre électif*, LPC 1856, 19 & 20 Vict, c 140.

³⁵ *Crevier c Procureur général du Québec*, [1981] 2 RCS 220 aux pp 236-237.

principes politiques fondamentaux et non de simples formalités. Les articles 24 et 96 prévoient que les sénateurs et les juges ne seront pas élus.

48. Ainsi, pour les Pères de la Confédération, l'expression « Le gouverneur général mandera de temps à autre... », à l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, traduit un choix politique fondamental quant au type de légitimité dont jouiraient les sénateurs : une légitimité découlant de la nomination et non de l'élection.

b) Les projets de loi C-7 et C-20 remplacent la nomination par l'élection

49. Pour déterminer si les projets de loi C-20 et C-7 sont incompatibles avec l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il faut examiner leur objet et leurs effets. Ces projets de loi ont pour objectif et auront pour effet concret de remplacer la nomination des sénateurs par leur élection. Ils sont donc incompatibles avec l'article 24, qui prévoit le contraire.

50. Afin de déterminer l'objet et l'effet de ces projets de loi, il convient d'employer les techniques développées dans les affaires de partage des compétences législatives pour identifier le caractère véritable d'une loi. Pour mener à bien cet exercice, les tribunaux ne sont pas liés par la manière dont la loi a été formulée, par l'objet que le législateur cherche à attribuer à sa loi ni par le mécanisme que le législateur emploie pour atteindre un objectif. Les tribunaux peuvent se fonder sur des preuves extrinsèques pour déterminer l'objet et l'effet probable ou souhaité de la loi. Par exemple, dans l'arrêt *Morgentaler*, le juge Sopinka a affirmé que « la forme seule n'est pas déterminante de la qualification constitutionnelle et [...] le tribunal examinera le fond de la loi pour déterminer sa portée véritable »³⁶.

51. Quels sont l'objet et les effets d'une loi instituant un mécanisme de « consultation populaire » semblable aux projets de loi C-20 et C-7? Ces projets de loi énoncent explicitement que leur objectif est de faire en sorte que les personnes nommées au Sénat aient été élues par la population de la province qu'elles représentent. Ces projets de loi ont été présentés publiquement comme conduisant à l'élection des sénateurs. D'ailleurs, les sénateurs nommés par le premier ministre actuel à la suite d'élections tenues par l'Alberta sont constamment décrits par le

³⁶ *R c Morgentaler*, [1993] 3 RCS 463 à la p 496 ; voir aussi *Renvoi relatif à Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 RCS 297 aux pp 332-334 ; *AG Nova Scotia c AG Canada*, [1951] SCR 31 à la p 50.

gouvernement comme des « sénateurs élus », et ils sont considérés comme tels dans l'opinion publique³⁷. Il est donc incontestable que l'objet de ces projets de loi est de faire élire les sénateurs, contrairement à l'intention des Pères de la Confédération. Cela suffit pour les rendre incompatibles avec l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

52. Cette conclusion est confortée par un examen des effets de ces projets de loi. Il est indéniable que l'effet principal de ces projets de loi est que le premier ministre sera politiquement lié par les résultats d'une élection sénatoriale³⁸. En réalité, cette obligation politique est un chaînon essentiel du processus électif que le gouvernement cherche à mettre en place. On voit mal pourquoi le Parlement adopterait le projet de loi C-7 s'il n'avait pas l'intention que le premier ministre soit politiquement tenu de donner effet au résultat de ces élections. Cet effet est incompatible avec l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

53. À cet égard, on ne saurait accorder crédit à la suggestion selon laquelle le premier ministre pourrait, dans certaines circonstances, ne pas se sentir lié par le résultat d'une élection sénatoriale. Il est bien établi que les tribunaux n'ont pas à évaluer l'efficacité probable d'une loi pour juger de sa constitutionnalité³⁹. Le débat sur le degré d'obligation politique qui découlerait du projet de loi C-7 est, en fait, un débat sur l'efficacité de la loi. La Cour doit plutôt s'intéresser aux effets voulus par le Parlement. Or, l'intention qui sous-tend le projet de loi C-7 est évidemment d'élire les sénateurs. D'ailleurs, il n'existe aucun point de comparaison entre le projet de loi C-7 et des sondages d'opinion ou d'autres types de consultations auxquelles le premier ministre pourrait avoir recours avant de nommer un sénateur. De tels procédés ne confèrent aucune légitimité démocratique.

54. Le fait que certains premiers ministres ne se soient pas sentis liés par les résultats d'élections sénatoriales tenues par l'Alberta n'est pas pertinent. Ces premiers ministres *fédéraux* n'étaient assujettis à aucune loi *fédérale* leur imposant de tenir compte du résultat de ces élections⁴⁰.

³⁷ Rapport d'expert d'Andrew Heard, Dossier de preuve du procureur général du Québec, Volume V, aux pp 67-81.

³⁸ Rapport d'expert d'Andrew Heard, Dossier de preuve du procureur général du Québec, Volume V, aux pp 82-83.

³⁹ *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 RCS 837 au par 90.

⁴⁰ Mark D. Walters, « The Constitutional Form and Reform of the Senate: Thoughts on the Constitutionality of Bill C-7 » (2013) 7 RDPP 37 aux pp 47-48.

55. Le professeur Whyte souligne de manière incisive la contradiction inhérente à l'argument du procureur général du Canada : « It cannot be the case that those seeking to justify an initiative to democratize the Senate can find constitutional justification for their reform through promising never to be bound by the democratic process they so badly want and that they claim to be so uniquely legitimate »⁴¹.

56. Ainsi, le procureur général du Canada ne saurait justifier les projets de loi C-20 et C-7 par la prétendue préservation du pouvoir discrétionnaire que l'article 24 attribue au gouverneur général. Comme nous l'avons vu, l'article 24 n'attribue pas uniquement un pouvoir formel, il dicte la source de légitimité politique des sénateurs. Cette Cour ne saurait accepter un argument aussi formaliste sans risquer de mettre en danger la solidité de notre édifice constitutionnel.

C. La durée du mandat des sénateurs

57. Dans le *Renvoi sur la Chambre haute*, cette Cour a statué que le paragraphe 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui autorisait le Parlement à modifier certains aspects de la Constitution, était assujéti à l'exception implicite selon laquelle le Parlement ne pouvait pas unilatéralement modifier une caractéristique essentielle du Sénat⁴². L'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982* remplace le paragraphe 91(1) et est assujéti aux mêmes limites implicites⁴³. Les caractéristiques mentionnées à l'article 42 n'épuisent pas l'ensemble des caractéristiques qui échappent au pouvoir découlant de l'article 44. Les limites établies par le *Renvoi sur la Chambre haute* sont toujours pertinentes aujourd'hui.

58. La durée du mandat des sénateurs, ainsi que la possibilité de renouveler ce mandat, sont des caractéristiques essentielles du Sénat, puisqu'elles définissent le cadre dans lequel les sénateurs exercent leurs fonctions et les mécanismes politiques de reddition de comptes auxquels ils sont

⁴¹ John D. Whyte, « Senate Reform : What Does the Constitution Say? », dans Jennifer Smith, dir, *The Democratic Dilemma : Reforming the Canadian Senate* (Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 2009) 97 à la p 105.

⁴² *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 RCS 54 à la p 78.

⁴³ J. Peter Meekison, « The Amending Formula », (1982) 8 Queen's LJ 99 à la p 118; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, éd feuilles mobiles (Toronto : Carswell) à la p 4-32 ; Benoît Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada* (Toronto : Carswell, 1996) aux pp 181, 186 ; *Briefing Book for Clause-by-Clause Consideration of the Proposed Resolution*, Bibliothèque et Archives Canada, R11344, vol 406, dossiers 7, 8 et 9, reproduit en annexe du Rapport d'expert de la professeure Linda Cardinal, Dossier de preuve de la FCFA, Onglet Q, notamment à la p 406.

assujettis. En fait, lorsqu'on se renseigne sur une institution politique, quelle qu'elle soit, la durée du mandat de ses membres et la possibilité de le renouveler figurent parmi les toutes premières questions que l'on pose.

59. Le Parlement ne peut se dédouaner en affirmant, comme dans le préambule des projets de loi C-20 et C-7, qu'il « entend préserver les caractéristiques essentielles du Sénat, lieu de réflexion indépendante, sereine et attentive (*a chamber of independent, sober second thought*) au sein de la démocratie parlementaire canadienne ». Cette affirmation confond les objectifs visés par la création du Sénat avec les caractéristiques essentielles que le pouvoir constituant lui a attribuées afin d'atteindre ces objectifs.

60. Le propre de la Constitution est de formaliser des idées politiques en des termes opérationnels qui permettent de statuer sur la validité ou l'invalidité de lois ou d'actes étatiques. Ainsi, les caractéristiques essentielles du Sénat, ce sont le fait que ses membres soient nommés ou élus, le nombre de sénateurs par province, la durée du mandat des sénateurs, les pouvoirs du Sénat, et ainsi de suite. Ces caractéristiques sont des paramètres objectifs fixés par les dispositions de la Constitution. Elles relèvent du droit et non de la philosophie politique. Ce sont ces caractéristiques essentielles juridiques que le Parlement ne peut modifier unilatéralement.

61. Au contraire, la sérénité et l'indépendance des sénateurs constituent des idéaux qui relèvent davantage du domaine de la philosophie politique que du droit. Bien que leur protection contre les changements irréfléchis soit souhaitable, la formule de modification de la Constitution s'intéresse d'abord à la protection des caractéristiques essentielles juridiques du Sénat, comme la durée du mandat des sénateurs et la possibilité de renouveler celui-ci.

62. Le raisonnement proposé par le procureur général du Canada semble être que le Parlement a carte blanche pour modifier les caractéristiques essentielles du Sénat, du moment qu'il affirme que ces modifications n'empêcheront pas le Sénat de continuer à remplir les objectifs que les Pères de la Confédération lui ont fixés. Autrement dit, le Parlement réclame un pouvoir de transformer le Sénat, à condition que le Sénat demeure un lieu « serein et indépendant ». Un tel raisonnement vide de tout sens utile l'enchâssement des caractéristiques essentielles du Sénat fixées par la Constitution en faisant dépendre leur protection du bon jugement du Parlement quant à l'atteinte éventuelle d'objectifs politiques.

63. Il est indéniable que les Pères de la Confédération ont voulu que les sénateurs agissent de façon sereine et indépendante. Cela explique pourquoi ils ont attribué au Sénat certaines caractéristiques essentielles, dont la durée du mandat. En ce sens, les idéaux d'indépendance et de sérénité contribuent à démontrer le caractère essentiel de la durée du mandat. Cependant, ce serait une grave erreur que de considérer que l'indépendance et la sérénité constituent les seules caractéristiques du Sénat qui sont exclues du pouvoir du Parlement découlant de l'article 44.

64. Lorsque le pouvoir constituant a voulu permettre au Parlement de modifier un élément important du système politique à l'intérieur de certaines balises, il l'a fait expressément. Ainsi, l'article 4 de la *Charte* fixe à cinq ans le mandat maximal de la Chambre des communes. Le Parlement peut, par une loi ordinaire, réduire ce mandat à quatre ans, mais ne peut l'augmenter à six ans. Pour appliquer cette règle, les tribunaux n'ont pas à spéculer sur les conséquences politiques de la modification du mandat de la Chambre des communes.

65. Le fait que le Parlement ait unilatéralement imposé la retraite des sénateurs lorsque ceux-ci atteignent l'âge de 75 ans ne mène pas à la conclusion qu'il puisse imposer des mandats de durée fixe. Il est bien connu qu'une nomination jusqu'à l'âge de 75 ans est fonctionnellement équivalente à une nomination à vie. Cependant, un mandat à durée fixe ne sera équivalent à une nomination jusqu'à l'âge de 75 ans que si le titulaire est nommé à un âge assez avancé. Par contre, un sénateur nommé dans la quarantaine ou dans la cinquantaine verrait son mandat prendre fin bien avant l'âge de la retraite. Il ne jouirait donc plus de l'indépendance qui découle d'une nomination jusqu'à l'âge de 75 ans. À cet égard, le fait que les statistiques démontrent que la plupart des sénateurs sont actuellement nommés à un âge assez avancé n'a aucune pertinence. Il ne suffit pas que l'indépendance soit garantie en moyenne ou dans la plupart des cas. La nature de l'institution serait tout de même transformée.

66. En somme, la durée du mandat des sénateurs est l'une des caractéristiques essentielles que la Constitution attribue au Sénat. Le Parlement ne peut modifier cette caractéristique unilatéralement, peu importe la durée exacte ou les modalités que le Parlement se propose de fixer. La question n° 1 devrait recevoir une réponse négative.

D. L'abolition du Sénat

67. Les questions n^{os} 5 et 6 du renvoi ont trait à l'abolition du Sénat. La FCFA soutient que l'abolition du Sénat exige le consentement unanime des provinces, selon l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, pour deux raisons : premièrement, puisque le Sénat se voit attribuer des pouvoirs par la partie V et que la partie V ne peut être modifiée qu'avec le consentement unanime des provinces (alinéa 41e) ; et, deuxièmement, puisque l'abolition du Sénat affecterait l'usage du français au Parlement, garanti par l'article 17 de la *Charte*, une question prévue à l'alinéa 41c).

68. La mention de certaines institutions dans la Constitution a pour effet de garantir leur existence et leur effectivité. Par exemple, la Cour d'appel du Manitoba a jugé que l'octroi de pouvoirs à la « législature », à l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, empêchait celle-ci de se redéfinir radicalement ou de transférer tous ses pouvoirs à un organe autre qu'une « législature », même si cette législature avait reçu le pouvoir de modifier la « constitution de la province »⁴⁴. Cette Cour a subséquemment approuvé ce principe⁴⁵.

69. Il ne faudrait pas croire que ces décisions pèchent par excès de formalisme. Au contraire, elles témoignent d'une conscience aigüe du caractère fondamental des institutions ou des principes ainsi protégés. Comme le juge Beetz l'a affirmé dans l'arrêt *SEFPO*, l'enchâssement du principe du gouvernement responsable pourrait fort bien être une conséquence de l'incapacité des provinces à modifier la charge de lieutenant-gouverneur⁴⁶. Il est donc tout à fait raisonnable d'affirmer que l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982* protège les principes fondamentaux qui sont directement reliés aux institutions ou aux règles qu'il mentionne explicitement. Il en découle que la modification de ces principes exige le plus haut degré de consensus possible, c'est-à-dire le consentement unanime des provinces.

⁴⁴ *In re The Initiative and Referendum Act* (1916), 27 Man R 1 (CA), conf. [1919] AC 935 (CP).

⁴⁵ *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 RCS 54 aux pp 71-74 ; *SEFPO c Ontario (PG)*, [1987] 2 RCS 2 aux pp 46-47.

⁴⁶ *SEFPO c Ontario (PG)*, [1987] 2 RCS 2 aux pp 46-47.

70. Cette situation trouve un parallèle dans les constitutions de la France et de l’Allemagne, qui interdisent la révision de certains principes fondamentaux de la constitution⁴⁷. Seule une nouvelle constitution pourrait modifier ces principes. D’ailleurs, en Allemagne, la participation des *Länder* à la législation fédérale fait partie de ces principes intangibles.

71. La formule de modification prévue à la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* mentionne le Sénat aux articles 38, 41, 42, 43, 44, 46 et 47 et lui attribue des pouvoirs importants dans le cadre d’une modification de la Constitution. On ne peut abolir le Sénat sans modifier le rôle que celui-ci joue dans le processus de modification constitutionnelle et sans altérer la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ce qui ne peut être réalisé qu’au moyen de la procédure de l’article 41.

72. On ne saurait prétendre que les effets de l’abolition du Sénat sur la partie V constituent des « effets accessoires » qui seraient autorisés par les règles développées dans le cadre du partage fédératif des compétences. Ces règles ont été développées pour régir les interactions entre les lois adoptées par des assemblées qui ne sont pas subordonnées l’une à l’autre. Elles ne sauraient s’appliquer entre la loi et la Constitution. Personne n’oserait prétendre qu’une loi peut violer la *Charte* s’il s’agit là d’un « effet accessoire ».

73. Plus fondamentalement, la mention du Sénat dans la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* témoigne de l’importance de l’institution pour notre régime politique. De la même manière que la mention de la charge de gouverneur général et de lieutenant-gouverneur, à l’alinéa 41a), a pour effet d’enchâsser le principe du gouvernement responsable, la mention du Sénat dans la partie V – elle-même visée par l’alinéa 41e) – a pour effet d’enchâsser le principe du bicaméralisme fédéral et de soumettre sa modification à l’obtention du consentement unanime des provinces⁴⁸.

74. Par ailleurs, la FCFA soutient que l’abolition du Sénat constitue également une modification de la Constitution portant sur la question de l’usage du français, visée par l’alinéa 41c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 17(1) de la *Charte* garantit actuellement le droit d’employer le français dans les débats et les travaux du Parlement, ce qui inclut le Sénat. Le droit d’employer le français dans l’une des institutions politiques centrales du pays est l’un des droits linguistiques les plus importants, tant sur le plan symbolique que sur le plan pratique. Dans ce

⁴⁷ Louis Favoreu *et al*, *Droit constitutionnel*, 15^e éd, Paris, LGDJ, 2013 aux pp 112-113.

⁴⁸ Benoît Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada* (Toronto : Carswell, 1996) aux pp 218-224.

contexte, abolir le Sénat, c’est abolir une institution où le droit d’employer le français est garanti. En adoptant l’alinéa 41c), le constituant de 1982 avait notamment pour objectif d’assurer une protection renforcée aux institutions qui incarnent l’égalité de statut, de droits et de privilèges des langues officielles et des communautés de langue officielle. Ces droits garantis aux articles 16 et 16.1 de la *Charte* ainsi que le principe constitutionnel de protection des minorités exigent que l’on donne à l’alinéa 41c) un sens qui englobe une mesure aussi drastique que l’abolition du Sénat.

IV LES CONCLUSIONS

75. La FCFA demande à la Cour de donner une réponse négative aux questions n^{os} 1, 2, 3 et 5 du renvoi, dans tous leurs volets, et une réponse positive à la question n^o 6. La FCFA ne prend pas position quant à la question n^o 4.

Ottawa, le 30 août 2013

Heenan Blaikie s.e.n.c.r.l.
M^e Mark C. Power
M^e Jennifer Klinck
M^e Perri Ravon
Procureurs de la Fédération des communautés
francophones et acadienne du Canada

M^e Sébastien Grammond, Ad.E.
Avocat-conseil de la Fédération des
communautés francophones et acadienne du
Canada

V TABLE DES AUTORITÉS

<i>AG Nova Scotia c AG Canada</i> , [1951] SCR 31.	50
<i>Crevier c Procureur général du Québec</i> , [1981] 2 RCS 220.	47
<i>In re The Initiative and Referendum Act</i> (1916), 27 Man R 1 (CA) conf. [1919] AC 935.	68
<i>Lalonde c Ontario (Commission de restructuration des services de santé)</i> (2001), 56 RJO (3 ^e) 577 (CA).	13
<i>PG Québec c Quebec Association of Protestant School Boards</i> , [1984] 2 RCS 66.	42
<i>R c Mercure</i> , [1988] 1 RCS 234.	412
<i>R c Morgentaler</i> , [1993] 3 RCS 463.	50
<i>R c Sutherland</i> , [1980] 2 RCS 451.	42
<i>Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières</i> , [2011] 3 RCS 837.	53
<i>Renvoi relatif à la sécession du Québec</i> , [1998] 2 RCS 217.	8, 10, 11, 12
Recueil de sources du Procureur général du Canada, Volume II, Onglet 21	
<i>Renvoi relatif à Upper Churchill Water Rights Reversion Act</i> , [1984] 1 RCS 297.	50
<i>Renvoi relative à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles</i> , [1978] 2 RCS 1198.	42
<i>Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute</i> , [1980] 1 RCS 54.	17, 57, 68
<i>SEFPO c Ontario (PG)</i> , [1987] 2 RCS 2.	68, 69
<i>Société des Acadiens c Association of Parents</i> , [1986] 1 RCS 549.	12

VI LA LÉGISLATION (contenue dans le Recueil de sources)

Loi constitutionnelle de 1867 (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduit dans LRC 1985, ann II, n° 5, article 24.

Loi sur les langues officielles, LRC 1985, c 31 (4e suppl), Partie VII.

