



THE CANADIAN
BAR ASSOCIATION
L'ASSOCIATION DU
BARREAU CANADIEN

Projet de loi C-7 – *Loi sur la réforme du Sénat*

**SECTION NATIONALE DU DROIT CONSTITUTIONNEL ET DES DROITS DE LA PERSONNE
DE L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN**

Janvier 2012

AVANT-PROPOS

L'Association du Barreau canadien est une association nationale qui regroupe plus de 37 000 juristes, dont des avocats, des notaires, des professeurs de droit et des étudiants en droit dans l'ensemble du Canada. Les principaux objectifs de l'Association comprennent l'amélioration du droit et de l'administration de la justice.

Le présent mémoire a été préparé par la Section nationale du droit constitutionnel et des droits de la personne de l'Association du Barreau canadien, avec l'aide de la Direction de la législation et de la réforme du droit du bureau national. Ce mémoire a été examiné par le Comité de la législation et de la réforme du droit et approuvé à titre de déclaration publique de la Section nationale du droit constitutionnel et des droits de la personne de l'Association du Barreau canadien.

TABLE DES MATIÈRES

Projet de loi C-7 – *Loi sur la réforme du Sénat*

I.	INTRODUCTION	1
II.	CONTEXTE	2
III.	ANALYSE DU PROJET DE LOI C-7	5
	A. Partie 1 – Sélection des sénateurs	7
	B. Partie 2 – Limitation de la durée du mandat des sénateurs	10
IV.	PRÉOCCUPATIONS À L'ÉGARD DU PROJET DE LOI C-7	11
	A. La constitutionnalité du projet de loi C-7	11
	B. La composition du Sénat	14
	C. Les ramifications d'un Sénat « élu » de façon inconstitutionnelle....	15
V.	RECOMMANDATIONS	16
VI.	CONCLUSION	16

Projet de loi C-7 – *Loi sur la réforme du Sénat*

I. INTRODUCTION

La Section nationale du droit constitutionnel et des droits de la personne de l'Association du Barreau canadien (Section de l'ABC) est heureuse de pouvoir présenter ses commentaires sur le projet de loi C-7¹, la *Loi sur la réforme du Sénat*. L'ABC est un organisme national qui représente 37 000 juristes au Canada, dont des avocats, des notaires, des professeurs de droit et des étudiants en droit. Les membres de la Section de l'ABC travaillent dans les domaines du droit constitutionnel et des droits de la personne partout au Canada.

En 1983, l'ABC avait recommandé un Sénat élu assorti des éléments suivants : (1) une importance accrue de la représentation régionale; (2) l'établissement de dates d'élection fixes et d'un mandat de sénateur d'une durée déterminée; (3) l'élection échelonnée d'une partie seulement du Sénat, par exemple, un tiers ou la moitié, à chaque élection; et (4) le recours au vote transférable² pour l'élection des sénateurs – comme mesures pouvant renforcer l'indépendance politique des sénateurs et leur capacité d'assurer une responsabilisation³. L'élection des sénateurs par un vote transférable était recommandée à titre de moyen d'éviter que la Chambre haute, ou le Sénat, ne devienne une « deuxième Chambre des communes ». L'ABC s'inquiétait du risque qu'en cas de réforme du Sénat menant à une Chambre haute ayant une structure et une fonction trop semblable à celles de la Chambre des communes, il pourrait s'ensuivre des impasses législatives comme en on voit aux États-Unis. Le processus d'élection des candidats sénatoriaux et les attributs d'un Sénat réformé proposés par le projet de loi C-7 ne répondent pas aux recommandations passées de l'ABC⁴.

¹ Projet de loi C-7, *Loi concernant la sélection des sénateurs et modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 relativement à la limitation de la durée du mandat des sénateurs*.

² Dans un système de vote transférable, l'électeur indique l'ordre de préférence des candidats sur son bulletin de vote. Les votes excédentaires des candidats élus sont transférés au choix suivant de l'électeur.

³ Résolution de l'ABC 83-09-A.

⁴ Par exemple, les articles 21 et 22 du projet de loi C-7 proposent l'élection de candidats sénatoriaux selon le principe du système uninominal à un tour, avec la participation de partis politiques, et non au moyen du vote transférable.

L'ABC a dans le passé préconisé un Sénat doté des attributs indiqués plus haut, mais elle s'inquiète surtout de ce que les moyens proposés par le projet de loi C-7 pour « modifier le mode de sélection des sénateurs » sont inconstitutionnels. Comme il passe outre au processus multilatéral de modification de la Constitution exigé par le paragraphe 38(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁵, il y a un grand risque que le projet de loi C-7 serait déclaré *ultra vires* et inopérant. La Section de l'ABC recommande que le gouvernement ou bien applique le processus multilatéral de modification de la Constitution, ou bien soumette la question de la constitutionnalité du projet de loi C-7 à la Cour suprême du Canada. À défaut, si le projet de loi C-7 est adopté, la validité des lois adoptées par un Sénat réformé en conséquence risque fort d'être mise en doute.

II. CONTEXTE

En 1867, lorsque les colonies du Canada (le Haut-Canada et le Bas-Canada unis), le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse ont constitué une union fédérale, il était entendu que les trois régions – le Haut-Canada, le Bas-Canada et les Maritimes – devaient essentiellement être à parité. L'Ontario et le Québec ont chacun reçu 24 sièges au Sénat, le Nouveau-Brunswick, 12, et la Nouvelle-Écosse, 12. Lorsque l'Île-du-Prince-Édouard s'est jointe à la Confédération, quatre sièges lui ont été attribués au Sénat et les sièges du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse ont alors été réduits à 10 chacun, de sorte que l'égalité régionale était maintenue. Lors de leur adhésion, les provinces de l'Ouest ont reçu 24 sièges (6 sièges par province). En 1949, Terre-Neuve-et-Labrador a reçu 6 sièges au Sénat en devenant une province. Les territoires ont chacun reçu un siège au Sénat (le Yukon et les Territoires du Nord-Ouest en 1976 et le Nunavut, en 1999). C'est ainsi que la Chambre haute du Canada compte 105 sièges⁶.

En vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁷, le Sénat est composé de membres nommés à la discrétion du premier ministre. Les sénateurs étaient initialement nommés à vie. En 1965, la Constitution a été modifiée pour prévoir que les sénateurs prennent leur retraite à 75 ans⁸.

⁵ *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11.

⁶ La répartition des sièges du Sénat se présente comme suit : Terre-Neuve-et-Labrador : 6; Île-du-Prince-Édouard : 4; Nouveau-Brunswick : 10; Nouvelle-Écosse : 10; Québec : 24; Ontario : 24; Manitoba : 6; Saskatchewan : 6; Alberta : 6; Colombie-Britannique : 6; Yukon : 1; Territoires du Nord-Ouest : 1; et Nunavut : 1.

⁷ *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Victoria, ch. 3.

⁸ *Loi constitutionnelle de 1965*, S.C. 1965, ch. 4.

Bien que la Constitution confère au Sénat le pouvoir de rejeter des projets de loi, il l'a rarement exercé. Cette réticence a été principalement attribuée au fait que la Chambre des communes est un organe parlementaire élu et que sa volonté législative reflète celle de la population canadienne.

La réforme du Sénat fait l'objet de discussions continues depuis des décennies. Certains commentateurs ont préconisé l'abolition du Sénat, tandis que d'autres ont prôné un Sénat élu, égal (chaque province ayant le même nombre de sénateurs) et efficace. D'autres variantes ont été proposées de temps à autre.

La *Loi constitutionnelle de 1982* a clarifié certaines des conditions qui doivent être satisfaites pour procéder à des modifications constitutionnelles. Selon l'article 44, le Parlement a le pouvoir de modifier les dispositions de la Constitution « relatives ... au Sénat ou à la Chambre des communes ». Cependant, l'exercice de ce pouvoir est assujéti aux articles 41 et 42. L'alinéa 42(1)b) exige qu'une modification constitutionnelle portant sur « le mode de sélection des sénateurs » respecte le processus multilatéral général de modification du paragraphe 38(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le constitutionnaliste Peter W. Hogg a fait remarquer que l'effet des alinéas 42(1)b) et c) est de soustraire les questions comme la modification du mode de sélection des sénateurs du pouvoir unilatéral de modification de la Constitution que l'article 44 confère au Parlement, et d'exiger que toute modification soit adoptée selon la formule « sept-cinquante » de l'article 38⁹.

Le processus multilatéral de modification prescrit par le paragraphe 38(1) est souvent appelé la formule ou la règle sept-cinquante parce qu'elle exige l'assentiment de deux tiers ou *sept* des provinces représentant au moins 50 % de la population canadienne.

Le paragraphe 38(1) se lit comme suit :

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

⁹ Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5^e édition augmentée, volume 1 (Toronto : Carswell Publishers, 2007), 4.3(g).

général le plus récent à l'époque, au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces.

Warren Newman, auteur juridique et avocat constitutionnaliste, a examiné les différentes formules d'amendement dans son document de 2007 « Living with the Amending Procedures: Prospects for Future Constitutional Reform in Canada »¹⁰. Il s'est en particulier penché sur les buts des modalités multilatérales de modification constitutionnelle, affirmant ceci :

[TRADUCTION]

Le processus multilatéral de modification répond à un double objectif : (1) permettre les modifications constitutionnelles lorsque les exigences légales des formules ont été satisfaites, par des résolutions des chambres législatives fédérales et assemblées provinciales pertinentes; (2) protéger les dispositions constitutionnelles et les garanties enchâssées de toute modification lorsque les conditions pertinentes de la partie V [de la *Loi constitutionnelle de 1982*] n'ont pas été satisfaites. Voilà qui peut paraître à certains être contraire au principe de la démocratie, mais qui est essentiel aux principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit.¹¹

À l'appui de ce point de vue, M. Newman cite les paragraphes 76 et 77 de la décision de la Cour suprême du Canada dans *Renvoi relatif à la sécession du Québec*¹². Ces paragraphes sont instructifs, surtout quand on les lit de concert avec le paragraphe 75 :

75. L'argument selon lequel on peut légitimement contourner la Constitution en s'appuyant sur un vote majoritaire obtenu dans un référendum provincial est superficiellement convaincant, dans une large mesure parce qu'il paraît faire appel à certains des principes qui sous-tendent la légitimité de la Constitution elle-même, c'est-à-dire la démocratie et l'autonomie gouvernementale. En bref, on avance que, puisque la notion de souveraineté populaire sous-tend la légitimité de nos arrangements constitutionnels actuels, alors cette même souveraineté populaire qui a donné naissance à la Constitution actuelle devrait aussi permettre au « peuple », dans l'exercice de la souveraineté populaire, de faire sécession par un vote majoritaire seulement. Une analyse plus poussée révèle toutefois que cet argument est mal fondé parce qu'il méconnaît le sens de la souveraineté populaire et l'essence même d'une démocratie constitutionnelle.

76. Les Canadiens n'ont jamais admis que notre système est entièrement régi par la seule règle de la simple majorité. Notre principe de la démocratie, en corrélation avec les autres principes constitutionnels mentionnés plus haut, est plus riche. Un gouvernement constitutionnel est nécessairement fondé sur l'idée que les représentants politiques du peuple d'une province ont la possibilité et le pouvoir de

¹⁰ Newman, W., « Living with the Amending Procedures: Prospects for Future Constitutional Reform in Canada » (2007), 37 S.C.L.R. (2d) 383.

¹¹ *Ibid.*, p. 385-386.

¹² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

prendre, au nom de la province, l'engagement pour l'avenir de respecter les règles constitutionnelles qui sont adoptées. Ces règles les « lient » non pas en ce qu'elles font échec à la volonté de la majorité dans une province, mais plutôt en ce qu'elles définissent la majorité qui doit être consultée afin de modifier l'équilibre fondamental en matière de partage du pouvoir politique (y compris les sphères d'autonomie garanties par le principe du fédéralisme), de droits de la personne et de droits des minorités dans notre société. Bien entendu, *ces règles constitutionnelles sont elles-mêmes susceptibles de modification, mais seulement par un processus de négociation qui permet d'assurer à toutes les parties le respect et la conciliation des droits garantis par la Constitution.*

77. *De cette façon, il est possible d'allier notre foi dans la démocratie et notre foi dans le constitutionnalisme.* La modification de la Constitution requiert souvent quelque forme de consensus important, précisément parce que la teneur des principes fondamentaux de la Constitution l'exige. 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.¹³ [Nos italiques]

Le processus multilatéral de modification se justifie en partie par la volonté de protéger les minorités et les intérêts minoritaires des régions du Canada. Le rôle qu'a le Sénat de refléter le caractère régional du Canada sera abordé plus amplement ci-dessous, mais la Section de l'ABC note que cette fonction se rattache au concept de la protection des minorités que la Cour a signalé comme un principe de base du fédéralisme canadien.

La composition du Sénat et son rôle en tant qu'assemblée nommée apportant une « réflexion indépendante, sereine et attentive » à l'égard des initiatives législatives tout en reflétant le caractère régional de notre pays fait partie du paysage fédéral canadien depuis la Confédération. C'est pourquoi les modifications à ses compétences et au mode de sélection des sénateurs ont été expressément assujetties à l'exigence constitutionnelle d'une « majorité élargie », c'est-à-dire en l'occurrence le processus de modification du paragraphe 38(1) par opposition à un vote unilatéral ou une simple majorité des deux chambres du Parlement.

III. ANALYSE DU PROJET DE LOI C-7

L'intention du projet de loi C-7 est claire : il s'agit de démocratiser le Sénat. Bien que le préambule ne fasse pas partie du dispositif de la loi, il aide à comprendre son objet. Or ce préambule, avec ses abondantes références à la « démocratie », aux « valeurs démocratiques » et aux « principes d'une démocratie », ne laisse planer aucun doute que le projet de loi C-7 vise le but noble (et louable,

¹³ *Ibid.*, para. 75 à 77.

toute question liée au constitutionnalisme mise à part) de créer un Sénat élu démocratiquement. Il invoque les attendus suivants :

qu'il est important que les institutions représentatives du Canada, notamment le Sénat, continuent d'évoluer de concert avec les principes d'une démocratie moderne et les attentes des Canadiens;

que le gouvernement du Canada s'est engagé à explorer des façons de permettre au Sénat de mieux refléter les valeurs démocratiques canadiennes et de mieux répondre aux besoins des régions du Canada;

qu'en 1987 les premiers ministres du Canada ont convenu, à titre de mesure provisoire jusqu'à ce que la réforme du Sénat soit réalisée, que les sièges vacants au Sénat soient comblés au moyen d'une liste de candidats sénatoriaux présentée par le gouvernement de la province ou du territoire visés;

qu'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'elles représenteront;

qu'il est indiqué d'établir un cadre pour guider les provinces et les territoires en ce qui touche la législation régissant la tenue de ces élections;

que la durée du mandat des sénateurs doit être conciliable avec les principes d'une démocratie moderne;

que le Parlement a édicté la *Loi constitutionnelle de 1965* pour réduire la durée du mandat des sénateurs, jusque-là nommés à vie, en fixant à soixante-quinze ans l'âge limite de leur maintien en fonction;

qu'en vertu de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982* le Parlement a compétence pour modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives au Sénat;

que le Parlement entend préserver les caractéristiques essentielles du Sénat, lieu de réflexion indépendante, sereine et attentive au sein de la démocratie parlementaire canadienne...¹⁴

La notion du Sénat comme étant « un lieu de réflexion indépendante, sereine et attentive » peut être attribuée au premier des premiers ministres du Canada, sir John A. MacDonald¹⁵. Le Sénat devait être une Chambre haute fondée sur le modèle parlementaire britannique et la tradition du Commonwealth : il « devait jouer un rôle essentiellement consultatif, bien qu'il eût été investi

¹⁴ Le dernier paragraphe du préambule se distingue des paragraphes précédents. Les premiers paragraphes évoquent une démocratisation du Sénat, signifiant que le Sénat devrait devenir une assemblée législative plus efficace. Nul n'entreprendrait une lutte électorale pour accéder à une assemblée législative uniquement pour approuver aveuglément les initiatives législatives de la Chambre des communes. Le dernier paragraphe, en reprenant la notion de « lieu de réflexion indépendante, sereine et attentive », paraît donc incongru par rapport aux paragraphes précédents.

¹⁵ Direction des comités et de la législation privée, Le Sénat du Canada, *Pleins feux sur le Sénat, 1867-2001*, mai 2001. En ligne : www.parl.gc.ca/About/Senate/LegisFocus/focus-f.htm.

d'un droit de veto absolu »¹⁶. Ses membres étaient nommés et chargés de « la révision et la correction des projets de loi présentés par la Chambre des communes, ce pourquoi [le Sénat devrait] être impartial, avoir des connaissances spécialisées, de la patience et du zèle; de plus, [le Sénat] allait devoir représenter les provinces, les régions et les minorités »¹⁷.

Il n'est guère probable qu'un Sénat réformé par le projet de loi C-7 se contenterait de demeurer seulement « un lieu de réflexion indépendante, sereine et attentive » chargé de réviser et corriger; il deviendrait plutôt une deuxième chambre qui se considérerait comme une assemblée populaire tout aussi apte que la Chambre basse à traduire la volonté de son électorat et non nécessairement les intérêts régionaux ou les intérêts des minorités dans les régions¹⁸.

Le projet de loi C-7 comporte deux parties. La partie 1 traite de la sélection des sénateurs. La partie 2 concerne la limitation de la durée du mandat des sénateurs.

A. Partie 1 – Sélection des sénateurs

La partie 1 du projet de loi C-7 prévoit que si une province ou un territoire adopte une loi qui est en substance conforme au cadre prévu à l'annexe du projet de loi, alors le premier ministre, lorsqu'il recommande des candidats sénatoriaux, « tient compte [...] des personnes dont le nom figure sur la plus récente liste de candidats sénatoriaux choisis pour cette province ou ce territoire »¹⁹ – l'expression « tient compte » ayant un caractère impératif.

L'annexe du projet de loi C-7 fournit un cadre pour l'élection de candidats sénatoriaux dans une province ou un territoire. Les articles 1 à 4 établissent les principes directeurs de l'annexe :

1. Les sénateurs devant être nommés pour une province ou un territoire devraient être choisis à partir de la liste des candidats sénatoriaux présentée par le gouvernement de la province ou du territoire.
2. La liste des candidats sénatoriaux d'une province ou d'un territoire est établie par voie d'une élection tenue dans la province ou le territoire :
 - a) soit conjointement avec l'élection générale des députés de l'assemblée législative de la province ou du territoire;
 - b) soit à la date fixée par décret du lieutenant-gouverneur en conseil ou le commissaire en conseil, selon le cas;

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Article 3, projet de loi C-7.

- c) soit conjointement avec les élections municipales si la province ou le territoire a fixé un jour du scrutin général pour l'ensemble de ses municipalités.
- 3.(1) La personne qui souhaite se porter candidat à l'élection de candidats sénatoriaux dans une province ou un territoire où il existe des partis politiques provinciaux ou territoriaux enregistrés est nommée par l'un d'eux à titre de son candidat officiel ou se déclare, après la délivrance du bref d'élection, candidat indépendant et soumet sa candidature à l'élection.
- 3.(2) La personne qui souhaite se porter candidat à l'élection de candidats sénatoriaux dans un territoire où il n'existe pas de parti politique territorial enregistré se déclare, après la délivrance du bref d'élection, candidat indépendant et soumet sa candidature à l'élection.
4. Une personne conserve sa qualité de candidat sénatorial jusqu'à la survenance du premier des événements suivants :
- a) elle est nommée au Sénat;
 - b) elle démissionne en tant que candidat sénatorial en remettant sa démission par écrit au ministre provincial ou territorial responsable de l'application des lois régissant le processus de sélection des candidats sénatoriaux;
 - c) le sixième anniversaire de son élection à titre de candidat sénatorial survient;
 - d) elle prête un serment ou souscrit une déclaration ou reconnaissance d'allégeance, d'obéissance ou d'attachement à une puissance étrangère;
- ...

L'annexe traite aussi des modalités des divers genres d'élection (conjointe avec une élection provinciale ou territoriale, conjointe avec des élections municipales s'il y a un jour de scrutin général à l'échelle de la province ou du territoire, ou élection visant expressément les candidats sénatoriaux)²⁰.

La question qui appelle une réponse est de savoir si le projet de loi C-7 modifie le « mode de sélection des sénateurs ».

Si le projet de loi C-7 était adopté et qu'une province adoptait une loi qui était en substance conforme au cadre de l'annexe du projet de loi, le premier ministre devrait tenir compte de la liste de candidats sénatoriaux fournie par le gouvernement de cette province. La liste comprendrait les personnes retenues par le processus d'élection sénatoriale de cette province. Selon la première disposition de l'annexe, les personnes nommées au Sénat pour cette province « devraient être choisies » à partir de cette liste.

²⁰ L'annexe donne aussi des indications sur le déclenchement d'une élection, les formalités des candidatures, la gestion et l'impression des bulletins de vote, la compilation et la communication des résultats, les appels et recomptages, la publication des noms des candidats élus, les élections contestées, le financement des campagnes électorales et la conservation des dossiers.

En d'autres termes, bien que l'ultime étape de la nomination au sénat par le gouverneur général sur recommandation du premier ministre soit préservée et qu'il n'y ait pas d'élection directe au Sénat, les sénateurs de cette province seraient à toute fin pratique « élus ». Leurs élections ne seraient pas moins vigoureusement disputées que celles des députés à la Chambre des communes ou aux assemblées provinciales. Leur mandat « démocratique » ne serait pas moins légitime que celui de tout autre élu. Avec le temps, à mesure que les provinces et territoires adopteraient des lois sur les élections sénatoriales, le Sénat deviendrait un Sénat élu, et tout comme les candidats à la Chambre des communes, les candidats au Sénat pourraient être désignés par un parti politique.

La Section de l'ABC croit qu'une fois le projet de loi C-7 adopté, les élections sénatoriales seraient traitées comme des élections en bonne et due forme par le public et par les candidats. Le premier ministre aura toujours le pouvoir « légal » de recommander les candidats sénatoriaux au gouverneur général, mais ayant reçu d'une province ou d'un territoire une liste de candidats sénatoriaux – des personnes qui ont sollicité le privilège de figurer sur la liste et obtenu le mandat démocratique de l'électorat –, il lui serait bien difficile de recommander un candidat ne figurant pas sur cette liste. Tout comme le Sénat est aujourd'hui réticent à passer outre à la voix démocratique de la Chambre des communes, le premier ministre serait réticent à passer outre à l'expression directe et démocratique de la volonté de l'électorat²¹.

La partie 1 du projet de loi C-7 touche donc le pouvoir légal du premier ministre de choisir les personnes qui seront nommées au Sénat. Il devra « tenir compte » de la liste des candidats sénatoriaux élus par les processus électoraux provinciaux et territoriaux mis sur pied conformément à l'annexe du projet de loi C-7. Le projet de loi supprime effectivement la capacité pratique du premier ministre de tenir compte de candidats autres que ceux figurant sur la liste. Par conséquent, le « mode de sélection des sénateurs » aura été modifié unilatéralement et non de la façon multilatérale qu'exige la Constitution du Canada.

²¹ Comme l'a soutenu la Cour suprême du Canada dans *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 883 (citant un renvoi sur le rapatriement), « une convention [constitutionnelle] se situe quelque part entre un usage ou une coutume d'une part et une loi constitutionnelle de l'autre. [...] [Elle] est une règle que ceux à qui elle s'applique considèrent comme obligatoire. » Les conventions constitutionnelles évoluent avec le temps et peuvent devenir des règles qui sont davantage des lois que des usages ou des coutumes.

B. Partie 2 – Limitation de la durée du mandat des sénateurs

Les processus électoraux doivent être considérés au regard des limites à la durée du mandat prévues par la partie 2 du projet de loi C-7. La partie 2 fixe la durée du mandat à neuf ans pour les sénateurs nommés après le 14 octobre 2008.

La limitation à neuf ans de la durée du mandat des sénateurs, combinée au processus des élections sénatoriales, complèterait la démocratisation du Sénat. La durée du mandat des sénateurs serait davantage conciliable, comme l'indique le préambule, « avec les principes d'une démocratie moderne ». D'après la partie 1 de l'annexe du projet de loi C-7, il semble que les sénateurs ne pourraient pas solliciter des mandats consécutifs. Pour se présenter comme candidat sénatorial, selon le sous-alinéa 8a)(ii), un candidat ne pourrait pas déjà être membre du Sénat. Les modifications proposées à l'article 29 de la *Loi constitutionnelle de 1867* limiteraient la durée du mandat à « un seul mandat de neuf ans ». Il est toutefois concevable qu'un sénateur se porterait à nouveau candidat et, selon les résultats d'élections ultérieures, serait de nouveau élu au Sénat.

Selon l'article 29A de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les sénateurs cesseraient d'être sénateurs à 75 ans peu importe quand ils ont été nommés. Cette disposition est incompatible avec le concept de réforme démocratique. Si les Canadiens élisent les sénateurs, ils choisissent un Canadien adulte pour les représenter et ils peuvent tenir compte de l'âge des candidats en exprimant leur vote, comme ils le font pour les députés. L'article 29A semble bafouer ce principe démocratique général et semble aussi contraire à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le gouvernement se propose de faire adopter le projet de loi C-7 en vertu du pouvoir du Parlement de modifier sa propre constitution conformément à l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il n'y aura ni consultation ni entente avec les provinces ou territoires. Il n'y aura que l'approbation des dispositions par la Chambre des communes et le Sénat, et l'aval du gouverneur général. Cependant, l'exercice du pouvoir conféré au Parlement par l'article 44 est assujéti aux articles 41 et 42; or, l'alinéa 42(1)b) permet seulement au Parlement de modifier « le mode de sélection des sénateurs » en recourant à la formule d'amendement du paragraphe 38(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

IV. PRÉOCCUPATIONS À L'ÉGARD DU PROJET DE LOI C-7

La Section de l'ABC a trois préoccupations à l'égard du projet de loi C-7 :

- (a) la constitutionnalité du projet de loi;
- (b) la composition du sénat;
- (c) les ramifications potentielles d'un Sénat « élu » de façon inconstitutionnelle.

A. La constitutionnalité du projet de loi C-7

La Section de l'ABC appuie et favorise une amélioration de la démocratie canadienne. Cependant, comme la Cour suprême du Canada l'a fait remarquer dans *Renvoi relatif à la sécession du Québec*²², la démocratie est seulement un des principes constitutionnels directeurs fondamentaux de la Constitution; parmi les autres figurent « le fédéralisme », « le constitutionnalisme et la primauté du droit » ainsi que « le respect des minorités »²³.

Le Sénat est un élément important du cadre constitutionnel canadien. Dans *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*²⁴, la Cour suprême du Canada a soutenu que : « Le Sénat a un rôle vital en tant qu'institution faisant partie du système fédéral créé par [la *Loi constitutionnelle de 1867*]. »²⁵ La Cour a rappelé que le premier considérant du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* affirme ceci :

Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale pour ne former qu'une seule et même Puissance (*Dominion*) sous la couronne du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni...²⁶

La Cour a ensuite fait cette remarque :

En vertu de la constitution du Royaume-Uni, dont il est fait mention dans le premier considérant, le pouvoir législatif était, et il l'est encore, exercé par la Reine, de l'avis et du consentement de la Chambre des lords et de la Chambre des Communes. La Chambre haute n'était pas, alors comme aujourd'hui, un organisme électif, la Chambre basse l'était et le demeure.²⁷

²² *Supra* note 12.

²³ *Ibid.*, p. 240.

²⁴ *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54.

²⁵ *Ibid.*, p. 66.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

La Cour a aussi fait valoir que le Sénat a été créé comme élément du Parlement fédéral à titre de moyen de protéger les intérêts « de section » ou régionaux :

Un but primordial de l'institution du Sénat, en tant que partie du système législatif fédéral, était donc d'assurer la protection des divers intérêts régionaux au Canada quant à l'adoption de la législation fédérale. Dans sa forme initiale, l'Acte prévoyait à l'art. 22 qu'en ce qui concerne la composition du Sénat, le Canada serait censé comprendre trois divisions également représentées, c.-à-d. l'Ontario, le Québec et les provinces maritimes (la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick). Cette disposition a été modifiée par la suite et l'art. 22 prévoit maintenant quatre divisions, la quatrième division comprenant les provinces de l'Ouest : le Manitoba, la Colombie-Britannique, la Saskatchewan et l'Alberta. L'Acte prévoit maintenant la représentation de l'Île-du-Prince-Édouard (comme l'une des provinces maritimes), de Terre-Neuve, du territoire du Yukon et des territoires du Nord-Ouest.²⁸

La Cour a été appelée à déterminer si le Parlement a le pouvoir de changer le mode de sélection des membres de la Chambre haute, y compris en :

- (i) conférant aux assemblées législatives provinciales le pouvoir de nommer, sur l'avis du lieutenant-gouverneur en conseil, certains membres de la Chambre haute, la Chambre des Communes étant autorisée à nommer lesdits membres, sur l'avis du gouverneur général en conseil, lorsqu'une assemblée législative provinciale n'agit pas dans les délais impartis, et
- (ii) conférant à la Chambre des Communes le pouvoir de nommer dans chaque province, sur l'avis du gouverneur général en conseil, certains membres de la Chambre haute, l'assemblée législative provinciale étant autorisée à nommer lesdits membres, sur l'avis du lieutenant-gouverneur en conseil, lorsque la Chambre des Communes n'agit pas dans les délais impartis,
- (iii) conférant soit aux lieutenants-gouverneurs en conseil ou soit à un ou plusieurs organismes le pouvoir de choisir une partie ou la totalité des membres de la Chambre haute; ou
- (iv) ***prévoyant l'élection directe, par la population, d'une partie ou de la totalité des membres de la Chambre haute...***²⁹ [Nos italiques]

En définitive, la Cour s'est abstenue de répondre à certaines parties de cette question faute de fondement factuel suffisant, mais elle a traité directement du mode (iv), à savoir l'élection directe, par la population, d'une partie ou de la totalité des membres de la Chambre haute :

Le paragraphe (e), aux alinéas (i), (ii) et (iii), envisage le changement du mode de nomination des sénateurs, pouvoir qu'exerce actuellement le gouverneur général. On

²⁸ *Supra* note 24, p. 67.

²⁹ *Ibid.*, p. 58.

ferait choisir « certains » membres du Sénat par les législatures provinciales, « certains » membres par la Chambre des Communes, « certains » membres par les lieutenants-gouverneurs en conseil ou par « un ou plusieurs organismes ». Le choix de sénateurs par une législature provinciale ou par le lieutenant-gouverneur d'une province impliquerait une participation indirecte des provinces à l'adoption des lois fédérales et cela est contraire au raisonnement de cette Cour dans l'arrêt *Lord Nelson Hotel* cité précédemment.

De nouveau, nous ne croyons pas avoir sur le contexte des précisions qui nous permettraient de formuler une réponse satisfaisante.

Le paragraphe (e) à l'alinéa (iv) vise la sélection possible d'une partie ou de la totalité des membres du Sénat par voie d'élection directe par le peuple. 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. Nous sommes d'avis de répondre par la négative sur ce point.***³⁰
[Nos italiques]

Alors que le Parlement entend utiliser son pouvoir en vertu de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982* afin de modifier unilatéralement la Constitution par l'adoption du projet de loi C-7, il doit s'assurer que le processus électoral proposé ne constituerait pas une modification au « mode de sélection des sénateurs »³¹.

On peut soutenir que le projet de loi C-7 modifie « le mode de sélection des sénateurs ». Le pouvoir légal du premier ministre de choisir des candidats à une nomination au Sénat sera circonscrit : il devra « tenir compte » de la liste de candidats sénatoriaux élus dans une province ou un territoire. La capacité réelle du premier ministre d'envisager des candidats autres que ceux figurant sur la liste sera entravée par le projet de loi C-7, et pourtant le Parlement aura passé outre au processus multilatéral qu'exige la Constitution du Canada pour effectuer un changement si fondamental.

La Section de l'ABC est d'avis qu'à la lumière des décisions de la Cour suprême du Canada évoquées ci-dessus, il existe de sérieux doutes quant à la constitutionnalité du projet de loi C-7.

³⁰ *Ibid.*, p. 77.

³¹ *Supra* note 5, alinéa 42(1)b).

B. La composition du Sénat

Au fil du temps, à mesure que les sénateurs seraient remplacés par le biais d'un processus de consultation démocratique, le Sénat deviendrait *de facto* une assemblée élue. Comme le nombre de sénateurs « élus » augmenterait, le motif pour lequel le Sénat n'exerce pas la pleine mesure de ses pouvoirs constitutionnels disparaîtrait. Le Sénat deviendrait de fait une assemblée législative agissante.

Ceci se produirait nonobstant le fait que la composition du Sénat était destinée à représenter les « régions » du Canada. La Colombie-Britannique, avec 685 581 habitants par sénateur, et l'Alberta, avec 548 391 habitants par sénateur (selon le recensement de 2006), peuvent être considérées comme des régions distinctes (la Colombie-Britannique a revendiqué un statut de région distincte dans de nombreuses discussions constitutionnelles depuis 50 ans, et le Parlement semble y avoir accédé aux fins de la modification de la Constitution)³². Leur ratio d'habitants par sénateur est supérieur à la moyenne nationale de 301 075. Hormis l'évolution historique, il est difficile de justifier que la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick aient chacun 10 sénateurs alors que dans la région de l'Atlantique, Terre-Neuve-et-Labrador en a six et l'Île-du-Prince-Édouard, quatre.

Si le projet de loi C-7 était adopté, ces particularités historiques continueraient d'exister dans une assemblée législative « fondamentale » reconnue par le plus haut tribunal au pays comme étant « vitale » au système fédéral, mais qui deviendrait de plus en plus une assemblée élue démocratiquement, plus puissante et plus importante dans le régime démocratique canadien.

À défaut d'une réforme plus complète, le Sénat conservera probablement sa composition actuelle de sorte que certaines régions, comme l'Ontario et le Canada atlantique, deviendront plus

³² Voir *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, L.C. 1996, ch. 1, para. 1(1), qui prévoit en partie ceci :

1. (1) Un ministre de la Couronne ne peut déposer une motion de résolution autorisant une modification de la Constitution du Canada – sauf une modification à laquelle l'assemblée législative d'une province peut opposer son veto en application des articles 41 ou 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou à l'égard de laquelle elle peut exprimer son désaccord en application du paragraphe 38(3) de cette loi – que si la majorité des provinces y a préalablement consenti; cette majorité doit comprendre :

a) l'Ontario;

b) le Québec;

c) **la Colombie-Britannique;**

d) au moins deux des provinces de l'Atlantique, pourvu que la population confondue des provinces consentantes représente, selon le recensement général le plus récent à l'époque, au moins cinquante pour cent de la population des provinces de l'Atlantique;

e) au moins deux des provinces des Prairies, pourvu que la population confondue des provinces consentantes représente, selon le recensement général le plus récent à l'époque, au moins cinquante pour cent de la population des provinces des Prairies.

puissantes que d'autres sans que soient pris en compte les vastes changements survenus dans la population depuis le milieu du siècle dernier. Certes, la Cour suprême du Canada a maintenu que la démocratie canadienne n'exige pas que chaque vote garanti par l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ait le même poids, mais le concept « une personne, un vote » conserve une valeur dans l'optique constitutionnelle et peut être mis à mal, à moins de reconsidérer la structure de la composition du Sénat et son but sous-jacent.

La résolution et le mémoire de 1983 de l'ABC appelaient à une vaste réforme du Sénat, y compris de façon à rehausser la représentation régionale³³. Bien que la démocratisation du Sénat soit souhaitable, la Section de l'ABC croit que si le Sénat acquiert une plus grande efficacité du fait du projet de loi C-7, il deviendra plus difficile de modifier sa composition. Certaines régions ou provinces revendiqueront davantage de sénateurs pour tenir compte de la population actuelle, tandis que d'autres s'opposeront d'autant plus à toute réduction du pouvoir que leur a conféré l'évolution historique du Sénat. Cette problématique sous-tend la raison pour laquelle le mode de sélection des sénateurs a été expressément assujéti au processus multilatéral de modification du paragraphe 38(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

C. Les ramifications d'un Sénat « élu » de façon inconstitutionnelle

Si le projet de loi C-7 était adopté et que les tribunaux concluaient, à la suite d'une contestation, que la *Loi sur la réforme du Sénat* était inconstitutionnelle, diverses questions se poseraient :

- Les sénateurs nommés à la suite d'élections sénatoriales perdraient-ils leur siège?
- Les lois adoptées par un Sénat réformé de façon non constitutionnelle seraient-elles invalides?
- Comment la composition du Sénat pourrait-elle être restructurée ou rectifiée pour tenir compte de la nomination non constitutionnelle des sénateurs « élus »?

Ces questions n'ont pas de réponses claires, mais elles démontrent combien il importe que le Parlement détermine s'il a raison de modifier le mode de sélection des sénateurs en procédant unilatéralement au lieu d'observer le processus multilatéral de modification de l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

³³ *Supra* note 3. Association du Barreau canadien, *Submission to Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the [sic] Senate Reform (uniquement en anglais)*, septembre 1983.

V. RECOMMANDATIONS

LA SECTION DE L'ABC RECOMMANDE :

1. soit que le gouvernement du Canada renvoie le projet de loi C-7 à la Cour suprême du Canada avant qu'il ne reçoive la sanction royale, pour s'assurer de sa validité constitutionnelle;
2. soit que le gouvernement du Canada organise des discussions intergouvernementales avec les provinces et territoires et modifie « le mode de sélection des sénateurs » conformément à l'article 42 et le paragraphe 38(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

VI. CONCLUSION

La Section de l'ABC est d'avis qu'un renvoi à la Cour suprême du Canada ou une modification conforme au paragraphe 38(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* éliminera tout doute sur la validité constitutionnelle du projet de loi C-20 et mènera finalement à un Parlement plus fort et plus efficace, et à un Canada plus uni et mieux gouverné.

La Section de l'ABC espère que ses commentaires seront utiles au Parlement dans ses délibérations sur cette question vitale.