

IN THE SUPREME COURT OF CANADA

IN THE MATTER OF Section 53 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26;

AND IN THE MATTER OF a Reference by the Governor in Council concerning reform of the Senate, as set out in Order in Council P.C. 2013-70, dated February 1, 2013

DANS LA COUR SUPRÊME DU CANADA

DANS L’AFFAIRE DE l’article 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R. .C. 1985, ch. 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 C.P. 2013-70 en date du 1^{er} février 2013

**MÉMOIRE EN RÉPLIQUE
PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA**

(Pursuant to Rule 46 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*/ Règle 46 des *Règles de la Cour suprême du Canada*)

**Robert J. Frater
Christopher M. Rupar
Warren J. Newman**

William F. Pentney
Deputy Attorney General of Canada/Sous-procureur général du Canada
Department of Justice Canada/Ministère de la Justice Canada
234 rue Wellington Street, Tour Est /East Tower, Room 1161, Pièce 1161
Ottawa, ON K1A 0H8
Tel: (613) 957-4763
Fax: (613) 954-1920
robert.frater@justice.gc.ca

Counsel for the Attorney General of Canada/Procureurs du procureur général du Canada

ORIGINAL TO: THE REGISTRAR

TO: **Burke-Robertson**
Barristers & Solicitors
441 MacLaren St., Suite 200
Ottawa, Ontario K2P 2H3
Per: Robert E. Houston, Q.C.
Tel: (613) 566-2058
Fax: (613) 235-4430
Email: rhouston@burkerobertson.com

Agents for the Attorneys General of British Columbia, Ontario,
and Newfoundland & Labrador

TO: **Gowling Lafleur Henderson LLP**
2600 - 160 Elgin Street
Ottawa, Ontario K1P 1C3
Per: Henry S. Brown, Q.C. / Brian A. Crane, Q.C.
Tel: (613) 786-0139/ (613) 786-0107
Fax: (613) 563-9869/ (613) 788-3500
Email: henry.brown@gowlings.com/Brian.Crane@gowlings.com

Agents for the Attorneys General of Alberta, Saskatchewan,
Manitoba, New Brunswick, Prince Edward Island, Nova Scotia,
and the Minister of Justice for Northwest Territories, and Nunavut

TO: **Noël & Associés**
111, rue Champlain
Gatineau, QC J8X 3R1
Per: Pierre Landry
Tel: (819) 771-7393
Fax: (819) 771-5397
Email: p.landry@noelassocies.com

Agent for the Attorney General of Quebec and the Intervener,
Serge Joyal, Senator

TO: **Daniel Jutras**
University of McGill
3644 Peel
Montréal, Quebec H3A 1W9
Tel: (514) 398-6604
Fax: (514) 398-4659
Email: daniel.jutras@mcgill.ca

Amicus curiae

TO: **Supreme Advocacy LLP**
397 Gladstone Avenue, Suite 1
Ottawa, Ontario K2P 0Y9
Per : Marie-France Major
Tel: (613) 695-8855 ext: 102
Fax: (613) 695-8580
Email: mfmajor@supremeadvocacy.ca

Agent for Amicus curiae, John Hunter, Q.C.

TO: **Heenan Blaikie LLP**
300- 55 Metcalfe Street
Ottawa, Ontario K1P 6L5
Per: Mark C. Power
Jennifer Klinck
Perri Ravon
Sébastien Grammond, Ad.E.
Telephone: (613) 236-7908
FAX: (866) 296-8395
E-mail: mpower@heenan.ca

Counsel for the Intervener, Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada

TO: **Heenan Blaikie LLP**
300-55 Metcalfe Street
Ottawa, Ontario K1P 6L5
Per: Perri Ravon
Telephone: (613) 236-8071
FAX: (613) 236-9632
E-mail: pravon@heenan.ca

Agent for the Intervener, Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick Inc.

TO: **Stikeman Elliott LLP**
1600 - 50 O'Connor Street
Ottawa, Ontario K1P 6L2
Per: Nicholas Peter McHaffie
Telephone: (613) 566-0546
FAX: (613) 230-8877
E-mail: nmchaffie@stikeman.com

Agent for the Intervener, Anne C. Cools, Senator

A. Survol

1. Les mémoires des nombreux participants à ce renvoi font ressortir une diversité de points de vue quant aux réponses aux questions formulées dans le cadre du renvoi. La principale source de désaccord réside dans les moyens qui sont utilisés pour en arriver aux réponses : la pertinence de facteurs comme l'opinion de la présente cour dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*¹, les principes non écrits qui sous-tendent la Constitution, l'intention des rédacteurs et les déclarations de politiciens et de représentants du gouvernement, de même que le poids qui doit leur être accordé. Dans cette réplique, nous examinerons comment d'autres parties utilisent ces facteurs pour en arriver à des conclusions qui omettent de donner préséance au texte de la Constitution.

B. Le recours aux outils d'interprétation

a) L'opinion de la présente Cour dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*

2. Les arguments de pratiquement tous les autres participants sont solidement ancrés dans l'opinion de la présente Cour dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*², particulièrement en ce qui a trait aux questions entourant la limitation de la durée du mandat et le processus consultatif énoncé dans le projet de loi C-7³. Les différents participants emploient principalement le *Renvoi relatif à la Chambre haute* afin d'en faire une limite autonome au pouvoir législatif fédéral de modifier la Constitution ou d'adopter des lois relativement au

¹ *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute* [1980] 1 R.C.S. 54, Sources supplémentaires du P.G.C., onglet 8

² Voir le mémoire de l'Alberta, par. 39; le mémoire de la Colombie-Britannique, par. 8 et 9, 18 et 19, 22 à 32, 106, 110 et 112; le mémoire du Manitoba, par. 7, 10, 12 et 13; le mémoire du Nouveau-Brunswick, par. 3, 30, 57 et 58; le mémoire de Terre-Neuve-et-Labrador, par. 18 à 25, 60 et 77 à 79; le mémoire de la Nouvelle-Écosse, par. 25 à 27, 30, 32, 33, 35, 39 et 51; le mémoire de l'Ontario, par. 31 et 32, 36, 37, 48, 49, 64, 68 et 69; le mémoire de l'Île-du-Prince-Édouard, par. 29 à 35, 66, 69, 91 et 92, 95, 102 et 106; le mémoire du Québec, par. 40, 45, 86, 97, 112, 176, 198 et 210; le mémoire de la Saskatchewan, par. 10 (même s'il ne servira que d'un outil d'interprétation), 31, 33, 37, 71, 77 à 79 et 85; le mémoire de la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada, par. 68; le mémoire de la sénatrice Cools, par. 35 et 36, 38 et 55; le mémoire du sénateur Joyal, par. 9, 10, 23, 33 à 39, 43, 83, 130 à 132 et 144

³ Voir par exemple la Colombie-Britannique, par. 94 et 95 et 105 et 106; le Manitoba, par. 13; le Nouveau-Brunswick, par. 27 à 35; Terre-Neuve-et-Labrador, par. 60, 61, 77 à 80; la Nouvelle-Écosse, par. 25 à 33 et 51; l'Ontario, par. 37 et 49; l'Île-du-Prince-Édouard, par. 64 à 66 et 92; le Québec, par. 97, 174 à 176; la Saskatchewan, par. 33 à 39

Sénat⁴. On constate de nombreux recours à la déclaration de la Cour selon laquelle le pouvoir du Parlement d'apporter certains changements

... ne lui permet pas d'apporter des modifications qui porteraient atteinte aux caractéristiques fondamentales ou essentielles attribuées au Sénat pour assurer la représentation régionale et provinciale dans le système législatif fédéral⁵.

Ce passage est utilisé pour justifier les arguments selon lesquels les modifications au Sénat ne peuvent être apportées qu'au moyen des procédures de modification prévues à l'art. 38 ou 41⁶, malgré l'absence de justifications textuelles à l'appui d'une telle position dans les articles pertinents.

3. Le rapatriement de la Constitution avec une formule d'amendement a changé le contexte en matière d'interprétation. Comme l'a souligné la Cour dans le *Renvoi relatif au droit de veto du Québec*, la nouvelle constitution et la formule d'amendement « remplace [nt] complètement l'ancienne tant au point de vue juridique que conventionnel »⁷. Bien qu'il soit exact que l'art. 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (« la *Loi de 1982* ») remplace le par. 91(1) de la *Loi de 1867*, l'art. 44 doit être interprété comme un élément d'un ensemble complet de procédures de modification; aucune partie des procédures révisées ne peut être considérée comme simplement « domestique »⁸ étant donné que les mots démontrent que chaque disposition fait partie intégrante d'un régime exhaustif.

4. Le *Renvoi relatif à la Chambre haute* s'inscrit dans le contexte historique dans lequel les procédures de modification de 1982 ont été rédigées⁹, ce qui permet d'expliquer pourquoi l'art. 42 mentionne les aspects de la réforme du Sénat qui exigent un consentement des provinces. Comme le soulignent à bon droit plusieurs provinces¹⁰, la partie V était essentiellement une proposition provinciale; les premiers ministres devaient être conscients que le *Renvoi relatif à la Chambre haute* établissait une exigence très générale relativement à

⁴ Le Québec, par. 41

⁵ *Renvoi relatif à la Chambre haute* p. 78, Sources supplémentaires du P.G.C., onglet 8

⁶ L'Ontario, par. 36

⁷ *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793 à la page 806, Sources supplémentaires du P.G.C., onglet 10

⁸ L'Ontario, par. 36

⁹ La Saskatchewan le qualifie d'outil d'interprétation, Saskatchewan, par. 10

¹⁰ La Colombie-Britannique, par. 36 et 37; l'Ontario, par. 28

la participation des provinces au processus de modification. L'article 42 y a donné effet en énumérant les questions si « essentielles » que leur modification exige le consentement des provinces. Les rédacteurs ont rédigé l'art. 44 de façon à *exclure* les questions mentionnées à l'art. 42 de la compétence par ailleurs exclusive du Parlement d'apporter des modifications relativement au Sénat. Cet avis ne traite toutefois nullement de l'*ajout* de questions à celles pour lesquelles l'art. 42 ou à l'art. 41 exigent le consentement des provinces, comme certains participants le suggèrent.

b) Les principes non écrits de la Constitution

5. Les principes constitutionnels non écrits sont invoqués fréquemment par les autres participants, particulièrement le principe du fédéralisme¹¹. On mentionne abondamment l'avis de la Cour formulé dans le *Renvoi relatif à la sécession*, où elle s'appuie sur des principes non écrits. Ce qui n'a rien d'étonnant : le *Renvoi relatif à la sécession* traite d'une question qui n'est pas expressément mentionnée dans le texte de la Constitution. Dans le cas présent, toutefois, les *Lois de 1867 et de 1982* regorgent de références au « Sénat » ou aux « Sénateurs ».

6. Dans le *Renvoi relatif à la sécession*, la Cour a reconnu que l'existence de principes non écrits n'était pas « une invitation à négliger le texte écrit » et qu'il y avait des « raisons impératives d'insister sur la primauté de notre Constitution écrite »¹². L'utilité des principes non écrits est bien compréhensible dans le contexte extraordinaire de la sécession, mais il n'y a pas lieu de les utiliser comme outil d'interprétation de premier recours¹³, ou afin d'ajouter des éléments aux listes de questions assujetties au consentement des provinces par les

¹¹ La Colombie-Britannique, par. 54 à 71; le Manitoba, par. 4, 28 et 39; le Nouveau-Brunswick, par. 48 et 68; Terre-Neuve-et-Labrador, par. 106 à 123; les Territoires du Nord-Ouest, par. 86 à 93; la Nouvelle-Écosse, par. 4, 23, 32 et 50; l'Ontario, par. 36; l'Île-du-Prince-Édouard, par. 12 à 19, 93 et 94 et 99

¹² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 par. 53, Sources supplémentaires du P.G.C., onglet 11

¹³ La Colombie-Britannique, par. 54 à 71; Terre-Neuve-et-Labrador, par. 106 à 119; les Territoires du Nord-Ouest, par. 85-93; la Nouvelle-Écosse, par. 32 et 33, 49 et 50; l'Île-du-Prince Édouard, par. 10 à 19; le Québec, par. 66 à 69; la Saskatchewan, par. 23 et 24; l'amicus, par. 25 à 29; la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada, par. 10 à 13

articles 41 et 42¹⁴. Les principes non écrits ne devraient pas être utilisés pour « banaliser ou remplacer les termes écrits de la Constitution »¹⁵.

7. Toutefois, la faille la plus importante du recours par les autres participants aux principes non écrits est la prémisse implicite que ces principes ne peuvent être employés qu'en vue de prolonger la traditionnelle impasse à la réforme du Sénat. Le fédéralisme enchâssé dans la Constitution est un fédéralisme flexible, qui donne aux deux ordres de gouvernement une liberté considérable dans l'exercice des responsabilités qui leur sont attribuées. Des acteurs politiques ont conçu le cadre constitutionnel et établi les règles de modification de ce cadre. Les tribunaux ne devraient pas ajouter d'exigences -- comme une règle de consentement unanime des provinces à l'abolition du Sénat -- que les rédacteurs n'ont pas énoncées. De plus, le principe du fédéralisme ne devrait pas faire obstacle à des initiatives telles que des élections consultatives, qui cherchent à faire valoir des valeurs démocratiques comme la participation des citoyens et un processus décisionnel transparent et imputable¹⁶. La démocratie est également un principe fondamental et les principes non écrits ne s'éclipsent pas les uns les autres¹⁷.

c) La vision de 1867 du Sénat

8. Le rôle du Sénat envisagé en 1867 est bien différent de celui qu'il a joué ou qu'il joue actuellement. Les autres participants renvoient avec force détails à l'intention des rédacteurs que le Sénat soit un organisme indépendant constituant un « lieu de réflexion sereine » offrant une protection régionale¹⁸. Cette compréhension initiale ne peut être étendue de façon à exiger le consentement des provinces relativement aux limites à la durée des mandats, à

¹⁴ La Colombie-Britannique, par. 81 à 94; le Manitoba, par. 25; le Nouveau-Brunswick, par. 48; Terre-Neuve-et-Labrador, par. 60 et 61, 75 et 120 à 123; la Nouvelle-Écosse, par. 32 et 33, 53 et 54; l'Île-du-Prince-Édouard, par. 93 et 94; le Québec, par. 95 à 115; l'amicus, par. 58 à 62 et 82 à 89

¹⁵ *Colombie Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, par. 67, Sources supplémentaires du P.G.C., onglet 3

¹⁶ *Renvoi à la sécession du Québec*, par. 67, Sources supplémentaires du P.G.C., onglet 11

¹⁷ *Renvoi à la sécession du Québec*, par. 49, Sources supplémentaires du P.G.C., onglet 11

¹⁸ L'Alberta, par. 1; la Colombie-Britannique, par. 7 à 12 et 57; le Manitoba, par. 12; le Nouveau-Brunswick, par. 2 à 4, 8 à 19 et 56 et 57; Terre-Neuve-et-Labrador, par. 93 à 105; la Nouvelle-Écosse, par. 5 à 19; le Nunavut, par. 8 et 39 à 43; l'Ontario, par. 7 à 18 (discutant surtout de la question d'un Sénat élu plutôt que nommé); l'Île-du-Prince-Édouard, par. 4 à 8; le Québec, par. 40 à 43; la Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick, par. 27 à 39 et 42; la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada, par. 8 et 10 à 13; Joyal, par. 137 et 158 à 161

empêcher le recours à des élections consultatives ou à exiger l'unanimité pour l'abolition. La Constitution du 21^e siècle est très différente de celle de 1867. Elle a progressivement été interprétée et modifiée de façon marquée, en particulier par l'ajout de la partie V à la *Loi de 1982*.

9. Il ressort de la preuve présentée à la Cour que les aspirations des rédacteurs à l'égard d'un organisme non partisan de réflexion représentant les intérêts régionaux n'ont pas été atteintes, d'où les nombreuses demandes de réforme importante ou même d'abolition. Aucun participant ne peut non plus soutenir de façon crédible que le Sénat permet de protéger les minorités linguistiques ou autochtones¹⁹. Les rapports des professeurs Manfredi et McCormick exposent le rôle actuel du Sénat. Le professeur Manfredi souligne que la représentation des minorités ne peut être considérée comme une [TRADUCTION] « caractéristique fondamentale et essentielle » du plan de 1867, et il ne semble n'y avoir aucun cas où le Sénat a dans les faits protégé ou favorisé efficacement les intérêts de minorités ou d'autres groupes sous-représentés²⁰.
10. Le professeur McCormick affirme que le Sénat a été créé à quatre fins : premièrement, et principalement, en tant que chambre constituant un lieu de réflexion sereine; deuxièmement, en tant que chambre de privilège; troisièmement, en tant que chambre pour assurer la représentation de certains groupes minoritaires; et quatrièmement, en tant que mécanisme de représentation régionale²¹. Il fait remarquer que les défenseurs du statu quo mettent l'accent sur la première de ces fins²², comme le font plusieurs des participants²³. Toutefois, le professeur McCormick conclut que la notion de lieu de réflexion indépendant est un échec, car la [TRADUCTION] « réalité historique » du Sénat a été marquée par le favoritisme, et le

¹⁹ La Colombie-Britannique, par. 67 et 68; les Territoires du Nord-Ouest, par. 91 à 93; le Québec, par. 43; la Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick, par. 27 à 39 et 42; la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada, par. 8 et 10 à 13; sénateur Joyal, par. 137 et 158 à 161

²⁰ Avis de M. Manfredi, Dossier du P.G.C., vol. XVI, onglet 105, par. 17 et 22

²¹ Avis de M. McCormick, Dossier du P.G.C., vol. XVII, onglet 107, par. 8; voir aussi le témoignage de Richard Simeon devant le Comité spécial du Sénat durant lequel il a déclaré que le Sénat avait échoué dans son rôle de représentation régionale. Audience du Comité spécial du Sénat, p. 4:58, 20 septembre 2006, Sources supplémentaires du P.G.C., onglet 14

²² Avis de M. McCormick, Dossier du P.G.C., vol. XVII, onglet 107, par. 9

²³ La Colombie-Britannique, par. 10 et 29; le Manitoba, par. 5; Terre-Neuve-et-Labrador, par. 95; la Nouvelle-Écosse, par. 19; l'Île-du-Prince-Édouard, par. 66; la Saskatchewan, par. 37

Sénat n'est indépendant que dans la mesure où le [TRADUCTION] « permet la loyauté envers le parti »²⁴. Il reconnaît la valeur de la contribution de sénateurs sur le plan individuel, mais il conclut que l'objectif de lieu de réflexion indépendant n'a pas été atteint sur le plan de l'institution²⁵. Son avis n'a pas été contesté de manière crédible.

11. Bon nombre de participants se fondent également sur le préambule de la *Loi de 1867* pour faire valoir que l'adoption de certaines réformes signifierait que nous n'aurions plus une constitution « reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni »²⁶. Mais le Canada est maintenant doté d'une constitution à pleine maturité et indépendante; nous pouvons apporter des modifications sans adhérer au modèle de la chambre haute du R.-U. qui, d'ailleurs, a continué d'évoluer²⁷.

d) Le recours aux déclarations de politiciens, de représentants du gouvernement et de spécialistes

12. Bon nombre de participants se fondent sur les déclarations de ministres²⁸, ou de premiers ministres²⁹, des notes explicatives et des commentaires de représentants du gouvernement³⁰ ou des témoins experts³¹ pour décrire les intentions du législateur ou les objets de la partie V. La Cour a toutefois récemment confirmé que les déclarations consignées dans le *Hansard* et d'autres outils d'interprétation externes ne devraient être utilisés que « ... lorsque deux ou

²⁴ Avis de M. McCormick, Dossier du P.G.C., vol. XVII, onglet 107, par. 10

²⁵ Avis de M. McCormick, Dossier du P.G.C., vol. XVII, onglet 107, par. 12

²⁶ *Renvoi relatif à la Chambre haute*, p. 76 et 77; la Colombie-Britannique, par. 28; les Territoires du Nord-Ouest, par. 84; la Nouvelle-Écosse, par. 52; sénatrice Cools, par. 22 et 28 à 37; Terre-Neuve-et-Labrador, par. 102

²⁷ Voir l'Île-du-Prince-Édouard, par. 55 où elle se fonde toujours sur les processus de la Chambre des lords pour soutenir sa position quant aux limites à la durée du mandat.

²⁸ Le Nunavut, par. 14; la Colombie-Britannique, par. 41; le Manitoba, par. 10; l'Ontario, par. 34, 43 et 54; le Québec, par. 108, 138 (portant sur le sénateur Bert Brown) de même que 140 et 141; sénatrice Cools, par. 120; sénateur Joyal, par. 21, 93 et 94, 100 et 102; l'Île-du-Prince-Édouard, par. 33(f)

²⁹ Le Nunavut, par. 29 et 32; Terre-Neuve-et-Labrador, par. 23, 33 à 38

³⁰ Le Nunavut, par. 27 portant sur les notes explicatives pour établir la portée de l'art. 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 32; le Manitoba, par. 10; l'Ontario, par. 28 concernant la portée de l'art. 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982*; la Colombie-Britannique, par. 38 à 40; la Saskatchewan, par. 16 (bien qu'à la note de bas de page 11 on explique qu'il est exceptionnel que l'on se fonde sur ces éléments); la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada, par. 27 à 31; la Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick, par. 22 (déclarations de représentants du gouvernement); sénateur Joyal, par. 23 (portant sur les notes explicatives); l'Île-du-Prince-Édouard, par. 33(f) et 97

³¹ L'Ontario, par. 35; le Québec, par. 92, 102, 146, 147 et 148 et 157 à 159; la Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick, par. 19 à 21; Terre-Neuve-et-Labrador, par. 49

plusieurs interprétations plausibles, qui s'harmonisent chacune également avec l'intention du législateur, créent une ambiguïté »³². De plus, « [l]e *Hansard* peut parfois offrir des éléments de preuve pertinents, mais les opinions des députés, ou même des ministres, ne tiennent pas toujours compte de l'intention du législateur telle qu'elle doit être dégagée du texte de la loi »³³. Si la documentation d'interprétation externe est ambiguë, il devrait être rejeté³⁴. La valeur interprétative des rubriques est limitée³⁵, et la Cour a rappelé qu'« [i]l est difficile de prévoir une situation où la rubrique aura une importance déterminante »³⁶.

13. Bon nombre des déclarations invoquées sont ambiguës ou peu claires et celles qui sont utilisées sont hautement sélectives; on pourrait aussi citer de nombreuses autres déclarations ministérielles qui mettent en évidence la valeur de réformes visant à encourager les principes démocratiques. Certaines déclarations contredisent directement les termes pourtant clairs et dépourvus de toute ambiguïté que l'on trouve dans la partie V. Les procédures de modification sont le résultat de débats, discussions et propositions étalés sur plusieurs décennies. Il semble donc étrange de tenter de déterminer l'intention « réelle » de la Constitution en se fondant sur de brefs commentaires faits au Parlement, des notes non officielles et des cahiers d'information. Dans des affaires comme le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, cette cour était réticente à donner une trop grande valeur à ce type de matériel³⁷. Ainsi devrait-on se concentrer sur les termes utilisés dans la partie V et les différentes ébauches de projets de loi qui sont mentionnées dans les questions, et non sur les multiples commentaires subjectifs et parfois divergents.

³² *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2012 CSC 71, [2012] 3 R.C.S. 660 au par. 95, Sources supplémentaires du P.G.C., onglet 7

³³ *A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association c. Canada (Agence du revenu)*, 2007 CSC 42, par. 12, Sources supplémentaires du P.G.C., onglet 2

³⁴ *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, par 39, Sources supplémentaires du P.G.C., onglet 6

³⁵ Mémoire de la Saskatchewan, note de bas de page 11

³⁶ *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, par. 23, Sources supplémentaires du P.G.C., onglet 5

³⁷ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, pages 507 à 509, Sources supplémentaires du P.G.C., onglet 9. Voir également *Regina c. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, Ex parte Spath Holme Ltd.*, [2001] 2 A.C. 349 (H.L.) à la page 396, Sources supplémentaires du P.G.C., onglet 12. Cité avec approbation dans *Felipa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 272, par. 31, Sources supplémentaires du P.G.C., onglet 4, et dans *Procureur général du Canada et al. c. Amis de la Commission canadienne du blé et al.* 2012 CAF 183, par. 39, Sources supplémentaires du P.G.C., onglet 1

14. Pour renforcer la crédibilité de leurs arguments, plusieurs participants s'appuient grandement sur des avis d'experts, plus particulièrement ceux qui ont comparu récemment devant des comités du Sénat³⁸. Or, pour chaque Heard, Desserud, Smith ou Magnet qui se prononce sur l'inconstitutionnalité des réformes proposées, on trouve un Beaudoin³⁹, un Hogg⁴⁰, un Monahan⁴¹, un Scott⁴², un Tremblay⁴³, et un Simeon⁴⁴ pour en attester la constitutionnalité. Il suffit de dire que de très augustes avocats et universitaires sont en désaccord.

C. Questions précises

a) Approche contextuelle des procédures de modification

15. On peut résumer ainsi la façon dont ce recours à des spécialistes se manifeste dans les réponses des différentes parties aux questions du renvoi : l'art. 44 devrait être interprété de façon restrictive et les articles 41 et 42 devraient être interprétés libéralement, de façon à s'assurer que le consentement des provinces a été obtenu pour toute question tellement « essentielle » ou « fondamentale » qu'elle doit faire partie de l'une des deux listes restreintes. La plupart des parties, même celles qui font valoir que la partie V représente un [TRADUCTION] « code exhaustif », considèrent que les articles 41 et 42 donnent simplement des exemples de questions pour lesquelles le consentement des provinces est requis⁴⁵. Ces interprétations bouleversent l'interprétation textuelle : l'art. 44, qui est rédigé en termes généraux, mais qui prévoit des exceptions précises, perdrait son caractère plénier; les articles 41 et 42, qui sont rédigés en termes normatifs, deviendraient simplement une liste non exhaustive d'exemples.

³⁸ Terre-Neuve-et-Labrador, par. 24 et 46 à 49; l'Île-du-Prince-Édouard, par. 18 et 69; l'Ontario, par. 35 et 51; le Québec, par. 146, 157 à 159, 177, 200, 202, 206 et 207; la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada, par. 1 à 4, 14, 16, 46, 51 et 53; la Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick, par. 16 à 21, 23, 32, 39, 53 et 54

³⁹ Audience du Comité sénatorial spécial p. 5:25 et 5:26, 21 septembre 2006, Sources supplémentaires du P.G.C., onglet 15

⁴⁰ Audience du Comité sénatorial spécial p. 4:36 ET 4:37, voir également p. 4:46 et 4:47, 20 septembre 2006, Sources supplémentaires du P.G.C., onglet 15

⁴¹ Audience du Comité sénatorial spécial p. 5:8, 21 septembre 2006, Sources supplémentaires du P.G.C., onglet 15

⁴² Audience du Comité sénatorial spécial p. 5:65 et 5:66, 21 septembre 2006, Sources supplémentaires du P.G.C., onglet 15

⁴³ Audience du Comité sénatorial spécial p. 5:29, 21 septembre 2006, Sources supplémentaires du P.G.C., onglet 15

⁴⁴ Audience du Comité sénatorial spécial p. 4:60, 20 septembre 2006, Sources supplémentaires du P.G.C., onglet 14

⁴⁵ Voir, par exemple, l'Île-du-Prince-Édouard, par. 42

16. L'article 44 donne au Parlement le pouvoir de modifier la Constitution relativement au « pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes ». La seule condition se trouve au début de la disposition : « [s]ous réserve des articles 41 et 42 ». L'article 41 (unanimité) est muet quant au Sénat. Les alinéas 42(1)*b*) et *c*) prévoient que la procédure 7/50 doit être utilisée pour les modifications ayant trait aux questions suivantes : (1) « les pouvoirs du Sénat »; (2) « le mode de sélection des sénateurs »; (3) « le nombre des sénateurs par lesquels une province est habilitée à être représentée »; et (4) « les conditions de résidence qu'ils doivent remplir ».
17. Contrairement à ce que certains participants laissent entendre, les rédacteurs ont déterminé que seules ces quatre questions représentaient des caractéristiques du Sénat qui ne pouvaient être modifiées unilatéralement par le Parlement. À l'exception de ces quatre questions, le Parlement a un pouvoir absolu d'apporter des modifications au Sénat. Toute modification apportée en vertu de l'art. 44 devrait être approuvée par les deux chambres du Parlement. Les rédacteurs étaient explicitement conscients de la capacité du Sénat de bloquer les modifications constitutionnelles et c'est pourquoi l'art. 47 prévoit un processus pour passer outre au Sénat. Ce processus ne s'applique toutefois pas aux modifications apportées en vertu de l'art. 44. De même, le pouvoir plénier conféré par l'art. 44 témoigne du respect du processus parlementaire qui est incompatible avec une intention de permettre aux tribunaux d'allonger les listes d'exceptions.
18. L'argument de bon nombre de parties a pour effet d'ajouter un cinquième et un sixième élément aux quatre précisés par les rédacteurs à l'art. 42 : (5) limitation de la durée du mandat des sénateurs; et (6) consultation au moment de la sélection des sénateurs. À ces éléments s'ajouterait, sans nul doute, toute autre loi qui a une incidence sur l'une des caractéristiques « fondamentales » du Sénat – comme on les a envisagés en 1867 ou comme on les souhaite aujourd'hui. C'est aussi l'effet du principe non écrit du « fédéralisme » mis de l'avant par les *amici*, qui affirment que la Cour a le pouvoir d'ajouter de nouveaux sujets à ceux expressément énumérés aux articles 41 et 42⁴⁶. Une variante de cet argument serait d'ajouter

⁴⁶ L'*amicus*, par. 30 à 27

à l'art. 42 toute loi qui a une incidence (si accessoire soit-elle) sur les pouvoirs du Sénat ou la méthode de sélection des sénateurs — tout ça contrairement à l'expression « portant sur » que l'on trouve à l'art. 42. Manifestement, les ajouts suggérés à l'art. 42 peuvent être nombreux et nettement moins évidents quant à leur signification que les quatre éléments choisis délibérément par les rédacteurs. Si telle est la façon d'interpréter les procédures de modification prévues dans la partie V, leur clarté et certitude apparentes seraient complètement détruites, et l'intention des rédacteurs trahie.

b) Limitation de la durée du mandat

19. Bon nombre de participants contestent la capacité du Parlement de modifier la *Loi de 1982* en vertu de l'art. 44 afin de fixer des limites à la durée des mandats⁴⁷ et cherchent à la distinguer de la reconnaissance par la Cour du pouvoir législatif fédéral de le faire par la fixation d'un âge obligatoire de retraite en 1965. Cette question a été pleinement débattue dans notre mémoire principal et ces arguments ne seront pas répétés.
20. Il est intéressant de constater que chez les participants qui conviennent que l'art. 44 peut être utilisé pour limiter la durée des mandats, on trouve des conclusions quelque peu différentes. L'Ontario affirme que neuf ans constituent le minimum constitutionnel applicable pour la limitation de la durée du mandat⁴⁸, la Saskatchewan indique que c'est dix ans⁴⁹ et le sénateur Joyal, quinze ans⁵⁰. Lorsque des comités parlementaires ont proposé la limitation de la durée des mandats, ils ont suggéré différents nombres d'années : un comité du Sénat de 1980 a suggéré des mandats fixes de dix ans avec possibilité d'un renouvellement pour une période additionnelle de cinq ans⁵¹, un comité mixte de la Chambre des communes et du Sénat de 1984 a suggéré un mandat non renouvelable de neuf ans⁵² et on propose dans un rapport de

⁴⁷ Le Québec, l'Île-du-Prince-Édouard, le Nouveau-Brunswick, Terre-Neuve-et-Labrador, l'Alberta, la Colombie-Britannique et le Nunavut

⁴⁸ L'Ontario, par. 40

⁴⁹ La Saskatchewan, par. 37

⁵⁰ Sénateur Joyal, par. 66 et 67

⁵¹ Dossier du P.G.C., vol. II, onglet 17, p. 148.

⁵² Dossier du P.G.C., vol. III, onglet 19, p. 95.

1992 d'un comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes de limiter à six ans les mandats⁵³.

21. Une telle disparité de points de vue, défendus vigoureusement et appuyés par des justifications raisonnées pour chaque position, ne peut que suggérer une chose : si en principe le Parlement jouit du pouvoir de limiter les mandats, il lui est loisible d'en déterminer le nombre d'années. Le chiffre 8 n'a rien de magique, pas plus que 9 ou 10 ou un mandat d'une durée de deux ou trois législatures, toutes ces durées se comparant avantageusement au mandat habituel des sénateurs⁵⁴.

c) Processus de consultation

22. Plusieurs parties affirment que le fait d'adopter le type d'élections consultatives envisagées dans les projets de loi C-7 et C-20 représenterait une modification quant au « mode de sélection » des sénateurs, et constituerait une entrave au pouvoir discrétionnaire du premier ministre de proposer des candidats⁵⁵. Toutefois, comme l'a indiqué la Saskatchewan, ce dont il est question ici est essentiellement un processus permettant de regrouper des renseignements que le premier ministre pourrait recueillir s'il avait le temps de communiquer avec des Canadiens individuellement. Les référendums représentent un outil politique pour obtenir le même résultat⁵⁶. Ce processus peut certainement donner plus de poids aux renseignements dans le processus de délibération et rendre leur collecte par le premier ministre un peu plus transparente, mais la modification des processus de collecte de renseignements n'équivaut pas à une modification du mode de sélection.

d) Aucune modification de la formule de modification

⁵³ Dossier du P.G.C., vol. VI, onglet 24, p. 19 et 20.

⁵⁴ Avis de M. Manfredi, Dossier du P.G.C., vol. XVI, onglet 105, par. 51 à 55

⁵⁵ La Colombie-Britannique, par. 105; Terre-Neuve-et-Labrador, par. 39 à 53; la Nouvelle-Écosse, par. 41; l'Ontario, par. 59 et 60; l'Île-du-Prince-Édouard, par. 74 à 76; le Québec, par. 180; la Saskatchewan, par. 64 (où l'on plaide que la discrétion n'est pas entravée); l'amicus, par. 113 et 114 (où l'on plaide que la discrétion n'est pas entravée)

⁵⁶ La Saskatchewan, par. 64 à 67

23. Un autre thème récurrent dans les arguments d'autres participants veut que le Sénat ne puisse être aboli en vertu de l'article 38 de la *Loi de 1982* parce que l'abolition constituerait une modification des procédures de modifications prévues à la partie V. Il est suggéré que l'article 41 entre en jeu, car l'abolition du Sénat ferait disparaître un « acteur clé » des procédures de modification⁵⁷.
24. Cette approche fournit au Sénat une protection que le sens ordinaire des termes utilisés par l'article 41 ne peut soutenir. Les sujets indiqués à l'art. 41 (et à l'art. 42) sont présentés par l'expression « portant sur » qui, comme ne pouvaient l'ignorer les rédacteurs, découle des articles 91 et 92 de la *Loi de 1867*, lesquels ont été interprétés de façon uniforme comme excluant les effets accessoires⁵⁸. L'incidence de l'abolition du Sénat sur la procédure de modification ne serait pas l'objet ou l'effet principal de l'abolition du Sénat, mais tout au plus une conséquence. L'abolition du Sénat fait l'objet de discussions depuis la Confédération, mais elle n'a pas été inscrite à l'article 41 de la *Loi de 1982* comme l'un des éléments exigeant une approbation unanime fédérale-provinciale. La conséquence des arguments de bon nombre des autres participants est d'élargir la portée de l'alinéa 41e) au-delà du sens ordinaire des mots qui s'y trouve afin d'englober l'abolition. Comme nous l'avons démontré l'histoire récente, le consentement unanime requis par l'article 41 n'a jamais été obtenu. Seul un nombre restreint d'éléments ont été précisés à l'article 41. Étant donné que l'abolition n'est pas précisée à l'article 41, il est logique d'en déduire que les rédacteurs ne considéraient pas que la pérennité du Sénat revêtait une importance égale à celle des questions mentionnées. L'abolition était donc possible au moyen de la procédure normale, moins stricte, mais qui exige tout de même la participation des provinces.
25. La deuxième difficulté que soulève cette approche est qu'elle ignore le rôle secondaire que joue le Sénat dans les modifications constitutionnelles multilatérales. La Chambre des communes est la seule chambre fédérale qui constitue un acteur essentiel à l'égard des articles 41, 38 et 43 comme l'exprime très clairement l'art. 47. Les procédures de

⁵⁷ Le Manitoba, par. 34; le Nouveau-Brunswick, par. 62 à 68; Terre-Neuve-et-Labrador, par. 124 à 134; l'Île-du-Prince-Édouard, par. 103 à 108; sénatrice Cools, par. 45 à 52; l'Ontario, par. 66; le Québec, par. 244 à 248 ; la Nouvelle-Écosse, par. 63 et 64; l'amicus, par. 134 à 142

⁵⁸ P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd, Toronto: Reuters, 2007, vol. 1, p. 15-8 à 15-10, Sources supplémentaires du P.G.C., onglet 13

modification prévues à la partie V peuvent fonctionner sans modification à la partie V, même si le Sénat est aboli, et donc l'abolition n'est pas visée par l'al. 41e) de la *Loi de 1982*.

e) L'article 23 et la qualification foncière

26. La plupart des autres participants conviennent⁵⁹ que l'article 44 de la *Loi de 1982* représente la bonne procédure de modification pour éliminer la qualification foncière que l'on trouve aux paragraphes 23(3) et (4) de la *Loi de 1867* à l'égard des sénateurs. Toutefois, plusieurs estiment que son élimination donnera lieu à une anomalie puisqu'une qualification foncière inexpliquée sera toujours prévue pour les sénateurs du Québec au par. 23(6) de la *Loi de 1867*⁶⁰. Par conséquent, certains font valoir que l'art. 43 de la *Loi de 1982* représente la procédure de modification appropriée en ce qui a trait à l'élimination de la qualification foncière pour les sénateurs, au moins pour le Québec. Le sénateur Joyal soutient que la qualification foncière ne peut être éliminée qu'au moyen de l'art. 38 de la *Loi de 1982* et que dans le cas du Québec, l'art. 43 devrait également être invoqué⁶¹.

27. Il n'y a pas d'anomalie. L'article 44 permet au Parlement d'apporter les changements au Sénat qui ne sont pas mentionnés à l'article 41 ou 42. La seule qualification d'un sénateur énoncée à l'art. 23 de la *Loi de 1867* qui est protégée par l'art. 42 est la résidence (42(1)c)). Par conséquent, le Parlement peut supprimer la qualification foncière au moyen de l'article 44. La « qualification foncière » mentionnée au par. 23(6) ne s'appliquerait plus puisqu'elle se rapporterait à une qualification qui n'existe plus dans la Constitution. De plus, le par. 23(6) est disjonctif; il exige une propriété ou une résidence dans la circonscription électorale pour laquelle le sénateur est nommé. Par conséquent, l'incidence sur le par. 23(6) serait accessoire étant donné que l'exigence serait interprétée simplement au regard de la résidence. Le paragraphe 23(6) s'appliquerait uniquement en ce qui a trait à la résidence; il avait pour but au départ d'assurer une représentation des Québécois anglophones⁶². Le libellé

⁵⁹ La Colombie-Britannique, par. 112 à 115; le Manitoba, par. 30; le Nouveau-Brunswick, par. 49 à 53; l'Île-du-Prince-Édouard, par. 100 à 102; la Nouvelle-Écosse, par. 56; l'Ontario, par. 62 et 63; la Saskatchewan, par. 73 à 87

⁶⁰ La Nouvelle-Écosse, par. 58; le Nouveau-Brunswick, par. 52; le Québec, par. 227 à 230; l'amicus, par. 127 à 133

⁶¹ Sénateur Joyal, par. 132 à 138


⁶² Avis de M. McCormick, Dossier du P.G.C., vol. XVII, onglet 107, par. 8; Avis de M. Stillborn, Dossier du P.G.C., vol. XVII, onglet 106, par. 24

concernant la qualification foncière demeurerait, mais, étant donné qu'il aurait perdu son effet, il ne serait pas nécessaire de supprimer la mention à la qualification foncière et de recourir à l'art. 43 de la *Loi de 1982* pour interpréter le libellé propre au Québec. Une modification visant à abroger le par. 23(6) pourrait être apportée avec le consentement du Québec en vertu de l'art. 43. Une situation semblable existe à l'art. 133 de la *Loi de 1867*, laquelle découle de l'abolition par le Québec de sa chambre haute.

f) Loi concernant les vetos régionaux

28. Selon le sénateur Joyal, la question 5 au sujet de l'abolition [TRADUCTION] « fait carrément abstraction » de l'incidence de la *Loi concernant les modifications constitutionnelles* (appelée la Loi concernant les « vetos régionaux »)⁶³. Si ce raisonnement était exact, cela signifierait que la Loi concernant les vetos régionaux aurait apporté une modification constitutionnelle à la procédure d'amendement. La Loi n'a pas ni ne peut avoir ces effets, en raison de l'alinéa 41e) de la *Loi de 1982*. Le Parlement peut légiférer dans les matières énumérées à l'art. 91 de la *Loi de 1867* qui peuvent faire intervenir des matières mentionnées dans la Constitution — la *Loi sur la sanction royale* et les lois établissant des élections à date fixe sont d'autres exemples —, mais de telles lois ne modifient pas la Constitution lorsqu'elles ne changent pas le texte de la Constitution⁶⁴.

Fait en date du 3^e jour d'octobre 2013



Robert J. Frater



Christopher Ruper



Warren J. Newman

Avocats du Procureur général du Canada

⁶³ Sénateur Joyal, par. 149

⁶⁴ Amicus, par. 72