

INFIRMER *FORD*

Noura Karazivan*

RÉSUMÉ

Le présent article a trois objectifs. Dans une première partie, il a pour objet de démontrer en quoi l'arrêt *Ford* souffre de défauts qui justifient son renversement, le tout conformément aux règles prévues par le *stare decisis* horizontal. En effet, en omettant d'interpréter l'article 33 au moyen de l'analyse téléologique, et en se fiant exclusivement au libellé de la disposition, la Cour suprême s'est considérablement écartée des précédents en vigueur à l'époque en matière d'interprétation constitutionnelle.

Dans la seconde partie, ce texte vise à entreprendre un exercice d'interprétation constitutionnelle de l'article 33 de la *Charte* en employant le cadre de l'analyse téléologique. Le texte, l'intention du Constituant, l'analyse historique, et surtout celle de l'objet et des principes nous amènent à divers constats. Premièrement, l'analyse textuelle exige que le Parlement ou les législatures soient le plus précis possible lorsqu'ils usent de la clause dérogatoire, c'est-à-dire qu'ils évitent le recours à une loi omnibus et à une clause dérogatoire-type. Deuxièmement, l'analyse de l'intention du constituant met en doute la thèse que le Constituant aurait voulu que l'article 33 soit déployé de façon machinale, par exemple, dans une loi omnibus, pour faire déroger l'entièreté du corpus législatif à l'entièreté des dispositions de la *Charte* auxquelles il est permis de déroger. Troisièmement, l'analyse de l'objet et des principes constitutionnels implicites

* Professeure titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal. Je remercie Han-Ru Zhou, Grégoire Webber, Vanessa MacDonnell, Robert Leckey, Lise Brun, Jean Leclair ainsi que les trois évaluateurs anonymes pour leurs réflexions critiques sur une version antérieure de ce texte.

(et pas seulement la souveraineté parlementaire) nous amène à conclure que le pouvoir de déroger ne devrait être exercé qu'en des circonstances exceptionnelles. S'il permet le constitutionnalisme pluraliste, et valorise la démocratie parlementaire, le pouvoir de déroger doit toutefois s'exercer de manière parcimonieuse.

Dans sa troisième partie, ce texte tente d'imaginer quelles balises à l'exercice du pouvoir de déroger pourraient être reconnues judiciairement de manière à protéger le caractère exceptionnel de son exercice. Autrement dit, une forme de contrôle de l'usage du pouvoir de déroger doit être reconnue. La définition de ces balises relève du tribunal chargé d'interpréter l'article 33, mais on peut dire que la législature doit, à tout le moins, être suffisamment précise dans son recours à la clause dérogatoire. On peut aussi exiger d'elle qu'elle ait des motifs raisonnables de croire en la présence d'un problème important et que, conséquemment, son geste s'accompagne d'une justification raisonnable.

* * *

ABSTRACT

This article pursues three objectives. In the first part, it seeks to demonstrate that the decision rendered in *Ford v. Québec (Attorney General)* suffers from defects warranting its overruling, in accordance with the principles governing horizontal *stare decisis*. By failing to interpret section 33 of the *Charter* through a purposive analysis and instead relying exclusively on the provision's text, the Supreme Court of Canada departed significantly from the interpretive precedents governing constitutional interpretation at the time.

In the second part, the article undertakes a constitutional interpretation of section 33 using the purposive framework. The text, the framers' intent, the historical analysis, and, above all, the analysis of purpose and underlying constitutional principles lead to several conclusions. First, textual analysis requires Parliament or the legislatures to be as precise as possible when invoking the notwithstanding clause; they should avoid reliance on omnibus legislation and boilerplate override clauses. Second, an examination of the framers' intent casts doubt on the thesis that section 33 was meant to be deployed mechanically—for example, in an omnibus statute—to shield an entire legislative scheme from all *Charter* provisions to which it applies. Third, an analysis of constitutional purpose and

unwritten constitutional principles—beyond just parliamentary sovereignty—supports the conclusion that the override power should be exercised only in exceptional circumstances. While it enables pluralist constitutionalism and affirms parliamentary democracy, the notwithstanding clause must be exercised sparingly.

In the third part, the article considers what judicially enforceable limits on the exercise of the override power might be recognized in order to preserve its exceptional character. In other words, some form of review of the use of the notwithstanding clause must be acknowledged. The delineation of such limits ultimately falls to the court tasked with interpreting section 33. At a minimum, however, the legislature must be sufficiently precise in invoking the notwithstanding clause. It may also be required to have reasonable grounds to believe that a significant problem exists and, accordingly, to provide a reasonable justification for its recourse to the clause.

Introduction	5
I. Infirmer l'arrêt <i>Ford</i>	11
A. Le précédent <i>Ford</i>	13
B. L'arrêt <i>Ford</i> et le <i>stare decisis</i>	22
1. Le <i>stare decisis</i> vertical et horizontal	22
2. Application du cadre d'analyse remanié	29
II. Esquisser une analyse téléologique de l'article 33	39
A. Les paramètres de l'analyse téléologique	39
1. Le texte	40
2. Historique législatif	42
3. Intention du constituant fédéral-provincial	44
4. Objet de l'article 33	48
5. Le rôle des autres principes	56
III. Imaginer les balises encadrant le pouvoir de déroger	63
A. Exiger de cibler <i>un</i> droit, et <i>une</i> loi (la connexité)	64
B. Exiger une justification ou un fondement rationnel d'agir (la justification)	66
Conclusion	69

INTRODUCTION

LA Cour suprême du Canada sera appelée prochainement, dans le dossier de la *Loi sur la laïcité de l'État* (communément appelée la « Loi 21 »), à entendre divers arguments sur les conditions d'utilisation de l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'une des appelantes plaide explicitement en faveur du renversement du précédent *Ford*¹; une autre invite la Cour suprême à « réexaminer », près de quarante ans après leur édicition, les conditions applicables à l'exercice du pouvoir de déroger². Une troisième estime qu'il est possible de clarifier l'arrêt *Ford* en ajoutant des conditions de fond à l'utilisation de l'article 33 sans l'infirmier pour autant³. La Cour suprême devra alors décider si *Ford* doit être appliqué, distingué ou infirmé en partie.

L'argument que nous défendons ici est que l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*⁴ doit être infirmé en partie par la Cour suprême du Canada, puisque son interprétation des conditions d'utilisation du pouvoir de déroger, qui ont découlé de l'analyse purement textuelle de l'article 33, est erronée.

Ce n'est pas tout le jugement qui est visé par cette critique, mais seulement la partie dont le raisonnement porte spécifiquement sur l'interprétation des conditions d'utilisation de l'article 33. Plus particulièrement, comme nous le verrons, la Cour suprême a décidé, dans cet arrêt rendu par un banc unanime de cinq juges, que le mécanisme de l'article 33 peut être appliqué à un *ensemble indéfini de droits* en adoptant une *disposition dérogatoire-type* sans identification préalable du ou des droits directement touchés, le tout pouvant être consigné dans une *loi omnibus*. Il ne permet

1 *Commission scolaire English-Montréal, et al c Procureur général du Québec, et al*, 2025 CanLII 2818 (CSC) [*Commission scolaire English-Montréal*] (mémoire de l'appelante Fédération autonome de l'enseignement aux para 19 et s).

2 *Ibid* (mémoire de l'appelante Association de droit Lord Reading au para 121).

3 *Ibid* (mémoire de l'appelante Lauzon au para 71).

4 1988 CanLII 19 (CSC) [*Ford*]. *Ford* est l'arrêt de principe sur la question de l'interprétation de l'article 33 de la *Charte*.

aucun examen des raisons de son utilisation par les tribunaux. Bref, la Cour suprême autorise un usage machinal de la disposition de dérogation, une conclusion à laquelle, selon nous, elle ne serait pas parvenue si elle avait interprété l'article 33 au moyen de l'analyse téléologique, ce qu'elle n'a pas fait.

Il est plutôt rare de voir dans la doctrine un plaidoyer en faveur du renversement de l'arrêt *Ford*. Jusqu'à présent, celle-ci s'est surtout attardée aux questions relatives à la légitimité de la disposition de dérogation (la question « normative »), et sur celles cherchant à savoir si, malgré l'utilisation du pouvoir de déroger à la *Charte*, un tribunal demeure tout de même compétent pour évaluer la validité de la loi qui déroge aux droits ou sa compatibilité avec la Constitution (la question « technique »)⁵. La plupart des auteurs qui ont contribué au débat sur l'article 33 dans les dernières années ne remettent pas directement en cause l'arrêt *Ford*⁶. L'un des objectifs de ce texte est de proposer que, contrairement à l'opinion dominante des auteurs, l'arrêt *Ford*, en tant qu'arrêt de principe sur les modalités d'exercice du pouvoir de dérogation prévu à l'article 33, n'a pas été rendu conformément aux règles d'interprétation qui faisaient autorité en matière constitutionnelle en 1988. Et que, si ces règles avaient été suivies, les conclusions de la Cour à l'égard du mécanisme de l'article 33 auraient été sensiblement différentes. Comme nous le verrons, ce sont les

5 Pour une revue de littérature assez complète sur la question « normative » et la question « technique », voir Kristopher EG Kinsinger, « The Evolving Debate over Section 33 of the Charter » dans Peter L Biro, dir, *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter: Rights, Reforms and Controversies*, McGill-Queen's University Press, 2024, 49. Sur la question normative, voir notamment Benoît Pelletier, « The Notwithstanding Power and Provisions: An Asset for Quebec and Canada » dans Biro, *supra* note 5, 205. Sur la question technique, voir notamment Geoffrey Sigalet, « Legislated Rights as Trumps: Why the Notwithstanding Clause Overrides Judicial Review » (2024) 61 Osgoode Hall LJ 63.

6 À l'exception de Hoi L Kong, « Overturning *Ford* » (2023) 32:3 Const Forum Const 21. Dans ce texte, le professeur Kong défend la thèse, tout comme nous, selon laquelle l'arrêt *Ford* devrait être infirmé, et entreprend, tout comme nous, l'analyse téléologique de l'article 33. Cependant, cette analyse l'amène à la conclusion qu'un contrôle judiciaire doit être effectué sur une loi qui déroge aux droits, soit en amont, soit en aval de cette déclaration. Selon lui, seules les lois qui ne passent pas le test de l'atteinte, et de la justification selon l'article premier, peuvent faire valablement l'objet d'une dérogation, et ce, pourvu qu'elles ne constituent pas par ailleurs un amendement à la Constitution. Comme nous le verrons, nos conclusions sur l'analyse téléologique nous mènent sur un terrain différent.

deux conditions qui doivent être réunies afin de faire reconnaître qu'un arrêt a été rendu *per incuriam*. L'arrêt *Ford* doit donc être partiellement infirmé.

Comme on le sait, les usages récents de la disposition de dérogation se sont multipliés au Québec⁷, en Alberta⁸, en Saskatchewan⁹ et en Ontario¹⁰.

Confrontés à des contestations judiciaires, les tribunaux canadiens ont largement suivi les enseignements de l'arrêt *Ford* sans remettre en

-
- 7 Au Québec, la Loi 21 (*Loi sur la laïcité de l'État*, RLRQ c L-0.3, arts 33–34 [Loi 21]) déroge aux articles 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Charte canadienne*]) et aux articles 1 à 38 de la *Charte québécoise* (*Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12 [*Charte québécoise*]). La Loi 96 (*Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français*, LQ 2022, c 14, art 121 [Loi 96]), qui a mis en place des mesures visant à protéger la langue française, déroge aux articles 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne* et aux articles 1 à 38 de la *Charte québécoise*.
 - 8 L'Alberta a ainsi adopté le *Protecting Alberta's Children Statutes Amendment Act* (2025, SA 2025, c 24), loi sanctionnée en décembre 2025, qui insère dans trois autres lois (*Fairness and Safety in Sport Act*, SA 2024, c F-2.5; *Health Professions Act*, RSA 2000, c H-7; et le *Education Act*, SA 2012, c E-0.3) des dispositions de dérogation aux articles 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne*, ainsi qu'au *Alberta Bill of Rights* (RSA 2000, c A-14) et au *Alberta Human Rights Act* (RSA 2000, c A-25.5). Le *Back to School Act* (SA 2025, c B-0.5), sanctionné en octobre 2025, met fin à la grève des enseignants. Son article 3 prévoit que la loi déroge aux articles 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne*, ainsi qu'aux *Alberta Bill of Rights* et *Alberta Human Rights Act*.
 - 9 Voir entre autres la *Loi modificative de 2023 sur l'éducation (Déclaration des droits des parents)*, LS 2023 c 46, art 4). La contestation de cette loi a donné lieu à la décision *UR Pride Centre for Sexuality and Gender Diversity v Government of Saskatchewan* sur laquelle nous revenons plus loin (2024 SKKB 23 [UR *Pride* SKKB], conf en partie par 2025 SKCA 74 [UR *Pride* SKCA], autorisation de pourvoi à la CSC autorisée, 41979 (6 novembre 2025)).
 - 10 En réaction à la grève du secteur public, le législateur ontarien introduisit en 2022 le projet de loi 28 (*Loi de 2022 visant à garder les élèves en classe*, LO 2022, c 19), qui dérogeait aux articles 2, 7 et 15 de la *Charte canadienne*, et au *Code des droits de la personne* (LRO 1990, c H.19) ontarien en mettant fin à la grève légale de 55 000 employés du secteur de l'éducation et en imposant une convention collective (voir « Ontario Passes Bill to Ban CUPE Education Workers' Strike After Talks End With No Deal », *CBC News* (3 novembre 2022), en ligne : <cbc.ca> [perma.cc/5TN6-X26X]). Devant le tollé provoqué par cette utilisation de la clause dérogatoire, le refus des employés de retourner au travail et la menace de l'élargissement de la grève au reste du secteur public, le législateur abrogea la loi moins de deux semaines plus tard (voir *Loi abrogeant la Loi de 2022 visant à garder les élèves en classe*, LO 2022, c 20).

question les conditions d'utilisation du pouvoir de déroger. Par exemple, la Cour supérieure du Québec a jugé que l'arrêt *Ford* dispose que seules des exigences de forme pouvaient être dégagées de l'article 33 de la *Charte*¹¹, ce que la Cour d'appel a entériné dans *Organisation mondiale sikhe*¹².

Quant à elles, la Cour supérieure et la Cour d'appel de l'Ontario, dans *Working Families*, ont refusé d'examiner les arguments substantiels portant sur l'usage de la disposition de dérogation, opinant que les conditions de forme, seules conditions exigibles en vertu de l'arrêt *Ford*, avaient été respectées lorsque le législateur ontarien avait adopté la *Loi de 2021 visant à protéger les élections et défendre la démocratie*, une loi dont le but était de neutraliser certains effets d'une décision judiciaire précédente¹³.

Finalement, la Cour du banc du Roi de la Saskatchewan a reconnu que les conditions d'utilisation de la disposition de dérogation sont celles établies dans l'arrêt *Ford* et que la Cour n'a aucune juridiction pour évaluer le caractère approprié d'une dérogation¹⁴.

Tous ces jugements sont ancrés d'une manière ou d'une autre dans l'opinion de la Cour suprême, consignée dans un passage maintes fois cité, selon lequel « [l']article 33 établit des exigences de forme seulement et il n'y a aucune raison d'y voir la justification d'un examen au fond de

11 *Hak c Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 1466 aux para 724, 745, 752, juge Blanchard [*Hak*].

12 *Organisation mondiale sikhe du Canada c Procureur général du Québec*, 2024 QCCA 254 aux para 248–54, autorisation de pourvoi à la CSC autorisée, 41231 (23 janvier 2025) [*Organisation mondiale sikhe*].

13 *Working Families Coalition (Canada) Inc v Ontario (Attorney General)*, 2023 ONCA 139 aux para 50–57 [*Working Families ONCA*]. Le jugement de première instance est infirmé sur la question de l'interprétation de l'article 3 (voir *Working Families Coalition (Canada) Inc v Ontario*, 2021 ONSC 7697 au para 113). La Cour suprême du Canada a accueilli l'appel et restauré la décision de première instance dans une décision à 5 contre 4 qui ne traite pas de l'article 33, sauf pour dire que les décisions inférieures ont jugé que le recours à la dérogation était "constitutionnellement valide", et que cette question n'a pas été soulevée devant elle (voir *Ontario (Procureur général) c Working Families Coalition (Canada) inc*, 2025 CSC 5 au para 84 [*Working Families CSC*]).

14 *UR Pride SKKB*, *supra* note 9 aux para 139–41. La Cour d'appel de la Saskatchewan confirme que *Ford* n'impose à la législature qui souhaite déroger aux droits que des exigences de forme (voir *UR Pride SKCA*, *supra* note 9 au para 47).

la politique législative qui a donné lieu à l'exercice du pouvoir dérogatoire dans un cas donné »¹⁵.

Dans la première partie de cet article, nous allons revenir sur les conclusions principales de l'arrêt *Ford* au sujet des conditions d'utilisation de l'article 33. Nous allons ensuite démontrer que l'interprétation constitutionnelle élaborée dans l'arrêt *Ford* ne respectait pas la méthode téléologique déjà bien établie en 1988 pour interpréter la *Charte*¹⁶. En s'écarter ainsi de précédents qui la liaient, nous avançons que la Cour a rendu un jugement *per incuriam* (Partie I). Cet argument doit être accompagné par la démonstration selon laquelle, si elle avait suivi les précédents applicables, son analyse aurait été sensiblement différente. Dans la deuxième partie, nous entreprenons une analyse téléologique de l'article 33. Comme nous le verrons, l'analyse du texte, de l'intention, de l'historique, de l'objet, mais aussi du rôle des principes implicites mène à la conclusion que le pouvoir de déroger ne peut s'exercer machinalement, de la manière expressément autorisée par l'arrêt *Ford*; il ne doit s'exercer qu'en présence de circonstances exceptionnelles et être accompagné d'une justification. Bref, ce n'est pas un pouvoir totalement dépourvu de limite (Partie II). Nous tenterons, dans la troisième partie, d'imaginer de quelles balises l'exercice du pouvoir de déroger devrait être assorti afin que soit préservé ce caractère exceptionnel (Partie III).

Quelques commentaires s'imposent au sujet de la légitimité d'un renversement de l'arrêt *Ford*. La Cour d'appel du Québec a raison de dire qu'il n'appartient pas aux tribunaux de « colmater les failles, s'il en est, d'un choix constitutionnel (ou législatif) que d'aucuns estiment malavisé »¹⁷. En revanche, nous estimons qu'il leur revient de colmater les failles d'une opinion judiciaire qui souffre de lacunes importantes.

15 *Ford*, *supra* note 4 à la p 740.

16 Cette analyse s'effectue « en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte* » (voir *R c Big M Drug Mart Ltd*, 1985 CanLII 69 au para 117 (CSC) [*Big M Drug Mart*]; *Hunter c Southam inc*, [1984] 2 RCS 145 à la p 156, 1984 CanLII 33 (CSC) [*Hunter*]).

17 *Organisation mondiale sikhe*, *supra* note 12 au para 411.

Un tel remaniement ne doit toutefois pas se faire à la légère. L'emprise qu'exerce la règle du *stare decisis* et la rareté souhaitée des renversements jurisprudentiels ne sont que le reflet de l'importance de la primauté du droit au Canada. Celle-ci exige du juge qu'il tente par tous les moyens possibles d'appliquer les précédents qui ont été décidés en fonction de règles d'application générale¹⁸, non seulement pour assurer la certitude du droit, garantir sa prévisibilité et pour que les questions semblables soient jugées de manière semblable, mais aussi pour que les concitoyens sachent comment régler leur conduite¹⁹.

Néanmoins, il existe une tension entre la fidélité à la jurisprudence passée, garante de la continuité et de la stabilité juridique, et ce que Joseph Raz nomme « une ouverture aux lacunes et aux injustices que son application peut entraîner dans certains cas, ce qui conduit à une ouverture face à la nécessité de la faire évoluer et de la modifier » [notre traduction]²⁰. Raz reconnaît que la stabilité est non seulement un élément essentiel à la légitimité des constitutions, mais aussi une pièce maîtresse de l'interprétation judiciaire. Pour assurer cette stabilité, ajoute-t-il, « the interpretation should be backward-looking »²¹. Toutefois, il précise que, dans le cas des décisions constitutionnelles à fort impact sociétal, ces décisions ne seront justifiées que si elles sont *moralement* justifiées. « Par conséquent, dans de tels cas, si les tribunaux doivent toujours interpréter la Constitution, car ils sont toujours motivés à juste titre par des considérations de continuité, ils doivent également tenir compte d'autres considérations morales » [notre traduction]²². Autrement dit, dans ces cas, leur interprétation devra être aussi « forward-looking »²³.

18 Jeremy Waldron, « Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach » (2012) 111:1 Mich L Rev 1 à la p 18.

19 Il en va ainsi de leur dignité (*ibid* aux pp 23–28).

20 Joseph Raz, « On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries » dans Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 323 à la p 358.

21 *Ibid* à la p 354.

22 *Ibid* à la p 355.

23 *Ibid*.

Comme nous l'avons exprimé antérieurement, l'article 33 doit, selon nous, être « réouvert »²⁴.

I. INFIRMER L'ARRÊT *FORD*

Avant de démontrer pourquoi l'arrêt *Ford* doit être partiellement infirmé, il convient d'abord de situer les prononcés de la Cour au sujet des conditions d'utilisation de la disposition de dérogation au sein du *ratio decidendi* de l'arrêt, une étape préliminaire nécessaire pour quiconque souhaite reconsidérer un précédent²⁵.

Bien que la question principale soulevée dans l'arrêt *Ford* porte sur la constitutionnalité des articles 58 et 69 de la *Charte de la langue française*, la Cour a répondu à six questions constitutionnelles. La première porte sur la validité des dérogations, la deuxième sur l'opération de la *Charte québécoise*, et les quatre suivantes, sur les atteintes aux droits fondamentaux et leur justification.

Au tout début de son opinion, la Cour déclare qu'elle doit avant tout examiner la validité des dérogations à la *Charte canadienne*. En effet, selon la Cour, l'application de la *Charte canadienne* « dépend d'abord de la validité et de l'applicabilité d'une disposition dérogatoire » [nos italiques]²⁶ prise en vertu de l'article 33. La partie V des motifs de la Cour suprême dans l'arrêt *Ford* cherche alors à répondre à la première question constitutionnelle suivante :

L'article 58 ou l'art. 69 de la *Charte de la langue française* sont-ils soustraits à l'application de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* par une disposition dérogatoire valide et

24 Plusieurs des idées avancées dans ce texte ont été présentées lors de la conférence commémorative Thomas Feeney que j'ai prononcée en avril 2023 à l'Université d'Ottawa (Noura Karazivan, allocution, « L'article 33 devrait-il être rouvert? », présentée à la Conférence commémorative annuelle Thomas Feeney, 3 avril 2023 [non publiée], en ligne : <youtube.com> [perma.cc/62AH-RLA6]. Je remercie les panélistes, soit le regretté Benoît Pelletier, Vanessa MacDonnell, Carissima Mathen, Adam Dodek et Philippe Lagassé de leurs commentaires.

25 L'honorable Malcom Rowe et Leanna Katz, « A Practical Guide to *Stare Decisis* » (2020) 41:1 Windsor Rev Legal Soc Issues 1 à la p 8.

26 *Ford*, *supra* note 4 à la p 721.

applicable adoptée conformément aux exigences de l'art. 33 de la *Charte canadienne*?²⁷

La question des conditions de validité de l'exercice du pouvoir de déroger à la *Charte canadienne* est l'unique question qui sera abordée dans ce texte.

Nous ne nous prononçons pas sur les conséquences de cette dérogation sur le pouvoir déclaratoire du tribunal²⁸. D'ailleurs, les juges qui se sont le plus récemment penchés sur la question divergent d'opinion quant au pouvoir déclaratoire du tribunal en présence d'une dérogation à la *Charte*²⁹. Ces décisions examinent en détail la thèse de certains auteurs selon laquelle les tribunaux peuvent, malgré l'usage de la disposition de dérogation, conserver le pouvoir de déclarer *l'inconstitutionnalité* ou *l'incompatibilité* de la loi (tout en privant cette déclaration d'effet immédiat), car la disposition de dérogation les empêcherait seulement de déclarer son inopérabilité³⁰.

27 *Ibid* à la p 733.

28 Cette question interroge le sens des termes « a l'effet qu'elle aurait » (en anglais « shall operate » ou « shall have such operation ») libellés à l'article 33 de la *Charte canadienne* (*supra* note 7).

29 La Cour d'appel du Québec est d'avis que le législateur, en invoquant la disposition de dérogation dans une loi, se trouve à « limiter conséquemment le contrôle judiciaire de sa constitutionnalité. Les tribunaux n'ont dès lors plus à faire l'exercice qui consisterait à vérifier la conformité de la loi avec la ou les dispositions auxquelles le législateur déroge ainsi et toute idée de réparation – *y compris par voie déclaratoire* – est exclue » [nos italiques] (*Organisation mondiale sikhe, supra* note 12 au para 315). La Cour d'appel de la Saskatchewan arrive, à la majorité, à la conclusion inverse (voir *UR Pride SKCA, supra* note 9 au para 147).

30 La possibilité de déclarer une loi *inconstitutionnelle* malgré l'usage de la disposition de dérogation a été mise de l'avant par Grégoire Webber, « Notwithstanding Rights, Review or Remedy?: On the Notwithstanding Clause and the Operation of the Legislation » (2021) 71:4 UTLJ 510. La thèse selon laquelle les tribunaux demeurent habilités à prononcer une déclaration d'*incompatibilité* avec la *Charte* malgré l'utilisation de la disposition de dérogation a été mise de l'avant par Robert Leckey et Eric Mendelsohn, « The Notwithstanding Clause: Legislatures, Courts, and the Electorate » (2022) 72:2 UTLJ 189. Voir aussi Eric M Adams, « Ford Focus: Constitutional Context and the Notwithstanding Clause » (2024) 32:3 Const Forum Const 33 aux pp 34–35. Voir par contre la réfutation convaincante de Maxime St-Hilaire et Xavier Focroulle Ménard, « Nothing to Declare: A Response to Grégoire Webber, Eric Mendelsohn, Robert Leckey, and Leonid Sirota on the Effects of the Notwithstanding Clause » (2020) 29:1 Const Forum Const 38.

Nous mentionnons seulement trois éléments. Dans les textes constitutionnels canadiens, la validité est parfois confondue avec l'opérabilité. Ainsi, l'article 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* emploie le mot « inopérantes » alors que les tribunaux estiment généralement que cet article leur donne le pouvoir de déclarer les lois invalides³¹. Par ailleurs, il nous semble implicite dans les conclusions de la Cour dans *Ford* (en présence d'une dérogation valide, elle s'abstient de déclarer l'article 59 incompatible avec la *Charte canadienne* et limite sa déclaration à la *Charte québécoise*) et dans l'usage des termes « dépend d'abord » que la Cour ait cru qu'elle était inhabile à statuer sur la validité constitutionnelle de la loi en présence d'une dérogation valide. Cette croyance était peut-être erronée, mais elle a façonné la structure du jugement. En ce sens, le tribunal dans *UR Pride* va trop loin en disant que *Ford* n'accorde « aucune direction » sur cette question³². Finalement, comme nous le verrons plus loin, et sans que cela soit déterminant, certains documents laissent croire que le constituant croyait qu'il préservait la *validité* des lois qui feraient l'objet d'une dérogation³³.

Quoi qu'il en soit, il ne nous est pas nécessaire de prendre position sur ce débat qui porte sur les conséquences, et non sur les conditions d'utilisation du pouvoir de déroger.

A. Le précédent Ford

Valerie Ford et d'autres marchands contestent la validité de deux dispositions de la *Charte de la langue française*, l'article 58 portant sur l'affichage public et la publicité commerciale, et l'article 69 portant sur les

31 *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 7 [LC 1982]. Voir par ex *Ontario (Procureur général) c G*, 2020 CSC 38 [Ontario (PG)] (« [...]le par. 52(1) est le fondement réel du pouvoir que possèdent les tribunaux de prononcer une déclaration d'invalidité constitutionnelle » au para 88). Voir toutefois Marc-Antoine Gervais, « Les impasses théoriques et pratiques du contrôle de constitutionnalité canadien » (2021) 66:3 RD McGill 510.

32 *UR Pride SKKB*, *supra* note 9 au para 140. De façon semblable, la Cour d'appel est d'avis que l'arrêt *Ford* « does not foreclose judicial review » et rejette la prétention du gouvernement selon lequel la Cour suprême aurait tranché la question (voir *UR Pride SKCA*, *supra* note 9 aux para 47–48).

33 Voir le *Fact Sheet*, *infra* note 149, mentionnant que « [a] notwithstanding clause is one which enables a legislative body (federal and provincial) to enact expressly that a particular provision of an Act will be valid notwithstanding [...] ».

raisons sociales, au regard de l'article 2(b) de la *Charte canadienne* et de l'article 3 de la *Charte québécoise*, deux dispositions protégeant la liberté d'expression.

L'Assemblée nationale du Québec avait adopté, à la quasi-unanimité, une résolution contestant l'adoption de la réforme constitutionnelle de 1982, laquelle mettait fin à la tutelle britannique sur l'ordre constitutionnel canadien, adoptait une formule d'amendement et enchâssait une charte des droits. Érigée comme symbole de protestation contre ce rapatriement effectué sans son consentement, une loi omnibus adoptée en 1982 insérait dans toutes les lois québécoises une disposition faisant déroger l'entièreté de chaque loi, à l'entièreté des dispositions de la *Charte* auxquelles il est possible de déroger³⁴. Cette loi modifiait entre autres la *Charte de la langue française*, en ajoutant, à son article 214, une disposition dérogatoire entrant en vigueur le 23 juin 1982 (avec effet rétroactif potentiel au 17 avril 1982). Ainsi, au moment où le jugement *Ford* a été rendu, et en raison de l'expiration du délai de cinq ans prévu au paragraphe 33(3) de la *Charte*, cette dérogation n'était plus en vigueur et l'article 69 ne profitait d'aucune dérogation à la *Charte canadienne*.

L'article 58, pour sa part, a été modifié par l'article 52 de la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, lequel contenait une disposition dérogatoire-type reprenant les mêmes termes que celle de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*. Cette dérogation étant entrée en vigueur le 1^{er} février 1984, elle expirait seulement le 1^{er} février 1989; au moment du jugement *Ford*, elle était donc encore en vigueur³⁵.

Aucune dérogation à la *Charte québécoise* n'avait été adoptée.

Dans son analyse de la validité des dérogations, la Cour suprême s'est référée plusieurs fois au jugement de la Cour d'appel du Québec dans la cause *Alliance des professeurs de Montréal c. Procureur général du Québec*³⁶. Cette décision, qui examinait la validité de la dérogation de masse effectuée par la législature québécoise au moyen de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*³⁷, avait infirmé le jugement de la Cour supérieure (juge Deschênes) et avait conclu que l'article 33 ne permet pas

34 *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, RLRQ c L-4.2.

35 *Ford*, *supra* note 4 à la p 735.

36 [1985] RDJ 439, 1985 CarswellQue 259 (QCCA) [*Alliance des professeurs QCCA*].

37 *Supra* note 7.

l'usage d'une disposition dérogatoire-type, ni le véhicule de la loi omnibus. C'est en se basant sur ce jugement que la Cour d'appel du Québec, dans *Ford*, avait déclaré les articles 58 et 69 de la *Charte de la langue française* inopérants.

Dans *Alliance des professeurs*, les quatre juges qui se sont prononcés sur la question (le juge Crête s'est récusé) étaient d'avis que la législature québécoise, en insérant une disposition dérogatoire-type (*standard override*) dans une loi omnibus, et sans établir de lien entre la loi et les droits visés, avait omis de se conformer aux conditions établies par l'article 33 de la *Charte*.

Il est important de distinguer ces deux aspects. La dérogation-type est une formulation qui englobe tous les articles auxquels une législature peut déroger, sans chercher à cibler l'une ou l'autre des dispositions. La législature insère donc une disposition qui indique que la loi déroge aux articles « 2 et 7 à 15 », au lieu de préciser à quel ou quels article(s) la loi, ou une partie de celle-ci, entend déroger.

De son côté, l'usage de la loi omnibus permet à la législature de faire déroger plusieurs lois, voire l'entièreté du corpus législatif, aux dispositions constitutionnelles. Par exemple, la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982* est une loi omnibus qui visait l'ensemble du corpus législatif de la province. Une loi omnibus peut aussi avoir un spectre plus restreint : la *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français* (communément appelée la « Loi 96 »), par exemple, est une loi qui modifie et insère des dérogations dans plusieurs lois en même temps, mais toutes ces modifications sont en lien avec la protection de la langue française³⁸.

Le juge Jacques soutient que le recours à une disposition dérogatoire-type ne respecte ni les termes, ni l'esprit de l'article 33, principalement en raison du défaut d'informer correctement la population d'une privation de ses droits. Pour le juge Jacques, la déclaration de dérogation « doit indiquer la disposition de la Charte à laquelle on veut faire échec »³⁹. Ce critère se décline comme étant une exigence d'information et de relation. *L'information* doit être donnée aux citoyens afin qu'ils réalisent que la

38 Voir les notes explicatives de la Loi 96 pour la liste des modifications (PL 96, *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français*, 2^e sess, 42^e lég, 2022 (sanctionnée le 1 juin 2022), LQ 2022, c 14).

39 *Alliance des professeurs QCCA*, *supra* note 36 à la p 442.

législature entend les priver de leurs droits, reléguant leurs recours à la seule sphère politique⁴⁰. Qui plus est, selon le juge Jacques, le législateur se devait d'identifier *une relation* entre la loi et l'article ou les articles de la *Charte* auxquels le législateur souhaite déroger. Cette exigence se justifiait par la nécessité que la législature et le gouvernement transmettent au citoyen l'information nécessaire pour lui permettre de bien comprendre ce que fait la loi⁴¹.

Cette exigence d'un lien s'appuyait aussi sur le rapport entre l'article 33 et d'autres droits. Un exercice absolu du pouvoir de déroger donné par l'article 33 serait, selon lui, incompatible avec le droit à la libre expression sous-jacent à l'article 3 de la *Charte*, qui inclut « nécessairement celui de débattre en tout temps l'action gouvernementale et législative »⁴². Elle était également soutenue par une analyse de la théorie constitutionnelle sous-tendant l'article 33, en particulier le principe de primauté du droit et la démocratie. L'exercice du pouvoir conféré par l'article 33 doit, selon le juge Jacques, être compatible avec les principes fondamentaux qui définissent notre société⁴³.

En ce qui a trait au véhicule de la loi omnibus, le juge Jacques rappelle que le texte de l'article 33 prévoit que les dispositions de dérogation doivent être contenues soit dans *une loi*, soit dans *une disposition d'une loi*. Une loi omnibus permet encore moins d'identifier un lien entre une loi et une ou des dispositions spécifiques de la *Charte*. En fait, si la disposition dérogatoire-type est contraire à l'article 33, l'usage du véhicule de la loi omnibus est *a fortiori* prohibé, puisque seule une formulation d'un haut degré de généralité peut être insérée dans une loi qui est censée modifier en même temps plusieurs centaines de lois.

Les deux juges signant une opinion concurrente n'ont pas expressément appuyé cette exigence d'établir un rapport entre la loi et la disposition constitutionnelle, bien qu'ils aient eux aussi jugé inconstitutionnelle l'insertion d'une disposition dérogatoire-type dans une loi omnibus. Pour le juge Mayrand, la loi est *ultra vires* la législature québécoise, puisqu'elle ne respecte pas les « critères d'information » imposés par

40 *Ibid* à la p 451.

41 *Ibid* aux pp 450–51.

42 *Ibid* à la p 450.

43 *Ibid*.

l'article 33⁴⁴. En omettant de « mentionner [...] les dispositions de l'article auxquelles on entend déroger », la loi ne permet pas de « mettre en lumière les droits et libertés qu'on entend soustraire à la protection de la *Charte canadienne* ». La population est alors privée d'« un examen éclairé et sérieux de la dérogation proposée »⁴⁵. Le juge Vallerand opine quant à lui que la méthode requise par l'article 33 pour pouvoir exercer la « permission » de déroger n'a pas été respectée⁴⁶. En retirant en masse l'ensemble des droits, la loi omnibus omet d'identifier clairement les droits auxquels on déroge. Cette loi ne respecte donc pas les « conditions de la permission [...] de supprimer »⁴⁷ les droits, prévues par l'article 33 de la *Charte*.

À la Cour suprême, l'interprétation textualiste du juge Deschênes, pour qui l'article 33 n'impose que des conditions de pure forme, et non pas de fond, fut restaurée⁴⁸. Il fut statué sur quatre aspects dont seuls les trois premiers sont pertinents à notre discussion : l'usage de la disposition dérogatoire-type, le recours à une loi omnibus et l'absence d'examen

44 *Ibid* à la p 452, juge Mayrand.

45 *Ibid*.

46 *Ibid* à la p 454, juge Vallerand.

47 *Ibid*.

48 Le juge Deschênes s'était appuyé sur une phrase de Lord Sankey dans l'arrêt *Edwards v Canada* (communément appelé « *Affaire des personnes* ») privilégiant l'interprétation littérale de la Constitution, lorsqu'on lui avait demandé de considérer l'intention derrière l'article 33 (*Alliance des professeurs de Montreal c Procureur général du Québec*, [1985] CS 1272 à la p 1277, 1983 CarswellQue 331 (QCCS)). Lord Sankey écrivait ainsi :

The author of that treatise quotes from the argument of Mr. Mowat and Mr. Blake before the Privy Council in *St. Catherine's Milling & Lbr. Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, at p. 50: — "The Act should be on all occasions interpreted in a large, liberal, and comprehensive spirit, considering the magnitude of the subjects with which it purports to deal in very few words." With that their Lordships agree, but as was said by Lord Herschell, L.C., in *Brophy v. A.-G. Man.*, [1895] A.C. 202, at p. 216, *the question is not what may be supposed to have been intended, but what has been said* [nos italiques] (voir *Edwards v Canada (AG)*, [1930] 1 DLR 98 à la p 107, 1929 CanLII 438 (JPC)).

Cet extrait dénote une certaine méfiance de Lord Sankey envers l'intention du constituant et une préférence envers le texte. Dans l'*Affaire des personnes*, cette méfiance s'explique par le fait qu'une interprétation littérale permettait de donner au terme « personne » un sens englobant les femmes (ce qui n'était pas nécessairement l'intention du constituant).

judiciaire au fond. La non-rétroactivité, constituant le dernier aspect, ne sera pas explorée ici.

De façon surprenante, l'interprétation de l'article 33 a mobilisé peu d'espace dans ce jugement unanime auquel seuls cinq juges ont pris part. La Cour suprême a évoqué les débats durant lesquels des opinions différentes sur l'article 33 lui ont été présentées. Pour certains, l'article 33 « traduit l'importance que continue de revêtir la souveraineté des législatures »; pour d'autres, il fait plutôt « ressortir la gravité de la décision de déroger à des droits et libertés garantis, décision qu'il est important de ne prendre que dans le cadre d'un processus démocratique éclairé »⁴⁹. Lorsqu'on lui a présenté ces « points de vue », qui sont en réalité des arguments sur l'objet de la disposition, elle a rejeté ces « perspectives » comme n'étant pas « pertinentes ou utiles »⁵⁰.

En effet, contrairement à l'analyse fouillée menée par la Cour d'appel du Québec, seul le texte de l'article 33 est examiné par la Cour suprême du Canada. Elle commence par dire, dans un passage maintes fois cité, que « l'article 33 établit des exigences de forme seulement et il n'y a aucune raison d'y voir la justification d'un examen au fond de la politique législative qui a donné lieu à l'exercice du pouvoir dérogatoire dans un cas donné »⁵¹.

La Cour a ensuite rejeté la première conclusion du juge Jacques, celle selon laquelle le recours à une dérogation-type n'est pas permis. Selon la Cour suprême, « *rien dans les termes de l'article 33* » [nos italiques]⁵² n'impose au législateur l'obligation d'identifier un ou plusieurs droits auxquels sa législation entend déroger. Les termes « une des », dans l'article 33, ne signifient pas que la législature doit les cibler. Parfois, nous informons la Cour, le législateur ne sait même pas précisément à quel droit sa loi va déroger. Il serait donc trop exigeant de lui demander de préciser, en amont, de quel droit la population sera privée pendant cinq ans.

Dans le même ordre d'idées, la Cour mentionne qu'il n'est pas permis d'exiger de la législature qu'elle identifie un lien entre la loi et le ou les droits auxquels on souhaite déroger. En effet, une telle exigence serait

49 Ford, *supra* note 4 à la p 740.

50 Ibid.

51 Ibid.

52 Ibid à la p 741.

considérée comme substantielle, et non procédurale, et ouvrirait la voie à un examen au fond « de la politique législative »⁵³ ou de la « décision d'exercer le pouvoir dérogatoire »⁵⁴.

Au sujet de l'utilisation d'une loi omnibus par le législateur, l'analyse de la Cour est faible. Elle commence par dire que, puisque le législateur peut déroger en bloc, avec la disposition dérogatoire-type, et ce, de façon « légitime », rien ne l'empêche de procéder via une loi omnibus. Pour elle, c'est un exercice « valable » du pouvoir de déroger⁵⁵. Elle qualifie d'arguments sur « l'opportunité de la politique législative » ces arguments qui remettent en question le procédé machinal de la loi omnibus permettant de faire déroger plusieurs centaines de lois en même temps à l'ensemble des droits fondamentaux⁵⁶. Elle répète une dernière fois que « rien à l'art. 33 » ne permet de fonder « l'examen judiciaire d'un exercice particulier du pouvoir » de déroger⁵⁷. La voie est donc libre pour le véhicule de la loi omnibus.

Étant donné sa conclusion que la loi omnibus constitue un véhicule légitime, on peut déduire que la Cour autorise aussi la législature à faire usage de la disposition de dérogation de manière préventive, sans obtenir au préalable une opinion judiciaire sur la compatibilité de sa loi avec la *Charte*. En effet, une exigence d'obtenir une opinion judiciaire avant de procéder à une dérogation est incompatible avec l'inscription de la dérogation dans une loi omnibus, qui, par définition, modifie plusieurs lois en même temps. Elle peut modifier l'ensemble du corpus législatif de la province, comme ce fut le cas dans *Ford*. En autorisant le législateur à insérer la dérogation « au moyen d'un seul texte législatif dans toutes les lois québécoises adoptées avant une date donnée », la Cour permet *nécessairement* à la législature d'agir de manière préventive⁵⁸.

53 *Ibid* à la p 740.

54 *Ibid* à la p 741.

55 *Ibid* aux pp 742–43.

56 *Ibid* à la p 743.

57 *Ibid*.

58 *Ibid. Contra* : dans des commentaires incidents, les honorables juges Wagner, Côté et Brown ont dans des jugements récents indiqué qu'ils envisagent le mécanisme de l'article 33 comme fonctionnant conséquemment à une décision judiciaire. Dans *Ontario (PG)*, les juges Côté et Brown, dissidents en partie, ont rappelé quel était, selon eux, l'objectif de l'article 33(1): de permettre à une législature de considérer l'impact

En résumé, tel que décidé dans l'arrêt *Ford* en réponse à la première question soulevée dans le pourvoi, le mécanisme de l'article 33 peut être appliqué à un *ensemble indéfini de droits* en adoptant une *disposition dérogatoire-type*, sans identification préalable du ou des droits directement touchés, le tout pouvant être consigné dans une *loi omnibus*. Il ne permet aucun examen des raisons de son utilisation par les tribunaux.

Pour écarter l'un ou l'autre de ces aspects qui sont au cœur de l'interprétation de l'article 33, il est nécessaire d'infirmier partiellement l'arrêt *Ford*, dans la mesure où les règles relatives au *stare decisis* horizontal le permettent. Pourrait-il être fait abstraction de l'une ou l'autre de ces conclusions en soutenant qu'elles ne sont que « les premiers jalons »⁵⁹ du cadre d'analyse des conditions d'utilisation de l'article 33, jalons qui pourront être raffinés et complétés sans infirmer le précédent?

Notre propos n'est pas que l'arrêt *Ford* peut ou doit être distingué, qu'il est, autrement dit, « good but inapplicable »⁶⁰, mais plutôt qu'il est erroné dans la mesure de l'interprétation des conditions d'utilisation de l'article 33. Il est vrai que distinguer un précédent peut être plus conforme à la primauté du droit que de l'infirmier⁶¹, mais la pratique qui consiste à « contourner des précédents au moyen de distinctions subtiles » [notre traduction]⁶² engendre parfois plus d'incertitudes que le renversement

qu'un jugement aurait sur des questions pour lesquelles seule la législature aurait la capacité institutionnelle de décider de la voie à prendre (*supra* note 31 au para 240). Un an plus tard, dans *Toronto (Cité) c Ontario (Procureur général)*, les juges Wagner et Brown, signant le jugement majoritaire, émettent l'opinion semblable que l'article 33 permet à une législature de déroger aux droits lorsqu'un tribunal invalide une loi, afin que l'interprétation de la législature puisse primer sur celle qu'un tribunal aurait proposée (2021 CSC 34 au para 60 [*Toronto*]).

59 Stéphane Beaulac, « Clause de dérogation et *stare decisis* horizontal, ou comment revoir et compléter l'arrêt *Ford* à la Cour suprême du Canada » (2024) 75 RD UN-B 184 à la p 189. Il ajoute : « [d]u coup, le revoir et le compléter n'équivaut pas à renverser un précédent ou le ranger aux oubliettes, non. Il faut plutôt voir *Ford* comme un *Oakes*, comme un *Dolphin Delivery*, qui doit être complété, et sans doute aussi raffiné » (*ibid*).

60 Rowe et Katz, *supra* note 25 à la p 12.

61 Selon Jeremy Waldron, en effet, il peut être plus en accord avec la primauté du droit de reformuler ou distinguer un précédent que de l'infirmier (Waldron, *supra* note 18 à la p 26).

62 J David Murphy et Robert Rueter, *Stare Decisis in Commonwealth Appellate Courts*, Toronto, Butterworths, 1981 à la p 9. Selon Waldron, un juge peut distinguer un

pur et simple d'un arrêt, puisqu'il est bien connu que « lorsqu'une décision existante est désavouée mais ne peut être infirmée, les tribunaux ont tendance à la distinguer en se fondant sur des motifs inadéquats » [notre traduction]⁶³.

Certains juges sont peut-être plus favorables à la « clarification » qu'au renversement partiel, même s'ils sont d'avis que des raisons impérieuses de reconsidérer un précédent existent⁶⁴. D'autres sont prêts à « contourner » un précédent, ce que leurs collègues tendent à leur reprocher⁶⁵.

Nous croyons que l'arrêt *Ford* ne devrait pas se prêter à un contournement ni à une clarification, dans la mesure où la Cour est directement appelée à statuer sur la validité des dérogations⁶⁶. Ce précédent autorise un usage machinal de la disposition de dérogation, dans une loi omnibus, via une disposition dérogatoire-type, et il autorise le législateur à suspendre les droits sans qu'un tribunal puisse en évaluer les raisons. Il serait préférable de débattre publiquement de la question de savoir si un précédent aussi névralgique que celui-ci doit être infirmé en partie, ou bien maintenu.

précédent s'il démontre que malgré les apparences, la logique du précédent est inapplicable à la question qui est maintenant posée : ce sera le cas s'il y a un « problème juridique distinct » [notre traduction] (Waldron, *supra* note 18 aux pp 25–26). Il ajoute : « [t]o distinguish a case, then, is not just to “come up with” some difference » (*ibid* à la p 25).

63 *Jones v Secretary of State for Social Services*, [1972] AC 944 à la p 966, [1972] 1 All ER 145 (R-U HL), Lord Reid. Sur le fait d'écarter un précédent sans le reconnaître, voir *Saskatchewan Federation of Labour c Saskatchewan*, 2015 CSC 4 au para 148, juges Wagner et Rothstein, dissidents.

64 *Canada (Procureur général) c Power*, 2024 CSC 26 aux para 210, 216, juges Jamal et Kasirer, dissidents [*Power*].

65 Sur les conséquences d'un contournement, voir *R c Kirkpatrick*, 2022 CSC 33 aux para 131–32, juges Wagner, Côté, Brown et Rowe, dissidents en partie [*Kirkpatrick*].

66 Dans le dossier de la Loi 21, l'appelante Fédération autonome de l'enseignement (FAE) demande de déclarer l'article 34 « inconstitutionnel[], nul [...] et inopérant[] » (voir *Commission scolaire English-Montréal*, *supra* note 1 (mémoire de l'appelante FAE à la p 38)). L'appelante Lauzon demande à la Cour de déclarer l'article 34 « invalide et sans effet » (*ibid* (mémoire de l'appelante Lauzon à la p 48)). L'article 34 de la Loi 21 est la disposition dérogatoire, c'est-à-dire celle qui effectue la dérogation aux articles 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne*.

Par ailleurs, si le *ratio* d'un précédent s'établit selon la règle de « seul l'avenir le dira »⁶⁷, les tribunaux inférieurs ont interprété *Ford* comme un arrêt de principe sur ces conditions⁶⁸. Il nous semble donc préférable d'attaquer de front la question du *stare decisis* de façon « candide » et permettant le débat ouvert⁶⁹, non pas pour infirmer ce qui n'a *pas* été dit par la Cour, mais pour infirmer ce qui a été dit au sujet de l'article 33. Cela ne signifie pas, évidemment, que des éléments qui ne découlent pas de l'analyse de la Cour dans *Ford* ne peuvent être examinés par la suite, car comme le mentionne le professeur Webber, « aucune décision ne prétend poser et répondre à toutes les questions qui pourraient être soulevées au sujet d'une disposition donnée » [notre traduction]⁷⁰.

B. L'arrêt *Ford* et le *stare decisis*

1. Le *stare decisis* vertical et horizontal

Le *stare decisis* vertical impose aux tribunaux inférieurs de suivre les opinions des tribunaux supérieurs. Ainsi, tous les tribunaux au Canada sont liés par les opinions de la Cour suprême, et pour qu'une partie convainque une Cour inférieure de s'écarter d'un précédent, il lui faut suivre les prescriptions réitérées dans l'arrêt *Carter* en démontrant soit qu'une nouvelle question juridique se pose, soit qu'une « modification de la situation ou de la preuve "change radicalement la donne" »⁷¹.

67 *Kirkpatrick*, *supra* note 65 au para 145, juges Wagner, Côté, Brown et Rowe, dissidents en partie, citant Robert J Sharpe, *Good Judgment: Making Judicial Decisions*, Toronto, University of Toronto Press, 2018 à la p 152.

68 *Hak*, *supra* note 11 aux para 724, 745, 752; *Organisation mondiale sikhe*, *supra* note 12 au para 311; *Working Families CSC*, *supra* note 13 aux para 50–57; *UR Pride SKKB*, *supra* note 9 aux para 139–141; *UR Pride SKCA*, *supra* note 9 au para 47.

69 Waldron, *supra* note 18 à la p 27.

70 Par exemple, il est vrai que la Cour ne s'est pas prononcée sur l'interaction entre l'article 33 et l'article 28, comme le souligne Grégoire Webber (voir « The Notwithstanding Clause and the Precedent in *Ford*: le dit et le non-dit » (2024) 32:3 Const Forum Const 13 à la p 18). Sur ce point, voir Kerri A Froc, « Shouting into the Constitutional Void: Section 28 and Bill 21 » (2019) 28:4 Const Forum Const 19.

71 *Carter c Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5 au para 44; *Canada (Procureur général) c Bedford*, 2013 CSC 72 au para 42.

Des tentatives d'infirmer *Ford* ont échoué devant les tribunaux inférieurs. Dans l'affaire *Working Families*, le renversement de l'arrêt *Ford* a été plaidé par une partie, mais sans succès, la Cour d'appel de l'Ontario refusant de s'écarter du prononcé de la Cour suprême, puisqu'aucun jugement de cette même Cour ne l'a « infirmé ou remis en cause » [notre traduction]⁷². Dans *Organisation mondiale sikhe*, la Cour d'appel du Québec a rejeté l'argument selon lequel des changements sociaux et juridiques justifient le renversement de l'arrêt *Ford*⁷³. Les changements qui se seraient produits depuis *Ford* (entre autres, la montée du populisme, l'usage croissant de la disposition par les législatures à travers le Canada, et l'usage de la double dérogation) ne sont pas, selon la Cour d'appel du Québec, de nature à justifier un renversement⁷⁴. De façon plus fondamentale, il est difficile d'imaginer un contexte politique plus polarisé que celui qui avait cours immédiatement après l'entrée en vigueur de la *Charte*, lorsque le Québec faisait déroger l'ensemble de ses lois à l'ensemble des dispositions de la *Charte* auxquelles il était possible de déroger. Les raisons pour lesquelles le gouvernement de l'époque a opté pour la dérogation de masse se résumaient à des facteurs purement politiques, et il pouvait agir ainsi sans que rien ne l'en empêche alors, et encore aujourd'hui⁷⁵.

Cela dit, les pratiques du *stare decisis* horizontal diffèrent de celles du *stare decisis* vertical⁷⁶, quoiqu'elles aient toutes deux comme objectif de maintenir un équilibre entre continuité et rectitude. Même si le *Practice Statement* émis en 1966 par la House of Lords permet aux juges de s'écarter de l'un de leurs précédents lorsqu'il leur semble « juste » de le faire⁷⁷,

72 *Working Families* ONCA, *supra* note 13 au para 56.

73 *Organisation mondiale sikhe*, *supra* note 12 aux para 298 (changement juridique), 307 (changement factuel).

74 *Ibid* au para 278.

75 *Ontario (PG)*, *supra* note 31 au para 137, juge Karakatsanis.

76 Sur les interactions entre celles-ci, voir *Kirkpatrick*, *supra* note 65 aux para 231–32.

77 En 1966, dans le *Practice Statement*, les lords reconnaissent que le respect des précédents est indispensable, protège la certitude du droit, et permet le développement ordonné du droit, mais s'autorisent à s'en écarter « when it appears right to do so » (voir *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 WLR 1234, [1966] 3 All ER 77 (HL (Eng))). Malgré cette formulation, le renversement est demeuré exceptionnel. Murphy et Rueter recensent seulement trois renversements entre 1966 et 1981 (voir Murphy & Rueter, *supra* note 62 à la p 11).

la pratique a toujours été de ne renverser un précédent qu'en présence de raisons impérieuses⁷⁸.

Récemment, les juges Wagner, Côté, Brown et Rowe se sont livrés à une analyse extensive des règles du *stare decisis* horizontal, arrivant à la conclusion que « la Cour ne peut renverser l'un de ses propres précédents que si celui-ci (1) a été rendu *per incuriam*, (2) est inapplicable, ou (3) a vu son fondement érodé par un changement sociétal ou juridique important » [nos italiques]⁷⁹. Cet effort de systématisation de ce qui constitue des raisons impérieuses ne renverse pas lui-même de précédents, mais tente d'ordonner la jurisprudence antérieure.

i. Le précédent rendu *per incuriam*

On dira d'une décision qu'elle a été rendue *per incuriam* si elle n'a « pas pris en considération un précédent contraignant ou une loi pertinente »⁸⁰. Une décision est rendue *per incuriam*, comme l'enseigne l'affaire *Morelle Ltd. v. Wakeling*, lorsqu'elle l'a été « dans l'ignorance ou l'oubli d'une disposition législative incompatible, ou d'un précédent qui lie la Cour, de telle manière qu'une partie de la décision, ou une étape du raisonnement sur lequel elle se fonde, est manifestement erronée » [notre traduction, nos italiques]⁸¹. Cette formulation signifie, selon Valentine, que même si une partie de l'arrêt n'est pas manifestement erronée, l'arrêt peut tout de même être écarté si son raisonnement est « manifestement fautif »

78 *Gagnon c Commission des Valeurs Mobilières du Québec*, 1964 CanLII 47 à la p 83 (CSC), juge Abbott, dissident; *Binus v The Queen*, 1967 CanLII 15 à la p 601 (CSC). Voir, sur la typologie des raisons impérieuses, l'étude de Lawrence David, « Part II Horizontal *Stare Decisis* and the Charter in the Supreme Court of Canada » (2020) 97 SCLR (2^e) 27 au para 46.

79 *Kirkpatrick*, *supra* note 65 au para 267, juges Wagner, Côté, Brown et Rowe, dissidents en partie. Ce cadre d'analyse a été cité avec approbation par les juges majoritaires dans *Power*, avec une nuance : la Cour suprême, écrivent-ils, peut s'écarter de l'un de ses précédents « lorsqu'il y a une raison impérieuse de le faire, notamment si le précédent est incompatible avec un précédent contraignant ou une loi pertinente, s'il s'est révélé inapplicable ou si le fondement du précédent a été érodé par un changement sociétal ou juridique important » [nos italiques] (voir *Power*, *supra* note 64 au para 98).

80 *Kirkpatrick*, *supra* note 65 au para 205.

81 *Morelle Ltd v Wakeling and Another*, [1955] 2 QB 379 à la p 406, [1955] EWCA Civ 1.

[notre traduction]⁸². Par ailleurs, la partie qui invoque le renversement du *stare decisis* horizontal au motif que la décision a omis de tenir compte d'un précédent doit démontrer que, si le précédent contraignant avait été suivi, le jugement aurait été différent⁸³. Précisons que la décision doit être jugée *au regard du droit* comme étant erronée, ce qui est différent d'un précédent dont on dirait qu'il « est “erroné” aux yeux de certaines personnes »⁸⁴. Dans ce dernier cas, il n'y a pas matière à infirmer un précédent. Le précédent doit être jugé erroné, « mais erroné pour une raison particulière : erroné parce qu'une autorité contraignante qui conduisait inéluctablement à une conclusion différente a été ignorée » [notre traduction]⁸⁵.

La décision *per incuriam* constitue la forme la plus rigide des raisons impérieuses pour lesquelles un tribunal peut se distancier d'une décision qui le lie⁸⁶. Malgré cette rigidité, comme le signalent Rowe et Katz, cette catégorie a le potentiel d'être démesurément élargie, d'où la prudence nécessaire : « [c]ette dernière catégorie pourrait être interprétée de manière large — on peut toujours soutenir qu'une décision n'a pas pris en considération toutes les lois, règles ou décisions contraignantes antérieures — mais si cette exception était interprétée de manière large, elle annihilerait la règle » [notre traduction]⁸⁷.

Pour savoir s'il faut infirmer une décision erronée dès le départ « dans le sens où une erreur juridique doit exister au moment où le jugement a été rendu » [notre traduction]⁸⁸, la question est de savoir si le précédent est, pour reprendre les termes du juge Rothstein, « suffisamment erroné pour ne pas être maintenu et perpétué » [notre traduction]⁸⁹. Dans l'application de ce critère, la rectitude d'une décision l'emporte sur les

82 DG Valentine, « The Meaning of *Per Incuriam* » (1955) 18:6 Mod L Rev aux pp 603–04.

83 Kirkpatrick, *supra* note 65 au para 206. Voir aussi Rowe et Katz, *supra* note 25 à la p 19.

84 Kirkpatrick, *supra* note 65 au para 268.

85 Peter Wesley-Smith, « The *Per Incuriam* Doctrine » (1980) 15 J Society Pub Teachers L (ns) 58 à la p 61.

86 David, *supra* note 78 au para 46.

87 Rowe et Katz, *supra* note 25 à la p 20.

88 David, *supra* note 78 au para 42.

89 *Ontario (Procureur général) c Fraser*, 2011 CSC 20 au para 139, juges Rothstein et Charon, dissidents en parties [*Fraser*].

avantages liés à la certitude du droit si la Cour est convaincue, pour des « raisons impérieuses », que la décision doit être infirmée⁹⁰. Selon Lawrence David, un exemple « par excellence » de ce type d'erreur est l'affaire *Vavilov*, où la Cour a écarté des précédents qu'elle ne pouvait plus justifier rationnellement⁹¹.

La catégorie *per incuriam* englobe-t-elle toutes les erreurs desquelles on dit qu'elles sont manifestes depuis le prononcé du jugement? Il semble que cette appellation soit réservée aux cas où (1) l'erreur est due au défaut de tenir compte d'un précédent et (2) la décision aurait été manifestement différente si on avait tenu compte du précédent.

Dans son étude du *stare decisis* horizontal à la Cour suprême, Lawrence David situe les jugements *per incuriam* dans une catégorie reliée à celle des erreurs judiciaires constituant une raison impérieuse d'infirmer un arrêt :

Finally, precedent can be set aside where it is found to stray from the text or purpose of the statutory provision in relation to which it was decided. [...] A related category comprises judgments decided without considering significant, directly applicable precedent—or other legal authority. At common law, this is known as the “per incuriam” exception to stare decisis—the only exception deemed acceptable under rigid conceptions of precedent in Canada » [notes omises]⁹².

Dans l'arrêt *Power*, les juges majoritaires citent avec approbation l'arrêt *Kirkpatrick*, mais en laissant de côté l'appellation « *per incuriam* » et en ouvrant peut-être la porte à d'autres raisons impérieuses⁹³.

La Cour rappelle la rareté des décisions *per incuriam* et la grande prudence⁹⁴ qu'il lui faut exercer lorsqu'elle s'écarte d'un précédent en

90 *Canada c Craig*, 2012 CSC 43 aux para 25–27 [Craig].

91 David, *supra* note 78 au para 43, citant *Canada (Ministère la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov*, 2019 CSC 65 aux para 40–45.

92 David, *supra* note 78 au para 46.

93 *Power*, *supra* note 64 au para 98.

94 *Kirkpatrick*, *supra* note 65 au para 206.

matière constitutionnelle, ajoutant toutefois que ces précédents ne sont pas « immuables »⁹⁵ et qu'ils peuvent être réexaminés.

Quelle est la conséquence d'un tel prononcé? Dans *Craig*, une fois l'interprétation antérieure écartée, la Cour s'est dite tenue de la « repren[dre] du début »⁹⁶. Dans d'autres cas, le réexamen sera plus subtil. Dans *Power*, les juges dissidents en partie ont estimé que le précédent entraînait en conflit avec les privilèges parlementaires, entre autres, et qu'il existait des raisons impérieuses de le réexaminer, ajoutant que la règle établie par le précédent aurait été « sensiblement différente » si la Cour avait à l'époque pris en considération les privilèges parlementaires, la séparation des pouvoirs et la justiciabilité, ce qu'elle n'a pas fait. Les conditions d'établissement d'un précédent rendu *per incuriam* semblent ainsi accomplies. Toutefois, ils ont modifié la règle que le précédent établit, sans, selon eux, l'infirmier « complètement »⁹⁷ (ni même partiellement). De leur point de vue, il s'agit d'une clarification.

ii. Le précédent devenu inapplicable

Deuxièmement, un précédent peut se révéler inapplicable si une partie prouve qu'il mine la stabilité juridique, porte atteinte à la primauté du droit en créant de l'imprévisibilité ou un sentiment que le droit est sujet aux « préférences personnelles des juges », ou s'il se révèle indûment complexe et lourd à appliquer⁹⁸. Cette catégorie n'exige pas la présence d'une erreur, mais des chevauchements existent entre les deux premières catégories : une décision erronée dès le départ peut se révéler inapplicable. Selon les juges concordants dans *Kirkpatrick*, l'arrêt *Vavilov* peut être classé dans cette seconde catégorie. Il en va de même de l'affaire *Henry*, où la disposition constitutionnelle n'avait pas été interprétée, initialement, en conformité avec son objet — le « défaut de retenir

95 *R c Henry*, 2005 CSC 76 au para 44 [*Henry*]. Voir aussi *Fraser*, *supra* note 89 aux para 56–59; *Kirkpatrick*, *supra* note 65 aux para 265–66.

96 *Craig*, *supra* note 90 au para 32.

97 *Power*, *supra* note 64 aux para 210, 216, juges Jamal et Kasirer, dissidents. L'absence de prise en considération des privilèges parlementaires dans le précédent *Mackin* a également joué un rôle prépondérant dans la décision des juges Rowe et Côté, dissidents, de le reconsidérer (*ibid* au para 340). Toutefois, il ne s'agit pas selon eux d'infirmier ce précédent, mais bien d'offrir une manière de l'interpréter « correctement » (*ibid* au para 373).

98 *Kirkpatrick*, *supra* note 65 aux para 207–17.

systématiquement une analyse téléologique de l'article 13 » constituant la première raison de s'écarter du précédent en cause⁹⁹. La Cour ajoute que ce défaut a engendré des difficultés d'application :

Ce qui s'est produit au cours des 20 années écoulées depuis les arrêts *Dubois* et *Mannion* démontre qu'en s'éloignant de l'objet fondamental de l'art. 13, on tend à établir des distinctions et sous-distinctions qui mènent à des impasses fonctionnelles¹⁰⁰.

iii. Le précédent vicié par des changements sociaux, économiques, technologiques, ou encore par des changements juridiques

Troisièmement, une partie peut aussi démontrer qu'un changement *social, économique ou technologique* a un tel impact ou une telle influence sur les préoccupations qui sous-tendaient la décision que le fondement de la décision se trouve érodé. Alternativement, il est aussi possible de démontrer un changement *juridique* important qui peut se produire, entre autres, lorsque le précédent entre désormais en conflit avec la Constitution. Si, par ailleurs, les décisions subséquentes de la Cour suprême du Canada développent des principes *incompatibles* avec le précédent, il pourrait être renversé¹⁰¹.

Même s'il n'est pas explicitement mentionné dans le nouveau cadre d'analyse, il faut dire que le critère qui repose sur la facilité, ou la difficulté, avec laquelle une législature pourrait infléchir un précédent jurisprudentiel demeure pertinent. Il l'est particulièrement lorsqu'il s'agit, comme ici, de l'interprétation d'une disposition constitutionnelle qui, en pratique, ne peut être contournée. La capacité du pouvoir *constituant* de modifier l'interprétation de la Cour dans *Ford* est en pratique mince¹⁰². La

99 *Henry*, *supra* note 95.

100 *Ibid* aux para 42–45.

101 Dans ce cas, le précédent « repose sur des principes ou donne effet à des objectifs incompatibles avec ceux qui sous-tendent les décisions subséquentes de la Cour » (voir *Kirkpatrick*, *supra* note 65 aux para 234–35). Pour une application récente de ce troisième critère, voir *John Howard Society of Saskatchewan c Saskatchewan (Procureur général)*, 2025 CSC 6 aux para 33–38 [*John Howard Society*].

102 En effet, une modification du texte de l'article 33 requerrait la formule générale d'amendement contenue à l'article 38 de la Partie V de la LC 1982 (*supra* note 7), c'est-à-dire le consentement d'au moins 7 provinces représentant au moins 50 % de la population, ainsi que le consentement du Parlement fédéral.

Cour suprême détient donc, en pratique, le monopole de l'interprétation de l'article 33 : paradoxalement, sur cette question, c'est *elle* qui a le dernier mot.

2. Application du cadre d'analyse remanié

Comment appliquer cette grille nouvellement remaniée à l'arrêt *Ford*? L'arrêt *Ford* ne semble pas inapplicable; il a en fait le mérite d'offrir un manuel d'instruction assez simple. L'argument du changement social ou politique a déjà été abordé plus haut et rejeté par la Cour d'appel du Québec. Notre argument n'est pas qu'un changement juridique important est survenu depuis 1988, mais, au contraire, que le droit *tel qu'en vigueur* en 1988 au regard de l'interprétation constitutionnelle n'a pas été correctement appliqué. Parce qu'il a fait fi de l'analyse téléologique, l'arrêt *Ford* doit être partiellement infirmé. Autrement dit, le problème n'est pas que le précédent était bien fondé à l'époque, mais qu'il s'est érodé avec le temps. La multiplication récente des utilisations de la disposition de dérogation à l'encontre de divers groupes, tels que les minorités religieuses au Québec, les minorités sexuelles en Alberta et en Saskatchewan, ainsi que les travailleurs en Ontario et en Alberta, représente certes une évolution stupéfiante. Mais si le précédent était correct en droit, le fait que des parties commencent subitement à l'appliquer à la lettre ne constituerait pas un motif de renversement. C'est le fait que le précédent était mal fondé, jumelé à l'utilisation désormais banalisée de la disposition de dérogation (que ce précédent autorise explicitement), qui nécessite une intervention judiciaire.

La seconde erreur que nous documentons, liée à la première, est l'omission d'avoir pris en considération les principes implicites dans l'analyse de l'article 33. Ces principes avaient déjà été reconnus par la Cour suprême du Canada comme ayant un plein effet juridique au moment de l'arrêt *Ford*¹⁰³. Il n'y a donc techniquement pas de changement juridique au sens du troisième volet de la grille d'analyse du *stare decisis*.

103 En effet, ces principes implicites ont fait l'objet de développements importants dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* ([1998] 2 RCS 217 aux para 49–54, 148, 1998 CanLII 793 CSC [*Renvoi sécession du Québec*]), mais ils ne constituent pas du nouveau droit : leur « plein effet juridique » avait déjà été reconnu dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution* ([1981] 1 RCS 753 aux pp 841–45, 1981 CanLII 25 (CSC) [*Renvoi relatif au rapatriement*]).

Toutefois, il est vrai que la montée en puissance des principes implicites, non pas comme source normative capable d'invalider des lois de manière autonome, mais comme éléments à prendre en considération lors de l'interprétation constitutionnelle, rend la décision *Ford* particulièrement dégarinée sur le plan de la considération de ces principes. Cela constitue, selon nous, une défaillance de l'arrêt, quoique plus évidente après 1998 qu'en 1988. Que le précédent soit entaché d'une erreur initiale n'empêche pas que son érosion soit par ailleurs constatée par l'évolution de la jurisprudence qui, au cours des 40 dernières années, a ménagé une place importante aux principes constitutionnels implicites.

i. L'absence d'analyse téléologique

L'analyse téléologique comporte de « multiples facettes »¹⁰⁴. Comme une recette, elle est composée de plusieurs ingrédients. Le défaut d'intégrer l'un ou l'autre des ingrédients ne constitue pas nécessairement une raison d'infirmer un précédent ou de revoir l'interprétation antérieure d'une disposition constitutionnelle¹⁰⁵.

Des erreurs d'interprétation constitutionnelle peuvent affaiblir un précédent et justifier son renversement. Dans *Henry*, comme mentionné plus haut, le fait que le précédent offrait une interprétation de l'article 13 de la *Charte* non conforme avec son objet, lui-même établi par précédent, a contribué au renversement du précédent¹⁰⁶. Dans *Poulin*, les juges majoritaires soutiennent que le défaut d'analyser l'objet de l'alinéa 11(i) de la *Charte* tel que le prescrit l'analyse téléologique constitue une erreur commise par les tribunaux inférieurs qui justifie de s'en écarter¹⁰⁷. Finalement, dans *Hape*, le défaut d'avoir suffisamment tenu compte du libellé de l'article 32(1) de la *Charte* a contribué au renversement de l'arrêt *Cook*¹⁰⁸.

104 *R c Comeau*, 2018 CSC 15 au para 43 [*Comeau*].

105 Le défaut de considérer la preuve historique ne justifie pas un renversement du *stare decisis* vertical, entre autres car la preuve historique est un « ingrédient non décisif » de la « recette » (*ibid*).

106 *Henry*, *supra* note 95 aux para 42–45.

107 *R c Poulin*, 2019 CSC 47 aux para 32, 55, 105 [*Poulin*]. La juge Karakatsanis, dissidente, refuse pour sa part de « renverser 30 ans de jurisprudence » (*ibid* au para 137).

108 Il s'agit de l'un de trois motifs que le juge LeBel, écrivant pour la majorité, retient afin de s'écarter de la jurisprudence antérieure (voir *R c Hape*, 2007 CSC 26 aux para 93–94).

Notons également que la Cour suprême rappelait récemment qu'une interprétation « démesurément formaliste » qui, dorénavant, ne cadre plus avec « le paysage juridique relatif à l'interprétation de la *Charte* » peut aussi être une raison d'infirmer un précédent pour cause d'érosion des fondements par un changement juridique important¹⁰⁹. Ici, on le voit, il y a chevauchement entre la première et la troisième catégorie de raisons.

Bref, si l'omission ou l'erreur concerne un élément central de l'interprétation, comme le texte ou l'objet, on peut présumer qu'elle constituera une raison suffisante pour infirmer le précédent; a fortiori, si on est dans l'absence de tous les ingrédients, sauf un, comme ce fut le cas dans *Ford*. En effet, l'exemple le plus frappant de renversement pour défaut d'avoir appliqué l'analyse téléologique est sans doute l'affaire *Health Services*, où l'absence d'analyse téléologique a été prise en défaut et a alimenté les doutes sérieux au sujet de la trilogie du droit du travail, conduisant à son renversement¹¹⁰.

L'arrêt *Ford* s'éloigne en effet considérablement des canons de l'interprétation constitutionnelle en vigueur en 1988. La Cour suprême était bien au courant que la méthode d'interprétation constitutionnelle à privilégier était la méthode téléologique (elle a d'ailleurs recours, dans *Ford*,

109 *John Howard Society*, *supra* note 101 aux para 33–38.

110 *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn c Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27 au para 30 [*Health Services*]. Dans cette affaire, le principal motif justifiant le fait de renverser la trilogie de droit du travail (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb)*, 1987 CanLII 88 (CSC) [*Renvoi PSERE Alberta*]; *AFPC c Canada*, 1987 CanLII 89 (CSC); *SDGMR c Saskatchewan*, 1987 CanLII 90 (CSC)) est qu'elle a mis en place une interprétation non téléologique de l'article 2(d). La Cour s'exprime ainsi :

Le doute le plus sérieux quant à la validité de la jurisprudence antérieure résulte du fait que les juges majoritaires dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* et dans *IPFPC* ont défini l'étendue de la liberté d'association en adoptant une approche insensible à son contexte, contrairement à l'interprétation téléologique donnée à d'autres garanties reconnues par la *Charte*. Cette méthode a pour effet d'amputer l'étude de cette garantie constitutionnelle de l'analyse de son objet [nos italiques] (voir *Health Services*, *supra* note 110 au para 30).

Notons par ailleurs que pour le juge Rothstein dans *Fraser* (*supra* note 90 au para 212), l'arrêt *Health Services* est lui-même entaché d'une erreur d'interprétation téléologique importante. Comme l'a souligné l'un des évaluateurs anonymes, l'analyse téléologique ne garantit pas un résultat particulier.

à cette méthode lorsqu'elle interprète les articles 2(b) de la *Charte canadienne* et 3 de la *Charte québécoise*)¹¹¹. On savait, en particulier, qu'une disposition constitutionnelle devait être interprétée selon la méthode moderne et téléologique, en vertu non seulement du texte, mais aussi du contexte, de l'intérêt qu'elle vise à protéger, de son historique, et des principes constitutionnels sous-jacents. En effet, il était acquis que même si le texte était important, il n'était pas le seul élément de l'analyse téléologique. Même l'objectif que cherche à atteindre une disposition, la pierre angulaire de l'interprétation constitutionnelle, ne peut à lui seul déterminer le sens d'une disposition constitutionnelle. Une analyse purement textuelle d'une disposition constitutionnelle s'écarterait donc des précédents. Aujourd'hui comme hier, la méthode téléologique doit s'appliquer à tout document constitutionnel, et, au sein de la *Charte*, à toutes ses dispositions¹¹².

Dans *Ford*, l'interprétation de l'article 33 s'étale succinctement des pages 741 à 745. Ni l'historique ni le contexte ne sont examinés; on a tenté sans succès d'amener la Cour à évaluer l'objet de l'article. Comme dit précédemment, les parties ont exposé diverses missions que pourrait viser l'article 33 de la *Charte*. Pour certains, le but de l'article 33 est de traduire « l'importance que continue de revêtir la souveraineté des législatures »; pour d'autres, c'était plutôt de faire « ressortir la gravité de la décision du législateur de déroger à des droits et libertés garantis, décision qu'il est important de ne prendre que dans le cadre d'un processus démocratique éclairé »¹¹³. Mais la Cour a refusé d'examiner l'objet de la disposition, exprimant l'opinion que, selon elle, ces « deux perspectives ne sont pas particulièrement pertinentes ou utiles dans l'interprétation des exigences posées par l'art. 33 »¹¹⁴.

Le refus de la Cour suprême du Canada d'examiner l'objet de l'article 33, et l'omission d'inclure tous les autres éléments de l'analyse téléologique mis à part le texte, constituent un écart important des précédents

111 La Cour cite les arrêts *Big M Drug Mart* (*supra* note 16) et *Hunter* (*supra* note 16) pour analyser l'étendue de la liberté d'expression et déterminer si elle inclut la liberté d'expression commerciale (voir *Ford*, *supra* note 4, aux pp 751, 766, 774).

112 *UR Pride SKCA*, *supra* note 9 aux paras 61–63.

113 *Ford*, *supra* note 4 à la p 740.

114 *Ibid.*

établissant les règles de l'interprétation constitutionnelle justifiant d'infirmar cette partie des motifs de la Cour.

Une objection pourrait être soulevée à laquelle nous devons nous attarder : est-il possible que la Cour suprême ait implicitement jugé que l'article 33, à l'instar des dispositions de *manner and form* que l'on retrouve dans des lois quasi constitutionnelles, ne peut imposer *que* des conditions de forme? Et qu'il était donc inutile de recourir à la méthode téléologique? Nous ne le croyons pas. La méthode téléologique doit être utilisée non seulement lorsqu'une disposition de la *Charte* protégeant un droit est en cause, comme nous l'enseignent les affaires *Big M Drug Mart* et *Hunter c. Southam*, mais aussi lorsqu'on interprète d'autres dispositions plus structurelles, comme les articles 24¹¹⁵, 25¹¹⁶ et 32¹¹⁷. Autrement dit, l'interprétation constitutionnelle de ces dispositions ne s'éloigne pas de la règle générale, qui est celle de l'interprétation large, libérale et téléologique¹¹⁸. Il en va de même de l'article 33¹¹⁹.

Par ailleurs, il est vrai que selon la théorie constitutionnelle classique propre au parlementarisme de type Westminster¹²⁰, un parlement ou une législature ne peut s'imposer, pour l'avenir, que des contraintes relatives

115 *Power*, *supra* note 64 au para 37.

116 *Dickson c Vuntut Gwitchin First Nation*, 2024 CSC 10 au para 113 [*Dickson*].

117 *Ibid* au para 42.

118 *Doucet-Boudreau c Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62 au para 23 [*Doucet-Boudreau*]. Voir aussi *UR Pride SKCA* (*supra* note 9 aux para 61–63), sur l'uniformité des principes d'interprétation constitutionnelle et la primauté de la méthode téléologique.

119 *UR Pride SKCA*, *supra* note 9 aux para 61–63. C'est d'ailleurs cette méthode que la Cour d'appel, dans cette affaire, emploie afin d'interpréter l'article 33 de la *Charte* et de statuer sur le pouvoir déclaratoire du tribunal en contexte de dérogation. Le fait qu'il s'agisse d'une disposition de mode et de forme n'empêche donc pas de recourir à l'analyse téléologique.

120 Pour une explication du fonctionnement des clauses de mode et de forme au Canada, voir François Chevrete, « Quasi-constitutionnalité ascendante et quasi-constitutionnalité descendante: Réflexions sur deux "inventions" juridiques canadiennes » dans Brigitte Lefebvre, dir, avec la collaboration de Sylvie Berthold, *Mélanges Roger Comtois*, Montréal, Thémis, 2007, 165 aux pp 170–74. Voir aussi Noura Karazivan, « Cooperative Federalism vs Parliamentary Sovereignty: Revisiting the Role of Courts, Parliaments, and Governments » dans Alain-G Gagnon et Johanne Poirier, dir, *Canadian Federalism and Its Future: Actors and Institutions*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2020, 291 aux pp 315–16.

au mode d'adoption ou à la forme de la législation future. Cette doctrine prend sa source dans la distinction forme/substance¹²¹.

La doctrine du *manner and form* porte sur « l'efficacité juridique d'une technique qu'une *législature* peut employer afin de rendre ses lois moins vulnérables aux altérations futures » [notre traduction]¹²². Ces clauses sont insérées dans des lois ordinaires, bien que quasi-constitutionnelles de nature¹²³, comme l'article 1 de la *Déclaration canadienne des droits* et l'article 52 de la *Charte québécoise*. Ces lois risqueraient autrement d'être implicitement abrogées par une loi ultérieure en contradiction avec l'une de leurs dispositions. Pour éviter ce résultat, on ajoute, au sein de ces lois ordinaires mais quasi constitutionnelles, une disposition dite de *manner and form*.

Nous reconnaissons qu'aucune référence explicite à la doctrine du *manner and form* ne figure dans l'opinion de la Cour suprême dans *Ford*. Néanmoins, l'importance accordée à cette distinction dans les motifs de la Cour (la Cour fait référence aux expressions « conditions de pure forme et non pas de fond », « exigences de forme », « mode d'édiction » et « condition de forme ») laisse croire que cette doctrine a joué un rôle dans les motifs de la Cour.¹²⁴ Il est toutefois erroné de mettre sur un pied

121 Sur la distinction entre la forme et la substance, voir Han-Ru Zhou, « Revisiting the “Manner and Form” Theory of Parliamentary Sovereignty » (2013) 129 Law Q Rev 610 aux pp 614–15. Cette distinction remonte au fait qu'au Royaume-Uni (contrairement au Canada qui dispose d'une constitution écrite, suprême et enchâssée), les tribunaux peuvent « questionner la validité d'une loi sur le plan de sa forme, mais non de sa substance » [notre traduction] (*ibid* à la p 615). Au sujet de cette distinction entre la forme et la substance, Zhou rappelle que

le cœur des conditions de mode et de forme réside dans la distinction entre une exigence formelle (ou procédurale) et une exigence substantielle. Pour promulguer une loi valide, le Parlement doit suivre la procédure applicable en vigueur à ce moment-là. Toutefois, le Parlement souverain reste théoriquement libre d'adopter toutes les nouvelles règles de procédure qu'il souhaite [...] La seule chose que le Parlement ne peut effectivement adopter est une règle qui affecte ses pouvoirs législatifs substantiels [notre traduction] (*ibid* à la p 615).

122 *Ibid* à la p 626.

123 Sur l'exigence que la loi soit un « document quasi constitutionnel » ou de « nature constitutionnelle », voir aussi *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C-B)*, [1991] 2 RCS 525 à la p 563, 1991 CanLII 74 (CSC).

124 *Ford*, *supra* note 4 aux pp 737, 740.

d'égalité l'article 33 et les dispositions équivalentes insérées dans des lois quasi constitutionnelles : l'article 33 *peut* être interprété, au terme de l'analyse téléologique, comme n'imposant *que* des conditions de forme. Par contre, une telle conclusion ne va pas de soi non plus. Comme le signale le professeur Chevrete, la question du mode et de la forme n'est pas pertinente en présence d'un document constitutionnel :

Tout ce débat, évoqué précédemment, concernant la question de savoir si le parlement peut se lier pour l'avenir est évidemment et par définition sans pertinence si l'on est en présence d'un document constitutionnel. La hiérarchie des normes fait que pareil document a prépondérance sur les lois et que les distinctions entre forme et fond, lois existantes et lois futures ne sont ici d'aucune pertinence.¹²⁵

Par contraste, pour que les dispositions de dérogation des lois quasi constitutionnelles soient valides, ou qu'elles produisent les effets voulus, elles *doivent* n'imposer que des exigences de mode et de forme.

ii. Le défaut de prendre en considération les principes constitutionnels implicites

Auparavant, la jurisprudence en matière de *stare decisis* horizontal laissait croire que la Cour suprême pouvait infirmer l'un de ses propres jugements s'il mettait en cause « des principes fondamentaux touchant aux droits de la personne et du citoyen » [notre traduction]¹²⁶. Il s'agit en effet du huitième critère élaboré par la professeure Parkes dans son article qui guidait les juges concordants dans l'arrêt *Fraser*, lorsqu'ils énuméraient les facteurs à soupeser pour que la Cour suprême infirme un de ses précédents¹²⁷. Il est vrai que ce critère n'a pas été repris dans la grille nouvellement remaniée par les juges Wagner, Brown, Côté et Rowe dans l'arrêt *Kirkpatrick*.

125 Chevrete, *supra* note 121 à la p 174.

126 Voir Debra Parkes, « Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada » (2006) 32:1 Man LJ 135 à la p 149, citant Bruce Harris, « Final Appellate Courts Overruling Their Own 'Wrong' Precedents: The Ongoing Search for Principle » (2002) 118 Law Q Rev 408 à la p 426.

127 *Fraser*, *supra* note 89 au para 137, juges Rothstein et Charron, dissidents en partie.

Cette notion de « principes fondamentaux touchant aux droits de la personne » n'est pas sans rappeler le principe de la protection des minorités, reconnu comme un principe constitutionnel inhérent ayant un plein effet juridique dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*¹²⁸ et qui sera examiné dans la prochaine partie, en même temps que les autres principes constitutionnels implicites.

L'argument que nous soutenons n'est pas que l'avènement de ces principes ait provoqué une transformation du droit nécessitant la réouverture d'un précédent conformément au troisième critère de la grille de l'arrêt *Kirkpatrick*. Comme mentionné plus haut, la reconnaissance judiciaire de ces principes implicites prédate l'arrêt *Ford*.

Néanmoins, le rôle qu'ils ont joué dans des jugements récents portant sur l'interprétation de dispositions névralgiques de la Constitution met en lumière le défaut d'interpréter une disposition aussi cruciale que l'article 33 en dépit, en isolement et en complète déconnexion de ces principes. Du *Renvoi relatif au rapatriement*¹²⁹ jusqu'aujourd'hui, les principes constitutionnels implicites ont occupé une place proactive, même si pas toujours constante¹³⁰, dans l'interprétation de dispositions constitutionnelles.

Il y a évidemment un recoupement avec le premier motif d'erreur, puisque les principes implicites *font partie* de l'analyse téléologique selon les juges majoritaires dans *Power*; en effet, avant de débiter l'interprétation de l'article 24(1) de la *Charte*, ils ont affirmé que l'approche téléologique « *tient compte des principes constitutionnels* » [nos italiques]¹³¹, une

128 *Supra* note 103 aux para 79–82.

129 *Supra* note 103 aux pp 844–45.

130 Dans *Comeau*, la Cour rappelle que les principes sous-jacents « peuvent être utiles » à l'interprétation des dispositions constitutionnelles. En l'espèce, toutefois, le fédéralisme s'était révélé « primordial » (voir *Comeau*, *supra* note 104 aux para 52, 77). Pour un examen de l'usage stratégique, l'abandon et le regain d'intérêt pour les principes implicites à travers la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, voir David Schneiderman, « Unwritten Constitutional Principles in Canada: Genuine or Strategic? » dans Rosalind Dixon et Adrienne Stone, dir, *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2018, 517 à la p 518.

131 *Power*, *supra* note 64 au para 27. Voir aussi *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 SCC 32 aux para 25–26.

opinion que ne réfutent pas les juges dissidents¹³². Ainsi, après avoir examiné le texte de la disposition, la Cour s'est attardée à l'examen de la souveraineté parlementaire, de la séparation des pouvoirs, et de la primauté du droit et du constitutionnalisme dans le but de déterminer la compatibilité ou l'incompatibilité des interprétations du paragraphe 24(1) proposées par les diverses parties avec ces principes¹³³.

Le rôle précis qu'ils jouent (ou devraient jouer¹³⁴) dans l'interprétation constitutionnelle fluctue certainement, mais dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, la Cour rappelle que « l'interprétation constitutionnelle doit reposer sur les principes de base de la Constitution, tels le fédéralisme, la démocratie, la protection des minorités, ainsi que le constitutionnalisme et la primauté du droit » [nos italiques]¹³⁵. Encore récemment, les principes constitutionnels ont joué un rôle important dans l'interprétation de l'article 25 de la *Charte*¹³⁶. On peut donc se poser la question du caractère adéquat de l'analyse que fait la Cour suprême du Canada de

132 *Power*, *supra* note 64. Pour les juges dissidents, les principes implicites « guident l'interprétation des composantes qui forment la Constitution » (*ibid* au para 267). Ils jouent deux rôles : aider à « interpréter la Constitution » et « combler [s]es lacunes » (*ibid* au para 265). Voir aussi, sur ce double rôle, *Toronto*, *supra* note 58 aux para 55–56.

133 La majorité de la Cour a conclu que ces principes « militent contre une immunité absolue » de l'État à l'encontre de réclamations en dommages-intérêts à la suite de l'invalidation d'une loi (voir *Power*, *supra* note 64 au para 93). L'immunité absolue est également contraire à l'objet et au texte de l'article 24(1) de la *Charte canadienne* (*ibid* au para 95).

134 La littérature sur le rôle des principes implicites dans l'interprétation constitutionnelle inclut, entre autres, les contributions suivantes : Han-Ru Zhou, « Legal Principles, Constitutional Principles, and Judicial Review » (2019) 67:4 Am J Comp L 889; Jean Leclair, « Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles » (2002) 27:2 Queen's LJ 389; Schneiderman, *supra* note 115; Vanessa A MacDonnell, « Rethinking the Invisible Constitution: How Unwritten Constitutional Principles Shape Political Decision-Making » (2019) 65:2 RD McGill 175; Mark Walters, « Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism » dans Grant Huscroft, dir, *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2008, 245; Peter C Oliver, « "A Constitution Similar in Principle to That of the United Kingdom": The Preamble, Constitutional Principles, and a Sustainable Jurisprudence » (2019) 65:2 RD McGill 207.

135 *Supra* note 131 au para 25.

136 *Dickson*, *supra* note 116 aux para 108–09, 129.

l'article 33 de la *Charte* dans l'arrêt *Ford*, une analyse qui ignore entièrement les principes constitutionnels.

En résumé, nous soutenons que dans l'arrêt *Ford*, la Cour suprême a omis d'évaluer les éléments non textuels essentiels à l'interprétation d'une disposition phare de la Constitution, tels que son objet et l'intention du constituant, et qu'elle a omis d'interpréter l'article 33 de la *Charte* à la lumière des principes constitutionnels implicites.

Pour que ces erreurs rendent le prononcé de la Cour sujet à renversement, elles doivent être appuyées par la démonstration que sans ces erreurs, le résultat de l'analyse de la Cour aurait été différent. Bref, que ces erreurs ne sont pas seulement théoriques. Comme nous le verrons dans la prochaine partie, c'est le cas. Il s'avère que si la Cour suprême dans *Ford* avait effectué une analyse téléologique conforme aux règles de l'art, et si elle avait intégré les principes constitutionnels à son analyse, son interprétation de la disposition de dérogation de la *Charte* aurait été fort différente. Autrement dit, comme nous le verrons dans la partie II, elle n'aurait certainement pas conclu que l'article 33 permet une dérogation machinale, sans aucune justification, au sein d'une loi omnibus soustrayant potentiellement tout le corpus législatif d'une province aux droits les plus fondamentaux. La *Charte*, comme toute la constitution, n'appartient pas aux assemblées législatives, qui ne peuvent retirer la police d'assurance qu'elle confère à la population sans même donner de raison.

Infirmier, ou du moins, reconsidérer substantiellement l'interprétation de l'article 33 telle qu'elle fut lapidairement élaborée dans l'arrêt *Ford* est une décision difficile à prendre, peut-être risquée¹³⁷, mais, à notre avis, elle s'impose, et doit l'être ouvertement. Non seulement le texte ne soutient-il pas l'interprétation qu'en a fait la Cour suprême en 1988, mais l'objet, l'intention du constituant et les principes militent en faveur du caractère exceptionnel de ce pouvoir. Afin de donner effet à ce caractère exceptionnel, la reconnaissance de certaines balises à son exercice est essentielle.

137 Elle pourrait, selon certains, provoquer une crise constitutionnelle (voir Stéphane Sérafin, « Legal Activists Put the 'Notwithstanding Clause' at Risk », *National Post* (24 juillet 2024) en ligne : <nationalpost.com> [perma.cc/AMG6-YYQY]).

II. ESQUISSE UNE ANALYSE TÉLÉOLOGIQUE DE L'ARTICLE 33

A. Les paramètres de l'analyse téléologique

La Cour suprême du Canada a plusieurs fois explicité la méthode d'interprétation constitutionnelle à privilégier en matière de *Charte*¹³⁸.

De manière générale, les tribunaux analyseront d'abord le texte de la disposition; puis, ils s'attarderont au but qu'elle cherche à atteindre, à l'intention du constituant (ou des constituants) et à l'historique, ainsi qu'au contexte, c'est-à-dire au rapport entre la disposition et le reste de la Constitution canadienne, incluant les principes constitutionnels implicites. En effet, comme dit précédemment, les dispositions constitutionnelles doivent être lues en harmonie avec le reste de la Constitution.

Le texte est le premier indice à prendre en compte dans l'analyse téléologique. Mais si le texte constitue un élément essentiel de l'analyse constitutionnelle, et son point de départ, l'objet véritable demeure un élément essentiel de l'analyse. C'est lui qui constitue la limite externe de l'interprétation constitutionnelle. Cela ressort de la récente mise en garde de la Cour suprême du Canada: l'interprétation téléologique doit être circonscrite par l'objet de la disposition, et le fait de commencer l'analyse avec le texte permet de demeurer dans les confins *de cet objet* :

pareille interprétation [téléologique] ne doit pas aller au-delà (ni, d'ailleurs, rester en deçà) de l'objet véritable du droit [notes omises]. Le fait de donner préséance au texte — c'est-à-dire de respecter l'importance qui lui est reconnue comme premier facteur à prendre en compte dans une interprétation téléologique — permet d'éviter d'aller au-delà de l'objet du droit¹³⁹.

Ainsi, selon l'approche téléologique en vigueur depuis l'arrêt *Big M Drug Mart*¹⁴⁰ jusqu'aujourd'hui, l'interprétation constitutionnelle doit

138 Voir généralement Vanessa MacDonnell, « The Enduring Wisdom of the Purposive Approach to Charter Interpretation » dans Howard Kislowicz, Kerri A Froc et Richard Moon, dir, *Canada's Surprising Constitution: Unexpected Interpretations of the Constitution Act, 1982*, Vancouver, UBC Press, 2024, 369.

139 *Québec (PG) c 9147-0732 Québec inc*, 2020 CSC 32 au para 10 [*Québec inc*].

140 *Supra* note 16.

tenir compte non seulement du texte, mais aussi « du contexte historique, des vastes objectifs de la Charte et, s'il y a lieu, du sens et de l'objet des droits connexes garantis par la Charte »¹⁴¹.

Pour interpréter l'article 33 en suivant l'analyse téléologique, nous allons donc procéder comme suit : dans l'ordre seront examinés le texte, l'historique et l'intention, l'objet, et finalement, la compatibilité avec les principes implicites.

1. Le texte

Selon la Cour suprême dans *Ford*, les mots utilisés à l'article 33 ne contiennent pas de limites substantielles à l'utilisation de la disposition de dérogation. Restaurant l'interprétation textualiste du juge Deschênes de la Cour supérieure, la Cour suprême écarte l'analyse du texte offerte par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Alliance des professeurs*¹⁴², une analyse explicitée dans la première partie de cet article et à laquelle nous référons le lecteur.

Nous endossons cette analyse de la Cour d'appel du Québec. De notre point de vue, le choix des mots employés par le Constituant ne soutient pas l'usage machinal que la Cour suprême autorise explicitement :

Dérogation par déclaration expresse

33 (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.

Effet de la dérogation

(2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte.

Durée de validité

141 *Québec inc*, *supra* note 139 au para 13.

142 *Ford*, *supra* note 4 aux pp 737–40.

(3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur [nos italiques]¹⁴³

À sa face même, l'expression « une loi » semble inférer que le législateur doit insérer sa dérogation dans *une* loi, et non dans un ensemble de lois ou dans plusieurs lois en même temps. Qui plus est, l'expression « celle-ci ou une de ses dispositions » renforce la suggestion que le Constituant n'a pas envisagé, voire a voulu exclure, l'usage d'une loi omnibus, qui permettrait à un ensemble de lois de déroger en bloc à la *Charte*, mais qu'il considérerait plutôt un usage défini, ciblé et non systématique du pouvoir de déroger.

Selon le libellé de l'article 33, le législateur doit de plus déclarer que cette loi, ou une partie de ses dispositions, déroge à *une disposition donnée* de la *Charte*. Les termes « une disposition donnée » au paragraphe 1 laissent entendre que la dérogation-type, qui réfère en bloc aux articles 2 et 7 à 15, ne peut être réconciliée avec une lecture textuelle. Cette interprétation est renforcée par la formulation retenue au paragraphe 2 : « a l'effet qu'elle aurait *sauf la disposition en cause* de la *Charte* » [nos italiques]. À notre avis, ces mots ne militent pas en faveur de l'autorisation d'user d'une disposition dérogatoire-type¹⁴⁴. Même si on accepte qu'une loi puisse déroger à plus d'un article de la *Charte*, il en va autrement de procéder en bloc, en dérogeant à tous les articles en même temps, quel que soit le rapport qu'ils entretiennent avec la loi, prétextant que le législateur pourrait ne pas être en mesure d'anticiper toutes les atteintes que sa loi causerait, et donc devrait se prévaloir d'une disposition dérogatoire-type.

Il nous semble que le texte de l'article 33 de la *Charte* ne confère pas le pouvoir à une législature ou au Parlement de déroger de manière machinale, par une disposition dérogatoire-type dispensant le législateur d'identifier une loi précise, et les droits constitutionnels spécifiques auxquels il entend déroger.

Selon nous, cette interprétation textuelle est soutenue par l'historique et l'intention du constituant.

143 Art 33 LC 1982, *supra* note 7.

144 Néanmoins, il convient de remarquer que l'article 33(2) de la *Loi d'interprétation*, dispose que « le pluriel ou le singulier s'appliquent, le cas échéant, à l'unité et à la pluralité » (LRC 1985, c I-21).

2. Historique législatif

Il faut noter qu'initialement, la disposition de dérogation revêt une forme tout autre que celle à laquelle plusieurs provinces et le gouvernement fédéral se sont ralliés le 5 novembre 1981.

À partir d'octobre 1979 et jusqu'en 1980, la disposition de dérogation qui faisait l'objet de discussions, à l'instar de celle que l'on retrouve dans le *Pacte international des droits civils et politiques*¹⁴⁵, prévoyait que son usage serait conditionnel à un état d'urgence¹⁴⁶. Elle était insérée à la fin de la section « Legal Rights » des divers projets de charte, alors que les droits fondamentaux, dans la section « Fundamental Freedoms », étaient assortis d'une disposition de justification qui ressemble à l'actuel article premier de la *Charte*.

Le 4 juillet 1980, la clause telle que présentée à la Conférence des ministres se lisait comme suit :

6. (3) In times of serious public emergency threatening life of country limits strictly required by circumstances may be placed on right to liberty and security, right against unreasonable searches and seizures, right against arbitrary interference with privacy, right against unauthorized detention or imprisonment, right to habeas corpus, right to reasonable bail, and right to fair hearing for determination of rights and obligations, but all other rights protected¹⁴⁷.

145 *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 187 art 4(1) (entrée en vigueur : 23 mars 1976, accession du Canada 19 mai 1976) [*PIDCP*].

146 Pour la version de janvier 1979, voir Meeting of Officials on the Constitution, *Canadian Charter of Rights and Freedoms, Federal [Draft]*, Doc 840-153/004, Ottawa, 11-12 janvier 1979. En octobre 1979, la clause se lisait comme suit :

6. (2) [i]n time of serious public emergency, the existence of which is officially proclaimed by or pursuant to a law enacted to deal with such circumstances or by a law specifically referring to this subsection, the rights mentioned in this section other than [...] may be derogated from to the extent strictly required by the circumstances of the emergency (voir Continuing Committee of Ministers on the Constitution, *Rights and Freedoms within the Canadian Federation Federal Draft*, Halifax, 22-23 octobre 1979).

147 Meeting of the Continuing Committee of Ministers on the Constitution, *Rights and Freedoms within the Canadian Federation, Discussion Draft*, Doc 830-81/027, Montréal, 8-11 juillet 1980.

Le 24 juillet 1980, le ministre Roger Tassé, qui présidait le Sous-comité des Officiers sur une Charte des droits, écrivait dans son rapport final au point 20(e) que peu de temps avait été alloué à la discussion de l'inclusion d'une disposition de dérogation, mais que celle-ci était envisagée de manière positive par la plupart des juridictions, qui « estimaient que, s'il était possible d'élaborer une clause dérogatoire appropriée, cela pourrait peut-être constituer une approche acceptable pour composer avec une Charte enchâssée dans la Constitution » [notre traduction]¹⁴⁸.

En août 1980, la discussion évolue : le rapport du sous-comité précise que l'appui envers la disposition de dérogation se maintient, bien que des doutes se soient fait entendre quant au caractère approprié d'une telle disposition. Puis le rapport ajoute, au paragraphe 10, que les provinces ont envisagé l'inclusion de certaines limites à l'exercice du pouvoir législatif de déroger, dont l'exigence selon laquelle « toute loi adoptée en vertu d'une disposition dérogatoire devait être adoptée par une majorité qualifiée de 60 % de l'organe législatif » [notre traduction], et la suggestion qu'une dérogation expire après cinq ans¹⁴⁹. Aucune discussion, toutefois, n'a eu lieu sur les catégories particulières de droits (fondamentaux ou judiciaires) auxquels la disposition de dérogation pourrait s'appliquer.

À partir de l'automne 1980, cette disposition semble disparaître des ébauches de la *Charte* qui ont été discutées en chambre ou soumises au comité mixte de la Constitution. Ce n'est qu'à la toute fin du processus qu'elle réapparaît. Le 5 novembre 1981, l'Accord constitutionnel prévoit à son article 3(b) « [u]ne clause dérogatoire couvrant les sections traitant des libertés fondamentales, des garanties juridiques et du droit à l'égalité. Chaque disposition dérogatoire devra être réadoptée au moins une fois tous les cinq ans » [notre traduction]¹⁵⁰.

Finalement, le *Fact Sheet* adopté le même jour définit la disposition de dérogation et précise la manière dont son mécanisme fonctionnera :

148 Voir Continuing Committee of Ministers on the Constitution, *Charter of Rights, Report by Sub-Committee of Officials*, Doc 830-84/031, 29 août 1980 (président: Roger Tassé) dans Anne Bayefsky, dir, *Canada's Constitution Act 1982 & Amendments: A Documentary History*, t 2, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1989, 661 à la p 664.

149 *Ibid* à la p 681.

150 Voir Federal-Provincial First Ministers' Conference, *First Ministers' Agreement on the Constitution*, Doc 800-15/021, Ottawa, 5 novembre 1981 dans Bayefsky, *supra* note 148, 904 à la p 904.

On entend par clause « nonobstant » une disposition qui permet à un corps législatif *de prévoir expressément qu'une disposition particulière sera valide* nonobstant le fait qu'elle entre en conflit avec une disposition précise de la Charte des droits et libertés. Le principe qui sous-tend cette clause est reconnu et retenu dans un certain nombre de déclarations des droits, telles que [...] [notre traduction, nos italiques et soulignements]¹⁵¹.

Cet historique permet de comprendre que le Constituant a d'abord envisagé le pouvoir dérogatoire comme limité à certains droits associés au processus judiciaire et exercé uniquement en situation d'urgence. Il a refusé d'assortir son exercice à une majorité renforcée, mais retenu l'idée d'une limite de temps; il a finalement décidé que la disposition de dérogation couvrirait à la fois les droits fondamentaux et les autres droits, et ne serait pas subordonnée à la proclamation d'un état d'urgence.

Cela étant dit, rien dans l'analyse de l'historique législatif ne permet de constater que les parties ont voulu conférer aux législatures ou au parlement le pouvoir de déroger de façon machinale, régulière ou banale aux droits fondamentaux.

3. Intention du constituant fédéral-provincial¹⁵²

Le premier élément à noter au sujet de l'intention du Constituant est le fait qu'il entrevoyait une utilisation du pouvoir de déroger de manière à cibler un droit, dans une loi, et non l'usage d'une disposition dérogatoire-type. Le deuxième paragraphe du *Fact Sheet* cité précédemment¹⁵³, corrobore cette conclusion :

How it would be applied

Tout texte législatif contrevenant à toute disposition précise de la Charte renfermerait une clause déclarant expressément qu'une disposition précise dudit texte législatif s'appliquera nonobstant

151 Voir Federal-Provincial First Ministers' Conference, *Fact Sheet: The Notwithstanding or Override Clause as Applied to the Charter of Rights and Freedoms*, Doc 800-15/022, Ottawa, 2-5 novembre 1980 dans Bayefsky, *supra* note 148 à la p 905 [*Fact Sheet*].

152 L'expression est de la Cour d'appel du Québec dans *Organisation mondiale sikhe*, *supra* note 12 à la p 181, nn 450-51.

153 Voir *Fact Sheet*, *supra* note 151.

une disposition précise de la Charte des droits et libertés [...] [notre traduction, nos italiques]¹⁵⁴.

Il est aussi possible de retracer dans les déclarations politiques l'intention du constituant de 1982 à l'égard de l'article 33 de la *Charte*. Il faut évidemment se rappeler la mise en garde servie par le juge Lamer dans *Motor Vehicle Act*, selon lequel la *Charte* n'est pas le fruit du travail de « quelques fonctionnaires »¹⁵⁵, lorsqu'on examine les déclarations et autres éléments de preuve de l'intention du constituant.

On a vu que la disposition telle qu'on la connaît aujourd'hui a été présentée assez tardivement aux députés pour débat. Néanmoins, les « quelques fonctionnaires » qui ont pris la parole semblent avoir été d'avis que les raisons d'adopter la disposition de dérogation tournent autour de l'intérêt public et la nécessité de se prémunir contre les situations absurdes. En revanche, les raisons de ne pas l'adopter, ou de la craindre, se rapportent à la menace qu'elle pose à l'égalité de tous les Canadiens.

Selon Richard Hatfield, premier ministre du Nouveau-Brunswick, la disposition de dérogation a quelque chose d'inquiétant. Il promet qu'il incitera l'Assemblée législative de sa province à ne pas utiliser la disposition de dérogation, puisqu'elle ferait ombrage à l'idée d'égalité de droits pour tous les Canadiens¹⁵⁶.

Roy McMurtry, procureur général de l'Ontario, avait, pour sa part, assuré que la disposition ne serait utilisée que « dans le cas fort peu probable » où une décision judiciaire irait à l'encontre de l'intérêt public. Dans un tel cas, l'article 33 permettrait « de rétablir l'équilibre entre les législateurs et les tribunaux ». Il se fiait sur la « responsabilité politique » [notre traduction] pour assurer qu'il n'y ait pas d'abus de la disposition de dérogation¹⁵⁷.

De son côté, Thomas S. Axworthy, secrétaire principal du premier ministre Pierre Elliott Trudeau, invoquait la parenté entre l'article 33 et

154 *Ibid.*

155 *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C-B)*, 1985 CanLII 81 au para 51 (CSC).

156 Conférence fédérale-provinciale des premiers ministres sur la Constitution, *Compte rendu textuel : Séance de l'après-midi du 5 novembre 1981*, Ottawa, 2-5 novembre 1981 à la p 114.

157 L'honorable R Roy McMurtry, « The Search for a Constitutional Accord – A Personal Memoir » (1982) 8:1/2 Queen's LJ 28 à la p 65.

les dispositions équivalentes des lois quasi constitutionnelles, comme la *Déclaration canadienne des droits* et les chartes provinciales. Le fait que ces dispositions n'ont été utilisées que très rarement semble une garantie que le même traitement sera réservé à l'article 33, auquel on n'aura nullement recours « à la légère » [notre traduction]¹⁵⁸.

Finalement, Jean Chrétien, alors ministre fédéral de la Justice, se serait exprimé comme suit, mettant l'accent sur le rôle de l'article 33 comme soupape de sûreté (« safety valve ») en misant sur la tradition de retenue jusqu'ici démontrée, une soupape qui ne serait utilisée que pour « corriger des situations absurdes », ou encore « dans les circonstances non controversées [...] pour que les assemblées législatives, plutôt que les juges, aient le dernier mot en ce qui a trait aux grandes questions d'intérêt public »¹⁵⁹.

À ces citations, on peut ajouter le témoignage d'Alan Blakeney, à l'époque premier ministre de la Saskatchewan, selon lequel l'article 33 avait comme fonction de rendre compte du fait que la *Charte canadienne* ne pouvait tout simplement pas codifier *tous* les droits; que certains droits, plutôt de nature économique et sociale – et non moins importants que les autres – demeureraient hors de son giron; et que parfois, le législateur ou le Parlement pourraient choisir de donner préséance à ces droits que Blakeney qualifie de « moraux » au détriment d'un droit constitutionnel enchâssé. En fait, selon Blakeney, ces droits ne peuvent que difficilement être rendus exécutoires par les tribunaux. Le fait qu'ils ne soient pas inscrits à même la *Charte canadienne* ne diminue en rien leur importance, et selon lui, si un conflit entre un droit enchâssé et un droit moral ou économique survient, la législature ou le Parlement doit pouvoir avoir le dernier mot sur l'ordonnancement de ces droits. En résumé, l'article 33 permet à une législature ou au Parlement de donner la priorité à certains droits moraux ou de définir ses politiques socio-économiques

158 Thomas S Axworthy, « Colliding Visions: The Debate Over the Charter of Rights and Freedoms 1980-1981 », dans Joseph M Weiler et Robin M Elliot, dir, *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1986, 21 à la p 24.

159 *Débats de la Chambre des communes*, 32-1, vol 12 (20 novembre 1981) aux pp 13042-43 (Hon Jean Chrétien).

en souhaitant incorporer dans son propre code de droits de la personne des droits que la *Charte canadienne* n'incorpore pas¹⁶⁰.

Ce qui ressort de ces citations et témoignages, qui ne forment d'ailleurs qu'un échantillon, c'est que les hommes politiques qui participaient au débat en 1980 et 1981 étaient d'avis que l'usage de la clause dérogatoire serait fait soit pour corriger une erreur, une situation absurde ou un décalage important entre une décision judiciaire et l'opinion publique¹⁶¹, soit pour donner le dernier mot au Parlement ou aux législatures sur une question fondamentale qui pourrait, par exemple, faire intervenir des droits qui ne seraient pas enchâssés dans la *Charte*.

Et quelle était l'intention du premier ministre de l'époque, Pierre Elliott Trudeau? On dit souvent de Trudeau qu'il était révolté par cette clause qu'on lui avait imposée¹⁶². Dans un article paru dans le journal *Le Devoir*, André Burelle précise qu'en réalité, Trudeau n'était pas opposé dans l'absolu à son usage dans les cas où les juges excéderaient leurs fonctions, c'est-à-dire que l'article 33 offrirait une garantie contre le « gouvernement par les juges »¹⁶³.

Bref, même si les usages anticipés varient parmi les divers intervenants, on peut dire sans risquer de se tromper qu'aucun intervenant n'a semblé souhaiter que l'article 33 devienne un instrument à usage quotidien ou banal. Il y a, dans toutes les interventions, un sous-entendu : c'est la rareté anticipée de l'usage du pouvoir dérogatoire.

Il est aussi vrai qu'on pensait que ce caractère exceptionnel allait être préservé par la retenue inhérente à notre système de gouvernement hérité

160 L'honorable Allan E Blakeney, « The Notwithstanding Clause, the *Charter*, and Canada's Patriated Constitution: What I Thought We Were Doing » (2010) 19:1 Const Forum Const 1 à la p 4.

161 Lorsque l'opinion publique, par exemple, serait très opposée à une décision judiciaire, ce pouvoir permettrait à la branche législative de garder le contrôle sur la politique législative. C'est une thèse qui a aussi été exposée par l'honorable Michel Bastarache (voir « Section 33 and the Relationship Between Legislatures and Courts » (2005) 14:3 Const Forum Const 1 à la p 2).

162 Sur le caractère « répugnant » du compromis, voir Pierre Elliott Trudeau, *Mémoires politiques*, Montréal, Le Jour, 1993 à la p 292.

163 André Burelle, « Que pensait Pierre Elliott Trudeau? », *Le Devoir* [de Montréal] (30 décembre 2021), en ligne : <ledevoir.com> [perma.cc/GVL4-4FJP].

du parlementarisme de Westminster¹⁶⁴. En effet, tel que vu plus haut, les parlementaires ont, à un moment, examiné la possibilité d’assujettir le pouvoir dérogatoire à certaines limites procédurales, comme un vote à la majorité renforcée du Parlement. Néanmoins, cette solution a été rapidement abandonnée. Le fait qu’aujourd’hui la retenue ne semble pas fonctionner avec autant d’efficacité que ce qui était anticipé ne suffit pas à mettre en doute l’intention du constituant de s’y fier.

4. Objet de l’article 33

Comme mentionné plus haut, la Cour suprême dans *Ford* a refusé d’examiner l’objet de l’article 33, invoquant le caractère peu pertinent ou utile de cette détermination¹⁶⁵. Dans cette section, nous allons tenter d’établir l’objet de l’article 33 de la *Charte*. La Cour d’appel du Québec dans *Organisation mondiale sikhe* laisse entendre que l’article 33 n’a qu’un objet, et que cet objet se confond avec l’effet de l’article 33, soit le fait de « permettre au Parlement et aux législatures d’adopter une loi nonobstant les droits et libertés énoncés à ses art. 2 et 7 à 15 »¹⁶⁶. Nous ne partageons pas cet avis. Selon nous, l’article 33 vise deux objets principaux : en matière de droits et libertés au Canada, il vise à favoriser un constitutionnalisme politique, d’abord, et pluraliste, ensuite.

164 Pour un exemple de la perception de cet héritage, voir les propos de la juge McLachlin sur les privilèges parlementaires :

On peut ajouter que l’histoire démontre qu’il y a peu de risques que le président abuse de son pouvoir de contrôler les débats de l’Assemblée, même au point d’exclure des étrangers. Le droit d’exclure des étrangers est reconnu au Royaume-Uni depuis des siècles et au Canada, depuis plus d’une centaine d’années et il n’a pas causé de problème. Et l’assemblée législative est toujours exposée à la sanction ultime, celle des électeurs (voir *New Brunswick Broadcasting Co c Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 RCS 319 aux pp 388–89, 1993 CanLII 153 (CSC), juge McLachlin [*New Brunswick Broadcasting*]).

165 Voir la discussion à la p 12, ci-dessus.

166 *Organisation mondiale sikhe*, *supra* note 12 au para 224. Pour démontrer cet objet et cet effet, une importance considérable est attribuée au fait que l’article 33 constitue le fruit du compromis fédéral-provincial conclu en novembre 1981 (*ibid* aux para 228–31).

i. Favoriser le constitutionnalisme politique

L'article 33 a pour objectif de mettre de l'avant un constitutionnalisme politique, par opposition au constitutionnalisme juridique¹⁶⁷. Il constitue un « trait d'union »¹⁶⁸ entre un système où, en matière de droits fondamentaux, la suprématie parlementaire triomphe et un système où les tribunaux se voient investis du pouvoir de déclarer inconstitutionnelles des lois qui portent atteinte à ces droits de manière injustifiée. Il constitue un passage entre le monde d'avant 1982 et le monde d'après.

Le fait que, pour des raisons d'intérêt public, une législature puisse vouloir déroger aux droits garantis par la *Charte*, tels qu'interprétés par les tribunaux, ne signifie pas qu'elle doit être traitée en paria. Les tribunaux peuvent errer, tout comme les législatures d'ailleurs. Comme le dit Dworkin, il n'est pas toujours nécessaire, dans une démocratie, que les juges possèdent ce pouvoir d'invalidier des lois¹⁶⁹. Si certains systèmes adoptent le « strong-form » *judicial review*, comme les États-Unis, d'autres adoptent une version plus ténue du contrôle, comme le Royaume-Uni¹⁷⁰, et plusieurs États se trouvent le long du spectre entre un contrôle robuste et un

167 Alors que le constitutionnalisme politique fait reposer sur les institutions parlementaires la responsabilité de protéger les droits fondamentaux (« framing rights and other constitutional norms and mechanisms within ordinary legislation »), le constitutionnalisme juridique investit les tribunaux de cette tâche en leur confiant le pouvoir d'invalidier des lois sur le fondement d'une déclaration des droits enchâssées (« with rights-based judicial review on the basis of an entrenched written constitution and bill of rights ») (voir Richard Bellamy, « A Genealogy of Political Constitutionalism in the UK, and Why Canadians Might Be Interested (and What the British Might Learn from Canada) » dans Noura Karazivan et Jean Leclair, dir, *L'héritage politique et constitutionnel de Pierre Elliott Trudeau*, Toronto, LexisNexis, 2020, 539 à la p 540).

168 L'expression est de Noura Karazivan et Jean-François Gaudreault-DesBiens (voir Noura Karazivan et Jean-François Gaudreault-DesBiens, « Rights Trivialization, Constitutional Legitimacy Deficit, and Derogation Clauses: the Example of Quebec's *Laïcité Act* » dans Karazivan et Leclair, *supra* note 167, 487 à la p 500).

169 Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 2011 à la p 398.

170 Le Royaume-Uni est souvent donné en exemple d'un état ayant adopté un contrôle judiciaire « faible ». Pour les divers modèles de contrôle judiciaire, voir James B Kelly, *Constraining the Court: Judicial Power and Policy Implementation in the Charter Era*, Vancouver, UBC Press, 2024 aux pp 23–25, citant Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008 à la p 34.

faible. Les nuances doivent être faites aussi, puisque certains systèmes qui ne reconnaissent pas le pouvoir des tribunaux d’invalider des lois font tout de même état d’une conformité générale du législateur avec des décisions judiciaires qui ne le lient pourtant pas formellement¹⁷¹.

Malgré la situation vulnérable dans laquelle l’article 33 semble placer les Canadiens du point de vue de la protection de leurs droits constitutionnels, il faut reconnaître que c’est un effet collatéral de son insertion dans la *Charte*. Cette disposition a pour objectif de permettre à la démocratie parlementaire de s’exprimer en donnant le fameux « dernier mot » aux législatures et au Parlement lorsqu’une interprétation distincte des droits fondamentaux s’impose, selon eux. Dans ce sens, il permet de revenir « à l’époque où l’équilibre à établir entre protection des droits et libertés et poursuite du bien commun était réputé relever avant tout de la responsabilité des élus et du pouvoir législatif ordinaire »¹⁷². Il consacre effectivement la souveraineté parlementaire en permettant aux élus, lorsqu’ils estiment qu’eux seuls ont la capacité institutionnelle de le faire, de décider de questions sociétales importantes¹⁷³.

Cet objectif de favoriser le constitutionnalisme politique et la démocratie parlementaire peut être recherché par tout État, qu’il soit unitaire ou fédératif, qui fait le choix de ne pas enchâsser une charte des droits et de s’en tenir à la sagesse et aux mécanismes de contrôle internes de la souveraineté parlementaire. Dans une fédération multinationale comme la nôtre, l’article 33 de la *Charte* remplit un second objectif tout aussi important : celui de permettre l’expression d’un constitutionnalisme pluraliste.

171 Voir Jeff King, « Parliament’s Role Following Declarations of Incompatibility under the Human Rights Act » dans Hayley J Hooper, Murray Hunt et Paul Yowell, dir, *Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit*, Londres (R-U), Hart Publishing, 2015, 165 aux pp 165–92. Par ailleurs, au Royaume-Uni, entre octobre 2000 et juillet 2023, 47 déclarations d’incompatibilité ont été rendues et, de celles-ci, 45 ont été entièrement traitées (voir R-U, Ministry of Justice, *Responding to Human Rights Judgments: Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government’s response to Human Rights Judgments 2022–2023* (Cm 958, 2023) à la p 43).

172 Jean Leclair, « Le recours aux clauses de dérogation aux droits et libertés dans un contexte fédéral : l’exemple canadien » (2023) 30 *Jus Politicum* 105 à la p 111 [Leclair, « Recours aux clauses de dérogation »].

173 Voir aussi *Ontario (PG)*, *supra* note 31 au para 240, juges Brown et Côté, dissidents.

ii. Favoriser un constitutionnalisme pluraliste¹⁷⁴

Le constitutionnalisme pluraliste propre aux sociétés fortement hétérogènes tranche avec l'uniformité généralement associée au constitutionnalisme libéral¹⁷⁵, reposant sur l'unicité du *démos* et qui peut s'illustrer concrètement comme suit :

rights are rights are rights. There is no such thing as inside rights and outside rights. No such thing as rights for the tall and rights for the short. [...] There are no partial rights. Rights are fundamental rights¹⁷⁶.

Le problème, comme le dit Simone Chambers, c'est que « [e]veryone wants a Bill of Rights, but not everyone understands rights in the same way »¹⁷⁷. Elle va plus loin : les Constitutions, selon elle, « should reflect diversity in their rights statements »¹⁷⁸. Son idée maîtresse est que la Constitution doit refléter le pluralisme sociétal, et non tenter de l'aplanir. La Constitution doit respecter les multiples identités qui composent l'ordre politique afin que chaque personne puisse s'y reconnaître, pour que chaque personne puisse s'y retrouver¹⁷⁹.

En fait, la possibilité que des entités fédérées puissent avoir une conception variable des droits socio-économiques, et même des droits fondamentaux, ainsi que de leurs limites est intrinsèque aux valeurs que

174 Luc B Tremblay offre une définition de ce concept (voir Luc B Tremblay, « Le constitutionnalisme à l'heure du pluralisme et du multiculturalisme » (2017) 31 RRJ 1869 aux pp 1880–1901).

175 Pour une comparaison entre constitutionnalisme pluraliste et libéral, voir *ibid* aux pp 1875–76, 1881–83.

176 La citation, attribuée au député Clifford Lincoln du gouvernement de Robert Bourassa, est rapportée par Erna Paris (voir Erna Paris, « After Decades of Playing Charter Chicken, Canada Is Now Home to What Is Effectively an Illiberal Democracy », *The Globe and Mail* (17 mai 2021), en ligne : <theglobeandmail.com> [perma.cc/UV9B-YN8H]).

177 Simone Chambers, « New Constitutionalism: Democracy, Habermas, and Canadian Exceptionalism » dans Ronald Beiner et Wayne Norman, dir, *Canadian Political Philosophy: Contemporary Reflections*, Toronto, Oxford University Press, 2001, 63 à la p 63.

178 *Ibid*.

179 Simone Chambers, « Democracy, Popular Sovereignty, and Constitutional Legitimacy » (2004) 11:2 *Constellations* 153 à la p 159.

promeut le fédéralisme. Une certaine *inégalité* est donc inhérente au fédéralisme¹⁸⁰.

L'inégalité (ou l'asymétrie) peut résulter de divers scénarios¹⁸¹ : la charte d'un État fédéré peut prévoir un droit que la charte fédérale ne protège pas; elle peut prévoir le même droit, mais l'assujettir à une interprétation différenciée sur laquelle seuls ses tribunaux ont juridiction¹⁸²; elle peut définir différemment les conditions d'exercice d'un droit constitutionnel. Par exemple, la *Charte québécoise* protège expressément le droit à la dignité et les droits économiques et sociaux, contrairement à la *Charte canadienne*¹⁸³. En Suisse, certains cantons reconnaissent le droit de vote aux étrangers, alors que d'autres cantons le restreignent aux citoyens suisses; certains cantons abaissent l'âge légal pour voter à 16 ou 17 ans, alors que la Constitution suisse l'établit à 18 ans. Qu'on le veuille ou non, « the consequence of extra efforts by subnational actors is inequality »¹⁸⁴.

180 Eva Maria Belser, « Why the Affection of Federalism for Human Rights is Unrequited and How the Relationship Could Be Improved » dans Eva Maria Belser et al, dir, *The Principle of Equality in Diverse States: Reconciling Autonomy with Equal Rights and Opportunities*, Leiden, Brill Nijhoff, 2021, 62 aux pp 62–63.

181 Sur les divers types d'interactions entre les chartes des droits dans les fédérations, voir Francesco Palermo et Karl Kössler, *Comparative Federalism: Constitutional Arrangements and Case Law*, Oxford, Hart Publishing, 2017 à la p 344. Voir aussi Matteo Monti, « Subnational Constitutions Between Asymmetry in Fundamental Rights Protection and the Principle of Non-Discrimination: A Comparison Between Belgium (Charter for Flanders) and Switzerland » (2019) 11:1 Perspectives on Federalism E-1 aux pp E-13 à E-15.

182 Palermo et Kössler, *supra* note 181 à la p 344, citant l'exemple américain.

183 Pour d'autres aspects distinctifs de la Charte québécoise, voir Pierre Bosset, « La Charte des droits et libertés de la personne dans l'ordre constitutionnel québécois : évolution et perspectives », Conférence de lancement de l'Association québécoise de droit constitutionnel, présentée à l'hôtel du Parlement du Québec, 27 juin 2005 [non publiée], en ligne : <cdpdj.qc.ca> [perma.cc/AQB2-RTL4] à la p 8. Voir aussi Michel Coutu et Pierre Bosset, « Étude n° 6 : la dynamique juridique de la Charte » dans Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Après 25 ans – La Charte québécoise des droits et libertés – Bilan et recommandations*, vol 2, Québec, CDPDJ, 2003, 247 aux pp 267–84, en ligne : <bibliotheque.assnat.qc.ca> [perma.cc/PM6D-LDLZ].

184 Belser, *supra* note 180 aux pp 85–86.

Dans la plupart des fédérations, la charte d'un État fédéré ne peut toutefois pas aller en deçà des protections que la charte fédérale codifie¹⁸⁵, bien que la question de savoir si un instrument infranational bonifie ou réduit un droit puisse être difficile à résoudre¹⁸⁶. La situation où la protection d'un droit conférée par une entité fédérée va *moins* loin que celle conférée par l'instrument fédéral ne peut exister, selon Palermo et Kössler, excepté au Canada avec la disposition de dérogation¹⁸⁷. Dans les autres cas, le conflit est résolu en donnant préséance à la charte fédérale.

Dans les fédérations qui ont adopté une charte des droits, on jongle depuis toujours avec cette question de l'accommodement de la diversité des perspectives au sein de la fédération et de l'incidence de cette diversité sur le principe d'égalité lorsque les droits garantis par les divers instruments varient¹⁸⁸. Tous dépourvus d'article 33 ou de son équivalent, les systèmes fédéraux qui se sont dotés d'une charte constitutionnalisée n'ont pas cette possibilité d'accommoder le véritable constitutionnalisme pluraliste qu'exige une fédération multinationale.

Or, le système canadien *offre* cette possibilité. L'article 33 permet aux entités fédérées (et à l'entité fédérale) de mettre de l'avant soit une interprétation différente des droits, soit de mettre l'accent sur d'autres droits, voire d'aller *moins loin* dans la protection d'un droit en particulier.

185 C'est le principe de protection fédérale minimale, ou « paradigm of the minimum floor » (les États fédérés peuvent aller au-delà, mais pas en-deçà, des protections minimales que procure le *Bill of Rights* américain) aux États-Unis, et *Mindeststandard* en droit allemand (sur ce dernier élément, voir Monti, *supra* note 181 à la p 15). Un peu partout, ce principe pose de grandes difficultés d'application (Belser, *supra* note 180 aux pp 83–92). Il n'est pas explicitement adopté en droit canadien, même s'il est implicite de par l'article 52 de la LC 1982 (*supra* note 7).

186 Belser donne l'exemple de lois cantonales qui limitent le port de la burka, et donc la liberté de manifester sa religion, mais qui bonifient, selon les législateurs, l'égalité des genres (*supra* note 180 à la p 89).

187 Palermo et Kössler, *supra* note 181 aux pp 330–31, 342. Voir aussi Monti, *supra* note 181 à la p 15.

188 Voir généralement Patricia Popelier et al, *Routledge Handbook of Subnational Constitutions and Constitutionalism*, Milton Park (R-U), Routledge, 2022; Céline Fercot, « Perspectives on Federalism: Diversity of Constitutional Rights in Federal Systems: A Comparative Analysis of German, American and Swiss Law » (2008) 4:2 *European Constitutional L Rev* 302. Voir aussi G Allan Tarr, « Subnational Constitutions and Minority Rights: A Perspective on Canadian Provincial Constitutionalism » (2008) 2 *R québécoise dr constl* 174 aux pp 192–93.

Comme le laisse entendre Andrei Marmor, l'article 33 pourrait très bien être ce dont les sociétés (fédérales) ont besoin « afin de mitiger les contraintes liées au pluralisme » [notre traduction]¹⁸⁹.

Le constitutionnalisme pluraliste permet de reconnaître que certains droits qui ne figurent pas nécessairement dans l'instrument national fédéral doivent être valorisés, voire inclus dans une charte quasi constitutionnelle. Il permet, par l'article 33, que des choix différents soient exercés par les législatures¹⁹⁰. Il y aura forcément une couverture variable à travers la fédération : ce qui est le cas dans toute fédération. Au Canada, ce pluralisme est déjà partiellement reconnu à travers l'interprétation contextualisée des limites aux droits en vertu du test de justification de l'article premier de la *Charte*, mais aussi par l'inclinaison que les provinces peuvent donner à l'interprétation de la portée des droits fondamentaux dans un contexte provincial donné¹⁹¹. Les procureurs généraux provinciaux jouent d'ailleurs un rôle important en matière de façonnement des libertés fondamentales et de leurs limites au moyen de leurs

189 L'expression employée est « mitigate pluralism's concerns » (voir Andrei Marmor, « Are Constitutions Legitimate? » (2007) 20:1 Can JL & Jur 69 aux pp 77, 94).

190 Voir Dwight Newman, « Canada's Notwithstanding Clause, Dialogue, and Constitutional Identities » (7 juin 2017) à la p 15, en ligne : <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3019781> [perma.cc/M822-PWVV]. Dwight Newman explique que le constitutionnalisme pluraliste « actively facilitates different interpretation on rights questions as between different provinces » (voir Dwight Newman, « Canada's Notwithstanding Clause, Dialogue, and Constitutional Identities » dans Geoffrey Sigale, Grégoire Webber et Rosalind Dixon, dir, *Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2019, 209 à la p 225).

191 Voir par ex *R c Advance Cutting & Coring Ltd*, 2001 CSC 70. Dans cette affaire, le juge LeBel, sensible à la réalité québécoise du monde syndical, s'exprime ainsi:

[d]ans un système de partage des compétences législatives où les membres de la fédération ont vécu des expériences culturelles et historiques différentes, le principe du fédéralisme signifie que l'application de la *Charte* dans les domaines de compétence provinciale n'équivaut pas à un appel à l'uniformité des lois. Ce principe exprime des valeurs communes, susceptibles d'être mises en œuvre différemment dans des cadres différents (*ibid* au para 275).

Pour d'autres exemples, voir Karazivan et Gaudreault-DesBiens, *supra* note 150 aux pp 498–99; voir aussi Noura Karazivan, « La disposition de dérogation. Ce qu'en pensait (probablement) Benoît Pelletier », David Robitaille et al, dir, *Mélanges en l'honneur de Benoît Pelletier*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa (Études canadiennes), 2026 (à venir).

argumentaires ancrés dans les réalités sociales de leurs provinces¹⁹². Il n'est donc pas étranger à notre droit, même si les juges hésitent parfois à accepter cette couverture inégale qui porte ombrage à une certaine vision de l'égalité¹⁹³. Il faut dire que la règle générale, en place depuis l'arrêt *Ford*, a été d'interpréter les deux chartes de manière symétrique¹⁹⁴.

C'est le discours qui, au Québec, est utilisé pour justifier le recours à la disposition de dérogation. La possibilité qu'une province fasse des « choix collectifs » différents, mais également légitimes, de ceux de ses partenaires fédératifs est fréquemment invoquée au soutien de l'utilisation de la clause dérogatoire au Québec¹⁹⁵. La Loi 21 y est d'ailleurs souvent associée¹⁹⁶. Cela dit, l'objectif de favoriser un constitutionnalisme pluraliste semble peu compatible avec la pratique de la double dérogation, propre aux provinces, puisqu'elles remplacent la protection conférée par la *Charte canadienne* non pas par une protection quasi constitutionnelle reflétant les choix spécifiques de la province, mais par un vide normatif dépouillant les justiciables de toute protection constitutionnelle ou quasi constitutionnelle.

La reconnaissance par les tribunaux d'une certaine autonomie des instruments quasi constitutionnels de protection des droits fondamentaux pourrait rendre l'usage de la dérogation et, surtout, de la double dérogation conséquente à l'interprétation unifiée des chartes, moins

192 Jeremy A Clarke, « In the Case of *Federalism v. Charter*: The Processes and Outcomes of a Federalist Dialogue » (2007) 36 Intl J Can Studies 41.

193 Voir par ex l'opinion majoritaire dans *Ward c Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2021 CSC 43 (« [e]nfin, puisque la Charte québécoise doit se conformer aux normes constitutionnelles, il faut dans la mesure du possible éviter de l'interpréter d'une manière inconciliable avec les dispositions de la Charte canadienne, laquelle, rappelons-le, garantit la liberté d'expression *mais non pas un droit positif à la sauvegarde de la dignité* » [nos italiques] au para 70).

194 Voir Noura Karazivan, « Le Québec peut-il exercer une souveraineté sur les droits fondamentaux? » Les grandes conférences du CAP-CF, présentée au Centre d'analyse politique : Constitution et fédéralisme, 1 décembre 2022 aux pp 24–25, en ligne (pdf) : <capcf.uqam.ca> [perma.cc/7YP4-EA5A].

195 Voir Benoît Pelletier, « The Notwithstanding Clause Is at the Very Heart of Federalism » (18 novembre 2022), en ligne : <policyoptions.irpp.org> [perma.cc/364W-N85Q].

196 Pour des déclarations ministérielles en ce sens, voir Karazivan et Gaudreault-DesBiens, *supra* note 168 aux pp 505–08.

attrayante pour les provinces. Nous y reviendrons dans la conclusion de ce texte.

En résumé, l'objectif de l'article 33 est double : non seulement il met de l'avant un constitutionnalisme *politique*, mais il consacre aussi un constitutionnalisme *pluraliste*.

5. Le rôle des autres principes

La section précédente a tenté d'approfondir davantage le rapport entre souveraineté parlementaire et constitutionnalisme, tout en évoquant le principe démocratique. Mais la nature précise de l'arrangement constitutionnel décidé en 1982 doit aussi être étudiée à l'aune des autres principes implicites qui caractérisent la Constitution canadienne.

En effet, la souveraineté parlementaire et le constitutionnalisme politique, ou le fait de donner « démocratiquement »¹⁹⁷ le dernier mot au Parlement ou à une législature, ne sont pas les seuls principes qui doivent être analysés en relation avec l'article 33 de la *Charte*. Selon nous, l'article 33 ne relève pas seulement du principe de la souveraineté parlementaire¹⁹⁸. La souveraineté parlementaire n'est pas, non plus, un principe qui surpasse les autres, puisqu'il n'y a pas de hiérarchie entre les divers principes constitutionnels¹⁹⁹.

Il faut donc dégager de l'article 33 de la *Charte* une interprétation qui se réconcilie avec les principes constitutionnels de séparation des

197 Pour une réfutation de la thèse selon laquelle l'article 33 est nécessairement démocratique, voir Michael Pal, « Democracy and the Notwithstanding Clause » (2024) 37:2 Can JL & Jur 545. En particulier, Pal attire l'attention sur la preuve démontrant que les mécanismes de contrôle des législatures à qui l'article 33 donne le dernier mot ne sont pas « aussi robustes qu'ils devraient l'être » [notre traduction] :

[L]a Chambre des communes peut également fonctionner de manière très différente d'une législature provinciale dépourvue de chambre haute, soumise à moins d'attention médiatique, etc. Bien que le législateur dispose bien entendu d'une certaine agentivité, pour être franc, il est souvent étroitement guidé par l'exécutif [notre traduction] (*ibid* aux pp 560–61).

198 Cependant, la Cour d'appel du Québec est d'avis que l'article 33 « repose sur le principe de la souveraineté parlementaire » [nos italiques] (*Organisation mondiale sikhe*, *supra* note 12 au para 224).

199 *Power*, *supra* note 64 au para 79.

pouvoirs, de la primauté du droit et de protection des minorités. En effet, l'article 33 se situe au carrefour de tous les principes.

Ce faisant, il est tout aussi important de ne pas confondre un usage des principes comme éléments à soupeser dans le cadre d'une interprétation constitutionnelle, et un usage des principes qui servirait à invalider une loi, ce que l'arrêt *Toronto* a interdit²⁰⁰. C'est le premier usage qui est mobilisé ici, malgré la confusion que certains entretiennent sur cette question²⁰¹.

i. Protection des minorités

Comme entendu dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, ce principe réfère aux protections constitutionnelles dont jouissent les minorités linguistiques, scolaires et religieuses au Canada, protections qui tirent leur source de dispositions qui ont fait l'objet de compromis politiques en 1867, mais aussi en 1982. Avec l'adoption des articles 25 et 35 de la LC 1982, cette protection s'étend aux peuples autochtones²⁰². Force est d'admettre que la portée étroite de ce principe pose quelques difficultés lorsqu'on cherche à le mobiliser en faveur de minorités religieuses, sexuelles ou ethniques qui seraient vulnérables à une utilisation décomplexée de la disposition de dérogation.

Pourtant, la protection des minorités religieuses, sexuelles ou ethniques semble réellement menacée par la « tyrannie de la majorité » qui

200 *Toronto*, *supra* note 58 au para 63.

201 Dans *Hak*, le juge Blanchard a ainsi confondu les deux usages :

Le Tribunal convient avec le PGQ que les parties demanderesse tentent de contredire la Constitution écrite, en l'occurrence l'article 33 de la Charte, qui établit le pouvoir de dérogation, pour y introduire des principes sous-jacents qui n'existent qu'à titre interprétatif, car ceux-ci ne permettent pas de contrôler la constitutionnalité des lois, à moins qu'il n'existe un silence à ce sujet dans la Constitution écrite [nos italiques] (*supra* note 11 au para 753).

Dans son arrêt *Organisation mondiale sikhe*, la Cour d'appel entretient la même confusion en s'appuyant sur la décision *Toronto* (*supra* note 58):

[n]i la primauté du droit (« *rule of law* ») ni la démocratie, la protection des minorités [...] ne peuvent justifier un tel contrôle judiciaire – celui de la conformité de la loi avec des dispositions que le législateur a explicitement écartées en vertu de l'art 33 de la *Charte canadienne* – et l'emporter sur le texte et le contexte de celui-ci [notes omises] (*supra* note 12 au para 357).

202 *Renvoi sécession du Québec*, *supra* note 103 aux para 79–82.

résulte de l'exercice par une législature du pouvoir dérogatoire, surtout lorsque, au sein même de cette législature, les minorités ne sont pas toujours bien représentées²⁰³. Comment accepter, dans une démocratie, que la majorité puisse avoir le dernier mot sur ce qui importe le plus à une minorité sexuelle, par exemple, et que ce pouvoir puisse inclure la suspension des droits des minorités *sans justification, ou problème apparent à résoudre*? La confiance pure envers la bienveillance des législateurs ne peut suffire²⁰⁴. Selon nous, il faut dénouer ce nœud en recourant à deux autres principes, celui de la séparation des pouvoirs et celui de la primauté du droit, qui tempèrent l'usage du pouvoir dérogatoire.

ii. Séparation des pouvoirs

Au Canada, la séparation des pouvoirs entre le judiciaire, d'une part, et l'exécutif et le législatif, d'autre part, découle de la *Loi d'établissement de 1701* (Act of Settlement), dont l'article III codifie l'indépendance de la magistrature. Cette séparation est presque étanche, alors que celle entre le législatif et l'exécutif est plus poreuse. La séparation des pouvoirs signifie non seulement que les pouvoirs sont (plus ou moins) séparés, mais aussi qu'ils font l'objet d'une spécialisation; les institutions sont généralement

203 Il ne faut pas oublier qu'en raison du système électoral uninominal à un tour, il est possible au Québec d'élire un gouvernement « majoritaire » avec aussi peu que 37 % des voix (voir Élections Québec, « Résultats des élections générales du 1^{er} octobre 2018 » (dernière consultation le 18 janvier 2026), en ligne : <electionsquebec.qc.ca> [perma.cc/8BVE-NZXN]. Par ailleurs, le fonctionnement réel (et non idéal) des législatures canadiennes dominées par l'exécutif et opérant selon une discipline de parti et l'absence de sénat au niveau provincial (Pal, *supra* note 197 aux pp 560–61) accentuent cette vulnérabilité.

204 Même si on peut présumer de leur bienveillance, la pratique démontre qu'au Canada, les législatures n'ont pas toujours démontré cet « engagement actif envers les droits [humains] » [notre traduction] (voir Robert Leckey, « Legislative Choices in Using Section 33 and Judicial Scrutiny » dans Biro, *supra* note 5, 111 à la p 121). Comme le souligne Michael Pal :

[L]a préoccupation quant à la possibilité que l'article 33 soit utilisé de façon inappropriée ne repose toutefois pas sur un rejet antidémocratique de la capacité des électeurs et des législateurs. Comme l'a formulé Aileen Kavanagh dans une critique précoce de Waldron : « la capacité de porter un jugement moral n'est pas incompatible avec la faillibilité morale » [notre traduction] (voir Michael Pal, *supra* note 197 à la p 560, citant Aileen Kavanagh, « Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron » (2003) 22:5 Law & Phil 451 à la p 477).

investies de pouvoirs *pour lesquels elles ont une certaine expertise*. Or il faut bien admettre qu'en matière de droits fondamentaux, le rôle des juges au Canada depuis 1982 est *principalement* de déterminer la compatibilité des lois avec la *Charte*, et d'accorder les réparations convenables et justes à la suite de violations constatées. Autrement dit, les juges ne détiennent peut-être pas le monopole de l'interprétation constitutionnelle²⁰⁵, mais ils en sont les principaux maîtres d'œuvre. À l'inverse, la responsabilité première de la législature n'est pas de dessiner les contours d'une liberté constitutionnelle, mais d'adopter des lois dont on présume qu'elles seront conformes à ces droits et libertés constitutionnels, et celle de l'exécutif, de veiller à leur administration²⁰⁶. Tant l'exécutif que le législatif ont l'habitude, voire l'obligation de respecter les décisions judiciaires²⁰⁷, ce qui nourrit le respect de la primauté du droit. La juge McLachlin explique, dans *RJR-MacDonald*, quelle responsabilité est associée à cette spécialisation des tâches :

Le Parlement a son rôle : choisir la réponse qui convient aux problèmes sociaux dans les limites prévues par la Constitution. Cependant, les tribunaux ont aussi un rôle : déterminer de façon objective et impartiale si le choix du Parlement s'inscrit dans les limites prévues par la Constitution. Les tribunaux n'ont pas plus le droit que le Parlement d'abdiquer leur responsabilité²⁰⁸.

Une utilisation systématique ou triviale de la clause dérogatoire où le législateur joue le rôle du juge se heurte donc à ce principe de séparation des pouvoirs, entendu comme la reconnaissance d'une forme de spécialisation des fonctions et du respect mutuel « du domaine légitime de compétence de l'autre » que se doivent les titulaires de ces trois

205 Il est vrai que, comme le souligne Dwight Newman, la *Charte*, de par son article 1^{er} et son article 33, permet aux juges et aux législateurs de travailler de manière « coordonnée » [notre traduction] (voir Dwight Newman, « Key Foundations for the Notwithstanding Clause in Institutional Capacities, Democratic Participatory Values, and Dimensions of Canadian Identities » dans Biro, *supra* note 5, 69 à la p 76).

206 Doucet-Boudreau, *supra* note 118 au para 31.

207 *Ibid* au para 32. Cette habitude a souffert de quelques exceptions notables en matière linguistique (voir *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 RCS 721, 1985 CanLII 33 (CSC)). Sur l'absence de conformité des législatures et gouvernements aux décisions de la Cour suprême en cas de désaccord avec l'orientation politique donnée par celle-ci, voir Kelly, *supra* note 170 aux pp 23–25.

208 *RJR-MacDonald inc c Canada (Procureur général)*, 1995 CanLII 64 (CSC) au para 136.

pouvoirs²⁰⁹. En bref, une utilisation de la clause dérogatoire conforme au principe sous-jacent de séparation des pouvoirs implique nécessairement une retenue de la part du législateur, voire une reconnaissance du caractère exceptionnel des situations où il doit s'approprier une tâche qui relève normalement de l'expertise du tribunal²¹⁰.

iii. Primauté du droit

Un principe qui fait couler beaucoup d'encre s'il en est un, la primauté du droit, dans sa version étroite ou formelle, peut signifier simplement que l'exercice de tout pouvoir tire sa source d'une règle de droit; tout usage de la disposition de dérogation, tirant sa source d'une règle de droit, soit la LC 1982, serait à première vue conforme à la primauté du droit²¹¹ dans sa dimension formelle.

Avant de traiter de ce que la primauté du droit nécessite, j'aimerais faire un détour par la définition bien connue que Albert Venn Dicey donne de la primauté du droit. Selon Dicey, le troisième volet de la primauté du droit signifie que, au Royaume-Uni, la protection des droits *résulte du travail des tribunaux et non d'une quelconque charte*. Dicey croyait que le troisième volet de la primauté du droit protégeait les Britanniques contre une suspension abusive de leurs droits par un législateur, car ce qui n'est pas déclaré ne peut être biffé d'un trait de crayon²¹². Mais son

209 *New Brunswick Broadcasting*, *supra* note 164, juge McLachlin (« [p]our assurer le fonctionnement de l'ensemble du gouvernement, il est essentiel que toutes ces composantes jouent le rôle qui leur est propre. Il est également essentiel qu'aucune de ces branches n'outrepasse ses limites et que chacune respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l'autre » à la p 389).

210 On peut également voir cet argument sous l'angle de la courtoisie (*comity*). Selon Aileen Kavanagh, la courtoisie et la collaboration entre les trois branches de l'État créent une présomption que le Parlement respectera, normalement, les décisions des tribunaux, et que seules des circonstances exceptionnelles justifient de s'en écarter (voir Aileen Kavanagh, *The Collaborative Constitution*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2024 aux pp 353–55).

211 *Renvoi sécession du Québec*, *supra* note 103 aux paras 70–71.

212 AV Dicey a écrit :

[L]e fait, encore une fois, que dans de nombreux pays étrangers les droits des individus, par exemple le droit à la liberté, dépendent de la Constitution, tandis qu'en Angleterre le droit constitutionnel n'est guère autre chose qu'une généralisation des droits que les tribunaux garantissent aux individus, entraîne cette conséquence importante. Les droits généraux garantis

troisième volet s'inscrit, lui aussi, dans une vision formelle de la primauté du droit²¹³. Il n'exige pas que la Constitution intègre la protection de droits fondamentaux (ce qui est plus souvent associé à une conception substantielle de la primauté du droit²¹⁴), mais avance que le système de common law est plus efficace que celui présent en France et en Belgique, par exemple, pour protéger de tels droits²¹⁵.

Certains auteurs adoptent une vision substantielle de la primauté du droit pour appuyer leur critique du pouvoir dérogatoire²¹⁶, ou une vision « substantielle étroite »²¹⁷. Même en endossant une vision purement formelle de la primauté du droit, on peut soutenir que tout usage de la disposition de dérogation doit faire l'objet d'une justification préalable. À titre indicatif, la Commission de Venise, dans sa *Mise à jour de la Liste des critères de l'état de droit*, énonce, parmi les composantes de l'État de droit, le critère de légalité, qui requiert que les projets de loi lois soient « dûment

par la Constitution peuvent être, et le sont constamment dans les pays étrangers, suspendus [notre traduction] (voir *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^e éd, Londres (R-U), MacMillan Press, 1979 à la p 200).

213 Paul P Craig, « Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework » (1997) Pub L 467 à la p 473.

214 Voir par ex Brian Z Tamanaha, *On The Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2004 à la p 102.

215 Évidemment, cette analyse fut à juste titre taxée d'être un exercice de « Anglo-Saxon parochialism » (voir Bellamy, *supra* note 167 à la p 551, citant Judith N Shklar, « Political Theory and the Rule of Law » dans Allan C Hutchinson & Patrick Monahan, dir, *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, Toronto, Carswell, 1 à la p 5). À noter que ce n'est pas tant l'existence d'une charte des droits qui dérange Dicey (les États-Unis sont cités en contre-exemple) mais les déclarations continentales des droits fondamentaux dépourvues de réparations (voir Dicey, *supra* note 212 au ch 4).

216 Brian Bird écrit, endossant une version substantielle de la primauté du droit : [m]ais lorsque la clause nonobstant est utilisée pour écarter ou mettre substantiellement en péril un droit ou une liberté garantis par la Charte sans justification, il existe de bonnes raisons – au regard de ce qui a été avancé dans le présent article – de conclure qu'un tel usage de la clause contrevient à la primauté d'un droit juste et est, pour cette raison, illégitime, voire même illégal [notre traduction] (voir « The Notwithstanding Clause and the Rule of Law » (2021) 101 SCLR (2^e) 299 au para 21).

217 Voir par ex Han-Ru Zhou, *L'état de droit, une perspective de droit comparé : Canada*, Bruxelles, Service de recherche du Parlement européen, 2023 aux pp 69–70, 78–79.

justifiés »²¹⁸. Elle identifie également comme critère de la légalité le fait que les dérogations aux droits de l'homme en situation d'urgence fassent toujours l'objet d'une justification²¹⁹.

Selon nous, une loi qui déroge aux droits fondamentaux sans justification adéquate porte atteinte à la primauté du droit, tant dans sa version substantielle que formelle.

Bref, les principes de primauté du droit, de séparation des pouvoirs et de protection des minorités convergent pour soutenir une interprétation selon laquelle le pouvoir dérogatoire prévu par l'article 33 devrait être réservé à des circonstances exceptionnelles et assorti de certaines limites. Il doit faire l'objet d'une justification. Il est manifeste toutefois que cette conception du caractère nécessairement exceptionnel du pouvoir dérogatoire ne fait pas l'unanimité : alors que le juge Blanchard l'appuie à travers ses observations supplémentaires²²⁰, la Cour d'appel dans *Organisation mondiale sikhe* semble plutôt s'en distancier, prenant acte de l'inconfort que certains ressentent face à un pouvoir aussi exorbitant, mais refusant de laisser entendre qu'il faudrait qu'un tel pouvoir soit réservé aux circonstances exceptionnelles²²¹. Nous croyons toutefois que c'est le juge Blanchard qui a raison sur ce point lorsqu'on examine la question à la lumière des principes implicites.

L'analyse du texte et de l'intention du constituant vont dans le même sens, c'est-à-dire qu'ils mènent à la conclusion qu'un usage banalisé ou généralisé de la disposition dérogatoire-type, et de surcroît dans une loi omnibus, n'a jamais été envisagé. Quant à eux, les deux objets de la disposition (assurer un constitutionnalisme politique et assurer un constitutionnalisme pluraliste) ne sont pas contrecarrés par la reconnaissance de balises qui permettent de préserver le caractère exceptionnel du pouvoir de déroger.

218 Conseil de l'Europe, Commission de Venise, 145^e sess, *Updated Rule of Law Checklist/Mise à jour de la liste des critères de l'état de droit*, Documents (2025), critère 6(iii), à la p 12 [*Updated Rule of Law Checklist*].

219 *Ibid*, critère 7(ii), à la p 3.

220 Voir *Hak*, *supra* note 11 aux para 754–57.

221 La Cour d'appel préfère en effet se remettre à la « puissance électorale », au « ressac public » et à la « réaction citoyenne » (voir *Organisation mondiale sikhe*, *supra* note 12 aux para 410–13).

En résumé, une interprétation téléologique de l'article 33 devrait tenir compte du fait que, par son *texte*, il invite à la précision et non au laxisme législatif; que par ses *objets*, il cherche à permettre à la diversité constitutionnelle de s'épanouir et à la démocratie parlementaire de s'exprimer. L'interprétation conjointe de l'objet, du texte, de l'intention et des principes amène à la conclusion que le pouvoir de déroger est un pouvoir exceptionnel en droit canadien. Afin de maintenir ce caractère exceptionnel, son exercice *doit* être encadré par certaines balises qui ne sont pas que celles, formelles, identifiées par la Cour suprême dans *Ford*.

III. IMAGINER LES BALISES ENCADRANT LE POUVOIR DE DÉROGER

Il n'est pas aisé de déterminer quelles balises doivent être imposées à l'usage du pouvoir dérogatoire, un pouvoir certes légitime, constitutionnel, démocratique, respectant le fédéralisme et le constitutionnalisme, mais devant aussi s'interpréter de manière à honorer la primauté du droit, la séparation des pouvoirs et la protection des minorités. Les tribunaux ne doivent pas, c'est clair, outrepasser leur rôle; mais ils ne doivent pas l'abdiquer non plus.

Deux options seront brièvement analysées. D'autres balises ont été mises de l'avant²²², et les suggestions qui suivent ne sont nullement les seules qui peuvent être inférées d'une interprétation téléologique de l'article 33 de la *Charte canadienne*. En revenant à *Ford*, nous avons montré dans la première partie de ce texte que la Cour a conclu, sur la question 1, à la possibilité de déroger de manière machinale en recourant à une disposition dérogatoire-type via une loi omnibus et sans l'absence « d'examen au fond » de l'utilisation du pouvoir de déroger, une conclusion dont nous avons démontré le caractère erroné. La première balise

222 Caitlin Salvino propose, par exemple, de contrôler judiciairement un usage de la disposition de dérogation qui irait à l'encontre du « concept d'imputabilité démocratique » [notre traduction] (voir Caitlin Salvino, « The Section 33 Democratic Accountability Concept: Proposing a Two-Pronged Approach for Judicial Review » (2023) 56:3 UBC L Rev 845). Selon Hoi L Kong, l'analyse téléologique mène à la conclusion que les tribunaux « doivent déterminer si une loi invoquant la clause nonobstant porte atteinte aux droits garantis par les articles 2 et 7 à 15 » [notre traduction] (voir Kong, *supra* note 6 à la p 25).

envisagée porte sur les deux premiers aspects du prononcé de *Ford*; la seconde porte sur le contrôle judiciaire de l'utilisation du pouvoir de déroger.

A. *Exiger de cibler un droit, et une loi (la connexité)*

À tout le moins, une interprétation de l'article 33 conforme à l'analyse téléologique nous mène à rejeter toute interprétation qui permet de banaliser l'usage du pouvoir de déroger aux droits, incluant par le recours à une disposition dérogatoire-type et/ou à une loi omnibus.

Il faut revenir brièvement sur l'exigence du lien entre une loi et une disposition constitutionnelle à laquelle on souhaite déroger que nous avons abordée dans la Partie I de ce texte. Pour rappel, selon le juge Jacques, J.C.A., le législateur doit faire l'effort d'établir un rapport (une connexité) entre la loi et un ou des articles précis de la *Charte*. Puisque la disposition dérogatoire-type ne permet pas cet exercice, elle est donc interdite. Toutefois, le juge Jacques n'explique pas comment ce rapport doit être présenté, ni le degré de contrôle judiciaire qui s'invite dans l'examen de la suffisance de ce rapport.

Comme nous l'avons expliqué dans la première partie de ce texte, dans *Ford*, la Cour suprême a essentiellement annulé cette exigence. En effet, exiger un tel lien, selon elle, « semble ouvrir la voie à un examen au fond »²²³, et « semble exiger »²²⁴ du législateur une justification de sa décision de déroger. Cela équivaldrait, selon elle, à « exiger dans ce contexte une justification *prima facie* suffisante de la décision d'exercer le pouvoir dérogatoire et non pas simplement une certaine expression formelle de cette décision »²²⁵. Or, comme nous l'avons vu, la détermination que seules des exigences de forme pouvaient être dérivées de l'article 33, et l'accent excessif mis sur le texte, sont des aspects de l'arrêt *Ford* qui méritent d'être revus.

Même en admettant que la distinction fond-forme soit retenue, à notre avis, l'identification *d'un* ou des articles *précis* de la *Charte* n'invite

223 *Ford*, *supra* note 4 à la p 740.

224 *Ibid* aux pp 740–41.

225 *Ibid* à la p 741.

pas pour autant à un examen judiciaire de la justification de l'usage que fait la législature du pouvoir dérogatoire²²⁶.

Exiger de cibler les dispositions constitutionnelles à effet potentiellement invalidant et de les mettre en relation avec une loi particulière n'est ni une exigence de forme, ni une exigence de fond. C'est simplement le rôle de la législature d'agir avec le plus de précision possible lorsqu'elle limite les droits. Évidemment, la législature a toujours l'occasion de préciser plus avant, voire d'ajuster le spectre de la dérogation s'il s'avère trop étroit pour certains²²⁷.

Mais il y a plus. Il est inquiétant que la Cour suprême, dans *Ford*, avalise l'absence d'information et de connaissances au sein des législatures quant à l'impact d'une loi sur les droits et libertés. La Cour autorise la législature à déroger à un peu de tout, puisqu'il se peut qu'elle « ne soit pas en mesure de déterminer avec certitude »²²⁸ quels articles sont pertinents. Elle ne veut pas « alourdir » le travail du législateur. C'est, en fait, une invitation à la légèreté, sinon à l'insouciance. La *Charte* leur impose pourtant, comme le rappelle Jean Leclair, lorsqu'ils utilisent le pouvoir conféré par la clause dérogatoire, de « déterminer de manière consciencieuse, à l'occasion d'un débat éclairé, si les mesures adoptées visent des objectifs impérieux et si elles constituent un moyen raisonnable pour les atteindre »²²⁹. Évidemment, plus la loi ratisse large, plus il sera difficile de tout prévoir. Plus la loi est concise, plus l'identification des dispositions constitutionnelles sera aisée. Facile ou pas, il nous apparaît que la législature a un devoir de diligence envers la population et que ce devoir l'amène à procéder avec le plus de circonspection possible lorsqu'on limite ses droits.

226 Nous partageons ainsi l'avis du juge Blanchard sur ce point : il ne s'agit pas « pour reprendre les termes de l'arrêt *Ford*, [d']exiger une justification *prima facie* suffisante de la décision d'exercer le pouvoir dérogatoire, mais simplement l'existence d'une certaine connexité entre la suspension des droits et libertés et les objectifs poursuivis par la législation en question » (voir *Hak*, *supra* note 11 au para 777). Cet examen judiciaire constitue une balise additionnelle.

227 La législature peut à tout moment modifier l'étendue de la dérogation, comme le rappelle la Cour du Banc du Roi de la Saskatchewan dans l'affaire *UR Pride SKKB* (*supra* note 9 aux para 73–78).

228 *Ford*, *supra* note 4 à la p 741.

229 Leclair, « Recours aux clauses de dérogation », *supra* note 172 à la p 113.

B. Exiger une justification ou un fondement rationnel d'agir (la justification)

Nous avons démontré que, proprement interprété, l'article 33 n'interdit pas l'examen des raisons pour lesquelles une législature entend déroger aux droits. Au contraire, le caractère exceptionnel de ce pouvoir exige un certain contrôle de son utilisation. Façonner le contrôle judiciaire de l'exercice du pouvoir de déroger est une tâche délicate, certes, mais les tribunaux ont l'habitude de moduler l'exercice du contrôle judiciaire lorsque la frontière avec le politique point à l'horizon. Ils ont développé le critère de nécessité attaché aux privilèges parlementaires dont la Cour peut reconnaître l'existence, mais pas en évaluer l'exercice²³⁰; ils ont inscrit le rôle des tribunaux en matière de convention constitutionnelle²³¹. Les pouvoirs « exorbitants » qui n'ont pas été limités par les tribunaux sont, quant à eux, quasiment ou entièrement tombés en désuétude (le pouvoir déclaratoire²³² et les pouvoirs de réserve et de désaveu, respectivement, en sont deux exemples)²³³. Un pouvoir absolu n'a pas réellement sa place dans le droit canadien.

Il est possible de faire un parallèle avec l'analyse de la Cour suprême du Royaume-Uni lorsqu'elle examine le pouvoir de proroger le Parlement, un pouvoir présenté comme étant illimité par le gouvernement. Selon cette Cour, un pouvoir qui tire sa source de la loi ou de la prérogative, *s'il a un effet sur l'opération d'un principe constitutionnel*, nécessite une *justification raisonnable de son exercice*. Elle effectue cette analyse dans le but de comprendre quelles limites peuvent être attribuées au pouvoir de proroger, issu de la prérogative, mais ses commentaires sont plus larges et visent aussi des pouvoirs attribués par la loi :

230 En effet, la Cour s'autorise à reconnaître *l'existence* d'un privilège parlementaire, mais pas d'en évaluer *l'exercice* (voir l'opinion majoritaire de la juge McLachlin dans *New Brunswick Broadcasting*, *supra* note 209 aux pp 382–85 et celle du juge Lamer à la p 350).

231 Ils s'autorisent à reconnaître *l'existence* d'une convention constitutionnelle, mais pas à en forcer le *respect* (voir *Renvoi relatif au rapatriement*, *supra* note 103 aux pp 853–54, juges Laskin, McIntyre et Estey, dissidents).

232 *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, arts 91(29), 92(10), reproduit dans LRC 1985, annexe II, n° 5 [LC 1867].

233 *Ibid*, arts 55–56, 90; Yves-Marie Morissette, « Le juge canadien et le rapport entre la légalité, la constitutionnalité et la légitimité » dans Mary Jane Mossman et Ghislain Otis, dir, *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Thémis, 1999, 31 à la p 57.

Pour répondre à cette question, il est utile d'examiner la manière dont les tribunaux ont traité des situations où l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi, plutôt que découlant de la prérogative, était susceptible d'affecter la mise en œuvre d'un principe constitutionnel. L'approche qu'ils ont adoptée s'est concentrée sur l'effet de l'exercice de ce pouvoir sur l'application du principe constitutionnel pertinent. À moins que les termes de la loi n'indiquent une intention contraire, les tribunaux ont posé une limite à l'exercice licite de ce pouvoir en jugeant que la mesure dans laquelle l'acte entrave ou compromet le fonctionnement du principe pertinent doit être raisonnablement justifiée [notre traduction]²³⁴.

Autrement dit, lorsque, par l'exercice d'un pouvoir attribué par la loi, le gouvernement entrave le fonctionnement d'un principe constitutionnel, il doit offrir une justification raisonnable de son action, sinon celle-ci sera illicite (*unlawful*)²³⁵.

Pourrait-on s'inspirer de cette approche pour envisager des balises à l'article 33 de la *Charte*? On peut suggérer que si, par l'exercice de son pouvoir de déroger, le Parlement porte atteinte à un principe constitutionnel canadien (en l'occurrence, le principe de protection des droits fondamentaux), il ne peut exercer son pouvoir de façon licite qu'en fournissant une justification raisonnable²³⁶.

Il y a d'ailleurs une parenté entre cette notion de justification raisonnable et celle de fondement rationnel d'agir propre à l'exercice de certains pouvoirs législatifs ou exécutifs²³⁷. La démonstration, par le Parlement ou

234 Voir *R (on the application of Miller) v The Prime Minister*, [2019] UKSC 41 au para 49.

235 *Ibid* au para 50.

236 La Cour fédérale, dans *MacKinnon*, a remarqué que la question de savoir si le premier ministre canadien avait l'obligation de justifier raisonnablement sa demande de proroger le parlement était justiciable (voir *MacKinnon c Canada (Procureur général)*, 2025 CF 422 au para 112 [*MacKinnon*]). Elle a conclu que le premier ministre n'avait pas l'obligation de justifier sa demande de prorogation « [e]n l'absence d'atteinte à un droit protégé par la Charte » (*ibid* au para 286).

237 Lorsque le Parlement utilise son pouvoir en matière de « paix, ordre et bon gouvernement », en vertu du paragraphe introductif de l'article 91 de la LC 1867 (*supra* note 232), ou lorsque le gouvernement active la *Loi sur les mesures d'urgence* (LRC 1985, c 22 (4^e supp)), deux situations qui mobilisent de vastes pouvoirs publics, les tribunaux exigent respectivement du législateur et de l'exécutif qu'ils démontrent un *fondement rationnel* pour agir. La *Loi sur les mesures d'urgence* par exemple exige du

l'Assemblée législative désirant se prémunir du pouvoir dérogatoire, d'un problème à résoudre, réel ou anticipé, mais documenté, est nécessaire. En présence d'un « problème inexistant », il sera difficile de justifier une dérogation²³⁸.

En dernière analyse, les tribunaux ont le pouvoir, et même le devoir, de faire en sorte qu'un usage de la disposition de dérogation réponde à un ou des critères de justification. Ils pourront, lorsqu'ils s'attèleront à réinterpréter l'article 33, les définir. Un exercice du pouvoir dérogatoire sans justification raisonnable nous semble, a priori, *ultra vires* les législatures ou le Parlement.

Cela dit, la justification n'a pas à prendre la forme d'un contrôle judiciaire, même si un avis consultatif rendu par la Cour d'appel de la province concernée peut être une option intéressante²³⁹. Il peut aussi s'agir d'un contrôle en amont, effectué par une commission parlementaire non partisane, ou encore par un Conseil constitutionnel comme celui qui existe dans plusieurs juridictions²⁴⁰. La responsabilité de se prononcer sur

gouverneur en conseil qu'il croit, « pour des motifs raisonnables », en l'existence d'une situation d'urgence (*ibid*, art 17(1)). Selon la Cour fédérale, « la croyance sera raisonnable si elle possède un fondement objectif reposant sur des renseignements concluants et dignes de foi » (voir *Canadian Frontline Nurses c Canada (Procureur général)*, 2024 CF 42 au para 282). Dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*, le juge Laskin s'exprime ainsi :

[i]l est possible que les circonstances exceptionnelles soient d'une telle notoriété que la Cour puisse en prendre connaissance d'office sans recourir à des éléments de preuve extrinsèque. Lorsque la situation n'est pas aussi claire, *les éléments de preuve extrinsèque ne sont requis que pour convaincre la Cour que la loi contestée a un fondement rationnel dans le pouvoir législatif invoqué à l'appui de sa validité* [nos italiques] (1976 CanLII 16 à la p 423 (CSC)).

238 Selon Josée Legault, ce qui distingue les dérogations dans le contexte de la laïcité de celles prises dans le contexte de la protection de la langue française, c'est l'absence d'un problème à résoudre puisqu'aucune preuve de prosélytisme n'a été documentée au moment de l'adoption de la loi (voir Josée Legault, « Une victoire pour la souveraineté parlementaire », *Journal de Montréal* (1^{er} mars 2024), en ligne : <journalde-montreal.com> [perma.cc/79GQ-D4MJ]).

239 Voir la proposition tablée par le gouvernement du Manitoba (PL 50, *Loi modifiant la Loi sur les questions constitutionnelles*, 2^e sess, 43^e lég, 2025).

240 Par exemple, en France, le Conseil d'État rend des avis juridiques au Parlement et au gouvernement « pour que leurs projets de texte soient conformes au droit » (Conseil d'État de France, « Rendre des avis juridiques au Gouvernement et au Parlement », en ligne : <conseil-etat.fr> [perma.cc/JY3Q-9P9J]).

le caractère raisonnable d'une dérogation, voire sa conformité aux principes implicites²⁴¹, peut être une responsabilité partagée. La Commission de Venise souligne d'ailleurs que le contrôle *a posteriori* n'exclut pas la mise en place d'un contrôle *a priori* :

135. Outre le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, un mécanisme de contrôle de constitutionnalité *a priori* devrait également être mis en place. Le contrôle de constitutionnalité *a priori* peut être effectué soit par l'exécutif au stade de l'élaboration des lois, soit par une commission parlementaire, assistée d'experts constitutionnels [notre traduction]²⁴².

CONCLUSION

Le présent article avait trois objectifs. Dans un premier temps, il avait pour objet de démontrer en quoi l'arrêt *Ford* souffre de défauts qui justifient son renversement, le tout conformément aux règles prévues par le *stare decisis* horizontal. En avançant que l'arrêt *Ford*, en ce qui a trait à l'interprétation de l'article 33, a été rendu *per incuriam*, il sort des sentiers battus et s'écarte des thèses habituellement formulées au sujet de l'article 33.

Dans un second temps, ce texte visait à déterminer ce que révèle l'interprétation de l'article 33 de la *Charte* si on emploie le cadre de l'analyse téléologique, ce que certains juges nomment « [l']entreprise téléologique » [italiques dans l'original]²⁴³. Le texte, l'intention du Constituant, l'analyse historique, et surtout celle de ses objets et des principes nous amènent à divers constats. Premièrement, l'analyse textuelle laisse croire que le Parlement ou les législatures doivent être le plus précis possible lorsqu'ils usent de la clause dérogatoire, c'est-à-dire qu'ils évitent le recours à une loi omnibus et à une clause dérogatoire-type. Deuxièmement, l'analyse de l'intention du constituant, de l'historique, de l'objet et des principes constitutionnels implicites (et pas seulement de la souveraineté

241 Au Royaume-Uni, c'est le House of Lords Constitution Committee qui jouit de cette responsabilité d'aviser les parlementaires de la conformité d'un projet de loi avec les principes de primauté du droit et de séparation des pouvoirs, entre autres (voir R-U, Select Committee on the Constitution, *Constitution: First Report* (House of Lords no 11), Londres, 2001 aux para 54–55).

242 *Updated Rule of Law Checklist*, supra note 218 à la p 51.

243 *Poulin*, supra note 107 au para 32.

parlementaire) nous amène à conclure que le pouvoir de déroger ne devrait être exercé qu'en des circonstances exceptionnelles. S'il permet le constitutionnalisme pluraliste, et valorise la démocratie parlementaire, le pouvoir de déroger doit toutefois s'exercer de manière parcimonieuse.

Dans un troisième temps, ce texte a tenté d'imaginer quelles balises à l'exercice du pouvoir de déroger pourraient être reconnues judiciairement de manière à protéger le caractère exceptionnel de son exercice. Autrement dit, une forme de contrôle de l'usage du pouvoir de déroger dépassant les enseignements de *Ford* n'est pas à exclure. L'élaboration de ces balises relève du tribunal chargé d'interpréter l'article 33, mais on peut dire que la législature doit, à tout le moins, être suffisamment précise dans son recours à la clause dérogatoire. On peut aussi exiger d'elle qu'elle ait des motifs raisonnables de croire en la présence d'un problème important et que, conséquemment, son geste s'accompagne d'une justification.

Mais afin de s'attaquer à l'origine du problème, et pour que le pouvoir dérogatoire de l'article 33 soit réellement utilisé avec retenue, il faut aussi que les tribunaux mettent fin à leur tendance à rechercher l'uniformité des droits au sein de la fédération et à fusionner les chartes²⁴⁴. Plutôt que de voir la *Charte canadienne* comme un plancher, il leur arrive de la voir comme un plafond, sacrifiant la diversité au nom d'une égalité qui ne peut, de toute façon, qu'être utopique. Or, la *Charte canadienne* n'est ni un plancher ni un plafond. C'est une façon valable, mais pas la seule, de concevoir des droits qui, de toute façon, préexistent cette *Charte*. Parallèlement, la motivation de recourir à la clause dérogatoire pourrait s'amenuiser si les tribunaux donnaient une chance aux droits et aux choix provinciaux de s'illustrer. Cela amènerait aussi les législatures provinciales à cesser de dénigrer leur propre instrument de protection des droits, et dissuaderait l'usage de la double dérogation.

Infirmier *Ford* aurait sûrement des répercussions importantes au pays. Autant que possible, la règle du précédent garantit la continuité de l'interprétation judiciaire dans le respect de la stabilité juridique. Le juge qui entreprend un recalibrage doit le faire de manière à tenir compte de son auditoire, dans un but de sécuriser la légitimité de sa décision. Il doit

244 Sur les interactions entre les chartes, voir José Woehrling, « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada » (2000) 46:1 RD McGill 21 à la p 39, nn 38–40.

montrer que sa décision est non seulement légale, mais aussi acceptable, puisque raisonnable. Comme le dit Perelman, « la loi ne règle pas tout, elle n'a pas tout prévu. Dans des situations sortant de l'ordinaire, devant des cas de force majeure, sa stricte application pourrait heurter la raison et l'équité. Le juge se doit d'assouplir la loi pour que le droit qu'il dit, soit accepté »²⁴⁵.

Or, la Cour suprême du Canada a montré à plus d'une reprise qu'elle était consciente des considérations d'ordre plus politique que juridique liées à ses décisions névralgiques²⁴⁶. Cette sensibilité est un gage qu'une décision, même aussi perturbatrice que le renversement de l'arrêt *Ford*, sera acceptée si elle est rédigée de manière à tenir compte des sensibilités provinciales et de l'équilibre fédératif.

Le rôle de la Cour suprême est donc triple : reconnaître les erreurs de *Ford*; interpréter l'article 33 de la *Charte* en suivant les préceptes de l'analyse téléologique; et s'assurer que le pouvoir de déroger soit encadré par certaines balises qui préserveraient le caractère exceptionnel de ce mécanisme.

245 Chaïm Perelman, *Éthique et droit*, 2^e éd, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2012 à la p 663. Sur le rôle hybride de la Cour suprême dans les grandes décisions constitutionnelles, voir aussi Andrée Lajoie, « La surdétermination et les valeurs minoritaires ou marginales » (1999) 42:1 RIEJ 73 aux pp 79–81.

246 Dave Guénette, « La Cour suprême du Canada et la pluralité démotique de l'État canadien. Des traces de consociationalisme dans la jurisprudence constitutionnelle » (2016) 46:1 RGD 215 aux pp 229–50.