

UNIVERSITY OF  
NEW BRUNSWICK  
LAW JOURNAL



REVUE DE DROIT  
DE L'UNIVERSITÉ DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

VOLUME 75

2024

TOME 75

**EDITORIAL BOARD—COMITÉ DE RÉDACTION  
2024**

***Editors-in-Chief***

MAGGIE WASHINGTON  
CHIARA NANNUCCI

***Rédactrice et rédacteur  
en chef***

***Associate Editors***

JULIA BELANGER  
JASON FOSTER  
CAITLIN GROGAN  
MITCH SPRAGG

***Rédactrices et rédacteur  
adjointes***

***Honourary Editor-in-Chief***

THE HON. G. V. LA FOREST

***Rédacteur en chef honoraire***

***Volunteer Associate Editors***

SKYE KELLY  
REANNA ST. CROIX

***Rédactrice et rédacteur  
adjoints bénévoles***

***Faculty Advisors***

ANNE WARNER LA FOREST  
MARIA PANEZI

***Conseillères académiques***

TO BE CITED AS: (2024) 75 UNBLJ  
MODE DE RÉFÉRENCE : (2024) 75 RD UN-B

ISSN: 0077-8141

Copyright 2024 Droits d'auteur

University of New Brunswick Law Journal © Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick

Printed in Canada—Imprimé au Canada

# CLAUSE DE DÉROGATION ET *STARE DECISIS* HORIZONTAL, OU COMMENT REVOIR ET COMPLÉTER L'ARRÊT *FORD* À LA COUR SUPRÊME DU CANADA\*

Stéphane Beaulac\*\*

Préliminairement, il convient de placer l'arrêt *Ford* de 1988 dans une perspective jurisprudentielle en matière de *Charte canadienne*, où un premier précédent doit souvent être complété et raffiné dans des causes ultérieures. Dans le cadre de la démonstration, il faut tout d'abord revenir sur les enseignements généralement associés à l'arrêt *Ford*, pour en comprendre la portée limitée et, surtout, pour faire du *distinguishing*. Vient ensuite l'étude de la doctrine du *stare decisis*, qui est pour plusieurs la clé de voûte – d'autres parleraient de la clé du cachot pour enfermer à double tour ces vilaines chartes ! – de la problématique de la dérogation, telle qu'appliquée par la Cour d'appel du Québec dans son jugement sur la Loi 21, mais qui devra être ajustée s'il y a un pourvoi devant le plus haut tribunal au pays dans cette affaire. On voit ainsi que le *stare decisis* horizontal à la Cour suprême, s'agissant du précédent *Ford*, ne devrait pas être un obstacle pour revoir et compléter la grille d'analyse jurisprudentielle en vertu de l'article 33 de la *Charte canadienne*.

\* \* \*

Preliminarily, one must place the 1988 *Ford* decision in a proper jurisprudential perspective regarding the *Canadian Charter*, where typically an initial precedent must be supplemented and refined in subsequent cases. As part of the proposed demonstration, the paper returns to the lessons that are generally associated with the *Ford* judgment, to understand its limited scope and, above all, to allow for *distinguishing*. Then comes the study of the doctrine of *stare decisis*, which for many is the golden key to unlock – others would speak of the key to the dungeon to lock up tight these darn charters ! – the issue of the notwithstanding clause, as applied by the Quebec Court of Appeal in the Bill 21 challenge, but which will have to be adjusted if this case reaches the highest court of the land. The paper shows that horizontal *stare decisis* at the Supreme Court of Canada, in regard to the *Ford* precedent, shall not

---

\* This article was subject to an expedited reviewing process due to the timeliness of the content. It was edited by members of the Volumes 76 and 77 UNBLJ team, namely Julia Belanger and Nathan Hood. We extend our appreciation for their work.

\*\* Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, où il enseigne le droit constitutionnel et le droit international, ainsi qu'avocat-conseil auprès du bureau montréalais du cabinet Dentons Canada S.E.N.C.R.L. (groupe litige). Une partie des travaux pour ce texte ont été effectuée, en 2023, dans le cadre d'un mémo chez Dentons, en lien avec la doctrine du *stare decisis* et l'arrêt *Kirkpatrick*. Mes remerciements à Me Sarah-Michèle Vincent-Wright pour la révision finale du texte.

constitute an obstacle to revisit and supplement the jurisprudential framework of analysis under section 33 of the *Canadian Charter*.

## Introduction

Avec de la contestation constitutionnelle de la Loi 21<sup>1</sup> sur la laïcité qui occupe beaucoup (trop) de place dans l'actualité judiciaire depuis les dernières années dans la Belle Province, on constate que le discours public s'articule sur la base de prémisses qui, à tort ou à raison, sont devenues des vaches sacrées. Un de ces intouchables, semble-t-il, serait la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ford*<sup>2</sup> qui, rappelons-le, est considérée imposer des conditions de forme seulement – et donc, aucune condition de fond – dans le cadre de l'utilisation de la clause de dérogation (ou clause nonobstant) en vertu de l'article 33 de la *Charte canadienne*.<sup>3</sup> C'est dans ce contexte qu'on plaide avec zèle la doctrine du *stare decisis* en droit jurisprudentiel,<sup>4</sup> un concept juridique qui par la force des choses devient ainsi la « clé de voûte », ni plus ni moins, pour revoir le cadre d'analyse (souhaité par plusieurs)<sup>5</sup> de ce que certains appellent le « fusil de Tchekhov »,<sup>6</sup> s'agissant de notre instrument supra-législatif de protection des droits humains.

Il s'agit donc, dans le cadre de ce court texte, d'examiner la valeur de précédent de l'arrêt *Ford*, rendu par notre plus haute cour au pays en 1988, plus précisément la *ratio decidendi* sur la question accessoire de l'utilisation de la clause de dérogation. Parce que c'est, en effet, l'aspect initial à faire ressortir au sujet de cette décision majeure : le cœur de l'affaire portait sur l'affichage commercial, eu égard à la liberté d'expression garantie par les chartes; le traitement de l'article 33 de la *Charte*

<sup>1</sup> *Loi sur la laïcité de l'État*, RLRQ, c L-0.3 (adoptée le 16 juin 2019) [*Loi 21*].

<sup>2</sup> *Ford c. Québec (Procureur général)*, 1988 CanLII 19 (CSC), [1988] 2 RCS 712 [*Ford*].

<sup>3</sup> *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*].

<sup>4</sup> Voir Malcolm Rowe et Leanna Katz, « A Practical Guide to Stare Decisis » (2020) 41 Windsor Rev Legal Soc Issues 1 ; et, en général sur sa place dans le système de common law, H Patrick Glen, « The Common Law in Canada » (1995) 74 *R d B can* 261.

<sup>5</sup> Voir Hoi L Kong, « Overturning *Ford* » (2023) 32:3 Constitutional Forum constitutionnel 21. Voir aussi plusieurs des contributions dans l'ouvrage collectif publié récemment Peter L Biro, dir, *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter – Rights, Reforms, and Controversies*, 1<sup>e</sup> éd, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2024.

<sup>6</sup> Voir Léonid Sirota, « Chekhov's Gun: Dwight Newman's Defence of the Charter's Notwithstanding Clause is Persuasive » (10 mai 2017), en ligne (blogue) : *Double Aspect* <[www.doubleaspect.blog/2017/05/10/chekhovs-gun/](http://www.doubleaspect.blog/2017/05/10/chekhovs-gun/)>.

*canadienne* était incident, sinon secondaire, car au final la *Charte québécoise*<sup>7</sup> permettait de déclarer invalides les articles contestés de la Loi 101.<sup>8</sup>

Autrement dit, quoiqu'elle se soit vue cette désignation depuis nombre d'années, le statut de décision de principe de *Ford* devrait pouvoir facilement être mis en doute, même préliminairement sur la base de principes élémentaire du droit jurisprudentiel. En outre, elle ne devrait pas être considérée comme étant 'la' décision relativement à l'article 33 de la *Charte canadienne*, ou la seule et dernière décision à cet égard. Voilà un besoin de contextualisation à aborder brièvement ici.

## 2. Considération liminaire : replacer *Ford* dans son contexte jurisprudentiel

Sans doute serait-il plus juste de considérer *Ford* comme une première affaire qui a donné l'occasion d'aborder, en substance, la question complexe de l'interprétation de l'article 33 de la *Charte canadienne*. Le sous-entendu veut donc qu'à terme, d'autres causes ultérieures procureront des opportunités à la Cour suprême afin de lui permettre d'avoir une compréhension complète de la problématique et de développer un schème d'analyse raffiné et satisfaisant, s'agissant de l'utilisation de la clause de dérogation. Pourquoi en serait-il autrement ?

Après tout, par exemple, le test de l'article premier de la *Charte canadienne* ne s'est pas articulé d'un coup sur la seule base de l'arrêt *Oakes*,<sup>9</sup> autant fut-il structurant pour la question; d'autres causes sont venues compléter et surtout raffiner l'ensemble du raisonnement de justification en vertu de la clause limitative.<sup>10</sup> En outre, prenons comme exemple une autre méta-disposition de la *Charte*, l'article 32 : la décision dans l'affaire *Dolphin Delivery*,<sup>11</sup> aussi cruciale fût-elle, a été complétée par une série d'autres causes, s'agissant notamment de son application à la branche exécutive du gouvernement, ce qui a mené ultimement au jugement de principe dans

<sup>7</sup> *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c C-12 [*Charte québécoise*].

<sup>8</sup> *Charte de la langue française*, RLRQ, c C-11, art 58, 69 et 214 [*Loi 101*].

<sup>9</sup> *R c Oakes*, 1986 CanLII 46 (CSC), [1986] 1 RCS 103. On notera que même le test de justification d'*Oakes*, comme tel, a été mis en doute récemment par les juges Brown et Côté, dissidents dans l'affaire *Franck c Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1 au par 111 et ss.

<sup>10</sup> Par exemple dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd c Québec (Procureur général)*, 1989 CanLII 87 (SCC), [1989] 1 RCS 927, par rapport à l'évaluation de l'objectif urgent et réel et, pour les moyens, le caractère minimal de l'atteinte aux droits, où l'on a ajusté le test d'*Oakes* pour rendre ces éléments moins exigeants, pour faire montre de plus de déférence, s'agissant des choix du législateur, et ce, dans les cas où l'État ne se positionne pas à l'encontre des intérêts individuels, mais joue plutôt le rôle d'arbitre entre les intérêts de différents groupes de la société. Autre exemple, l'arrêt *Dagenais c Société Radio-Canada*, 1994 CanLII 39 (CSC), [1994] 3 R.C.S. 835, dans lequel le test d'*Oakes* a été reformulé quant au dernier volet de la proportionnalité des moyens, pour qu'il soit non seulement par rapport à l'objectif poursuivi, mais pour que l'examen porte également sur l'équilibre entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques des moyens pris par la loi sous étude.

<sup>11</sup> *SDGMR. c Dolphin Delivery Ltd*, 1986 CanLII 5 (CSC), [1986] 2 R.C.S. 573 [*Dolphin Delivery*].

*Eldridge*.<sup>12</sup> Ce dernier propose un test raffiné que l'on utilise généralement depuis, comme en fait foi le récent jugement *Vuntut Gwitchin*,<sup>13</sup> rendu au début 2024.

Pour ce qui est de la clause de dérogation, les occasions pour le plus haut tribunal au pays ont été rarissimes pour lui permettre d'articuler le schème entourant le recours à l'article 33 de la *Charte*. Dans un sens, ce n'est pas du tout surprenant puisque, faut-il le rappeler,<sup>14</sup> la clause de dérogation avait été pensée et conçue en 1982 en tant que mesure de dernier recours, comme soupape de sécurité<sup>15</sup> dans les rares cas où le gouvernement est en désaccord avec le judiciaire sur des questions relatives aux droits humains. C'est sans doute ce pour quoi, au regard de la jurisprudence, il n'y a vraiment qu'une seule cause en matière de dérogation : l'affaire *Ford* de 1988.<sup>16</sup>

Cela étant, il est vrai que la Cour suprême a mentionné à quelques autres reprises la clause, soit parce qu'elle était indirectement pertinente, soit dans le cadre d'un *obiter dictum*. Par exemple, la toute première fois que la Cour suprême a fait allusion à l'article 33 de la *Charte*, dans l'affaire *Protestant School Board*,<sup>17</sup> c'était uniquement sur la base d'un argument mis de l'avant par le procureur général du Canada, soulignant que l'article 33 ne couvrait pas l'article 23 en matière d'instruction

---

<sup>12</sup> *Eldridge c Colombie-Britannique (Procureur général)*, 1997 CanLII 327 (CSC), [1997] 3 RCS 624 [*Eldridge*].

<sup>13</sup> *Dickson c Vuntut Gwitchin First Nation*, 2024 CSC 10 [*Vuntut Gwitchin*].

<sup>14</sup> Justement, on le rappelle régulièrement, comme l'a fait récemment Christopher Manfredi, « Courts, Legislature, and the Politics of Judicial Decision-Making (or Perhaps the Notwithstanding Clause Isn't Such a Bad Thing after All) », dans Peter L Biro, dir, *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter – Rights, Reforms, and Controversies*, 1<sup>e</sup> éd, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2024, 184 aux pp 196-197.

<sup>15</sup> Ce vocable est évidemment tiré des propos de Jean Chrétien, ministre de la Justice à l'époque, devant le Parlement du Canada. Voir *Débats à la Chambre des Communes*, 32-1 (20 novembre 1981), aux pp 13042-43. Voir aussi Jean Chrétien, « Bringing the Constitution Home », dans Thomas Axworthy et Pierre E Trudeau, dir, *Towards a Just Society – The Trudeau Years*, 1<sup>e</sup> éd, Toronto (ON), Viking Press, 1990, à la p 306. Beaucoup plus récemment, à l'automne 2018, au moment où le gouvernement de Doug Ford en Ontario annonçait son intention de recourir pour la première fois à la clause de dérogation, Jean Chrétien a réitéré cette compréhension de l'article 33 de la *Charte* dans une lettre cosignée avec Roy Romanow et Roy McMurtry. Ils opinent ainsi : « The clause was designed to be invoked by legislatures in exceptional situations, and only as a last resort after careful consideration. It was not designed to be used by governments as a convenience or as a means to circumvent proper process ». Voir The Canadian Press, « Chrétien, Romanow, McMurtry Condemn Ford's Use of Notwithstanding Clause », (14 septembre 2018), en linge: *The Canadian Press* <[www.cbc.ca/news/politics/ford-notwithstanding-council-chretien-1.4824988](http://www.cbc.ca/news/politics/ford-notwithstanding-council-chretien-1.4824988)>.

<sup>16</sup> Pour avoir un ordre de grandeur, l'ouvrage préparé par Henri Brun, Pierre Brun et Fannie Lafontaine, dir, *Alter Ego – Chartes des droits de la personne : législation, jurisprudence, doctrine*, 35<sup>e</sup> éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2022, montre une compilation d'à peine une demi-page au sujet de l'article 33 de la *Charte*, avec cinq références à la jurisprudence; en revanche, l'article 32 compte plus d'une douzaine de pages et 80 références à la jurisprudence environ, même chose pour l'article premier.

<sup>17</sup> *Québec (Procureur général) c Québec Protestant School Boards*, 1984 CanLII 32 (CSC), [1984] 2 RCS 66 à la p 87 [*Protestant School Boards*].

dans la langue de la minorité.<sup>18</sup> Plus récemment dans son importante décision *Cité de Toronto*,<sup>19</sup> portant notamment sur le rôle des principes constitutionnels non écrits, la majorité de la Cour suprême a retenu le point, somme toute secondaire ou au moins complémentaire, fondé sur la clause de dérogation. Essentiellement, l'idée (un peu compliquée, certes) se résume ainsi : puisque l'article 33 permet aux législatures de passer outre une interprétation judiciaire reposant sur une 'disposition' de la *Charte* (les articles 2 et 7 à 14, précisément), il ne faut pas remplacer ladite disposition par un principe constitutionnel non écrit pour agir comme base d'inconstitutionnalité parce que ça aurait pour conséquence de court-circuiter le « droit de dérogation législative limité ».<sup>20</sup> Mais on est bien loin ici d'un traitement judiciaire réel et substantiel de l'article 33, on sera tous d'accord.

Avec la longue perspective de plus de 40 ans de décisions à la Cour suprême en matière de *Charte canadienne*, on peut dire sans risque de se tromper que l'article 33 est clairement la disposition la plus négligée en jurisprudence au pays. Jusqu'à récemment,<sup>21</sup> il y avait aussi l'article 25, au sujet du maintien des droits et libertés des autochtones, qui figurait parmi les finalistes en termes de « parent pauvre » de la *Charte canadienne*. On sait que la situation a maintenant été remédiée avec le gros jugement de l'hiver 2024 dans *Vuntut Gwitchin*.<sup>22</sup> Pour ce qui est de l'article 33, avec un *Ford* qui en traite de façon secondaire, et même en incluant la quelque dizaine d'utilisations indirectes et en *obiter dicta*, il n'en demeure pas moins que le « droit » relatif à la clause de dérogation, pour reprendre l'expression dans *Cité de Toronto*, n'est certainement pas riche, en fait fort incomplet, voire extrêmement mince (ou « court », une expression souvent employée par le juge en chef Wagner lors des audiences à la CSC).

---

<sup>18</sup> Voici les quelques autres précédents judiciaires de ce genre de références indirectes ou d'*obiter dictum* au sujet de la clause de dérogation : *New Brunswick Broadcasting Co. c Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, 1993 CanLII 153 (CSC), [1993] 1 RCS 319 à la p 363; *Vriend c. Alberta*, 1998 CanLII 816 (CSC), [1998] 1 RCS 493 aux para 137, 139, 178; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, 1998 CanLII 793 (CSC), [1998] 2 RCS 217 au para 47 [*Renvoi sur la sécession*]; *Sauvé c Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68 aux para 11, 36, 96; *Gosselin c Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84 au para 15; *Frank c Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1 au para 25; *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13 aux para 148-149; *Ontario (Procureur général) c G*, 2020 CSC 38, aux para 136-138, 239-241, 249, 259.

<sup>19</sup> *Toronto (Cité) c Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 34 [*Cité de Toronto*].

<sup>20</sup> *Ibid* à la para 60.

<sup>21</sup> Cela étant, on ne pourrait passer sous silence le traitement détaillé de l'article 25 de la *Charte* par le juge Bastarache dans des motifs minoritaires concordants dans l'affaire *R c Kapp*, 2008 CSC 41, à la para 75 et ss, en matière de droit à l'égalité sous l'article 15. Aucun des autres huit membres de la Cour suprême n'avait considéré opportun de s'aventurer sur le terrain de l'article 25, toutefois, *ibid* aux para 62-65.

<sup>22</sup> *Vuntut Gwitchin*, *supra* note 13.

Bref, il est temps d'avoir une vraie décision de principe en matière de dérogation de la *Charte canadienne*.<sup>23</sup> Encore une fois, il ne s'agit pas de suggérer ici que *Ford* n'existe pas ou n'est plus valable, pas du tout. Mais il faut faire la part des choses et surtout placer ce jugement dans une ligne de temps, en le considérant pour ce qu'il est et ce qu'il fait, à savoir établir les premiers jalons du schème d'analyse sous l'article 33. Du 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, surtout compte tenu de deux choses : (i) le contexte de *Ford* était loin d'être parfait pour aborder tous les volets pertinents à la clause de dérogation; et (ii) la donne a changé considérablement depuis 1988 au Canada et au Québec, avec des utilisations de l'article 33 non seulement très (ou trop) fréquentes, mais qui peuvent aussi être qualifiées de cavalières, voire excessives et abusives, nous en discuterons davantage plus tard.

\* \* \*

Dans le cadre de notre démonstration, déclinée en deux points, il convient tout d'abord de revenir sur les enseignements généralement associé à l'arrêt *Ford*, pour en comprendre la portée limitée et, surtout, pour faire du « *distinguishing* » (section 3).<sup>24</sup> Vient ensuite l'étude de la doctrine du *stare decisis*, qui est pour plusieurs la clé de voûte – d'autres parleraient de la clé du cachot pour enfermer à double tour ces vilaines chartes ! – de la problématique de la dérogation, telle qu'appliquée par la Cour d'appel du Québec dans son jugement sur la Loi 21, mais qui devra être ajustée dans le cas d'un pourvoi devant le plus haut tribunal au pays dans cette affaire (section 4). On verra que le *stare decisis* dit horizontal, surtout dans le contexte du précédent *Ford*, ne semble pas empêcher de revoir et de compléter la grille d'analyse jurisprudentielle sous l'article 33 de la *Charte canadienne*.

### 3. Bien cerner la *ratio* de l'arrêt *Ford* pour permettre un *distinguishing*

Qu'est-ce que nous dit, en fait, la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ford* au sujet de la clause de dérogation de la *Charte*? Même si l'article 33 n'est pas au cœur de cette affaire, portant sur la Loi 101 et l'affichage commercial au Québec, le traitement secondaire de la problématique de dérogation est quand même assez substantiel, il faut le reconnaître. Essentiellement, ce que l'on comprend de *Ford* sur l'article 33 de la

<sup>23</sup> Voir Kristopher E G 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*, 1<sup>er</sup> éd, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2024, 49, aux pp 59-60: « The time is ripe for a more sophisticated understanding of how section 33 fits within the broader design of Canada's constitutional architecture ».

<sup>24</sup> Sur cette technique en jurisprudence, propre au système juridique de common law, voir en général : Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2008, aux pp 113-116.

*Charte*, la *ratio decidendi* de l'arrêt pour ceux qui y croient fermement<sup>25</sup> – d'aucuns parlent de « received wisdom »<sup>26</sup> – se fonde sur l'extrait suivant des motifs de la Cour suprême :

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.<sup>27</sup>

Sur la base de ce passage, l'orthodoxie veut qu'après une déclaration formelle de dérogation, sans plus, les tribunaux cesseraient tout simplement de pouvoir exercer leur pouvoir de révision judiciaire de la constitutionnalité de la loi, eu égard précisément aux articles 2 et 7 à 15 de la *Charte*.<sup>28</sup> On donne ainsi une portée assez large, somme toute, à l'expression « examen de fond » pour dire que tout ce qui ne relèverait pas strictement de la forme est complètement exclu du possible contrôle par les tribunaux en vertu de leur pouvoir ancré dans le principe de la primauté du droit (en anglais, « rule of law »). Cela mène, on doit le dire immédiatement, à une compréhension exorbitante du droit commun de ce passage dans *Ford*.

Pourquoi exorbitante du droit commun ? Il suffit de se référer à une réitération récente de l'importance de la fonction judiciaire quant au contrôle de la constitutionnalité pour s'en convaincre. Dans le récent arrêt *Power*<sup>29</sup> de 2024, la question devant la Cour suprême était de savoir si des dommages-intérêts pouvaient être ordonnés, en vertu des dispositions relatives aux redressements sous la *Charte*, en cas de préjudice causé par suite d'une loi déclarée inconstitutionnelle. La majorité de cinq juges, s'appuyant sur les principes constitutionnels articulés dans le *Renvoi sur la*

<sup>25</sup> Voir par ex la profession de foi quant à la valeur de précédent intouchable de l'arrêt *Ford* par Maxime St-Hilaire (et ses co-auteurs) Maxime St-Hilaire, Xavier Focroulle Ménard et Antoine Dutrisac, « Judicial Declarations Notwithstanding the Use of the Notwithstanding Clause? A Response to a (Non-) Rejoinder », dans Peter L Biro, dir, *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter – Rights, Reforms, and Controversies*, 1<sup>e</sup> éd, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2024, 132, aux pp 150-151.

<sup>26</sup> Voir par ex Geoffrey Sigalet, « Notwithstanding Judicial Review: Legal and Political Reasons Why Courts Cannot Review Laws Invoking Section 33 », dans Peter L Biro, dir, *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter – Rights, Reforms, and Controversies*, 1<sup>e</sup> éd, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2024, 168, à la p 170.

<sup>27</sup> *Ford*, *supra* note 2 à la p 740.

<sup>28</sup> Voir généralement Donna Greschner et Ken Norman, « The Courts and Section 33 » (1987) 12 Queen's LJ 155; Lorraine E Weinrib, « Learning to Live with the Override » (1990) 35 RD McGill 542; Tsvi Kahana, « Understanding the Notwithstanding Mechanism » (2002) 52 UTLJ 221; André Binette, « Le pouvoir dérogatoire de l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et liberté* et la structure de la Constitution du Canada » (2003) *R du B* numéro 107; Janet L Hiebert, « The Notwithstanding Clause: Why Non-use Does not Necessarily Equate with Abiding by Judicial Norms », dans Peter Oliver, dir, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 695.

<sup>29</sup> *Canada (Procureur général) c Power*, 2024 CSC 26, [*Power*].

*sécession*,<sup>30</sup> rattache ces enjeux à un précepte de base de droit public, que « les tribunaux jouent un rôle fondamental en demandant aux branches exécutive et législative du gouvernement de rendre des comptes dans l'ordre constitutionnel canadien ».<sup>31</sup> Dans la célèbre affaire *Doucet-Boudreau*,<sup>32</sup> en matière de droits linguistiques,<sup>33</sup> on a rappelé la fonction première des tribunaux au pays, « de veiller attentivement au respect des droits garantis par la Constitution et au maintien de la primauté du droit ».<sup>34</sup>

Dans ces circonstances, est-il bien fondé de donner une large portée à l'expression « examen de fond » dans *Ford*, sachant que cela aura pour effet de saper les tribunaux de la presque totalité de leur pouvoir en tant que gardiens de la primauté du droit ? À vrai dire, lorsque l'on prend en considération le contexte et l'ensemble des motifs de la Cour suprême dans cette affaire, une telle conclusion n'est pas incontournable, pas du tout en fait. Regardons cela plus en détail, et ce, dans le but avoué de faire du *distinguishing*.

Au cœur de la problématique de dérogation dans l'arrêt *Ford* était la déclaration législative omnibus du gouvernement péquiste de René Lévesque, dans la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*,<sup>35</sup> selon laquelle toutes les lois du Québec devaient être considérées ré-adoptées et, du coup, s'appliquer nonobstant les droits visés par l'article 33 de la *Charte canadienne*. S'agissant de la Loi 101, l'article 52 de la *Loi modifiant la Charte de la langue française*,<sup>36</sup> prévoyait donc ce qui suit : « La présente loi a effet indépendamment des dispositions des articles 2 et 7 à 15 [de la *Charte canadienne*] ».

Voilà le contexte dans lequel se posait la question, telle que formulée par la Cour suprême, quant à la validité de ces dispositions, c'est-à-dire « de savoir si une déclaration de ce genre constitue un exercice légitime du pouvoir de dérogation conféré par l'art. 33 de la *Charte canadienne* ».<sup>37</sup> Ainsi, lorsque la Cour suprême rejette l'idée d'un « examen au fond », c'est en lien direct avec l'argumentaire des parties voulant que le législateur ne puisse pas juste faire référence à la loi dans son ensemble

<sup>30</sup> Renvoi sur la *sécession*, *supra* note 18 au para 70.

<sup>31</sup> *Power*, *supra* note 29 au para 56.

<sup>32</sup> *Doucet-Boudreau c Nouvelle-Écosse (ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62 [*Doucet-Boudreau*].

<sup>33</sup> Sur ces questions de droits linguistiques, en particulier relativement à l'instruction dans la langue de la minorité, voir Stéphane Beaulac, « L'asymétrie, au cœur des droits linguistiques au Canada et au Québec » (2024) 45 NJCL 113.

<sup>34</sup> *Doucet-Boudreau*, *supra* note 32 au para 110.

<sup>35</sup> *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, LQ 1982, c L-4.2.

<sup>36</sup> *Loi modifiant la Charte de la langue française*, LQ 1983, c 56.

<sup>37</sup> *Ford*, *supra* note 2 à la p 734.

et aux droits visés, sans plus. C'est ce qui explique que, après le passage cité ci-dessus, on ajoute ceci :

L'exigence d'un lien ou d'un rapport apparent entre la loi dérogatoire et les droits ou libertés garantis auxquels on veut déroger semble ouvrir la voie à un examen au fond car il semble exiger que le législateur précise les dispositions de la loi en question qui pourraient par ailleurs porter atteinte à des droits ou à des libertés garantis spécifiés. Ce serait 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.<sup>38</sup>

Sur cette question du type de déclaration législative nécessaire en vertu de la clause de dérogation de la *Charte canadienne*, la Cour tranche ainsi : « Rien dans les termes de l'art. 33 ne permet d'y voir une telle exigence ». La déclaration législative n'a pas à être plus explicite que la simple référence à la loi et aux numéros d'articles de la *Charte*.

Mais est-ce là dire que l'expression « examen au fond », que l'on distingue des exigences de forme prévues dans le texte de l'article 33, vise toutes les bases possibles de contrôle judiciaire de la constitutionnalité ? Peut-on donner un tel effet, du coup accepter de telles répercussions de la part de cette clause, qui alors permettrait de faire exception à la protection supra-législative des droits humains au Canada et au Québec ? En somme, quand la Cour examine précisément la clause de dérogation, et qu'elle statue que l'article 33 n'impose d'autres exigences que celles de forme, peut-on voir dans ce prononcé judiciaire sur l'axe forme-fond (relativement au type de déclaration législative) un positionnement final et définitif sur la question, à la fois plus vaste et très lourde de conséquences, de savoir si l'on met ainsi de côté complètement et en substance le pouvoir de contrôle de la constitutionnalité ?

Bref, il y a sans doute de la marge dans l'appréciation du précédent *Ford* pour dire ce qui suit. Compte tenu de ce qui était en jeu dans cette affaire, à savoir la déclaration de dérogation dans la Loi 101, la Cour suprême a mis en opposition les exigences de forme et l'examen au fond pour les fins de cette question précise. Cela ne veut pas dire qu'on a, ce faisant, vidé la plus grosse question de savoir si l'article 33, compris dans le contexte plus large de la *Charte canadienne*, doit être considéré une suspension de toute possibilité de contrôler la constitutionnalité de la législation. En réalité, cette dernière interrogation va au-delà de ce qui était en jeu dans *Ford*, concernant la « validité de la déclaration de dérogation » dans la Loi 101, faut-il le rappeler. Voilà le *distinguishing* complété.

Dans deux autres textes de doctrine, j'ai déjà expliqué pourquoi et comment une lecture adéquate de l'article 33 devrait se faire suivant la méthodologie d'interprétation constitutionnelle telle que recalibrée depuis le tournant des années

---

<sup>38</sup> *Ibid* à la p 741.

2020s,<sup>39</sup> et eu égard au rôle (limité) du droit international, à savoir fondée sur les normes relatives à l'accès à la justice et au droit à un redressement judiciaire.<sup>40</sup> Je n'y reviendrai pas, sauf pour redire ceci : la clause de dérogation est une 'exception' à l'application de la *Charte canadienne* sous l'article 32, de portée limitée car l'article 33 est d'interprétation stricte et restrictive, une conclusion que le droit international supporte et confirme, vu les normes coutumières et conventionnelles pertinentes et persuasives à ce sujet.

Dans le présent texte, il s'agit de confirmer que l'arrêt *Ford* n'est pas un obstacle incontournable à une telle reconsidération de l'interprétation de la clause de dérogation à l'article 33 de la *Charte*. On vient de suggérer que non, puisqu'il porte sur la déclaration législative de dérogation, et pas sur la question de mettre de côté totalement le pouvoir de contrôle judiciaire des tribunaux, ce qui serait exorbitant du droit commun, disons-le de nouveau.

Cela étant, si l'on n'est pas convaincu par cet exercice de *distinguishing* quant à *Ford*, la solution de rechange qui est ouverte, surtout à la Cour suprême, relève de la doctrine du *stare decisis*, l'idée étant de légitimement revoir et compléter la jurisprudence portant sur l'article 33 de la *Charte canadienne*. C'est l'hypothèse qui est abordée dans la prochaine section.

#### 4. Contestation de la Loi 21 : *stare decisis* à la Cour d'appel et à la Cour suprême

Pour commencer, il faut mettre en relief les éléments majeurs de la Loi 21,<sup>41</sup> s'agissant des clauses de dérogation, qui étaient en jeu devant la Cour supérieure du Québec et la Cour d'appel. Cette Loi, adoptée le 16 juin 2019, fait de la laïcité de l'État un principe cardinal pour la gouvernance dans la province, comme la déclaration d'intention l'exprime dans le préambule. Alors que l'article 3 affirme sans détour que la laïcité – et non plus seulement la neutralité<sup>42</sup> – caractérise les institutions publiques, ce sont les articles 6 à 10 qui sont problématiques en termes de droits humains. Sans entrer dans les détails, résumons comme suit : on interdit formellement le port de signes religieux pour certaines personnes, en plus d'imposer l'obligation au personnel des secteurs public et parapublic d'exercer leur fonction à visage découvert, quoiqu'il y ait des exceptions. Cette dernière exigence peut s'étendre aux partenaires

<sup>39</sup> Stéphane Beaulac, « Revoir l'interprétation de la clause de dérogation à l'article 33 de la *Charte canadienne* suivant le recalibrage méthodologique de l'arrêt *Québec inc.* » (2025) 54 RGD [à paraître].

<sup>40</sup> Stéphane Beaulac, « International Law and the Notwithstanding Clause: Resorting to the Forest, Not the Trees, to Help Interpret Section 33 of the *Canadian Charter* » (2025) 29 Rev Cons Stud [à paraître].

<sup>41</sup> *Ford*, *supra* note 2.

<sup>42</sup> La neutralité de l'État est un concept dit cousin de la laïcité, mais qui est beaucoup plus respectueux des droits individuels. Ancré dans la liberté de religion à l'article 2a) de la *Charte canadienne*, la Cour suprême l'a entériné en droit constitutionnel au pays dans l'arrêt *Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16.

commerciaux. Les prestataires de services publics, quant à eux, peuvent se voir forcer à se découvrir pour fins d'identification ou de sécurité.

Afin de comprendre l'immense retombée de la Loi 21, il y a lieu de se référer à l'Annexe I, où se trouve la liste des institutions dont les employés et agents se voient bafouer leurs droits par cette interdiction de signes religieux. Sont visés toute la gamme des agences et organisations publiques et parapubliques, comme au Gouvernement provincial et dans les municipalités, mais aussi les sociétés de transport (ex. STM), les centres préscolaires, les écoles primaires et secondaires, ainsi que les centres de services scolaires, sans oublier les cégeps et les universités sur le territoire québécois. En outre, à l'Annexe III, ces éléments attentatoires aux droits sont étendus spécifiquement à certaines personnes exerçant des fonctions au sein des appareils public et parapublic de l'État. Sont inclus, nommément, les membres de l'Assemblée nationale, le bureau du Lieutenant-Gouverneur, les officiers municipaux (avec exceptions), les agents de la paix, ainsi que les médecins et dentistes du système de santé public, notamment. Pour être complet, ajoutons que l'Annexe II prévoit un genre de clause de droits acquis, pour le personnel enseignant entre autres, s'il y avait port de signes religieux par ces personnes au moment de l'entrée en vigueur de la Loi 21, en autant qu'elles exercent la même fonction au sein de la même organisation.

Pour nos fins, le volet le plus pertinent de la Loi 21 se trouve au chapitre VI, qui concerne les dispositions transitoires et finales. C'est là que la déclaration législative se trouve, qui vise à déroger à la fois à la *Charte québécoise* et à la *Charte canadienne*. Il s'agit de l'article 33 – la coïncidence numérique est remarquable ! – pour la première et de l'article 34 pour la seconde charte. Vu que leur contenu est le même en substance, il suffira de reproduire celle visant la *Charte canadienne* :

La présente loi ainsi que les modifications qu'elle apporte par son chapitre V ont effet indépendamment des articles 2 et 7 à 15 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [c.-à-d. de la *Charte canadienne*].<sup>43</sup>

Soyons clair, ce recours maximaliste aux clauses de dérogation à la fois du régime supra-législatif pancanadien de protection juridique des droits humains et de l'instrument quasi-constitutionnel de la province de Québec est sans précédent et doit être condamné haut et fort. Pour l'expliquer simplement : même suivant l'adoption de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*,<sup>44</sup> avec sa déclaration de dérogation omnibus (nous l'avons vu), les justiciables de la province n'étaient pas privés de protection de leurs droits humains, car la *Charte québécoise* n'était pas suspendue.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 35, art 1.

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> Incidemment, c'est ce qui a permis à la Cour suprême, en 1988 dans l'arrêt *Ford*, *supra* note 2, de déclarer invalides les mesures législatives concernant l'affichage commercial, sur la base de la liberté d'expression protégée par la *Charte québécoise*.

Ici, le gouvernement de la CAQ, sous le leadership du premier ministre Legault et grâce au zèle du ministre Jolin-Barrette, y est allé tous azimuts:<sup>46</sup> toute la Loi 21 est visée par les dérogations (même chose avec la Loi 96<sup>47</sup> quelques années plus tard),<sup>48</sup> mais aussi tous les droits et libertés dérogeables font l'objet des dérogations, et ce, à la fois pour la *Charte canadienne* et la *Charte québécoise*. En somme, il n'y a plus rien maintenant au Québec pour permettre de protéger les droits humains des justiciables de la province des mesures (vraisemblablement) attentatoires de la Loi 21. On est tenté de dire que c'est une manifestation post ou anti-libéraliste dans la province<sup>49</sup> ou, quitte à être critiqué en faisant dans l'hyperbole, un certain retour à l'ère de *Roncarelli c. Duplessis*,<sup>50</sup> la tristement cause célèbre à la Cour suprême dans les années 1950, avec les excès et les abus de l'époque de la grande noirceur dans la Belle Province.

C'est dans ce contexte législatif, avec le recours maximaliste à l'article 33 de la *Charte canadienne*, notamment, qu'il y a lieu d'enchaîner avec la contestation judiciaire de la Loi 21. On pourra ainsi voir comment le *stare decisis* fut invoqué par les tribunaux au Québec pour se dire liés par l'arrêt *Ford* en matière de dérogation. Originellement dans quatre procédures – les demandes de *Hak et al.*, de *Lauzon et al.*, du English Montreal School Board *et al.* et de la Fédération autonome de l'enseignement – l'affaire a été entendue à la Cour supérieure par le juge Marc-André Blanchard, qui a rendu sa décision le 20 avril 2021, connue sous le nom de *Hak*.<sup>51</sup> Sauf pour ce qui est de l'argument relatif aux droits à l'éducation dans la langue de la minorité – fondé sur l'article 23 de la *Charte canadienne*, donc hors de portée de la dérogation – le combiné de l'article 33, de l'arrêt *Ford* et de la *stare decisis* a conduit le tribunal à rejeter la quasi-totalité des arguments fondés sur les droits humains, dont la liberté de religion.

---

<sup>46</sup> Marion Sandilands, « Quebec's Bills 21 and 96: An Underwater Eruption », dans Peter L Biro, dir, *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter – Rights, Reforms, and Controversies*, 1<sup>e</sup> éd, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2024, 253.

<sup>47</sup> *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français*, LQ 2022, c 14 [Loi 96].

<sup>48</sup> Voir aussi Tsvi Kahana, « The Notwithstanding Clause, Bill 96, and Tyranny », dans Peter L Biro, dir, *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter – Rights, Reforms, and Controversies*, 1<sup>e</sup> éd, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2024, 290.

<sup>49</sup> Voir Jonathan Montpetit, « The Rise and Fall of Liberal Constitutionalism in Quebec », dans Peter L Biro, dir, *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter – Rights, Reforms, and Controversies*, 1<sup>e</sup> éd, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2024, 271.

<sup>50</sup> *Roncarelli c Duplessis*, 1959 CanLII 50 (CSC), [1959] RCS 121.

<sup>51</sup> *Hak c Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 1466 [*Hak*].

Pour les fins de notre analyse du *stare decisis*, il suffira d'examiner les motifs de la Cour d'appel du Québec dans cette affaire, le jugement du 29 février 2024 dernier étant connu sous le nom : *Organisation mondiale sikhe*.<sup>52</sup>

#### 4.1. *Stare decisis* vertical à la Cour d'appel

En termes de droits et libertés, la décision unanime de la juge en chef Savard et des juges Morissette et Bich<sup>53</sup> est allée presque entièrement dans le même sens qu'en première instance – sauf pour l'argument fondé sur l'article 23 de la *Charte canadienne*, qui a été rejeté en appel – essentiellement en raison de la clause de dérogation et du précédent *Ford*. Avant d'aborder la question du *stare decisis*, à la section 3 de la partie II des motifs portant sur les arguments de droits humains, la Cour d'appel revient en détail sur la portée de cet arrêt. Elle écrit ceci :

Or, comme le retient à juste titre le juge de première instance, la Cour suprême dans l'arrêt *Ford*, conclut qu'une telle déclaration, même dans une loi *omnibus*, constitue un exercice légitime du pouvoir de dérogation conféré par l'art. 33 de la *Charte canadienne*, celui-ci n'établissant que des conditions de forme.<sup>54</sup>

Suit un examen des points plaidés dans l'affaire *Ford* au sujet de la clause de dérogation, ainsi que des citations d'extraits de cet arrêt de 1988 (dont ceux reproduits, ci-dessus), qui selon la Cour d'appel « ne peuvent être considérés comme un *obiter* »,<sup>55</sup> une opinion que l'on ne partage pas (voir ci-haut), cela dit avec égard. Bref, faisant sienne la position du procureur général du Québec, le banc de trois magistrats conclut que *Ford* « ne laisse pas de porte ouverte à la possibilité d'intégrer des conditions de fond à l'application [de l'art. 33] ». <sup>56</sup>

S'agissant de la méthodologie d'interprétation constitutionnelle propre à la *Charte canadienne*, la justification de la Cour d'appel laisse grandement perplexe. Voici l'extrait des motifs, au même paragraphe, à l'appui du caractère contraignant et incontournable de ce qui est présenté comme la *ratio decidendi* de *Ford* :

<sup>52</sup> *Organisation mondiale sikhe du Canada c. Procureur général du Québec*, 2024 QCCA 254 [*Organisation mondiale sikh*].

<sup>53</sup> Pour une analyse sommaire de l'ensemble des éléments de la décision de la Cour d'appel du Québec, voir mon intervention dans l'article de Luis Millán, « Notwithstanding clause centre stage in Quebec Appeal Court ruling over controversial secularism law » (11 mars 2024), en ligne : *Law360 Canada*, <[www.law360.ca/ca/articles/1811720/notwithstanding-clause-centre-stage-in-quebec-appeal-court-ruling-over-controversial-secularism-law](http://www.law360.ca/ca/articles/1811720/notwithstanding-clause-centre-stage-in-quebec-appeal-court-ruling-over-controversial-secularism-law)>.

<sup>54</sup> *Organisation mondiale sikh*, *supra* note 52 au para 248 (italiques dans l'original ; notes omises).

<sup>55</sup> *Ibid* au para 253.

<sup>56</sup> *Ibid* au para 254.

Le texte de cette disposition est clair, nous enseignent la Cour suprême; il s'agit de l'appliquer. Que les tribunaux judiciaires soient d'accord ou non avec le choix du législateur – choix qu'il n'a d'ailleurs pas à justifier – est sans pertinence.<sup>57</sup>

Or, avec égard, cette façon d'interpréter la clause de dérogation est en porte-à-faux avec les enseignements de la Cour suprême en termes méthodologiques. Bien que cette dimension ait été abordée dans un autre texte de doctrine,<sup>58</sup> il convient néanmoins de réitérer ce qui suit. Depuis le recalibrage de l'approche dite téléologique en matière de *Charte* – dans une trilogie d'arrêts : *Poulin*,<sup>59</sup> *Québec inc.*,<sup>60</sup> et *Cité de Toronto*<sup>61</sup> – il y a lieu, plus que jamais, de bien comprendre la place appropriée du texte constitutionnel en interprétation constitutionnelle.<sup>62</sup> En une phrase : il est important, mais non déterminant.

Essentiellement, les enseignements de l'arrêt de principe *Big M Drug Mart*<sup>63</sup> ont été réaffirmés dans ces trois arrêts du tournant des années 2020s, voulant que le sens des dispositions soit, « déterminé 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* ». <sup>64</sup> Par ailleurs, écrit le juge Dickson (plus tard juge en chef), « l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie », <sup>65</sup> tout en gardant à l'esprit toutefois, ajoute-t-il, « de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question ». <sup>66</sup>

Ce que la Cour suprême est venue faire avec sa trilogie de 2020 se rapporte au rôle du texte constitutionnel. Dans *Poulin*, par exemple, la majorité sous la plume

---

<sup>57</sup> *Ibid* (nos soulignements).

<sup>58</sup> Beaulac, *supra* note 39.

<sup>59</sup> *R c Poulin* 2019 CSC 47 [*Poulin*].

<sup>60</sup> *Québec (Procureure générale) c 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32 [*Québec inc.*].

<sup>61</sup> *Cité de Toronto*, *supra* note 19.

<sup>62</sup> Voir généralement Vanessa MacDonnell, « Enduring Wisdom: The Purposive Approach to Charter Interpretation », dans Howard Kislowicz, Richard J. Moon et Kerri Anne Froc, dir. *Canada's Surprising Constitution – Unexpected Interpretations of the Constitution Act, 1982*, Vancouver (BC), University of British Columbia Press, 2024, 369; Colin Feasby, « The Evolving Approach to Charter Interpretation » (2022) 60 *Alta L Rev* 35.

<sup>63</sup> *R c Big M Drug Mart Ltd.*, 1985 CanLII 69 (CSC), [1985] 1 RCS 295 [*Big M Drug Mart*].

<sup>64</sup> *Ibid* à la p 344.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> *Ibid.*

de la juge Martin, insiste sur la jurisprudence<sup>67</sup> voulant que l'interprétation téléologique doive d'abord et avant tout se faire sur la base du libellé de la disposition de la *Charte*.<sup>68</sup> Elle invite aussi à la rigueur, avec le commentaire suivant : « l'interprétation "téléologique" et l'interprétation "libérale" peuvent être confondues à tort »<sup>69</sup>. Quant à *Québec inc.*, les juges Brown et Rowe pour la majorité abondent dans le même sens en décrivant une « approche "téléologique, libérale et contextuelle", qui doit être appliquée de façon "large et libérale" », <sup>70</sup> distinguant ainsi ces deux pôles interprétatifs. La première étape dans le cadre d'une interprétation, rappellent-ils, c'est le texte :

Il en est ainsi parce que l'interprétation constitutionnelle, c'est-à-dire l'interprétation du *texte de la Constitution*, doit être réalisée d'abord et avant tout par référence à ce texte, et être circonscrite par celui-ci.<sup>71</sup>

Sans aller ni au-delà ni en deçà de l'objet véritable de la disposition de la *Charte*, le texte est le « premier facteur à prendre en compte dans une interprétation téléologique ». <sup>72</sup> Cela étant, le texte est peut-être le premier, mais il n'est pas le seul élément à considérer dans le cadre de l'approche téléologique en matière de *Charte*. On le rappelle dans l'arrêt *Cité de Toronto*<sup>73</sup> comme suit : « Bien qu'une interprétation téléologique des droits protégés par la *Charte* doive commencer par le texte et s'y enraciner »<sup>74</sup> – un exercice que l'on rebaptise l'« interprétation textuelle téléologique »<sup>75</sup> – les instructions de *Big M Drug Mart*, telles que reformulées dans *Québec inc.*, demeurent la marche à suivre.<sup>76</sup>

C'est à cet égard que la Cour d'appel du Québec a fait défaut, cela dit avec égard, dans son jugement *Organisation mondiale sikhe*. S'agissant de la clause de dérogation, il est erroné de se fonder uniquement sur le texte de l'article 33, en statuant qu'il est clair tout simplement, pour valider et entériner la lecture qu'on en a faite dans l'arrêt *Ford*, il y a presque 40 ans. Or, l'approche téléologique permet au texte d'être le premier élément considéré, soit, mais il ne s'agit pas du seul; l'exercice axé sur

---

<sup>67</sup> *R c Grant*, 2009 CSC 32 au para 15.

<sup>68</sup> *Poulin, supra* note 59 au para 64.

<sup>69</sup> *Ibid* au para 53.

<sup>70</sup> *Québec inc.*, *supra* note 60 au para 7.

<sup>71</sup> *Ibid* au para 9 (italiques dans l'original).

<sup>72</sup> *Ibid* au para 10.

<sup>73</sup> *Cité de Toronto, supra* note 19.

<sup>74</sup> *Ibid* au para 14.

<sup>75</sup> *Ibid* au para 53.

<sup>76</sup> *Ibid* au para 55.

l'approche téléologique requiert plutôt de prendre en considération plusieurs autres éléments, relevant notamment de l'objectif de la *Charte* dans son ensemble, ainsi que de ses autres dispositions, contextuellement. Pour ce qui est de l'article 33, il doit être compris eu égard à son objectif, à titre de clause de dérogation faisant exception à l'application de la *Charte canadienne* (suivant son article 32). Plus de détails quant à cet argumentaire se trouvent dans un autre texte sous ma plume.<sup>77</sup>

\* \* \*

Qu'à cela ne tienne, il convient maintenant de mettre l'accent sur le volet du jugement de février 2024 portant sur le *stare decisis*, un autre sujet dont la Cour d'appel traite aussi dans une section distincte de ses motifs, soit la section 3 de cette même partie relative aux droits fondamentaux. Elle met la table en rappelant les enseignements de la Cour suprême dans l'arrêt *Bedford*,<sup>78</sup> au sujet du *stare decisis* vertical, tels que repris et appliqués dans l'affaire *Carter* :

La doctrine selon laquelle les tribunaux d'instance inférieure doivent suivre les décisions des juridictions supérieures est un principe fondamental de notre système juridique. Elle confère une certitude tout en permettant l'évolution ordonnée et progressive du droit. Cependant, le principe du *stare decisis* ne constitue pas un carcan qui condamne le droit à l'inertie. Les juridictions inférieures peuvent réexaminer les précédents de tribunaux supérieurs dans deux situations : (1) lorsqu'une nouvelle question juridique se pose, et (2) lorsqu'une modification de la situation ou de la preuve « change radicalement la donne ».<sup>79</sup>

On est par ailleurs clair dans *Bedford* pour ce qui est du *stare decisis* vertical : « la barre est haute lorsqu'il s'agit de justifier le réexamen d'un précédent ».<sup>80</sup>

Le test en deux volets de *Bedford* s'intéresse tout d'abord à possibilité d'avoir une question juridique nouvelle, un critère exigeant ajoute la Cour d'appel.<sup>81</sup> À cette fin, on examine plusieurs arguments mis de l'avant par les parties s'opposant à la Loi 21 : (i) l'interaction entre la dérogation de l'article 33 et la justification de l'article premier de la *Charte*; (ii) la dérogation à la fois en vertu de la clause de la *Charte canadienne* et de celle de la *Charte québécoise*; (iii) la dérogation aux droits judiciaires et aux garanties juridiques en violation de la primauté du droit et de la compétence fondamentale des cours supérieures; et (iv) le rôle contemporain du droit international dans l'interprétation de la *Charte* selon la jurisprudence récente de la Cour suprême. Ces arguments sont tous rejetés sans ménagement par la Cour d'appel, qui conclut ainsi sur

<sup>77</sup> Beaulac, *supra* note 40.

<sup>78</sup> *Canada (Procureur général) c Bedford*, 2013 CSC 72 au para 42 [*Bedford*].

<sup>79</sup> *Carter c Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5 au para 44 [*Carter*].

<sup>80</sup> *Bedford*, *supra* note 78 au para 44.

<sup>81</sup> *Organisation mondiale sikh*, *supra* note 52 au para 264.

le premier volet : « En somme, les parties opposées à la *Loi* ne font voir aucune question juridique nouvelle qui justifierait de réexaminer l'arrêt *Ford* ». <sup>82</sup>

S'agissant du second volet du test de *Bedford*, quant à la possible modification de la situation ou de la preuve puisse radicalement changer la donne, la Cour d'appel insiste qu'à ce sujet aussi la barre est très haute. <sup>83</sup> Elle cite le passage suivant de la décision dans l'affaire *Comeau* :

Non seulement l'exception est-elle restreinte – la preuve doit « change[r] radicalement la donne » –, mais il ne s'agit pas d'une invitation générale à réexaminer les précédents qui font autorité sur le fondement de *n'importe quel* type de preuve. Comme le laisse entendre les arrêts *Bedford* et *Carter*, la preuve d'une évolution importante des faits législatifs et sociaux fondamentaux – « qui intéressent la société en général » – constitue un type de preuve qui peut radicalement changer la donne dans le débat juridique visé [...] Ainsi, il a été jugé que l'exception s'applique lorsque le contexte social sous-jacent qui encadrait le débat juridique original examiné a profondément changé. <sup>84</sup>

Ainsi, explique la Cour d'appel, pour qu'une modification de la situation ou de la preuve puisse se qualifier, et ainsi mettre de côté le *stare decisis* vertical, il faut beaucoup plus qu'un simple désaccord ou une interprétation différente. L'expression employée parle de changer radicalement la donne, c'est-à-dire « pour ce qui est de la façon dont les juristes comprennent la question juridique en jeu ». <sup>85</sup>

C'est dans ce segment du jugement que la Cour d'appel se prête à une rebuffade que l'on voit rarement dans des décisions judiciaires. Prenant en grippe les procureurs de la Fédération autonome de l'enseignement (« FAE »), avec leurs envolées lyriques autour d'un narratif du gouvernement des juges, en plus des prétentions gratuites d'une montée du populisme au Québec et en Occident, on n'accepte pas du tout la suggestion qu'il en relèverait d'un devoir moral de renverser *Ford*, encore moins l'invitation sans vergogne faite aux juges de faire preuve d'audace. La réplique est cinglante :

Précisons sans tarder que cette dernière affirmation, qui attire sans contredit l'attention du lecteur, apporte peu, voire rien, au débat. Le rôle d'une cour d'appel n'est pas de faire preuve d'audace. Voir au contrôle de la légalité des lois et à la sauvegarde des « protection[s] offerte[s] par la *Charte* », comme la FAE invite la Cour à le faire, ne constitue pas un exercice de bravoure où elle est appelée à faire preuve d'audace. La Cour ne fait pas

<sup>82</sup> *Ibid* au para 298.

<sup>83</sup> *Ibid* au para 300.

<sup>84</sup> *R c Comeau*, 2018 CSC 15 au para 31 (italiques dans l'original ; références omises).

<sup>85</sup> *Ibid* au para 34 ; passage cité par la Cour d'appel dans *Organisation mondiale sikh*, *supra* note 52 au para 301.

davantage preuve d'*audace* lorsque, dans un dossier donné, elle déclare une loi inconstitutionnelle ; elle exerce simplement son rôle constitutionnel.<sup>86</sup>

On ne se souvient pas d'avoir vu des procureurs au pays se faire dire leurs quatre vérités de la sorte par un tribunal d'appel. Au final, on rejette les arguments sous le second volet du test de *Bedford*,<sup>87</sup> après avoir singulièrement remis à sa place la Fédération autonome de l'enseignement et sa rhétorique inutilement alarmiste; la phrase assassine suivante va marquer les esprits, certes : « la Cour ne fait pas preuve de *lâcheté* (antonyme d'*audace*) en rejetant ici la thèse de la FAE; elle ne fait qu'appliquer la règle de droit ». <sup>88</sup> Voilà un rappel à propos, surtout pour ces auteurs-pamphlétaires qui, malheureusement, rabaissent trop souvent la règle de droit à un vulgaire slogan, plutôt que l'élever au rang de principe constitutionnel fondamental dans la grande tradition anglo-saxonne du « rule of law ».

L'analyse de la Cour d'appel de *Bedford* est impeccable, bien que l'on puisse être en désaccord avec les conclusions quant aux différents éléments sous les deux volets du test. Cela étant, on doit surtout comprendre qu'en contexte de *stare decisis* vertical, la barre est mise excessivement haute, pour justifier la reconsidération et le renversement d'un précédent judiciaire d'une instance supérieure. Il en va autrement du *stare decisis* horizontal, tel qu'applicable auprès du tribunal de dernière instance au pays, ce dont il est maintenant approprié d'examiner.

#### 4.2. *Stare decisis* horizontal à la Cour suprême

On est tenté de dire, pour provoquer quelque peu, que toutes ces histoires de *stare decisis*, lorsqu'une cause se rend à la Cour suprême du Canada, on n'en a rien à cirer, ou très peu. Après tout, la plus haute instance judiciaire au pays, qui dans la tradition héritée de Grande-Bretagne agit par ailleurs comme cour constitutionnelle, doit avoir les coudées franches dans l'élaboration et l'actualisation du droit, encore davantage dans le contexte du droit constitutionnel canadien, avec l'idée de l'« arbre vivant ».<sup>89</sup>

Mais cela serait une erreur, puisque depuis toujours dans le système juridique de common law, où la source première de normativité est le droit jurisprudentiel, la

<sup>86</sup> *Organisation mondiale sikh*, *supra* note 52 au para 304 (italiques dans l'original ; notes omises).

<sup>87</sup> *Ibid* au para 310.

<sup>88</sup> *Ibid* au para 305 (italiques dans l'original ; nos soulignements).

<sup>89</sup> La célèbre métaphore de l'arbitre vivant au Canada – avec la deuxième idée, souvent oubliée toutefois, voulant que l'arbre (soit la constitution) puisse croître, mais à l'intérieure de ses limites naturelles (c.-à-d. le texte constitutionnel) – vient de la décision du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Edwards c Canada (Attorney General)*, [1929] JCJ no 2, [1930] AC 124, à la p 128. Voir aussi Stéphane Beaulac, « Post-World War I / The Quiet Revolution (1920-1970) – Through the Lenses of Legal Interpretation and International Law », dans Errol P Mendes, dir., *Celebrating 150 years of Caselaw by the Supreme Court of Canada*, Toronto (ON), LexisNexis Canada, 2017, 79, aux pp 80 et ss.

doctrine du *stare decisis* est la pierre d'assise de tout le régime,<sup>90</sup> même lorsqu'on est devant le tribunal de dernière instance.<sup>91</sup> Pour ce qui est du droit canadien, y compris le droit public dans la province de Québec (le droit privé étant civiliste, on le sait),<sup>92</sup> si la Cour suprême du Canada a déjà adhéré inconditionnellement à la doctrine du précédent, au début du 20<sup>e</sup> siècle,<sup>93</sup> un changement s'est produit dans les années 1960s, une vingtaine d'années après l'abolition des derniers appels au Comité judiciaire du Conseil privé.

Après avoir annoncé qu'elle se considérait en mesure de renverser ses propres précédents (sans toutefois le faire dans cette cause),<sup>94</sup> c'est en 1976 que la Cour suprême le fait pour la première fois;<sup>95</sup> quelques années plus tard, en 1978, c'est une décision du Conseil privé qu'elle met de côté.<sup>96</sup> Mon collègue Michel Morin donne une perspective jurisprudentielle et institutionnelle élargie à cet événement : « La cour devient alors plus consciente de son rôle de cour de dernière instance ». <sup>97</sup> Cette caractéristique est au cœur de la décision de principe au sujet du *stare decisis* dit horizontal, plus précisément dans son application par le plus haut tribunal au pays. Il convient maintenant d'examiner en détail le jugement de 2022 dans l'affaire *Kirkpatrick*.<sup>98</sup>

\* \* \*

<sup>90</sup> Voir généralement Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-DesBiens, *Droit civil et common law : convergences et divergences / Common Law and Civil Law : A comparative Primer*, Montréal (QC), Éditions Thémis, 2017.

<sup>91</sup> Voir généralement Bora Laskin, *The British Tradition in Canadian Law*, Londres (UK), Stevens & Sons, 1969, aux pp 49 et ss.

<sup>92</sup> Voir, sur les influences mutuelles des deux traditions juridiques au pays, s'agissant surtout du droit privé, les deux causes suivantes en jurisprudence récente, *C.M. Callow Inc. c Zollinger*, 2020 CSC (le droit civil influence la common law); et *6362222 Canada inc. c Prelco inc.*, 2021 CSC 39 (la common law influence le droit civil). Voir aussi Jean-François Gaudreault-DesBiens, *Les solitudes du bijuridisme au Canada – Essai sur les rapports de pouvoir entre les traditions juridiques et la résilience des atavismes identitaires*, Montréal (QC), Éditions Thémis, 2007.

<sup>93</sup> Voir par ex *Stuart c Bank of Montreal*, 1909 CanLII 3 (CSC), 41 RCS 516 aux pp 539-544.

<sup>94</sup> *Binus c R*, 1967 CanLII 15 (CSC); [1967] RCS 594 à la p 601.

<sup>95</sup> *Paquette c R*, 1976 CanLII 24 (CSC), [1977] 2 RCS 189, à la p 197 (décision rendue la 5 octobre 1976, quoique répertoriée en 1977).

<sup>96</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, 1978 CanLII 10 (CSC), [1978] 2 RCS 1198, aux pp 1201 et 1257.

<sup>97</sup> Michel Morin, « Introduction à la common law canadienne », dans Yan Campagnolo, Louise Bélanger-Hardy et Aline Grenon, dir, *Éléments de common law canadienne – Comparaison avec le droit civil québécois*, 2<sup>e</sup> éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2024, 39 aux pp 84-85.

<sup>98</sup> *R c Kirkpatrick*, 2022 CSC 33 [*Kirkpatrick*].

Ce que font les juges Côté, Brown et Rowe dans leurs motifs conjoints est d'une importance beaucoup plus vaste que les questions d'interprétation du *Code criminel*<sup>99</sup> en jeu dans cette cause. Dans leur opinion concordante – ils ne sont pas dissidents quant au résultat, ni contredits sur ces points par la majorité de cinq juges – les juges minoritaires (avec l'accord du juge en chef Wagner), au nombre de quatre, effectuent à vrai dire une synthèse exhaustive et une articulation moderne de la doctrine du *stare decisis* au Canada. En outre, on donne des lignes directrices quant aux situations où il sera légitime pour le tribunal de dernière instance au pays (en anglais, « apex court ») de mettre de côté un précédent, c'est-à-dire de le renverser.

La plaignante dans cette affaire, qui avait explicitement indiqué qu'elle consentait au rapport sexuel avec l'accusé à condition qu'il porte un condom, s'est aperçue après l'acte qu'il n'en avait pas mis. Elle a déposé une plainte alléguant une agression sexuelle. La question de fond était de savoir si cette omission faisait en sorte qu'il n'y avait pas de consentement volontaire à « l'activité sexuelle » (sous l'art. 273.1 *Code criminel*), ce qui était l'opinion des cinq juges majoritaires à la SCC, ou s'il y avait un tel consentement mais vicié par la conduite frauduleuse de l'accusé (sous l'art. 265(3)(c) *Code criminel*), ce qui était la position des quatre juges minoritaires. Bref, le désaccord portait sur le fondement statutaire pour trancher le litige et, surtout, quant à l'applicabilité d'un précédent judiciaire de leur Cour, soit l'arrêt *Hutchinson*<sup>100</sup> de 2014.

*Hutchinson* a été tranchée en vertu de la disposition du *Code criminel* relative à la fraude par la Cour suprême (dans un jugement majoritaire) – et non sous celle relative au consentement (la position minoritaire dans cette affaire de 2014) – dans un contexte où l'accusé avait 'saboté' le condom, dont le port avait été également requis par la victime pendant le coït. Pour la majorité dans *Kirkpatrick*, le précédent *Hutchinson* pouvait faire l'objet d'un *distinguishing*, et ce, car il n'établissait pas une règle de portée large voulant que toutes les situations impliquant un condom puissent échapper à l'application de l'article 273.1 du *Code criminel* (consentement à une activité sexuelle); en l'espèce, la question était plutôt celle relative à l'absence totale de condom, et non une situation où le condom avait été rendu inefficace par la tromperie de l'accusé.

Les quatre juges minoritaires ne voyaient pas le précédent *Hutchinson* de cette façon, étant d'avis qu'il n'y avait pas de *distinguishing* à faire et que, du coup, il devait s'appliquer au présent dossier. *Hutchinson* serait l'autorité jurisprudentielle lorsque l'on s'interroge sur l'utilisation d'un condom; il ne s'agirait pas alors d'une question propre au consentement (sous 273.1(1)), mais plutôt de savoir si le consentement apparent fut vicié par la fraude (sous 265(3)(c)). C'est donc dans le but de justifier l'applicabilité du précédent *Hutchinson* que la minorité dans *Kirkpatrick* a procédé à la revue détaillée et à une synthèse de la doctrine du *stare decisis*, dont les

<sup>99</sup> *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, arts 265(3)(c) et 273.1(1).

<sup>100</sup> *R c Hutchinson*, 2014 CSC 19.

incidences vont bien sûr au-delà du droit pénal, on l'a dit. En effet, n'étant pas contredits pas la majorité, les enseignements des juges minoritaires doivent être légitimement vus comme représentant l'état du droit à ce sujet au pays.

Pour le résumer en une courte phrase : l'arrêt *Kirkpatrick* est pour le *stare decisis* horizontal, telle qu'applicable au tribunal de dernière instance, ce que l'arrêt *Bedford* est pour le *stare decisis* vertical, c'est-à-dire le jugement de principe à cet égard. Pour être complet, mentionnons qu'il y a eu quelques mois avant *Kirkpatrick*, une autre décision majeure en matière de *stare decisis* horizontal, mais en contexte de tribunaux inférieurs. Il s'agit du jugement unanime dans *Sullivan*,<sup>101</sup> aussi une cause de droit pénal, expliquant qu'un précédent prononcé par une cour supérieure fasse autorité et, sauf exception, doive généralement être suivi ultérieurement par les juges de première instance dans la même juridiction; l'autorité du précédent, toutefois, ne s'étend pas aux tribunaux inférieurs de même niveau dans les autres provinces canadiennes.

Pour revenir à notre jugement de principe dans l'affaire *Kirkpatrick*, on le disait, les juges Côté, Brown et Rowe dans leur opinion minoritaire font le point sur la doctrine du *stare decisis*, en général, pour ensuite préciser le test applicable pour ce qui est de la version horizontale propre au plus haut tribunal du pays. À la base, l'idée est simple : les juges doivent suivre les précédents faisant autorité dans la juridiction et, en conséquence, appliquer les mêmes règles aux affaires similaires.<sup>102</sup> Historiquement, l'application stricte du *stare decisis* a mené les tribunaux à interpréter la *ratio decidendi* des jugements de manière étroite, en faisant du *distinguishing* des précédents applicables qu'on ne pouvait pas renverser, une pratique assouplie au milieu du 20<sup>e</sup> siècle.<sup>103</sup>

Vient ensuite une précision fort pertinente : bien que l'idée soit la même, le *stare decisis* vertical invite généralement les juridictions inférieures à suivre les précédents des juridictions supérieures – le test pour les mettre de côté étant celui de *Bedford*,<sup>104</sup> vu plus haut – tandis que le *stare decisis* horizontal signifie que les juridictions du même niveau considèrent leurs propres précédents comme étant contraignants. Dans ce dernier scénario, expliquent les juges minoritaires dans *Kirkpatrick*, le *stare decisis* s'applique différemment en fonction du niveau du tribunal, au sein de la hiérarchie judiciaire, où se pose la question. Ainsi, explique-t-on : « Pour infirmer un précédent, les tribunaux de première instance doivent appliquer un test plus strict que celui que doivent appliquer les cours d'appel intermédiaires »,<sup>105</sup> par exemple la Cour d'appel du Québec.

---

<sup>101</sup> *R c Sullivan*, 2022 CSC 19.

<sup>102</sup> *Kirkpatrick*, *supra* note 98 au para 174.

<sup>103</sup> *Ibid* aux para 175-176.

<sup>104</sup> *Bedford*, *supra* note 78.

<sup>105</sup> *Kirkpatrick*, *supra* note 98 au para 174.

Poursuivant la discussion sur la doctrine dans sa version horizontale, les juges de la minorité ajoutent que, s'agissant d'une cour de dernière instance, le *stare decisis* s'applique différemment aussi, mais pour une raison qui lui est propre. En effet, on doit prendre en considération le rôle institutionnel particulier du plus haut tribunal au pays, qui établit par ses jugements le droit pour une période indéfinie ; or, logiquement, ces précédents « devront peut-être être réexaminés afin de s'assurer qu'ils demeurent applicables et adaptés aux réalités sociales ». <sup>106</sup> Ce rôle institutionnel renvoie par ailleurs à la raison d'être de la doctrine du précédent. Il y a trois groupes de valeurs, de justifications qui sous-tendent le *stare decisis*, à savoir : (i) la certitude et la stabilité juridiques; (ii) la primauté du droit (en anglais, « rule of law »); et (iii) l'efficacité et la légitimité judiciaires. <sup>107</sup> Celles-ci informent les lignes directrices que l'on veut donner à la Cour suprême, devant la guider pour décider de l'opportunité de renverser ses propres précédents. <sup>108</sup>

Eu égard à la jurisprudence des 40 dernières années, énonce-t-on dans l'opinion minoritaire de *Kirkpatrick*, il ne serait possible d'infirmer un précédent à la Cour suprême que dans trois situations (quoiqu'il puisse y avoir chevauchement entre elles). <sup>109</sup> Voici :

1. Premièrement, la décision a été rendue *per incuriam*, c'est-à-dire sans tenir compte de la jurisprudence contraignante ou d'une loi applicable. Cette base sera très rarement utilisée. <sup>110</sup>
2. Deuxièmement, le précédent s'est avéré inapplicable – c'est-à-dire impossible à appliquer adéquatement – ce qui porte atteinte à la logique du *stare decisis*, liée aux valeurs de stabilité et de sécurité juridiques, ainsi qu'à la primauté du droit et à l'efficacité judiciaire. <sup>111</sup> La barre est assez haute pour l'inapplicabilité et, en fait, celle-ci doit être démontrée en substance, pas juste affirmée dans une plaidoirie. <sup>112</sup>
3. Troisièmement, les fondements du précédent se sont érodés au fil des années en raison de changements de la situation en cause, ceux-ci devant être importants et durables. Deux types de changements sont identifiés :

---

<sup>106</sup> *Ibid* au para 181.

<sup>107</sup> *Ibid* aux para 183-189.

<sup>108</sup> *Ibid* aux para 196-201.

<sup>109</sup> *Ibid* aux para 202-203.

<sup>110</sup> *Ibid* aux para 205-206.

<sup>111</sup> *Ibid* aux para 208-216.

<sup>112</sup> *Ibid* aux para 217-218.

A. sociétaux, c'est-à-dire des changements sociaux, économiques ou technologiques au pays,<sup>113</sup> ce qui doit être établi par des éléments de preuve;<sup>114</sup> ou

B. juridiques (normatifs), par exemple un amendement constitutionnel, ou même de la jurisprudence ultérieure qui a atténué de façon progressive le bien-fondé du précédent,<sup>115</sup> la considération desquels changements doit être effectuée en gardant à l'esprit les deux facteurs suivants :

(i) que le fait de renverser le précédent n'entraîne pas un changement imprévisible, un scénario où il est préférable d'avoir une réforme législative;<sup>116</sup> et

(ii) que le fait d'infirmer le précédent n'ait pas pour effet d'élargir la responsabilité criminelle, un scénario où l'on reprocherait à la Cour d'outrepasser son rôle institutionnel.<sup>117</sup>

Pour être complet dans leurs directives, les juges minoritaires dans *Kirkpatrick* ajoutent qu'il y a cinq facteurs qui, explicitement, doivent être déclarés non-pertinents pour passer outre le *stare decisis* horizontal au plus haut tribunal.<sup>118</sup> (a) des critiques judiciaires ou doctrinales; (b) des différences avec la jurisprudence de pays étrangers; (c) une rhétorique suggérant que le précédent soit tout simplement erroné; (d) l'ancienneté du précédent; et (e) le fait que le jugement soit unanime ou jouisse d'une forte majorité.

Un dernier point est important de noter, s'agissant des enseignements des juges Côté, Brown et Rowe, au sujet de la portée du cadre établi en matière de *stare decisis* horizontal pour notre cour de dernière instance. Ces directives doivent « s'appliquer à tous les précédents de la Cour portant sur l'interprétation statutaire, la common law et le droit constitutionnel »,<sup>119</sup> étant entendu toutefois que chacun de ces trois cas présente ses particularités.<sup>120</sup> Les instructions propres au dernier scénario méritent d'être reproduites intégralement, vu que le présent texte s'intéresse à l'article 33 de la *Charte canadienne* :

Les précédents constitutionnels doivent demeurer applicables et adaptés aux réalités de la société contemporaine [...]. Contrairement aux lois, le sens d'une disposition constitutionnelle est « susceptible[e] d'évoluer » et peut

---

<sup>113</sup> *Ibid* aux para 223-230.

<sup>114</sup> *Ibid* aux para 231-232.

<sup>115</sup> *Ibid* aux para 233-241.

<sup>116</sup> *Ibid* au para 243.

<sup>117</sup> *Ibid* au para 244.

<sup>118</sup> *Ibid* aux para. 246-259.

<sup>119</sup> *Ibid* au para 260.

<sup>120</sup> *Ibid* aux para 261-266.

être réexaminé en raison d'un changement sociétal [...]. La Cour peut également infirmer des précédents constitutionnels inapplicables [...].<sup>121</sup>

Cela étant, une mise en garde : « Le pouvoir de réexaminer un précédent constitutionnel n'équivaut cependant pas à un droit absolu de réinterpréter la Constitution »,<sup>122</sup> qu'on se le tienne pour dit. Reprenant l'esprit des jugements classiques en matière d'interprétation constitutionnelle, on rappelle au final que cette lecture, « doit être ancrée dans le contexte historique de la disposition en cause et dans les limites naturelles du texte ». <sup>123</sup>

## 5. Conclusion: revoir et compléter l'arrêt *Ford*

Les dernières instructions des juges minoritaires dans *Kirkpatrick* trouvent écho particulièrement en ce qui nous concerne, s'agissant de la problématique de dérogation de la *Charte canadienne* et de l'arrêt *Ford*. Quoiqu'en matière constitutionnelle, il n'y a certainement pas carte blanche pour faire une interprétation *de novo* de l'article 33 de la *Charte*; la doctrine du *stare decisis* horizontal, même si on est à la Cour suprême du Canada, s'oppose à une telle opération. Mais pour reprendre verbatim les diktats de la minorité dans *Kirkpatrick*, la clause de dérogation qui a été interprétée une première (et dernière) fois dans une cause de jurisprudence en 1988, doit « demeurer applicabl[e] et adapt[ée] aux réalités de la société contemporaine ». Il en relève du rôle institutionnel de notre cour de dernière instance, que l'on doit conjuguer avec la légitimité de sa mission :

La légitimité ne dépend pas de l'adhésion de la population aux résultats, mais est plutôt fondée sur la confiance que les tribunaux tranchent les litiges conformément aux principes établis. Cela exige que les juges donnent effet à ces principes juridiques et ne s'en écartent que si un motif valable est établi.<sup>124</sup>

Dans le cadre du présent texte, la première idée défendue est qu'il faut voir l'arrêt *Ford* comme une première occasion pour la Cour suprême d'aborder la problématique de dérogation et de développer le schéma d'utilisation de l'article 33 de la *Charte*. Il ne faut pas voir ce jugement comme un énoncé sacramental de tout ce qui s'est dit et de tout ce qui se dira en matière de dérogation au Canada. Ça serait certes incongru, non seulement en raison de la nature de la jurisprudence de droit constitutionnel au pays, qui se construit typiquement sur la base de plusieurs décisions judiciaires venant du plus haut tribunal, mais aussi parce que *Ford* lui-même n'est pas une affaire, on l'a vu, qui se prêtait à une analyse satisfaisante et exhaustive de toutes

<sup>121</sup> *Ibid* au para 265.

<sup>122</sup> *Ibid* au para 266.

<sup>123</sup> *Ibid* (références omises).

<sup>124</sup> *Ibid* au para 189.

les ramifications relatives à l'article 33 de la *Charte*. Il peut être approprié de présenter le dernier point en termes de *distinguishing*, ce qui a été effectué de façon détaillée dans la discussion plus haut. Bref, l'arrêt *Ford*, un premier jugement, qui si nécessaire peut être distingué sur la base du dossier factuel, et à propos duquel il y a un besoin évident d'être complété en jurisprudence dans des causes ultérieures.

Le hic, on l'a mentionné, c'est que cela a pris une éternité – plus de 35 ans – avant que d'autres dossiers relatifs à la clause de dérogation se retrouvent devant les tribunaux, et ultimement à la Cour suprême. L'affaire *Organisation mondiale sikhe*,<sup>125</sup> maintenant que l'on sait qu'il y a pourvoi au plus haut tribunal du pays,<sup>126</sup> offrira une occasion en or de revoir et surtout de pouvoir compléter *Ford* pour ce qui est de l'interprétation de l'article 33 de la *Charte*. Il est certain que le procureur général du Québec s'opposera avec véhémence à un tel exercice, plaidant une application rigoureuse du *stare decisis*, même si on est à la Cour suprême, pour que la *ratio decidendi* de *Ford* puisse faire autorité, comme on en a convaincu la Cour d'appel du Québec dans sa décision de février 2024.

À la Cour suprême, dans l'hypothèse que l'on ait à traiter de *Ford* en termes de *stare decisis*, il faudra suivre non pas le test de *Bedford*, pour la version verticale, mais plutôt le test moins exigeant de *Kirkpatrick*, pour la version horizontale applicable au tribunal de dernière instance. L'âge du précédent *Ford*, qui fait presque 40 ans, n'est pas censé jouer, rappelons-le,<sup>127</sup> mais le fait que ce soit vraiment le seul arrêt sur la clause de dérogation, un élément fort différent, devrait être pris en compte à notre avis. En outre, on observe que *Ford* a fait l'objet, surtout récemment,<sup>128</sup> de vives critiques en doctrine – plusieurs auteurs suggérant que ce précédent serait manifestement erroné<sup>129</sup> – mais cela non plus ne devrait pas être déterminant, comme nous enseignent *Kirkpatrick*.<sup>130</sup>

<sup>125</sup> *Organisation mondiale sikh*, *supra* note 52.

<sup>126</sup> *Commission scolaire English-Montréal et al. c Procureur général du Québec et al.*, 2025 CSC dossier no. 4, demande d'autorisation accordée, 23 janvier 2025.

<sup>127</sup> *Kirkpatrick*, *supra* note 98 au para 254.

<sup>128</sup> Voir, par ex Grégoire Webber, « The Notwithstanding Clause and the Precedent in *Ford*: Le dit et le non-dit » (2023) 32 *Constitutional Forum constitutionnel* 13; Eric M Adams, « *Ford* Focus: Constitutional Context and the Notwithstanding Clause » (2023) 32 *Constitutional Forum constitutionnel* 33; Hoi L Kong, « *Overturing Ford* » (2023) 3 *Constitutional Forum constitutionnel* 21. Voir généralement Kinsinger, *supra* note 23.

<sup>129</sup> La palme, si l'on peut dire, de ces vives critiques de l'arrêt *Ford* revient certainement à Robert Leckey de l'Université McGill. Voir par ex Robert Leckey, « Legislative Choices in Using Section 33 and Judicial Scrutiny », Peter L Biro, dir, *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter – Rights, Reforms, and Controversies*, 1<sup>e</sup> éd, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2024, 111. Voir aussi Robert Leckey et Eric Mendelsohn, « The Notwithstanding Clause: Legislatures, Courts, and the Electorate » (2022) 72 UTLJ 189; et Robert Leckey, « Advocacy Notwithstanding the Notwithstanding Clause » (2019) 29:4 *Constitutional Forum constitutionnel* 1.

<sup>130</sup> *Kirkpatrick*, *supra* note 98 aux para 246 et ss, et 252 et ss.

Reste que la question d'intérêt dans *Ford*, la clause de dérogation, tombe dans le domaine du droit constitutionnel, relativement à la *Charte canadienne*, ce qui appelle à une application plus permissive,<sup>131</sup> plus ouverte à l'idée de le revoir et le compléter, selon les directives énoncées par les juges minoritaires dans cet arrêt de 2022. Lequel des trois scénarios identifiés dans *Kirkpatrick* se prête le mieux à justifier une révision de l'arrêt *Ford*? Il nous paraît assez certain que ce soit le troisième, parce qu'il semble y avoir, s'agissant de la problématique de dérogation, une érosion des fondements du précédent, ces changements étant très certainement importants et durables. La fréquence, voire la « banalisation »,<sup>132</sup> de l'utilisation de l'article 33 de la *Charte*, qui est indubitablement un élément inquiétant, mais surtout nouveau,<sup>133</sup> devrait être en tête de liste des changements pertinents à faire valoir pour justifier la reconsidération de l'arrêt *Ford*.

Il s'agit d'un changement de type juridique majeur, qu'on pourrait même décrire comme paradigmatique en termes de pratique législative et de droit public. Il se constate clairement dans la province de Québec, avec la Loi 21 et la Loi 96,<sup>134</sup> mais cette tangente liberticide se propage ailleurs,<sup>135</sup> en Ontario par exemple,<sup>136</sup> et encore plus récemment en Saskatchewan.<sup>137</sup> Pour avoir gain de cause sous *Kirkpatrick*, il y aura une démonstration à faire toutefois, voulant que ce changement important et

<sup>131</sup> *Ibid* au para 265.

<sup>132</sup> C'est en effet le vocable retenu par le juge Blanchard dans la décision *Hak*, *supra* note 51, en particulier aux para 754 et 768. Voir aussi Noura Karazivan et Jean-François Gaudreault-DesBiens, « Rights Trivialization, Constitutional Legitimacy Deficit, and Derogation Clauses: The Example of Quebec's Laicity Act » (2020) 99 SCLR (2d) 487.

<sup>133</sup> Voir par ex Caitlin Salvino, « A Tool of Last Resort: A Comprehensive Account of the Notwithstanding Clause Political Uses 1982-2021 » (2022) 16:1 JPPL 16, où l'auteur répertorie 24 utilisations ou invocations de la clause de dérogation de l'article 33 de la *Charte canadienne*; voir aussi Caitlin Salvino, « Notwithstanding Minority Rights: Rethinking Canada's Notwithstanding Clause », dans Peter L Biro, dir, *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter – Rights, Reforms, and Controversies*, 1<sup>e</sup> éd, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2024, 401; *Ibid* à la p 401, il en ajoute trois nouvelles, pour un total de 26, notant toutefois ceci : « only eighteen invocations were promulgated and effective ».

<sup>134</sup> Voir Marion Sandilands, « Quebec's Bills 21 and 96: An Underwater Eruption », Peter L Biro, dir, *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter – Rights, Reforms, and Controversies*, 1<sup>e</sup> éd, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2024, 253.

<sup>135</sup> Voir Gregory B. Bordan, « Are There Constitutional Limits on the Use of the Notwithstanding Clause? », Peter L Biro, dir, *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter – Rights, Reforms, and Controversies*, 1<sup>e</sup> éd, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2024, 401.

<sup>136</sup> Voir *Working Families Coalition (Canada) Inc. c Ontario (Attorney General)*, 2023 ONCA 139, maintenant devant la Cour suprême du Canada, qui devra traiter indirectement de la problématique de dérogation sous l'article 33 de la *Charte canadienne*.

<sup>137</sup> Voir *UR Pride Centre for Sexuality and Gender Diversity c Gouvernement of Saskatchewan*, 2024 SKKB 23, qui est maintenant devant la Cour d'appel de la Saskatchewan, où le juge de première instance a mis en doute que l'arrêt *Ford* pour empêche de procéder au contrôle judiciaire de l'utilisation de l'article 33 de la *Charte canadienne*.

durable affecte directement, en fait atténué grandement le bien-fondé jurisprudentiel de l'arrêt *Ford*. Cela ne coulera pas de source, il faut l'admettre,<sup>138</sup> mais c'est possible de le faire, soyons optimistes.<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup> En effet, il y a une farouche opposition, frôlant le militantisme, de certains auteurs à revoir l'arrêt *Ford*. Voir par ex St-Hilaire et al., *supra* note 25, 132. Voir aussi Maxime St-Hilaire et Xavier Focroulle Ménard, « Militants ou non, les juristes doivent respecter le choix du constituant », (15 juin 2022) en ligne: *Le Devoir* <[www.ledevoir.com/opinion/idees/723012/idees-militants-ou-non-les-juristes-doivent-respecter-le-choix-du-constituant](http://www.ledevoir.com/opinion/idees/723012/idees-militants-ou-non-les-juristes-doivent-respecter-le-choix-du-constituant)>.

<sup>139</sup> Par exemple, comme il a été élaboré dans un autre texte, un argument pertinent et persuasif pourrait être mis de l'avant, dans un exercice d'interprétation constitutionnel se référant au droit international – suivant les enseignements de la CSC dans *Québec inc.*, *supra* note 60 – pour amener à voir que l'article 33 est en fait une 'exception' à l'application de la *Charte canadienne* (sous l'article 32), qui devrait avoir une portée limitée; cette interprétation stricte et restrictive serait par ailleurs justifiée eu égard aux normes internationales (coutumières et conventionnelles) sur l'accès à la justice et le droit à un redressement, ce qui viendrait supporter et justifier une telle conclusion interprétative fondée sur l'approche téléologique de l'arrêt *Big M Drug Mart*, *supra* note 63. Pour les détails de cet argumentaire, voir Beaulac, *supra* note 40.