

**CANADIAN CHARTER
OF RIGHTS AND
FREEDOMS**

**CHARTRE CANADIENNE DES
DROITS ET LIBERTÉS**

SIXTH EDITION

SIXIÈME ÉDITION

Edited by/Sous la direction de
Errol Mendes
Stéphane Beaulac

Chapitre 6

LE 'RECALIBRAGE' EN INTERPRETATION CONSTITUTIONNELLE ET LE 'RECADRAGE' DU DROIT INTERNATIONAL DEPUIS L'ARRET *QUEBEC INC.* : EXEMPLE D'APPLICATION AVEC LA CLAUSE DE DEROGATION A L'ARTICLE 33 DE LA CHARTE CANADIENNE

Stéphane Beaulac*

SYNOPSIS

- § 6.01 Introduction
- § 6.02 Recalibrage de la méta-méthodologie d'interprétation de la Charte canadienne
 - [1] Arrêts classiques en interprétation constitutionnelle de la Charte
 - [2] Trilogie des arrêts du tournant des années 2020
- § 6.03 Recadrage du rôle du droit international en interprétation constitutionnelle
 - [1] L'arrêt de référence sur le rôle du droit international en matière de Charte
 - [2] Recadrage et grille d'analyse pour recourir au droit international (et comparé)

* Ph.D. (*Cantab*). Professeur titulaire à l'Université de Montréal et avocat-conseil auprès de Dentons LLP, Montréal, Canada.

§ 6.04 Clause de dérogation, interprétation « recalibrée » et droit international
« recadrée »

- [1] L'arrêt Ford et l'interprétation initiale de l'article 33 de la Charte
- [2] Clause de dérogation et méthodologie d'interprétation « recalibrée »
- [3] Clause de dérogation et recours « recadré » au droit international

§ 6.05 Conclusion

§ 6.01 Introduction

Pour un auteur de doctrine en droit public, il est normal d'être animé d'une joie réelle lorsque le plus haut tribunal du pays rend un gros arrêt abordant directement et en substance l'objet premier de nos recherches érudites en matière de *Charte canadienne des droits et libertés*¹ (ci-après « Charte canadienne » ou « Charte »). Or, imaginez l'extase lorsque ladite décision de la Cour suprême ne traite pas d'un, mais bien des deux principaux sujets qui occupent nos travaux depuis une vingtaine d'années maintenant. Vous devinez – voir le titre du présent chapitre – que c'est le jugement dans l'affaire *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*² (ci-après « *Québec inc.* »), rendu fin 2020, qui a eu un tel effet. Ajoutons que le nirvana fut atteint, ne faisons pas de la fausse modestie, en constatant que les juges majoritaires (en fait, les minoritaires aussi) ont utilisé et cité nos écrits, s'agissant tant d'interprétation constitutionnelle que de la problématique de l'interlégalité³, c'est-à-dire de l'utilisation du droit international (et du droit comparé) en droit interne.

Certes, l'arrêt *Québec inc.* ne constitue pas un changement de paradigme pour ni l'un ni l'autre de ces sujets, d'autant qu'il n'est pas unanime, mais plutôt partagé 5-3-1, sans dissidence sur le résultat toutefois. Les juges font plutôt des mises au point, qui sont majeures cependant, et ce, pour remettre les pendules à l'heure sur ces deux thèmes dont l'importance n'a cessé de croître depuis 1982. Pour notre part, on le présentera en termes de « recalibrage » de la méthodologie d'interprétation

¹ *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)]; voir, par exemple : Stéphane Beaulac, « Constitutional Interpretation: On Issues of Ontology and of Interlegality », dans Peter Oliver, Patrick Macklem et Nathalie Des Rosiers (dir.), *Oxford Handbook of the Canadian Constitution* (Oxford : Oxford University Press, 2017) 867.

² *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426 (C.S.C.) (ci-après « *Québec inc.* »).

³ Le terme « interlégalité » est maintenant fréquemment utilisé pour renvoyer à la problématique du recours au droit international en droit interne, et par extension, l'utilisation du droit comparé également. Voir : Stéphane Beaulac et Miriam Cohen, *Précis de droit international – Théorie, sources, interlégalité, sujets*, 3^e éd. (Montréal : LexisNexis Canada, 2021) aux p. 7-8; et aussi, Stéphane Beaulac « La problématique de l'interlégalité et la méthodologie juridique – Exemples canadiens d'opérationnalisation du droit international », dans Jean-Yves Chérot *et al.* (dir.), *Le droit entre autonomie et ouverture – Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel* (Bruxelles : Bruylant, 2013) 5.

applicable à la Charte canadienne et, par ailleurs, de « recadrage » de la grille d'analyse pour avoir recours à la normativité non nationale. En outre, la crainte que cette jurisprudence serait fragile⁴, ou peut-être éphémère, ne s'est pas avérée, car les causes ultérieures ont plutôt fermement consolidé ces enseignements, comme en fait foi l'arrêt *Bissonnette*⁵ en 2022, un jugement unanime de la Cour suprême concernant à la fois l'interprétation de la Charte et l'interlégalité⁶.

Dans le cadre du présent chapitre, qui s'inscrit dans la lignée de mes contributions à cet ouvrage collectif depuis 2005⁷, il sera nécessaire de faire plus qu'une mise à jour des développements sur ces questions, et ce, en raison de l'impact majeur de l'arrêt *Québec inc.* sur celles-ci. Pour faire une comparaison, c'est comme *Eldridge*

⁴ Voir, par exemple : 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 : University of British Columbia Press, 2024) 369.

⁵ *R. c. Bissonnette*, [2022] A.C.S. no 23, 2022 CSC 23, par. 98 (C.S.C.), le juge en chef Wagner pour la Cour. Voir aussi, sur cette affaire, Stéphane Beaulac, Miriam Cohen et Sarah-Michèle Vincent-Wright, « Intervention en matière d'interlégalité dans l'affaire *Bissonnette* de la Cour suprême du Canada : la relation entre le droit pénal international et le droit pénal canadien » (2024) 29:5 *Lex Electronica* 7.

⁶ Voir aussi le très récent arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Directrice de la protection de la Jeunesse du CISSS A*, [2024] A.C.S. no 43, 2024 CSC 43 (C.S.C.), en particulier aux paragraphes 24 et 26, où, même s'il n'était pas question de Charte canadienne, l'opinion unanime sous la plume du juge en chef Wagner a souligné à la fois l'importance du texte pour l'argument téléologique en interprétation législative et le rôle limité du droit international pour identifier l'intention du législateur. Mentionnons en outre qu'au Québec, le jugement majoritaire dans l'affaire *Québec inc.* est cité fréquemment comme un arrêt principe, notamment dans deux causes majeures en matière de droit autochtone, en lien avec la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Doc. N.U. A/RES/61/295 (2 octobre 2007), soit la décision de la Cour d'appel dans le *Renvoi relatif à la Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, [2022] J.Q. no 727, 2022 QCCA 185 (Q.C.C.A.) (par. 510), et la décision de la juge Bourque dans l'affaire *R. c. Montour*, [2023] Q.J. No. 11554, 2023 QCCS 4154 (Q.C.C.S.) (par. 1172), en plus du jugement de la Cour d'appel dans le dossier de la contestation de la *Loi sur la laïcité de l'État*, RLRQ, c. L-0.3, *Organisation mondiale sikhe du Canada c. Procureur général du Québec*, [2024] J.Q. no 1118, 2024 QCCA 254, par. 289 et suiv. (Q.C.C.A.).

⁷ Voir : Stéphane Beaulac, « L'interprétation de la Charte : reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international », dans Gérald-A. Beaudoin et Errol P. Mendes (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés / Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 4^e éd. (Toronto : LexisNexis Butterworths, 2005) 25; et Stéphane Beaulac, « "Texture ouverte", droit international et interprétation de la Charte canadienne », dans Errol P. Mendes et Stéphane Beaulac (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés / Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 5^e éd. (Toronto : LexisNexis Canada, 2013) 191.

c. *Colombie-Britannique (Procureur général)*⁸ qui est venu faire le point, consolidant la jurisprudence antérieure en commençant avec *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*⁹, au sujet de la clause d'application à l'article 32 de la Charte, s'agissant plus précisément du gouvernement. De la même façon, *Québec inc.* a été l'occasion pour la Cour suprême de revoir, d'ajuster et de raffiner les acquis jurisprudentiels à la fois pour ce qui est de la méthodologie propre à l'interprétation de la Charte (section 2) et en ce qui concerne le schème d'analyse pour recourir à la normativité de droit international, ainsi que de droit comparé (section 3).

Après avoir examiné l'héritage titanesque de cet arrêt de principe de 2020, qu'on présentera en termes de *recalibrage* de l'interprétation constitutionnelle et de *recadrage* du rôle de la normativité internationale, il conviendra d'avoir un exemple d'application. Quoi de mieux que la clause de dérogation (appelée aussi clause nonobstant) de l'article 33 de la Charte canadienne (section 4) pour illustrer ce que signifie concrètement l'arrêt *Québec inc.* et ses mises au point, en termes d'interprétation et d'interlégalité.

§ 6.02 Recalibrage de la méta-méthodologie d'interprétation de la Charte canadienne

Récemment, on a introduit le vocable de la « méta-interprétation » en droit public canadien¹⁰, qui s'intéresse à la question de la méthodologie comme telle, en amont, et non à l'application des méthodes d'interprétation précises, en aval. Poursuivant sur les néologismes, nous proposons l'expression « méta-méthodologie » d'interprétation¹¹, pour décrire l'étape intellectuelle initiale pour l'interprète, s'agissant du choix conscient ou implicite de la méthodologie d'interprétation. À cet égard, il faut ajouter qu'à l'instar des autres dimensions en la matière, ce raisonnement serait pertinent tant par rapport à un texte constitutionnel que pour de simples lois, en interprétation législative¹².

⁸ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] A.C.S. no 86, [1997] 3 R.C.S. 624 (C.S.C.).

⁹ *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] A.C.S. no 75, [1986] 2 R.C.S. 573 (C.S.C.).

¹⁰ Colin Feasby, « The Evolving Approach to Charter Interpretation » (2022) 60 *Alta L. Rev.* 35, à la p. 38. Voir aussi : Scott J. Shapiro, *Legality* (Cambridge, É.-U. : Belknap Press of Harvard University Press, 2011) à la p. 305.

¹¹ Nous avons proposé cette terminologie, pour la première fois, dans un texte en hommage au professeur Jean-Denis Archambault : 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.* » (2024) 54 *Revue générale de droit* (à paraître).

¹² S'agissant de la thèse en doctrine voulant qu'il n'y ait pas vraiment de différences ontologiques fondamentales entre l'interprétation des lois et l'interprétation constitutionnelle, voir : Stéphane Beaulac, « Constitutional Interpretation: On Issues of Ontology and of Interlegality », dans Peter Oliver, Patrick Macklem et Nathalie Des Rosiers (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution* (Oxford : Oxford University Press, 2017) 867, à la p. 873 en particulier.

Pour être clair, ce questionnement méta-méthodologique préalable porte sur les considérations d'ensemble (pas les arguments mêmes), eu égard à l'orientation que l'on souhaite donner à la méthodologie interprétative. En fait, on pourrait parler de « macro » interprétation, par opposition à de la « micro » interprétation, celle-ci se fondant sur les éléments classiques de texte-contexte-objet, notamment, de même que sur les moyens dits complémentaires comme l'historique législatif et les présomptions d'intention¹³.

Incidemment, on remarquera que le professeur Elmer Driedger, avec le « modern principle »¹⁴ d'interprétation – entériné et utilisé à l'unanimité par la Cour suprême et les tribunaux au pays¹⁵ – a effectué, à vrai dire, de la macro-interprétation; cette synthèse des considérations de micro-interprétation (texte, contexte, objet) concerne, du coup, le choix méthodologique de l'interprète, en aval, pour orienter son exercice visant l'identification de l'intention du législateur. Le message de Driedger était simple et limpide, s'agissant de l'interprétation législative : on doit mettre de côté l'ancienne approche interprétative axée principalement sur le texte et donnant généralement une lecture stricte et restrictive aux lois; à la place, cette nouvelle façon d'interpréter, plus holistique, tiendra compte en outre, pleinement et systématiquement, de la dimension téléologique des lois et, dans la mesure du possible, permettra de leur donner un sens et une portée large et libérale¹⁶.

En somme, disons-le sans détour, le « modern principle » relève de la méta-méthodologie d'interprétation, puisqu'on s'intéresse ici à l'ensemble des arguments d'interprétation et à l'orientation qu'il y a lieu de donner à l'exercice

¹³ Sur les méthodes d'interprétation législative en général, y compris en contexte de Charte canadienne, voir notre ouvrage didactique : Stéphane Beaulac, *Précis d'interprétation législative – Méthodologie générale, Charte canadienne et droit international* (Montréal : LexisNexis Canada, 2008).

¹⁴ La citation bien connue du professeur et légiste, tirée de son livre Elmer A. Driedger, *The Construction of Statutes*, 2^e éd. (Toronto: Butterworths, 1983) à la p. 87, se lit ainsi : « Today there is only one principle or approach, namely words of an Act are to be read in their entire context in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament ».

¹⁵ Voir : Stéphane Beaulac et Pierre-André Côté, « Driedger's "Modern Principle" at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, Legitimization » (2006) 40 R.J.T. 131.

¹⁶ On reconnaît ici une directive méthodologique, en fait, aussi vieille que les lois d'interprétation au pays, qui suggère que, généralement, l'interprétation en fonction de l'objectif poursuivi par la législation va mener à une interprétation large et libérale. Voir, par exemple, au fédéral, l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, et, dans la province de Québec, l'alinéa 2 de l'article 41 de la *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16. Cela étant, il serait faux de penser que c'est toujours le cas parce que, à vrai dire, l'objectif d'une loi peut à l'occasion justifier une conclusion interprétative qui ira moins loin que semble suggérer *a priori* une lecture du texte; voir l'exemple classique dans l'arrêt *La Reine c. Sommerville*, [1974] R.C.S. 387.

d'interprétation législative. Qu'en est-il de l'interprétation de la Charte canadienne?

[1] Arrêts classiques en interprétation constitutionnelle de la Charte

Clairement, dès les premiers arrêts à la Cour suprême ayant interprété la Charte canadienne, on voit un souci d'ordre macro-interprétatif, c'est-à-dire d'établir les bases méta-méthodologiques en la matière. À l'instar du « modern principle » de Driedger, on pourrait dire, on veut faire une coupure avec le passé, cette fois en traçant une distinction ferme – quoique d'aucuns la considèrent fort exagérée¹⁷ – entre l'interprétation des simples lois (interprétation législative) et l'interprétation de la Charte canadienne (interprétation constitutionnelle)¹⁸.

On voit ainsi des déclarations solennelles, quelque peu hyperboliques toutefois, dans les arrêts classiques des années 1980 – par exemple, *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*¹⁹ (ci-après « *Skapinker* »), *Hunter c. Southam*²⁰ (ci-après « *Hunter* »), *R. c. Big M Drug Mart*²¹ (ci-après « *Big M Drug Mart* ») – voulant que l'interprétation de cet instrument supra-législatif soit une « tâche nouvelle »²², puisque la Charte « est tout à fait différente d'une loi »²³; en outre, elle exigerait, pense-t-on, de faire appel à une macro-interprétation nouvelle, l'approche dite téléologique (en anglais, « purposive interpretation »)²⁴. Cela veut dire d'interpréter les droits et libertés, « au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie »²⁵; partant, on doit les « interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger »²⁶.

Mais qu'à cela ne tienne. Que l'on croit ou non à la nécessité d'un tel changement de paradigme interprétatif, que l'on accepte cette dichotomie (simpliste) entre la

¹⁷ Par exemple, on a déjà suggéré que cette différenciation avait plus souvent été affirmée que démontrée; voir : Hugo Cyr, « L'interprétation constitutionnelle, un exemple de postpluralisme » (1998) 43 R.D. McGill 565, à la p. 570.

¹⁸ Voir : Stéphane Beaulac, « L'interprétation de la Charte : reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international », dans Gérald-A. Beaudoin et Errol P. Mendes (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés / Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 4^e éd. (Toronto : LexisNexis Butterworths, 2005) 25, à la p. 32.

¹⁹ *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] A.C.S. no 18, [1984] 1 R.C.S. 357 (C.S.C.).

²⁰ *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] A.C.S. no 36, [1984] 2 R.C.S. 145 (C.S.C.).

²¹ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] A.C.S. no 17, [1985] 1 R.C.S. 295 (C.S.C.).

²² *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] A.C.S. no 18, [1984] 1 R.C.S. 357, 365 (C.S.C.).

²³ *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] A.C.S. no 36, [1984] 2 R.C.S. 145, 155 (C.S.C.).

²⁴ Voir, en général : Luc B. Tremblay, « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels » (1995) 29 R.J.T. 460.

²⁵ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] A.C.S. no 17, [1985] 1 R.C.S. 295, 344 (C.S.C.) (italiques dans l'original).

²⁶ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] A.C.S. no 17, [1985] 1 R.C.S. 295, 344 (C.S.C.).

macro-interprétation de la Charte canadienne et celle des textes législatifs ordinaires – en notant d'ailleurs que le « modern principle » était entériné dans *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*²⁷, soit les mêmes années que la jurisprudence classique en matière de Charte! – ce qui importe le plus est la grille d'analyse articulée par la Cour suprême et les considérations méta-méthodologiques qu'on y a abordées. En effet, ce que deviendra l'orthodoxie, reprise sans interruption depuis 1985 à chaque fois qu'il est question d'interprétation de la Charte canadienne, nous vient de l'arrêt *Big M Drug Mart*. Le juge Dickson (plus tard juge en chef) écrit ceci :

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être 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*. [. . .] [L']interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps il importe de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, [. . .] elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés.²⁸

On voit clairement dans l'extrait (voir soulignements) que la Cour suprême met l'accent sur la dimension téléologique afin de donner un sens et une portée large et libérale aux droits et libertés de la Charte, quoiqu'insistant en même temps que l'interprétation ne doit pas aller plus loin que ce que l'objet vise (en anglais, « it is important not to overshoot the actual purpose »²⁹). Comme on le soulignait en doctrine, le secret est de trouver un équilibre adéquat entre ces deux pôles interprétatifs³⁰.

[2] Trilogie des arrêts du tournant des années 2020

Depuis les 40 dernières années, s'agissant de l'approche téléologique de *Big M Drug Mart* en matière d'interprétation de la Charte, ce consensus en apparence s'est progressivement affaibli en jurisprudence. En commençant au début des années 2000, un nouveau courant invitait à davantage mettre l'accent sur ce que la Charte

²⁷ *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] A.C.S. no 25, [1984] 1 R.C.S. 536 (C.S.C.).

²⁸ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] A.C.S. no 17, [1985] 1 R.C.S. 295, 344 (C.S.C.) (nos soulignements).

²⁹ Nos soulignements.

³⁰ Voir : Joanna Harrington, « Interpreting the Charter », dans Peter Oliver, Patrick Macklem et Nathalie Des Rosiers (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution* (Oxford : Oxford University Press, 2017) 621, à la p. 621; voir aussi, en général : Eric M. Adams, « Canadian Constitutional Interpretation », dans Cameron Hutchison (dir.), *The Fundamentals of Statutory Interpretation* (Toronto : LexisNexis Canada, 2018) 126.

veut accomplir, c'est-à-dire sur la dimension téléologique, même si c'était au dépend du langage employé dans les dispositions garantissant les droits et libertés. Le juge Stratas de la Cour d'appel fédérale, de sa plume légendaire, résume bien les tergiversations à ce sujet des 20 dernières années au sein du plus haut tribunal du pays :

Au cours des deux premières décennies d'existence de la *Charte*, la Cour suprême a toujours suivi la démarche d'interprétation énoncée dans l'arrêt *Big M*, ce qui était logique. [. . .] Cependant, autour du début du nouveau siècle, la Cour suprême a tâté d'une démarche plus laxiste, qui a été depuis discréditée et rejetée. Suivant cette nouvelle démarche, bien décrite par les juges majoritaires dans l'arrêt [*Québec inc.*], le libellé constituait, non pas une contrainte ou l'expression du sens d'une disposition constitutionnelle, mais une invitation ou un appel à énoncer un sentiment ou un esprit beaucoup plus général en vue de soutenir une interprétation élargie de la disposition. Par conséquent, de nouveaux droits non écrits, qui vont bien au-delà du libellé de la disposition constitutionnelle, ont parfois été « découverts » [. . .].

En 2020, la démarche énoncée dans l'arrêt *Big M* et la démarche plus laxiste se sont heurtées de plein fouet sur le champ de bataille que constituait l'affaire [*Québec inc.*]. La première l'a emporté.

Pour faire bonne mesure, peu après dans l'arrêt [*Cité de Toronto*], les juges majoritaires de la Cour suprême ont confirmé le rôle que joue le libellé d'une disposition dans l'exercice d'interprétation constitutionnelle. La question est maintenant éclaircie et, vu la doctrine du précédent qui lie toutes les juridictions, y compris la Cour suprême elle-même, aucun doute ne peut subsister. La question a été réglée une fois pour toutes : il faut interpréter la *Charte* selon la démarche énoncée dans l'arrêt *Big M*.

L'ère de l'inspiration provenant d'un vague sentiment, esprit ou autre notion subjective est révolue. Elle a été remplacée par un exercice judiciaire rigoureux, objectif et discipliné fondé sur le libellé de la Constitution même, examiné à la lumière du contexte historique, des objectifs généraux de cette dernière ainsi que du sens et de l'objet des dispositions connexes de la Constitution, le cas échéant.³¹

Ce que le juge Stratas appelle le courant « laxiste » en matière d'interprétation de la *Charte*, nous le décrivons plutôt comme une méta-méthodologie exagérément axée sur l'objet énoncé judiciairement, ou tout simplement une interprétation judiciaire téléologique (« judge-made-purpose », en anglais). N'en déplaise à ce sympathique magistrat de la Cour d'appel fédérale, peu de choses sont ainsi réglées d'un coup de baguette magique en jurisprudence au pays, et le retour aux origines de l'orthodoxie de *Big M Drug Mart* ne se fera pas non plus en criant ciseau.

Cela étant, il est juste de dire qu'aux alentours de 2020, un réel « recalibrage »

³¹ *Sa Majesté le Roi et le Ministre des affaires étrangères et du commerce international c. Boloh 1(a) et al.*, [2023] A.C.F. no 713, 2023 CAF 120, par. 19-20 (regroupés), ainsi que par. 21, 22 et 23 (C.A.F.) (requête pour permission d'appeler rejetée, C.S.C., 2023-11-11, 40851) (nos soulèvements).

de type macro s'est produit, c'est-à-dire une réorientation interprétative donnée à la Charte canadienne. À cet égard, la décision de principe dans l'affaire *Québec inc.*³² est certes le point de bascule, si l'on peut dire, et deviendra ainsi la pièce maîtresse pour notre étude de ces récents développements en matière d'interprétation constitutionnelle. Toutefois, quelque temps avant, avec le jugement dans la cause *R. c. Poulin*³³ (ci-après « *Poulin* »), et même un an après, avec la décision dans l'affaire *Toronto (Cité de) c. Ontario (Procureur général)*³⁴ (ci-après « *Cité de Toronto* »), ces questions méthodologiques ont fait aussi l'objet d'une réflexion en profondeur parmi les membres du plus haut tribunal au pays. On peut ainsi le présenter en termes de trilogie du tournant des années 2020.

Il convient ainsi de faire un examen de ces trois arrêts clés, dans une démarche et suivant une posture qui s'inscrivent en droit positif, eu égard à la jurisprudence de ces dernières années. Juste avant cette trilogie sur la méta-méthodologie d'interprétation constitutionnelle de la Charte canadienne, un mot pour relativiser l'arrivée soudaine de ce recalibrage en jurisprudence canadienne. En effet, ce n'est pas comme si la Cour suprême n'avait pas donné des signes précurseurs du besoin d'équilibrage entre les deux pôles, identifiés plus haut : l'approche téléologique, d'une part, et l'interprétation large et libérale ne dépassant pas l'objet visé (« not overshoot », en anglais), d'autre part.

Par exemple, dans *Doucet-Boudreau*³⁵ en 2003, la majorité de la Cour suprême était d'avis qu'il fallait étendre l'application de la méthode téléologique d'interprétation aux redressements (en anglais, « remedies »), selon l'article 24(1) de la Charte. Les juges Iacobucci et Arbour résumaient ainsi les enjeux :

Bien qu'ils doivent prendre soin de ne pas outrepasser les objets véritables des garanties qu'elle accorde, les tribunaux n'en doivent pas moins éviter de donner à la *Charte* une interprétation étroite et formaliste susceptible de contrecarrer l'objectif qui est d'assurer aux titulaires de droits l'entier bénéfice et la pleine protection de la *Charte*.³⁶

Récemment, à l'été 2024, ce passage a été repris pour donner une portée large et libérale à tous les redressements selon la Charte canadienne, en combinaison des

³² [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426 (C.S.C.).

³³ *R. c. Poulin*, [2019] A.C.S. no 47, [2019] 3 R.C.S. 566 (C.S.C.).

³⁴ *Toronto (Cité de) c. Ontario (Procureur général)*, [2021] A.C.S. no 34, [2021] 2 R.C.S. 845 (C.S.C.) (ci-après « *Cité de Toronto* »).

³⁵ *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] A.C.S. no 63, [2003] 3 R.C.S. 3 (C.S.C.) (ci-après « *Doucet-Boudreau* »).

³⁶ *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] A.C.S. no 63, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 23 (C.S.C.). Voir aussi, relativement à la liberté de religion et l'importante question de la neutralité de l'État, la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] A.C.S. no 16, [2015] 2 R.C.S. 3 (C.S.C.), en particulier au par. 147.

articles 24(1) de la Charte et 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans le tout récent arrêt *Canada (Procureur général) c. Power*³⁷ (ci-après « *Power* ») en juillet 2024, un jugement partagé 5-4. La majorité accepte la possibilité d'une réparation en dommages-intérêts contre l'État, quoique dans des cas rarissimes, pour l'adoption d'une loi déclarée ultérieurement inconstitutionnelle. En effet, ce serait permis seulement si l'immunité de l'État – restreinte et non absolue, selon la majorité – ne s'applique pas, à savoir les cas de lois clairement inconstitutionnelles ou s'il y a mauvaise foi ou abus de pouvoir dans le processus législatif³⁸.

Autre illustration, l'arrêt *R. c. Grant*³⁹ (ci-après « *Grant* ») en 2009, qui concerne la détention arbitraire et le droit à l'assistance d'un avocat, prévus respectivement aux articles 9 et 10*b*) de la Charte canadienne. La juge en chef McLachlin et la juge Charron, pour la majorité, abordent très pédagogiquement ces considérations d'ordre macro-interprétatif : « Bien que les principes d'interprétation téléologique et d'interprétation libérale soient apparentés et même parfois confondus, ils ne sont pas identiques ». ⁴⁰ La distinction des deux pôles interprétatifs n'est pas nouvelle, évidemment, mais elle gagne à être rappelée, c'est certain. Les magistrates enchaînent : « L'objet du droit doit demeurer la principale préoccupation; la libéralité de l'interprétation est restreinte par cet objet et elle y est subordonnée »⁴¹. Elles terminent en comparant les options en jeu : « Si une interprétation étroite risque d'appauvrir un droit garanti par la *Charte*, une interprétation trop libérale risque d'étendre la garantie au-delà de l'objet visé »⁴². La table est mise, pourrait-on dire, pour la nouvelle trilogie.

* * *

Suivant l'ordre chronologique des trois arrêts, regardons tout d'abord la décision partagée 4-3 dans *Poulin*⁴³, rendue en 2019, concernant la question complexe du droit au bénéfice de la peine la moins sévère garanti à l'article 11*i*) de la Charte

³⁷ *Canada (Procureur général) c. Power*, [2024] A.C.S. no 26, 2024 CSC 26 (C.S.C.), pour la majorité le juge en chef Wagner et la juge Karakatsanis (avec l'accord des juges Martin, O'Bonsawin et Moreau), et les juges dissidents Jamal (avec l'accord du juge Kasirer) et Rowe (avec l'accord de la juge Côté). La référence à l'arrêt *Doucet-Boudreau* est faite aux paragraphes 32 et 37 des motifs majoritaires.

³⁸ Suivant le précédent *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] A.C.S. no 13, [2002] 1 R.C.S. 405 (C.S.C.), que la majorité de la Cour a maintenu et, à vrai dire, raffiné considérablement.

³⁹ *R. c. Grant*, [2009] A.C.S. no 32, [2009] 2 R.C.S. 353 (C.S.C.).

⁴⁰ *R. c. Grant*, [2009] A.C.S. no 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 17 (C.S.C.) (nos soulignements).

⁴¹ *R. c. Grant*, [2009] A.C.S. no 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 17 (C.S.C.) (nos soulignements).

⁴² *R. c. Grant*, [2009] A.C.S. no 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 17 (C.S.C.).

⁴³ *R. c. Poulin*, [2019] A.C.S. no 47, [2019] 3 R.C.S. 566 (C.S.C.).

canadienne. Les ramifications interprétatives sont assez techniques : une personne déclarée coupable est-elle limitée à pouvoir revendiquer soit la peine au moment de l'infraction, soit la peine au moment de la sentence (thèse du droit binaire), ou, l'autre option, peut-elle bénéficier d'un adoucissement de la peine – c'est-à-dire d'abord diminuée, puis ensuite augmentée – entre ces deux points dans le temps (thèse du droit global). À la majorité, sous la plume de la juge Martin, la première thèse a été retenue.

L'exercice d'interprétation de l'article 11*i*) a fait appel à plusieurs considérations d'ordre téléologique, tout en les rattachant aux éléments du texte prévoyant cette garantie juridique. Au bout du compte, la majorité n'a pas retenu la conclusion donnant une portée la plus large et libérale au droit de bénéficier de la peine la moins sévère. Les trois juges dissidents le leur reprochent, qualifiant le résultat d'être le fruit d'une interprétation formaliste (en anglais, « a technical construction »⁴⁴). La juge Karakatsanis, dissidente, cite les prononcés judiciaires classiques dans *Hunter et Big M Drug Mart*, en plus de l'arrêt *Grant*, et opine que les droits et libertés de la Charte canadienne « doivent être interprétés de façon libérale *et* en fonction de l'objet visé »⁴⁵, l'italique sur 'et' étant de sa main. La juge Martin, pour la majorité, semble piquée au vif par la suggestion que son interprétation est en porte-à-faux avec l'approche téléologique. Elle répond à la critique avec cette précision fort à propos :

[B]ien que l'on ait souvent dit que les droits garantis par la *Charte* doivent être interprétés de façon « large et libérale », ils sont, au bout du compte, subordonnés à leurs objets. Autrement dit, les droits garantis par la *Charte*, y compris celui reconnu à l'al. 11*i*), doivent être interprétés de façon libérale dans les limites de leurs objets.⁴⁶

La juge Martin s'est par ailleurs appuyée sur le passage dans *Grant*, vu plus tôt, avant de réitérer justement l'importance de distinguer ces deux pôles interprétatifs, et ce, puisque « l'interprétation “téléologique” et l'interprétation “libérale” peuvent être confondues à tort »⁴⁷, ajoute-t-elle.

Il y a plus, toutefois, parce que la majorité dans *Poulin* formule un autre point pertinent à la macro-interprétation de la Charte canadienne. Sous la rubrique b) de ses motifs, intitulée « libellé de l'al. 11*i*) », et après s'être référée de nouveau à l'arrêt *Grant*, la juge Martin réaffirme avec force que l'interprétation téléologique

⁴⁴ *R. c. Poulin*, [2019] A.C.S. no 47, [2019] 3 R.C.S. 566, par. 151 (C.S.C.).

⁴⁵ *R. c. Poulin*, [2019] A.C.S. no 47, [2019] 3 R.C.S. 566, par. 151 (C.S.C.) (italiques dans l'original).

⁴⁶ *R. c. Poulin*, [2019] A.C.S. no 47, [2019] 3 R.C.S. 566, par. 54 (C.S.C.) (nos soulignements).

⁴⁷ *R. c. Poulin*, [2019] A.C.S. no 47, [2019] 3 R.C.S. 566, par. 53 (C.S.C.) (nos soulignements).

doit d'abord et avant tout se pencher sur le libellé de la disposition de la Charte⁴⁸. Les expressions employées sont alors scrutées à la loupe, décortiquées, en fait, dont « la peine la moins sévère » et le mot « entre », ainsi que l'anglais « lesser punishment » et « between »⁴⁹. Dans le même esprit, la juge Martin enchaîne en considérant les origines de l'article 11*i*), notant que son libellé, qui est détaillé et précis, se distingue de plusieurs autres droits et libertés garantis par la Charte, « qui renvoient à des normes aux contours non définis et en constante évolution – comme les termes “anormal” et “abusives” (art. 8 et al. 11*a*), 11*b*) et 11*e*)), “justice fondamentale” (art. 7) et “cruels et inusités” (art. 12) »⁵⁰. Pour l'article 11*i*), ce n'est pas le cas, écrit la juge Martin, car cette disposition « énonce une règle d'application particulière »⁵¹, précise-t-on.

En somme, la majorité dans *Poulin* endosse une méthode téléologique recalibrée, qu'elle voit distinctement du pôle interprétatif large et libéral; par ailleurs, on réhabilite avec panache l'usage du texte de la disposition de la Charte, un recours qui est normalisé, qui redevient décomplexé, dans un sens. Pourquoi ne pas battre le proverbial fer quand il est chaud, à ce chapitre méta-méthodologique, avec l'affaire qui deviendra la décision de référence, *Québec inc.*, rendue à l'automne 2020. Le juge Stratas, on l'a vu, avait parlé d'un « champ de bataille »⁵² dans cet arrêt, s'agissant de la méthodologie d'interprétation constitutionnelle. Une image fort apte, comme on s'apprête à le voir.

* * *

Au centre de l'affaire *Québec inc.*, il existe une question de droit substantiel mettant en jeu l'article 12 de la Charte canadienne : savoir si une personne morale (société, compagnie) peut bénéficier de la protection contre les traitements ou peines cruels et inusités. En bout de piste, il y a unanimité pour y répondre par la négative, la portée du droit étant limitée aux êtres humains, mais ce consensus n'est qu'illusion, car la Cour suprême, partagée 5-3-1, est, du coup, profondément divisée sur tout le contenu des motifs dans le jugement.

En effet, il y a une farouche opposition entre l'opinion majoritaire de cinq, sous la plume des juges Brown et Rowe, et celle minoritaire de trois, rédigée par la juge Abella; le juge Kasirer, pour sa part, est resté assis sur la clôture quant aux pommes de discorde en droit, renvoyant simplement aux motifs du juge Chamberland de la Cour d'appel du Québec. Les vifs désaccords concernaient à la fois l'aspect méta-méthodologique lié à l'interprétation de la Charte canadienne et le recours au droit international dans le cadre de l'interprétation constitutionnelle. Il y a lieu

⁴⁸ *R. c. Poulin*, [2019] A.C.S. no 47, [2019] 3 R.C.S. 566, par. 64 (C.S.C.).

⁴⁹ *R. c. Poulin*, [2019] A.C.S. no 47, [2019] 3 R.C.S. 566, par. 65-68 (C.S.C.).

⁵⁰ *R. c. Poulin*, [2019] A.C.S. no 47, [2019] 3 R.C.S. 566, par. 70 (C.S.C.).

⁵¹ *R. c. Poulin*, [2019] A.C.S. no 47, [2019] 3 R.C.S. 566, par. 70 (C.S.C.).

⁵² *Sa Majesté le Roi et le Ministre des affaires étrangères et du commerce international c. Boloh I(a) et al.*, [2023] A.C.F. no 713, 2023 CAF 120, par. 21 (C.A.F.).

d'examiner la première dimension ici; à la section suivante, le volet de *Québec inc.* concernant l'interlégalité sera étudié.

Pour le dire d'entrée de jeu, les motifs rédigés par les juges Brown et Rowe ne sont rien de moins qu'un petit traité condensé sur l'interprétation constitutionnelle, où l'on souligne tout d'abord la dimension institutionnelle de l'activité du judiciaire, « dont les motifs constituent un moyen essentiel pour rendre compte au public de la façon dont il exerce ses pouvoirs »⁵³. Partant, il est requis des tribunaux de faire « montre de cohérence et d'uniformité dans les motifs qu'[ils exposent] »⁵⁴. Quant à l'interprétation constitutionnelle, « un sujet aussi fondamental »⁵⁵, cela est encore plus important, ajoutent les juges Brown et Rowe, notamment en raison du lien entre la méthodologie d'interprétation, qui se doit d'être bien définie et cohérente, et le principe de la primauté du droit (« rule of law », en anglais), surtout en ce qui concerne la valeur de prévisibilité juridique⁵⁶.

Cela étant, l'affrontement avec la juge Abella se dessine très tôt dans les motifs des juges Brown et Rowe, spécifiquement sur la question de la macro-interprétation de la Charte canadienne. Ces derniers formulent une observation préliminaire destinée à leur collègue signant l'opinion minoritaire dans *Québec inc.*, qui aurait erré dans l'application du « principe de la préséance du texte de la Constitution ainsi que des considérations liées à l'objet, conformément à la méthode d'interprétation téléologique »⁵⁷ (références faites aux arrêts *Big M Drug Mart* et *Poulin*). Les juges majoritaires reprochent essentiellement à la juge Abella de tenir des propos qui « risquent de minimiser l'importance primordiale accordée par la jurisprudence de la Cour au texte de la Constitution dans l'interprétation téléologique »⁵⁸. Les hostilités sont ainsi lancées.

La discussion qui suivra dans les motifs majoritaires de *Québec inc.* vise à faire le point, et se veut, en fait, un recalibrage – c'est-à-dire réorienter la méta-

⁵³ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 3 (C.S.C.).

⁵⁴ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 3 (C.S.C.).

⁵⁵ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 3 (C.S.C.).

⁵⁶ À l'appui de cette dernière affirmation, les juges majoritaires font référence à notre article de doctrine : Stéphane Beaulac, « “Texture ouverte”, droit international et interprétation de la Charte canadienne » (2013) 61 S.C. Law Rev. (2d) 191, aux p. 192-193, qui, à vrai dire, est un chapitre dans notre ouvrage collectif : Errol Mendes et Stéphane Beaulac (dir.), *Canadian Charter of Rights and Freedoms / Charte canadienne des droits et libertés*, 5^e éd. (Toronto : LexisNexis Canada, 2013) 191.

⁵⁷ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 4 (C.S.C.).

⁵⁸ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 4 (C.S.C.).

méthodologie – de l’approche proposée dans *Big M Drug Mart*, s’agissant de l’interprétative téléologique de la Charte canadienne. S’appuyant sur cet arrêt classique, mais aussi sur la jurisprudence plus récente dans *Poulin et Grant*, en plus de la décision dans *Caron c. Alberta*⁵⁹ (ci-après « *Caron* ») (en interprétation constitutionnelle hors Charte), la majorité dans *Québec inc.* résume la situation en parlant « d’une approche “téléologique, libérale et contextuelle”, qui doit être appliquée de façon “large et libérale” »⁶⁰. Les deux pôles interprétatifs, encore, mais distingués clairement cette fois, comme il se doit.

Arrive ensuite l’un des passages les plus importants de cet arrêt de 2020, où les juges Brown et Rowe effectuent un ajustement méthodologique réel, par ailleurs fort salutaire (nos amis anglophones parleraient d’un « substantive tweaking ») :

La Cour a toujours insisté sur le fait que, suivant une interprétation téléologique, l’analyse *doit commencer* par l’examen du texte de la disposition. [référence omise d’un arrêt de la Cour suprême de 1994] Ce principe a été réitéré dans l’arrêt *Grant*, où la Cour a déclaré que « [c]omme chaque fois qu’il s’agit d’analyser une disposition constitutionnelle, il faut tout d’abord se pencher sur son libellé » ; par. 15 (nous [les juges Brown et Rowe] soulignons). Récemment, dans l’arrêt *Poulin*, la Cour a une fois de plus confirmé que la première étape de l’interprétation du droit garanti par la *Charte* consiste à analyser le texte de la disposition : par. 64.⁶¹

La majorité met ensuite cartes sur table : « 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 »⁶². On cite un auteur de doctrine⁶³ à l’appui de l’idée que le libellé des dispositions de la Charte, qui exprime souvent en termes généraux les droits et libertés garantis, doit demeurer la « principale contrainte » pour l’interprète; les mots choisis et employés constituent des « limites externes » dans le cadre de l’approche d’interprétation téléologique, explique-t-on dans cet article.

Pour valider cette compréhension, les juges Brown et Rowe endossent les motifs concordants du juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*⁶⁴ (ci-après « *Renvoi de 1987* »), suggérant que la Constitution

⁵⁹ *Caron c. Alberta*, [2015] A.C.S. no 56, [2015] 3 R.C.S. 511 (C.S.C.).

⁶⁰ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 7 (C.S.C.).

⁶¹ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 8 (C.S.C.) (italiques et soulignements dans l’original).

⁶² *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 9 (C.S.C.) (italiques dans l’original).

⁶³ Benjamin J. Oliphant, « Taking Purposes Seriously: The Purposive Scope and Textual Bounds of Interpretation Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (2015) 65 U.T.L.J. 239.

⁶⁴ *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] A.C.S. no 10, [1987] 1 R.C.S. 313 (C.S.C.).

« ne saurait être considérée comme un simple contenant, à même de recevoir n'importe quelle interprétation qu'on pourrait vouloir lui donner »⁶⁵. On fait remarquer d'ailleurs que ce dernier passage de la main du juge McIntyre avait amené la majorité dans l'arrêt *Caron*, une affaire d'interprétation constitutionnelle (hors Charte, toutefois), à réaffirmer la « préséance [du] texte écrit de la Constitution »⁶⁶.

D'aucuns diraient « business as usual », en termes de micro-interprétation, c'est-à-dire des éléments propres à la détermination de l'intention du constituant; cela étant, en termes méta-méthodologiques, on dénote une volonté prononcée des juges majoritaires dans *Québec inc.* de faire un recalibrage de la macro-interprétation en matière de Charte. S'agissant de l'importance de pondérer adéquatement l'objet du droit fondamental qu'on doit interpréter, on reste collé sur le message de *Big M Drug Mart* (repris dans *Poulin* et dans d'autres arrêts⁶⁷), tout en ajoutant ce qui suit :

Qui plus est, bien que les droits garantis par la *Charte* doivent être interprétés selon la méthode téléologique, pareille interprétation ne doit pas aller au-delà (ni, d'ailleurs, rester en deçà) de l'objet véritable du droit [références omises]. Le fait de donner préséance au texte – c'est-à-dire 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 droit.⁶⁸

Bien que la grille d'analyse articulée et présentée par les juges majoritaires soit fermement enracinée dans l'approche téléologique de *Big M Drug Mart* et demeure axée résolument sur l'identification des objectifs visés par les droits et libertés, ainsi que de ceux de la Charte plus largement, la juge Abella leur reproche « le fait d'accorder une importance excessive au libellé clair »⁶⁹ des dispositions de la Charte, ce qui mène croit-elle au retour d'une « interprétation purement textuelle »⁷⁰. Les juges Brown et Rowe rejettent catégoriquement cette caractérisation : « Ces conceptions [dites textualistes] de l'interprétation constitutionnelle n'ont absolument rien en commun avec celles que nous appliquons et que notre droit

⁶⁵ Renvoi relatif à la *Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] A.C.S. no 10, [1987] 1 R.C.S. 313, 394 (C.S.C.).

⁶⁶ *Caron c. Alberta*, [2015] A.C.S. no 56, [2015] 3 R.C.S. 511, par. 36 (C.S.C.); voir aussi le par. 37.

⁶⁷ Les arrêts *R. c. Blais*, [2003] A.C.S. no 44, [2003] 2 R.C.S. 236 (C.S.C.), et *R. c. Stillman*, [2019] A.C.S. no 40, [2019] 3 R.C.S. 144 (C.S.C.), sont par ailleurs cités.

⁶⁸ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 10 (C.S.C.) (nos soulignements).

⁶⁹ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 76 (C.S.C.).

⁷⁰ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 76 (C.S.C.).

requiert »⁷¹.

Pour le dire sans détour, la juge Abella semble, en fait, exagérer, voire dénaturer, la position majoritaire, par exemple, lorsqu'elle écrit ceci : « [p]lutôt que de se servir du texte comme point de départ de la recherche de l'objet, la majorité lui donne une "préséance" et assigne un rôle secondaire aux autres facteurs contextuels »⁷². Même s'il s'est écoulé peu de temps depuis 2020, on remarque que cette appréhension de la juge Abella ne s'est pas matérialisée du tout en jurisprudence ultérieure⁷³. On affaiblit toujours tout ce qu'on exagère, écrivait l'auteur français Jean-François de la Harpe, un dicton qui nous vient en tête en observant les nombreux épouvantails, inclus çà et là, dans les motifs minoritaires de l'arrêt *Québec inc.*

Cela étant, le recalibrage méta-méthodologique effectué dans l'arrêt *Québec inc.* est majeur et indéniable : le texte des dispositions de la Charte canadienne redevient ainsi prédominant – sans avoir préséance, nuance-t-on – le libellé employé pour énoncer les droits et libertés étant non seulement le point de départ suivant l'approche téléologique, mais agissant surtout comme « principale contrainte » pour l'interprète. De ce fait, les termes choisis constituent et doivent demeurer des « limites externes » à cet exercice, qui reste en définitive axé sur une chose en priorité : les objectifs visés, précisément dans les dispositions, ainsi que dans la Charte en général. Il est entendu par ailleurs qu'il faut faire attention de ne pas aller plus loin que ce qui est justifié par ces objets (en anglais, « not to overshoot the actual purpose », dixit *Big M Drug Mart*⁷⁴).

* * *

Le troisième morceau de la trilogie méta-méthodologique du tournant des années 2020, un autre jugement partagé 5-4 (mais avec dissidence, cette fois), est l'affaire *Cité de Toronto*⁷⁵. Au cœur du débat, une loi adoptée durant une campagne électorale qui, en redessinant la carte municipale, visait à réduire le nombre de districts dans la ville de Toronto. En droit constitutionnel, l'argumentation se fondait sur deux choses : la liberté d'expression selon l'article 2*b*) de la Charte, de même que le principe constitutionnel non écrit de la démocratie. On remarquera rapidement que les cinq mêmes juges majoritaires dans l'arrêt *Québec inc.* de 2020 le sont de nouveau dans l'arrêt *Cité de Toronto* de 2021; pour la majorité, les juge en chef

⁷¹ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 12 (C.S.C.).

⁷² *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 61 (C.S.C.).

⁷³ Voir, à ce sujet, 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 : University of British Columbia Press, 2024) 369.

⁷⁴ [1985] A.C.S. no 17, [1985] 1 R.C.S. 295, 344 (C.S.C.).

⁷⁵ [2021] A.C.S. no 34, [2021] 2 R.C.S. 845 (C.S.C.).

Wagner et le juge Brown, l'opinion dissidente de quatre étant rédigé par la juge Abella, qui s'objecte encore aux clarifications salutaires d'ordre méta-méthodologique faite par la majorité de la Cour suprême.

S'agissant de l'interprétation de la Charte canadienne, les juges majoritaires y vont des mêmes incantations et citent les arrêts incontournables, dont évidemment *Big M Drug Mart*⁷⁶, la nouveauté étant la référence à la majorité dans l'affaire *Québec inc.*⁷⁷. Ce dernier 'classique' en interprétation constitutionnelle est invoqué pour appuyer l'idée suivante : « [b]ien qu'une interprétation téléologique des droits protégés par la *Charte* doivent commencer par le texte et s'y enraciner »⁷⁸. Notons que le dernier bout de phrase, décrivant l'exercice interprétatif comme étant « enraciné » dans le texte constitutionnel, est clairement un ajout à la formulation habituelle. Puisque le narratif en la matière est souvent proche de la prière religieuse, le récit ne saurait être complet sans les dernières lignes du psaume, voulant que l'interprétation téléologique se fasse « sans aller au-delà de l'objet du droit », tout en étant « située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés »⁷⁹.

Lorsqu'on regarde en détail les motifs majoritaires du juge en chef Wagner et du juge Brown, il y a un autre élément terminologique qui doit attirer notre attention, car ce n'est pas un accident : l'expression « interprétation textuelle téléologique »⁸⁰, se trouvant dans la section du jugement intitulée « Rôle des principes constitutionnels non écrits : interpréter la Constitution et combler des lacunes ». Sous cette rubrique, la volonté claire de la majorité dans l'arrêt *Cité de Toronto* est d'apporter un autre ajustement réel (en anglais, « another substantive tweaking ») en réhabilitant, voire en revigorant, le texte constitutionnel comme élément primordial et incontournable. La majorité explique que : « [l]es principes non écrits font partie de notre droit constitutionnel, en ce sens qu'ils font partie de la toile de fond sous-jacente aux termes écrits de la Constitution »⁸¹. Cela étant, et c'est là le point crucial qu'on ajoute, cette normativité constitutionnelle non écrite ne peut toutefois

⁷⁶ [1985] A.C.S. no 17, [1985] 1 R.C.S. 295 (C.S.C.). Par ailleurs, en matière de liberté d'expression en vertu de l'article 2*b*) de la Charte, plus spécifiquement, on cite les arrêts *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] A.C.S. no 88, [1988] 2 R.C.S. 712 (C.S.C.), et *Irwin Toy Ltd c. Québec (Procureur général)*, [1989] A.C.S. no 36, [1989] 1 R.C.S. 927 (C.S.C.).

⁷⁷ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 8-10 (C.S.C.).

⁷⁸ *Toronto (Cité de) c. Ontario (Procureur général)*, [2021] A.C.S. no 34, [2021] 2 R.C.S. 845, par. 14 (C.S.C.) (nos soulignements).

⁷⁹ *Toronto (Cité de) c. Ontario (Procureur général)*, [2021] A.C.S. no 34, [2021] 2 R.C.S. 845, par. 14 (C.S.C.).

⁸⁰ *Toronto (Cité de) c. Ontario (Procureur général)*, [2021] A.C.S. no 34, [2021] 2 R.C.S. 845, par. 53 (C.S.C.).

⁸¹ *Toronto (Cité de) c. Ontario (Procureur général)*, [2021] A.C.S. no 34, [2021] 2 R.C.S. 845, par. 50 (C.S.C.) (italiques dans l'original).

pas constituer une base autonome pour justifier l'invalidation de la loi.

Suit un échange avec la dissidence, à la fin duquel les juges majoritaire rejettent la position prise par la juge Abella.⁸² Cette dernière souhaitait que les rares cas où une loi contestée échappe à la portée d'une disposition écrite, mais est néanmoins incompatible avec l'« architecture interne de la Constitution » ou avec sa « structure fondamentale », ouvre la porte à une possible invalidation en fonction de principes non écrits, de façon autonome. Impossible, selon le juge en chef Wagner et le juge Brown, d'abord en raison de la nature même de ces éléments, et surtout de leurs fonctions en droit constitutionnel :

À notre avis, *parce qu'ils ne sont pas écrits*, leur « plein effet juridique » est réalisé non pas en complétant le texte écrit de notre Constitution comme s'il s'agissait de « dispositions [de la Constitution] » qui rendent « inopérantes », en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les dispositions incompatibles de toute autre loi. En effet, les principes constitutionnels non écrits ne sont pas des « dispositions [de la Constitution] ». Leur effet juridique réside dans leur énoncé de principes généraux dans le cadre duquel fonctionne notre ordre constitutionnel et, en conséquence, dans le cadre duquel il faut donner effet aux termes écrits de la Constitution, qui sont ses *dispositions*.⁸³

Pour la majorité dans *Cité de Toronto*, ces éléments – dont le principe démocratique – ne peuvent être utiles que dans deux situations précises, pouvant se recouper. Premièrement, aux fins d'interprétation d'une disposition constitutionnelle, s'agissant de la Charte canadienne, cela veut dire que « les principes non écrits aident les tribunaux à procéder à une interprétation téléologique »⁸⁴. Une référence est d'ailleurs faite au recalibrage méta-méthodologique dans *Québec inc.*⁸⁵, qui s'appuie sur *Big M Drug Mart*⁸⁶, bien entendu.

Deuxième utilisation, qui est moins pertinente pour notre étude dans ce chapitre : la majorité dans l'arrêt *Cité de Toronto* explique qu'on peut avoir recours aux principes constitutionnels non écrits en lien avec les « doctrines structurelles » de la Constitution. Celles-ci sont d'application assez restreinte, souligne-t-on, donnant en exemple le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁸⁷ (ci-après « *Renvoi sur la sécession* »), qui fut l'affaire procurant le contexte où l'idée de ces principes a été

⁸² *Toronto (Cité de) c. Ontario (Procureur général)*, [2021] A.C.S. no 34, [2021] 2 R.C.S. 845, par. 170 (C.S.C.).

⁸³ *Toronto (Cité de) c. Ontario (Procureur général)*, [2021] A.C.S. no 34, [2021] 2 R.C.S. 845, par. 54 (C.S.C.) (italiques dans l'original).

⁸⁴ *Toronto (Cité de) c. Ontario (Procureur général)*, [2021] A.C.S. no 34, [2021] 2 R.C.S. 845, par. 55 (C.S.C.).

⁸⁵ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 7 (C.S.C.).

⁸⁶ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] A.C.S. no 17, [1985] 1 R.C.S. 295, 344 (C.S.C.).

⁸⁷ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] A.C.S. no 61, [1998] 2 R.C.S. 217 (C.S.C.).

articulée pour la première fois en jurisprudence canadienne⁸⁸.

Sans entrer dans les détails ici non plus, notons que la majorité justifie triplement la conclusion voulant que le droit constitutionnel non écrit ne puisse pas donner des bases autonomes pour invalider des mesures législatives. Tout d'abord, il est question des considérations liées (1) à la séparation des pouvoirs et (2) à la primauté du droit, et ce, en raison de la nature abstraite, voire nébuleuse, de ces deux principes, sur lesquels nul besoin d'élaborer ici⁸⁹. Enfin, ce qui est de plus grand intérêt pour nous, (3) en invoquant à la fois l'article premier et l'article 33 de la Charte⁹⁰, on propose le raisonnement suivant : si l'on permet d'avoir des principes non écrits autonomes, aux fins d'invalidation d'une loi, à la place d'articles substantiels de la Charte, cela aurait pour effet non seulement de mettre en échec l'étape deuxième d'analyse en vertu de l'article premier (c'est-à-dire la justification d'une atteinte à un droit fondamental, suivant *R. c. Oakes*⁹¹), mais cela rendrait davantage hypothétique, voire court-circuiterait, le possible recours à la clause de dérogation selon la Charte.

* * *

Quoique, plus loin dans le chapitre, il sera question de la clause de dérogation, il est approprié déjà de tirer de l'arrêt *Cité de Toronto* quelques constats à ce sujet. Le passage le plus significatif est lorsque le juge en chef Wagner et le juge Brown expliquent que, dans ledit scénario, « cet aspect indéniable du compromis constitutionnel [soit la clause de dérogation] serait effectivement annulé, puisque l'art. 33 s'applique pour permettre à des mesures législatives d'avoir effet "indépendamment d'une disposition donnée de l'art. 2 ou des articles 7 à 15" *uniquement* »⁹². On comprend pourquoi l'accent (l'italique) est mis sur le dernier mot, pour marquer la

⁸⁸ On se souviendra que les principes constitutionnels non écrits (fédéralisme, démocratie, constitutionnalisme et primauté du droit, respect des minorités) avaient permis à la Cour suprême – dans le cadre de sa réponse à la première question du renvoi portant sur la légalité d'une déclaration unilatérale d'indépendance en droit constitutionnelle canadien – d'élaborer l'idée, dans l'hypothèse d'un référendum gagnant sur la sécession (question claire, majorité claire), d'imposer une obligation aux parties en présence de négocier de bonne foi une entente de sortie ou de réaménagement de la fédération canadienne. Voir, en général, le livre dont nous sommes coauteur, dans sa version originale française, ainsi qu'en anglais : *Droit à l'indépendance – Québec, Monténégro, Kosovo, Écosse, Catalogne* (Montréal : Édition XYZ, 2015) à la p. 58 et suiv.; *The Law of Independence – Quebec, Montenegro, Kosovo, Scotland, Catalonia* (Toronto : LexisNexis Canada, 2017) à la p. 28 et suiv.

⁸⁹ *Toronto (Cité de) c. Ontario (Procureur général)*, [2021] A.C.S. no 34, [2021] 2 R.C.S. 845, par. 58-59 (C.S.C.).

⁹⁰ *Toronto (Cité de) c. Ontario (Procureur général)*, [2021] A.C.S. no 34, [2021] 2 R.C.S. 845, par. 60 (C.S.C.).

⁹¹ *R. c. Oakes*, [1986] A.C.S. no 7, [1986] 1 R.C.S. 103 (C.S.C.).

⁹² *Toronto (Cité de) c. Ontario (Procureur général)*, [2021] A.C.S. no 34, [2021] 2 R.C.S. 845, par. 60 (C.S.C.) (italiques dans l'original).

portée limitée d'une possible dérogation, mais, pour nos fins, notons plutôt deux choses : premièrement, on accepte la thèse selon laquelle l'article 33 représente un « compromis constitutionnel » et, deuxièmement, on entérine l'idée voulant que la clause permette, exceptionnellement, de maintenir les effets juridiques « des mesures législatives » visées.

Vraisemblablement, cette dernière hypothèse n'exclut pas l'occasion d'avoir un prononcé judiciaire quant à l'existence ou non d'une violation à un droit ou à une liberté protégée par la Charte. Nous reviendrons sur ces points à la section 4. Mais avant, abordons l'autre dimension de l'arrêt *Québec inc.* qui a changé la donne considérablement, s'agissant de l'interprétation constitutionnelle au pays.

§ 6.03 Recadrage du rôle du droit international en interprétation constitutionnelle

Préliminairement, un rappel s'impose : selon l'article 38(1) du *Statut de la Cour internationale de Justice*⁹³, vu comme la codification des sources de droit international⁹⁴, les deux principales catégories de normes formelles sont conventionnelles (c'est-à-dire les traités) et coutumières (c'est-à-dire la pratique des États, accompagnée de l'*opinio juris*)⁹⁵. Pour mémoire aussi, le dualisme est l'outil heuristique pour aider à rationaliser le recours au pays des traités internationaux, alors que le monisme est la logique suivie pour le droit international coutumier⁹⁶. Mentionnons que la Cour suprême a eu l'occasion de réitérer et de clarifier le fonctionnement de la thèse moniste en matière de coutume dans un arrêt rendu en 2020, dans l'affaire *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*⁹⁷ (ci-après « *Nevsun* »); il fallait décider d'une objection préliminaire quant à l'existence d'une cause d'action

⁹³ *Statut de la Cour internationale de Justice*, annexe à la *Charte des Nations Unies*, adoptée le 26 juin 1945, 33 R.T.N.U. 993, R.T. Can. 1945 no. 7 (entré en vigueur le 18 avril 1946).

⁹⁴ Voir : Stéphane Beaulac et Miriam Cohen, *Précis de droit international public – Théorie, sources, interlégalité, sujets*, 3^e éd. (Montreal: LexisNexis Canada, 2021) aux p. 83-84.

⁹⁵ Bien sûr, il y a une troisième source formelle de droit international qu'on appelle les principes généraux de droit, ainsi que les moyens auxiliaires que sont les décisions judiciaires et la doctrine internationale, mais tous ces éléments normatifs sont de peu, voire d'aucun intérêt, s'agissant de la problématique de l'interlégalité. Voir : Stéphane Beaulac, « Interlégalité et réception du droit international en droit interne canadien et québécois », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit constitutionnel », fasc. 23, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, par. 6.

⁹⁶ Voir, en général : Stéphane Beaulac, « La mise en œuvre judiciaire des obligations internationales du Canada en matière de droits humains – Obstacles et embûches », dans Oonagh E. Fitzgerald, Valerie Hughes et Mark Jewett (dir.), *Reflections on Canada's Past, Present and Future in International Law / Réflexions sur le passé, le présent et l'avenir du Canada en matière de droit international* (Waterloo : CIGI, 2018) 31.

⁹⁷ *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, [2020] A.C.S. no 5, [2020] 1 R.C.S. 166 (C.S.C.).

délictuelle, en common law, ce qui a été jugé possible justement en fonction de coutumes internationales. Cet arrêt sera étudié davantage plus loin.

Sous la présente rubrique, il convient de mettre l'accent sur l'arrêt *Québec inc.*⁹⁸, cette fois relativement à la mise au point que la majorité de la Cour suprême fait au sujet du schème d'analyse pour recourir, dans le cadre de l'interprétation constitutionnelle, à de la normativité non nationale. Pour être clair, au sujet de la portée des enseignements donnés : il s'agit donc non seulement d'interlégalité, tant pour les traités que pour la coutume, mais également pour les utilisations de la normativité internationale non contraignante et même pour les références au droit comparé, dans le cadre de l'interprétation de la Charte.

[1] L'arrêt de référence sur le rôle du droit international en matière de Charte

Pour mettre en perspective historique le recadrage effectué par les juges Brown et Rowe dans *Québec inc.*, un mot sur l'arrêt classique en matière d'interlégalité, surtout en contexte de Charte canadienne⁹⁹, avec l'énoncé de principe du juge en chef Dickson dans le *Renvoi de 1987*¹⁰⁰. On a déjà souligné plusieurs fois¹⁰¹ que, même s'il était en dissidence, ses explications quant au rôle du droit international font consensus depuis¹⁰². À vrai dire, la Cour répondait à l'invitation lancée en doctrine pour ouvrir la porte à cette normativité afin d'aider à interpréter ce nouvel instrument supra-législatif de protections des droits humains¹⁰³. Dans ses mots :

⁹⁸ [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426 (C.S.C.).

⁹⁹ Voir, en général : William A. Schabas et Stéphane Beaulac, *International Human Rights and Canadian Law – Legal Commitment, Implementation and the Charter*, 3^e éd. (Toronto : Thomson Carswell, 2007).

¹⁰⁰ [1987] A.C.S. no 10, [1987] 1 R.C.S. 313 (C.S.C.). Voir aussi, en général : Michel Lebel, « L'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* au regard du droit international des droits de la personne – Critique de la démarche suivie par la Cour suprême du Canada » (1988) R. du B. 743.

¹⁰¹ Voir : Gérard V. La Forest, « The Use of International and Foreign Materials in the Supreme Court of Canada » (1988) 17 A.C.D.I. 230, à la p. 232; et Michel Bastarache, « The Honorable G.V. La Forest's Use of Foreign Materials in the Supreme Court of Canada and His Influence on Foreign Courts », dans Rebecca Johnson et John P. McEvoy (dir.), *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997* (Winnipeg : Canadian Legal History Project, 2000) 433, à la p. 434.

¹⁰² Voir : Stéphane Beaulac et John H. Currie, « Canada », dans Dinah Shelton (dir.), *International Law and Domestic Legal System – Incorporation, Transformation, and Persuasion* (Oxford et New York : Oxford University Press, 2011) 116, à la p. 124.

¹⁰³ Voir, parmi les premiers appels en doctrine dans ce sens : Errol P. Mendes, « Interpreting the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Applying International and European Jurisprudence on the Law and Practice of Fundamental Rights » (1982) 20 *Alta Law Rev.* 383; et Maxwell Cohen et Anne F. Bayefsky, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms and Public International Law » (1983) 61 R. du B. can. 265.

En somme, bien que je ne croie pas que les juges soient liés par les normes du droit international quand ils interprètent la Charte, il reste que ces normes constituent une source pertinente et persuasive d'interprétation des dispositions de cette dernière, plus particulièrement lorsqu'elles découlent des obligations internationales contractées par le Canada sous le régime des conventions sur les droits de la personne.¹⁰⁴

Un élément singulier à tirer de cet extrait, que nous nous sommes évertués à souligner nombreuses fois¹⁰⁵, est le point du juge en chef Dickson que le droit international n'est pas, et ne peut pas, en fait, être considéré comme « liant » les juges en droit interne canadien (ne peut pas être vu comme « contraignant »), y compris pour ce qui est de l'interprétation de la Charte. C'est ce qui doit être compris quand il propose plutôt le critère de référence quant au droit international, en parlant de « source pertinente et persuasive d'interprétation »¹⁰⁶.

* * *

Comme on l'écrivait récemment¹⁰⁷, si le tournant de l'an 2000 avait vu la Cour suprême apporter un ajustement fort important avec l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹⁰⁸, s'agissant des traités non transformés et de leur possible utilisation comme élément de contexte¹⁰⁹, l'année 2020 est encore plus significative en termes d'interlégalité au Canada.

[2] Recadrage et grille d'analyse pour recourir au droit international (et comparé)

L'ajustement majeur effectué par les juges Brown et Rowe, pour la majorité dans *Québec inc.*, consiste à clarifier et à compléter les enseignements du juge en chef

¹⁰⁴ Renvoi relatif à la *Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] A.C.S. no 10, [1987] 1 R.C.S. 313, 349-350 (C.S.C.) (nos soulèvements).

¹⁰⁵ Voir, par exemple : Stéphane Beaulac, « "Texture ouverte", droit international et interprétation de la Charte canadienne », dans Errol Mendes et Stéphane Beaulac (dir.), *Canadian Charter of Rights and Freedoms / Charte canadienne des droits et libertés*, 5^e éd. (Toronto : LexisNexis Canada, 2013) 191, à la p. 218; et, en général sur cet argumentaire : Stéphane Beaulac, « Arrêtons de dire que les tribunaux au Canada sont "liés" par le droit international » (2004) R.J.T. 359.

¹⁰⁶ Renvoi relatif à la *Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] A.C.S. no 10, [1987] 1 R.C.S. 313, 349 (C.S.C.).

¹⁰⁷ Stéphane Beaulac, « L'"égalité des armes" – une expression bénie ? – en droit processuel au Québec : le rôle du droit international » (2022) 52 R.G.D. 269, à la p. 281.

¹⁰⁸ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.S. no 39, [1999] 2 R.C.S. 817 (C.S.C.). Voir aussi : Stéphane Beaulac, « Recent Developments on the Role of International Law in Canadian Statutory Interpretation » (2004) 25 Statute Law Review 19.

¹⁰⁹ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.S. no 39, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 69-70 (C.S.C.).

Dickson dans le *Renvoi de 1987*, s'agissant du rôle de ces éléments d'interprétation non nationaux. Le « recadrage », du coup, est substantiel et puissant :

Bien que la Cour accepte de façon générale que les normes internationales *peuvent* être prises en compte dans l'interprétation de normes nationales, ces normes internationales jouent habituellement un rôle limité consistant à appuyer ou à confirmer le résultat auquel arrive le tribunal au moyen d'une interprétation téléologique. Cette constatation est logique, car les tribunaux canadiens appelés à interpréter la *Charte* ne sont pas liés par le contenu des normes internationales.¹¹⁰

À l'appui de cette affirmation, ils se réfèrent à notre *Précis d'interprétation législative*, à un extrait directement tiré, en fait, de notre fascicule dans le JurisClasseur Québec – Droit constitutionnel¹¹¹, qui se lit ainsi :

En plus de dénaturer le lien relationnel entre les ordres juridiques international et interne, la suggestion que les tribunaux nationaux sont liés par la normativité internationale est incompatible avec le mandat constitutionnel et la fonction du pouvoir judiciaire, qui est d'exercer un pouvoir décisionnel eu égard au droit canadien et québécois applicable. Voir le droit international comme jouissant d'une autorité persuasive s'avère être une approche plus adéquate, conforme et efficace.

[. . .]

. . . même si elle n'est aucunement contraignante en droit interne, ce que la normativité internationale peut faire et, à vrai dire, devrait faire lorsque les circonstances s'y prêtent, est d'influencer l'interprétation et l'application du droit national par nos tribunaux. Sauf pour quelques fervents zélés de la cause internationaliste, on s'entend généralement que, à ce titre, le critère de référence au droit international en droit interne est celui « d'autorité persuasive ». [Nous [les juges Brown et Rowe] soulignons; notes en bas de page omises.]¹¹²

Il s'agit là, à n'en point douter, d'un grand « coup de barre » – plus qu'un simple ajustement, certes (plus qu'un « substantive tweak », en anglais) – du schème d'analyse quant au rôle de la normativité internationale en droit interne, non seulement pour la source conventionnelle (c'est-à-dire les traités), mais aussi pour la coutume, ainsi que pour tous les éléments non nationaux, en fait, de la normativité non contraignante et même du droit comparé. Les juges Brown et Rowe clarifient ainsi le rôle du droit international (et autre normativité) en tant que « source per-

¹¹⁰ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 22 (C.S.C.) (italiques dans l'original; nos soulignements).

¹¹¹ Stéphane Beaulac, « Interlégalité et réception du droit international en droit interne canadien et québécois », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit constitutionnel », fasc. 23, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, par. 5 et 36.

¹¹² *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 22 (C.S.C.) (les soulignements sont donc ajoutés par les juges dans le jugement). Ces passages ont depuis été mis à jour dans la plus récente édition de notre fascicule du JurisClasseur Québec, coll. « Droit constitutionnel », par. 5 et 36, également disponible en ligne sur le site de LexisNexis Canada.

tinente et persuasive d'interprétation »¹¹³, ce qui est en soit une amélioration notable. Mais ce n'est pas tout.

* * *

En effet, les juges majoritaires dans *Québec inc.* se proposent aussi de raffiner la grille d'analyse quant à l'utilisation de ces éléments non nationaux d'interprétation. À ce titre, on ajoute ceci : « [d]e surcroît, même dans ce rôle limité d'appui ou de confirmation, le poids et la valeur persuasive de chacune de ces normes dans l'analyse dépendent de la nature de la source et de son rapport avec notre Constitution »¹¹⁴. La raison pour laquelle une telle différenciation est nécessaire, explique-t-on, est liée à l'intégrité de la structure constitutionnelle canadienne, ainsi qu'à la souveraineté du Canada. Citant le juge LeBel dans l'arrêt *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran* (ci-après « *Kazemi* »), qui avait rejeté l'argument de droit international dans le cadre de l'interprétation de la *Loi sur l'immunité des États*¹¹⁵, les juges Brown et Rowe endossent le rappel fait des préceptes constitutionnels fondamentaux au cœur de la problématique : « [I]nteraction entre le droit national et le droit international doit être gérée avec soin, à la lumière des principes régissant ce qui demeure un système dualiste d'application du droit international et une démocratie constitutionnelle et parlementaire »¹¹⁶.

Force est d'admettre que la Cour suprême n'a pas toujours été claire, s'agissant de la façon d'utiliser et de la justification quant aux différentes sources normatives non nationales, encore moins sur l'importance qu'il convient d'accorder au droit international et au droit comparé, une situation que la majorité dans *Québec inc.* entend bien corriger, pour ainsi mettre de l'ordre en matière d'interlégalité. En fait, la mission que les juges Brown et Rowe se donnent s'explique, très concrètement, en raison des égarements de la juge Abella dans la présente affaire; ils sont convaincus qu'elle ajoute à la grande confusion déjà existante, « lorsqu'elle puise indistinctement dans différents instruments juridiques contraignants *et non* contraignants, dans des instruments antérieurs *et* postérieurs à la Charte, ainsi dans des décisions de tribunaux internationaux *et* de tribunaux nationaux étrangers »¹¹⁷.

Comment faire le ménage dans ce flou artistique, qui était la marque de commerce de la juge Abella et de ses acolytes internationalistes à tout crin? Essentiellement en proposant une grille d'analyse raffinée, et ce en fonction de trois paramètres :

¹¹³ *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] A.C.S. no 10, [1987] 1 R.C.S. 313, 349 (C.S.C.).

¹¹⁴ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 23 (C.S.C.).

¹¹⁵ L.R.C. 1985, c. S-18.

¹¹⁶ *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, [2014] A.C.S. no 62, [2014] 3 R.C.S. 176, par. 150 (C.S.C.) (ci-après « *Kazemi* »).

¹¹⁷ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 24 (C.S.C.) (italiques dans l'original).

1. les instruments internationaux contraignants *versus* non contraignants;
2. les instruments antérieurs ou postérieurs à la loi nationale à interpréter; et
3. finalement, le type de jurisprudence, soit internationale ou comparative.

Ce besoin de clarification avait été exprimé par plusieurs d'entre nous en doctrine et, finalement, les nombreux appels pour clarifier le schème en matière d'interlégalité ont été entendus. En conséquence, les juges Brown et Rowe acceptent « de structurer la façon de se référer aux sources internationales et étrangères »¹¹⁸. En somme, le recadrage dont on a parlé plus haut, quant au rôle de la normativité non nationale, s'est accompagné de façon tangible de l'articulation d'une grille d'analyse nouvelle, précise et détaillée, que les juges majoritaires dans l'arrêt *Québec inc.* mettent de l'avant. Dans leurs mots :

Un cadre raisonné d'analyse est donc nécessaire et souhaitable, à la fois pour reconnaître adéquatement les obligations internationales du Canada et pour fournir des indications claires et cohérentes aux tribunaux et aux plaideurs. L'établissement d'une méthodologie de prise en compte des sources de droit international et de droit comparé permet d'indiquer comment notre Cour a traité ces sources en pratique, en plus de procurer direction et clarté. Étant donné la question soulevée en l'espèce, nous nous concentrons sur le recours au droit international et au droit comparé dans l'interprétation constitutionnelle.¹¹⁹

Bien que la portée large du recadrage ait déjà été notée plus haut, on remarque qu'il ressort de la dernière phrase (en soulignements), que la nouvelle grille concerne l'ensemble du droit international et du droit comparé, pas seulement le droit des traités; il convient par ailleurs d'ajouter que, vraisemblablement, l'analyse proposée vaut autant aux fins de l'interprétation constitutionnelle, comme en l'espèce, que pour les autres types d'exercice interprétatif, par exemple des lois dites ordinaires.

Nous pouvons affirmer avec confiance ce dernier point puisqu'une affaire subséquente, *Entertainment Software*¹²⁰ en 2022, a vu un schème d'analyse très similaire à celui de *Québec inc.* être proposé pour avoir recours au droit international

¹¹⁸ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 26 (C.S.C.).

¹¹⁹ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 27 (C.S.C.) (nos soulignements).

¹²⁰ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Entertainment Software Association*, [2022] A.C.S. no 30, 2022 CSC 30 (C.S.C.) (ci-après « *Entertainment Software* »). Pour la majorité de sept juges, le juge Rowe est d'avis qu'« il convient en l'espèce de réitérer le rôle que jouent les traités internationaux dans l'interprétation des lois » (par. 43). Les précisions apportées, dans la foulée de l'arrêt *Québec inc.* se trouvent aux paragraphes 43 à 47 de la décision. Au paragraphe 48, on conclut ainsi : « [p]ar conséquent, bien qu'un traité puisse être fort pertinent pour l'interprétation des lois, il ne peut supplanter l'intention claire du législateur. La cour doit interpréter ce que le législateur (tant au fédéral qu'au provincial) a édicté et non subordonner cet exercice à ce dont l'organe exécutif fédéral a convenu à l'international. La loi interne prévaut toujours, car “[o]n ne saurait utiliser le droit

conventionnel en interprétation législative. En outre, dans la très récente affaire *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Directrice de la protection de la Jeunesse du CISSS A*, un jugement unanime rendu en décembre 2024 – où la *Convention relative aux droits de l'enfant*¹²¹ était plaidée pour aider à interpréter la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹²² – le juge en chef Wagner fait ce rappel salutaire : « Bien que cet instrument international ait une valeur interprétative indéniable, je souligne que l'analyse doit demeurer axée sur l'intention du législateur, et non sur le contenu obligationnel du traité »¹²³. Aussi intéressants puissent-ils être¹²⁴, ces arrêts nous sortent toutefois du présent propos en interprétation constitutionnelle de la Charte canadienne, qui doit demeurer la cible de notre discussion.

Maintenant, suivant les trois paramètres identifiés plus haut, comment se présente la nouvelle grille d'analyse en matière d'interlégalité? Quel est ce schème raffiné pour recourir au droit international (et au droit comparé), dont le critère de base demeure celui proposé par le juge en chef Dickson en 1987, à savoir de « source pertinente et persuasive d'interprétation »¹²⁵ de la Charte canadienne? Essentiellement, il existerait six scénarios, que l'on peut décrire de la façon suivante :

1. les instruments internationaux contraignants et antérieurs à la Charte;
2. les instruments internationaux contraignants mais postérieurs à la Charte;
3. les instruments internationaux non contraignants et antérieurs à la Charte;
4. les instruments internationaux non contraignants mais postérieurs à la Charte;
5. la jurisprudence des tribunaux internationaux, de régimes contraignants ou non contraignants;
6. et la jurisprudence des tribunaux nationaux, comme argument de droit comparé.

international pour étayer une interprétation à laquelle fait obstacle le texte de la loi” : *Kazemi* [. . .], par. 60 ».

¹²¹ *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T.N.U. 1577, R.T. Can 1992 no. 3, adoptée le 20 novembre 1989 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990)

¹²² *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c. P-34.1.

¹²³ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Directrice de la protection de la Jeunesse du CISSS A*, [2024] A.C.S. no 43, 2024 CSC 43, par. 26 (C.S.C.) (nos soulèvements).

¹²⁴ Pour plus de détails au sujet de l'affaire *Entertainment Software*, voir : Stéphane Beaulac, « Interlégalité et réception du droit international en droit interne canadien et québécois », *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit constitutionnel », fasc. 23, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, par. 56.2.

¹²⁵ *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] A.C.S. no 10, [1987] 1 R.C.S. 313, 349 (C.S.C.).

Ces directives différenciées selon les trois paramètres identifiés, elles représentent le grand héritage des motifs de la majorité dans l'arrêt *Québec inc.*, indubitablement. Cela étant, il y a d'autres explications pour permettre de bien mettre en application cette nouvelle grille d'analyse¹²⁶. Tout d'abord, en termes de force persuasive, les différents scénarios placés dans six catégories d'arguments seraient en ordre décroissant de poids, avec au plus haut les traités contraignants antérieurs et au plus bas la jurisprudence de droit comparé. Pour ce qui est des outils d'interprétation disponibles, afin d'opérationnaliser cette normativité non nationale, deux choses¹²⁷ : la présomption de conformité au droit international, plus persuasive, ne serait possible que pour les deux premières catégories, mettant en jeu des instruments contraignants; dans les quatre autres catégories, ces éléments de normativité non nationale seraient utilisés comme moyens d'interprétation contextuelle, dont la force persuasive variera en fonction du type d'argument, étant entendu qu'ils ne seront jamais déterminants toutefois.

On doit comprendre par ailleurs que les instruments internationaux antérieurs, qu'ils soient contraignants ou non, en fait, font partie du contexte d'adoption de la Charte (et par extension, de n'importe quelle législation), ce qui leur donne plus de force persuasive. En revanche, les instruments postérieurs à la Charte (ou autre législation sous considération) font partie du contexte d'application de celle-ci, et, partant, emportent moins de poids, puisque, par définition, ils n'existaient pas lors de l'adoption¹²⁸.

Malgré nos efforts, cette synthèse n'est toutefois pas exhaustive, car les motifs des juges Brown et Rowe dans l'arrêt *Québec inc.* offrent des enseignements plus nuancés à bien des égards. Cela étant, ces quelques paragraphes aident à visualiser les différentes catégories de normativité non nationale (droit international et droit comparé), quand la problématique de l'interlégalité se présente dans un cas particulier. De plus, il faut garder à l'esprit la formulation du juge en chef Dickson,

¹²⁶ Ce résumé se fonde sur l'information qui se trouve aux paragraphes 30-45 des motifs de la majorité de la Cour suprême dans *Québec inc.*

¹²⁷ Sur les deux principales façons que les tribunaux ont pour opérationnaliser la normativité de droit international dans leurs jugements, soit la présomption d'intention et l'argument d'interprétation contextuelle, voir : Stéphane Beaulac, « Le droit international et l'interprétation législative : oui au contexte, non à la présomption », dans Oonagh E. Fitzgerald *et al.* (dir.), *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne* (Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2006) 413.

¹²⁸ Sur ces différents types d'arguments contextuels, pour ce qui est du droit international, voir : Stéphane Beaulac, « Thinking Outside the "Westphalian Box": Dualism, legal interpretation and the Contextual Argument » dans Christoffer C. Eriksen et Marius Emberland (dir.), *The New International Law – An Anthology* (Leiden : Brill Publishers, 2010) 17.

qu'il s'agit d'une « source pertinente et persuasive d'interprétation »¹²⁹, et tout aussi important, le recadrage de l'approche faite dans *Québec inc.*, vu plus haut, voulant que ces éléments normatifs puissent s'avérer utiles, certes, mais dans le « rôle limité consistant à appuyer ou à confirmer le résultat »¹³⁰, c'est-à-dire la conclusion interprétative déjà obtenue suivant la méthodologie générale.

Pour clore notre étude de l'arrêt *Québec inc.*, deux derniers commentaires doivent être ajoutés. Tout d'abord, contrairement à ce que suggère la juge Abella dans ses motifs, il n'y a absolument rien d'« inédit » dans la mise au point faite et les directives données par la majorité. Catégoriques, les juges Brown et Rowe répliquent ainsi à leur collègue de la minorité : « Comme le démontre abondamment la jurisprudence de la Cour, la valeur normative et le poids accordés aux sources de droit international et de droit comparé ont été conçus pour refléter la nature de la source dont il est question et son lien avec notre Constitution »¹³¹. Enfin, les juges majoritaires font une mise en garde, dans la perspective élargie de l'interprétation constitutionnelle et de l'approche téléologique : « [e]n définitive, les tribunaux doivent faire attention de ne pas amalgamer indistinctement les facteurs traditionnels énoncés dans l'arrêt *Big M Drug Mart* avec le droit international et le droit comparé »¹³². Voilà un rappel qui a le bénéfice d'être clair et concis.

Ce dernier point ramène l'idée que la façon dont l'argument de droit international se présente, en réalité, fait partie de la méthodologie interprétative générale. En effet, il ne faut jamais oublier que le cœur de l'exercice, c'est l'interprétation constitutionnelle des dispositions de la Charte – suivant l'approche dite téléologique, favorisant en général une interprétation large et libérale, comme on a vu à la section 2 du présent chapitre – et, toute proportion gardée, la normativité non nationale (droit international, droit comparé) doit demeurer complémentaire, pour appuyer et confirmer la conclusion interprétative, en tant que « source pertinente et persuasive d'interprétation », on l'a assez dit, n'est-ce pas.

* * *

Quoique l'accent soit mis sur l'arrêt *Québec inc.*, une vraie revue des développements en matière d'interlégalité, et de leurs impacts sur l'interprétation constitutionnelle de la Charte, ne serait pas complète sans un mot, au moins, au sujet de l'autre affaire majeure de 2020, à savoir la décision dans *Nevsun*¹³³. On a déjà

¹²⁹ Renvoi relatif à la *Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] A.C.S. no 10, [1987] 1 R.C.S. 313, 349 (C.S.C.).

¹³⁰ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 22 (C.S.C.).

¹³¹ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 46 (C.S.C.).

¹³² *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 47 (C.S.C.).

¹³³ [2020] A.C.S. no 5, [2020] 1 R.C.S. 166 (C.S.C.).

mentionné cet arrêt en début de section, y compris son contexte particulier, car il s'agissait d'une objection préliminaire, ce qui en limite l'impact en droit jurisprudentiel canadien, certes. Qu'à cela ne tienne, dans ce jugement, la Cour suprême donne des instructions intéressantes quant au recours en droit interne de l'autre principale source formelle de normativité internationale, soit la coutume. La logique de l'arrimage est moniste, et non dualiste, on l'a déjà mentionné, ce qui veut dire essentiellement ceci, selon la juge Abella pour la majorité dans *Nevsun* : « [l']adoption du droit international coutumier dans le droit interne par incorporation judiciaire automatique »¹³⁴.

Concrètement, aucune action législative n'est requise (comme c'est le cas pour les traités) afin qu'une norme internationale coutumière puisse être utilisée par un tribunal au pays. Ce raisonnement est connu au Canada sous le nom de la doctrine de l'adoption; en Angleterre, on parle plutôt de la doctrine de l'incorporation¹³⁵. Il n'est pas faux d'ailleurs de dire que cet outil heuristique d'interlégalité a toujours été employé relativement à la coutume, bien qu'il y ait eu longtemps une certaine zone d'ombre à ce sujet. C'est en 2007 que la Cour suprême a finalement saisi l'occasion de clarifier la question une fois pour toutes. C'était dans l'affaire *R. c. Hape*¹³⁶, qui mettait en jeu l'interprétation de la clause d'application de l'article 32 de la Charte. Il fallait déterminer la mesure dans laquelle cet instrument supra-législatif de protection des droits humains au Canada pouvait avoir une portée extraterritoriale. Cette question fondamentale a été décidée, justement, grâce à l'aide substantielle du droit international coutumier en matière de juridiction des États¹³⁷.

Cela étant, il faut prendre les instructions dans *Nevsun* concernant la coutume à la lumière du recadrage effectué et de la grille d'analyse proposée dans l'arrêt de principe *Québec inc.*, comme on l'a souligné plus haut. Il en est ainsi non seulement en termes de chronologie des décisions – *Nevsun* à l'hiver 2020, *Québec inc.* à l'automne 2020 – mais surtout parce que les juges Brown et Rowe sont des plus explicites quant à la portée toute englobante des enseignements qu'on y fait au sujet de l'interlégalité, autrement dit pour toutes les sources normatives non nationales. Il

¹³⁴ *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, [2020] A.C.S. no 5, [2020] 1 R.C.S. 166, par. 87 (C.S.C.).

¹³⁵ Voir, en général : Stéphane Beaulac, « Customary International Law in Domestic Courts: Imbroglia, Lord Denning, *Stare Decisis* », dans Christopher P.M. Waters (dir.), *British and Canadian Perspectives on International Law* (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2006) 379.

¹³⁶ *R. c. Hape*, [2007] A.C.S. no 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 37-39 (C.S.C.).

¹³⁷ Sur la base, principalement, de la décision de la Cour permanente de Justice internationale dans l'*Affaire du « S.S. Lotus » (France c. Turquie)*, (1927) C.P.J.I. série A., no. 10. Voir, en général sur cette affaire : Stéphane Beaulac, « The *Lotus* Case in Context – Sovereignty, Westphalia, Vattel, Positivism », dans Stephen Allen, Daniel Costelloe, Malgosia Fitzmaurice, Paul Gragl et Edward Guntrip (dir.), *Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law* (Oxford : Oxford University Press, 2019) 40.

faut donc faire la part des choses quand on lit certaines déclarations, que d'aucuns qualifieraient d'hyperboliques, de la part de la juge Abella. Par exemple, « [l]e fait que le droit international coutumier fasse partie de notre common law », écrit-elle avec verve, « signifie qu'il doit faire l'objet du même respect que tout autre droit »¹³⁸.

Ainsi, faisons attention : ce passage des motifs dans *Nevsun* ne devrait pas être vu comme une suggestion, quand vient le temps de recourir à la coutume, que les tribunaux canadiens se transforment en tribunaux internationaux, dans un sens¹³⁹, ces normes étant de la « common law du système juridique international »¹⁴⁰, selon les dires de la juge Abella. Pas plus que la normativité internationale, qu'elle soit de source conventionnelle ou coutumière, devient-elle obligatoire et contraignante pour les tribunaux internes au pays, qui rappelons-le ont pour mission constitutionnelle d'interpréter et d'appliquer le droit national¹⁴¹. Ces deux points sont cruciaux; nous les répétons depuis vingt ans¹⁴².

En outre, spécifiquement quant à ce passage des motifs de la juge Abella dans *Nevsun*, reprenons l'explication suivante, tirée de notre fascicule dans le le JurisClasseur Québec – Droit constitutionnel :

Lorsqu'on dit que la norme coutumière est d'application « automatique » en droit interne, il s'agirait d'un raccourci langagier. Ce qu'on veut dire, en réalité, est ceci : la normativité de droit international coutumier est disponible – « automatiquement disponible » – pour les juges nationaux, qui pourront choisir d'y avoir recours en droit interne.¹⁴³

Il ne s'agit pas de simple sémantique ici, faut-il ajouter. Mes collègues de l'Université de Montréal, Francis Rigaldies et José Woehrling, l'avaient fait

¹³⁸ *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, [2020] A.C.S. no 5, [2020] 1 R.C.S. 166, par. 95 (C.S.C.).

¹³⁹ Pour un exemple assez évident de ce type d'erreur de raisonnement, voir : François Larocque et Martin Kreuser, « L'incorporation de la coutume internationale en common law canadienne » (2007) 45 A.C.D.I. 173.

¹⁴⁰ *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, [2020] A.C.S. no 5, [2020] 1 R.C.S. 166, par. 74 (C.S.C.).

¹⁴¹ Voir : René Provost, « Judging in Splendid Isolation » (2009) 56 American Journal of Comparative Law 125, à la p. 167 : « The paradigm of the judicial function as projected by such an approach still erects impenetrable walls around Canadian law ».

¹⁴² Voir : Stéphane Beaulac, « L'interprétation de la Charte : reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international », dans Gérald-A. Beaudoin et Errol Mendes (dir.), *Canadian Charter of Rights and Freedoms / Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd. (Toronto : LexisNexis Butterworths, 2005) 27, aux p. 61-62.

¹⁴³ Voir : Stéphane Beaulac, « Interlégatité et réception du droit international en droit interne canadien et québécois », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit constitutionnel », fasc. 23, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, par. 54.

remarquer il y a belle lurette, en fait, dès 1980, dans un article avant-coureur et visionnaire¹⁴⁴.

À vrai dire, cette idée renvoie au b.a.-ba de l'exercice d'interprétation juridique, eu égard aux principes fondamentaux de la séparation des pouvoirs et de la primauté du droit¹⁴⁵ : les tribunaux nationaux doivent interpréter et appliquer le droit interne et, même si, d'après la logique moniste (ou théorie de l'adoption), la coutume est dite d'application automatique, le judiciaire demeure maître – le gardien, en fait – de l'exercice du pouvoir adjudicatif. Fait partie intégrante de ce pouvoir judiciaire, bien évidemment, la discrétion de choisir de retenir, ou non, ainsi que de pondérer à la hausse, comme à la baisse, les différents éléments interprétatifs mis de l'avant. Voilà replacée en perspective la manière dont la coutume internationale peut intervenir en droit interne, certes « automatiquement disponible » pour le ou la juge, sans toutefois être obligatoire, encore moins contraignante.

Qui plus est, cette explication nuancée pour aider à comprendre les instructions de la juge Abella dans *Nevsun*, pour tempérer ses élans de zèles internationalistes, s'inscrit parfaitement dans le recadrage effectué par les juges Brown et Rowe dans *Québec inc.* À l'instar du droit international issu de traités, on peut accepter que les normes coutumières « puissent être prises en compte dans l'interprétation de normes nationales »¹⁴⁶, pour autant qu'il soit clair que les tribunaux nationaux ne sont aucunement liés par cette normativité. De la même façon que le droit conventionnel, le droit coutumier pourra jouer « un rôle limité consistant à appuyer ou à confirmer le résultat auquel arrive le tribunal au moyen d'une interprétation téléologique »¹⁴⁷, qui est l'approche favorisée en matière de Charte.

* * *

Toutes ces explications au sujet à la fois du recalibrage méta-méthodologique en matière de la Charte canadienne et du recadrage s'agissant d'interlégalité, avec une grille d'analyse plus détaillée et raffinée, sont peut-être fascinantes, mais elles demeurent certes un peu abstraites. L'analyse érudite de professeurs d'université, on entend le reproche à l'occasion, peine trop souvent à rattacher les problématiques juridiques, ici relativement à l'interprétation constitutionnelle, à des situations concrètes et contemporaines, même si elle s'inscrit en droit positif. C'est pourquoi il convient de poursuivre l'analyse avec une application concrète de ces derniers développements jurisprudentiels, ce qui est d'autant plus intéressant, car la question

¹⁴⁴ Francis Rigaldies et José Woehrling, « Le juge interne canadien et le droit international » (1980) 21 C. de D. 293, aux p. 305-306.

¹⁴⁵ Voir, à ce sujet, Stéphane Beaulac, « National Application of International Law: The Statutory Interpretation Perspective » (2004) 41 A.C.D.I. 225, à la p. 240.

¹⁴⁶ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 22 (C.S.C.) (italiques dans l'original).

¹⁴⁷ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 22 (C.S.C.).

choisie est de grande actualité depuis une demi-douzaine d'années maintenant : il s'agit de la clause de dérogation à l'article 33 de la Charte.

§ 6.04 Clause de dérogation, interprétation « recalibrée » et droit international « recadrée »

D'entrée de jeu, rappelons des considérations d'ensemble au sujet de la Charte canadienne. Outre les clauses dites interprétatives, soit à l'article 28 (égalité des droits pour les deux sexes), à l'article 27 (patrimoine multiculturalisme) et à l'article 25 (droits des peuples autochtones) – on a dit de ce dernier, en 2024 dans l'arrêt *Dickson c. Vuntut Gwitchin First Nation*¹⁴⁸ (ci-après « *Vuntut Gwitchin First Nation* »), qu'il était en outre un « bouclier non absolu » donnant primauté aux droits autochtones, mais seulement en cas de conflits irréconciliables – et certains autres éléments liminaires (par exemple, art. 26, 29, 31), le gros des dispositions de la Charte portent sur la protection de droits humains (prévus aux articles 2 à 23). On ajoute les réparations à l'article 24, de même que la clause de suprématie à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ces deux derniers pouvant être combinés dans certaines situations, comme la Cour suprême l'a expliqué dans le récent arrêt *Power*¹⁴⁹.

Où se situe la clause de dérogation de l'article 33 dans l'économie générale de la Charte canadienne? Il est clair qu'elle ne prévoit ni droit, ni réparation; elle n'est certes pas d'ordre interprétatif ou liminaire non plus. À vrai dire, on doit la voir comme étant une méta-disposition de notre régime supra-législatif de protection des droits humains au pays, au même titre que la clause affirmative et limitative de l'article premier, et que la clause d'application à l'article 32 (auquel on doit ajouter l'article 30, plus effacé, qui associe les territoires aux provinces aux fins de l'application de la Charte). La clause de dérogation est formulée en cinq paragraphes, dont voici reproduits les deux premiers :

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 à l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte.

Les autres paragraphes concernent la durée maximale de cinq ans d'une telle déclaration et la possibilité de la renouveler à tous les cinq ans, ce qui est de moins d'intérêt aux fins de l'exercice d'interprétation dont il sera question ci-dessous.

¹⁴⁸ Voir *Dickson c. Vuntut Gwitchin First Nation*, [2024] A.C.S. no 10, 2024 CSC 10 (C.S.C.).

¹⁴⁹ [2024] A.C.S. no 26, 2024 CSC 26 (C.S.C.).

À la Cour suprême du Canada, le seul vrai précédent ayant analysé cette clause de dérogation et, du coup, interprété l'article 33 de la Charte vient de l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*¹⁵⁰ (ci-après « *Ford* »), rendu il y a plus de 35 ans, en 1988. Certes, on avait déjà fait allusion à celle-ci quelques années auparavant, dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. Québec Protestant School Boards*¹⁵¹ (ci-après « *Protestant School Boards* ») de 1984, mais seulement pour dire que l'article 33 ne couvrait pas l'article 23 en matière d'instruction dans la langue de la minorité. D'autres causes ont fait ce genre de références indirectes ou d'*obiter dictum* au sujet de la clause de dérogation¹⁵², la plus récente étant dans l'affaire *Cité de Toronto*¹⁵³, un aspect que nous avons vu plus haut¹⁵⁴. À vrai dire, en tant que tel, il est juste de suggérer que l'article 33 est probablement la disposition de la Charte qui est la plus négligée en jurisprudence au Canada, un genre de parent pauvre de cet instrument supra-législatif¹⁵⁵.

[1] L'arrêt *Ford* et l'interprétation initiale de l'article 33 de la Charte

Dans *Ford*, rappelons que le nœud de l'affaire ne concernait pas du tout l'article 33. En substance, cet arrêt portait sur la *Charte de la langue française*¹⁵⁶ (ci-après « *Loi 101* ») et sur l'affichage commercial au Québec. Cela étant, le traitement (quoiqu'accessoire) de la problématique de dérogation est quand même assez bien étoffé. Elle tirait sa source de la déclaration législative dite omnibus du gouvernement péquiste de René Lévesque dans la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de*

¹⁵⁰ *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] A.C.S. no 88, [1988] 2 R.C.S. 712 (C.S.C.) (ci-après « *Ford* »).

¹⁵¹ *Québec (Procureur général) c. Québec Protestant School Boards*, [1984] A.C.S. no 31, [1984] 2 R.C.S. 66, 87 (C.S.C.).

¹⁵² Voir, par exemple : *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] A.C.S. no 2 [1993] 1 R.C.S. 319, 363 (C.S.C.); *Vriend c. Alberta*, [1998] A.C.S. no 29, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 137, 139, 178 (C.S.C.); *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] A.C.S. no 61, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 47 (C.S.C.); *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] A.C.S. no 66, [2002] 3 R.C.S. 519, par. 11, 36, 96 (C.S.C.); *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] A.C.S. no 85, [2002] 4 R.C.S. 429, par. 15 (C.S.C.); *Frank c. Canada (Procureur général)*, [2019] A.C.S. no 1, [2019] 1 R.C.S. 3, par. 25 (C.S.C.); *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, [2020] A.C.S. no 13, [2020] 1 R.C.S. 678, par. 148-149 (C.S.C.); *Ontario (Procureur général) c. G*, [2020] A.C.S. no 38, [2020] 3 R.C.S. 629, par. 136-138, 239-241, 249, 259 (C.S.C.).

¹⁵³ [2021] A.C.S. no 34, [2021] 2 R.C.S. 845 (C.S.C.).

¹⁵⁴ *Toronto (Cité de) c. Ontario (Procureur général)*, [2021] A.C.S. no 34, [2021] 2 R.C.S. 845, par. 60 (C.S.C.) et le texte l'accompagnant.

¹⁵⁵ Voir, dans ce sens, 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 *University of New Brunswick Law Journal* 184.

¹⁵⁶ *Charte de la langue française*, RLRQ, c. C-11.

1982¹⁵⁷, selon laquelle toutes les lois du Québec devaient être considérées ré-adoptées et, surtout, pouvaient s'appliquer nonobstant les droits visés par l'article 33 de la Charte canadienne. S'agissant de la Loi 101 plus précisément, à l'article 52 de la *Loi modifiant la Charte de la langue française*¹⁵⁸, on prévoyait ce qui suit : « La présente loi a effet indépendamment des dispositions des articles 2 et 7 à 15 [de la Charte canadienne] ».

C'est dans ce contexte que la Cour suprême a accepté de traiter de la question de la dérogation, un aspect du litige qui avait été plaidé et développé de façon détaillée par les procureurs au dossier. Ainsi, ce qu'on nous invite à comprendre de l'arrêt *Ford* quant à l'article 33 de la Charte, qui est parfois présenté (faussement) comme étant un genre de *ratio decidendi* en matière de dérogation – même si cet aspect était accessoire, la Cour ne donnant pas signe de vouloir vider la question à cet égard, pas du tout, en fait – vient de l'extrait suivant des motifs :

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.¹⁵⁹

Pour certains, ce passage représente une parole d'évangile, tout simplement, ou encore pire, tout ce qui avait à être dit (maintenant et pour toujours) au sujet de la clause de dérogation¹⁶⁰; nos collègues anglophones parlent d'un « received wisdom »¹⁶¹. Bref, le message serait simple, voire simpliste : après une déclaration formelle de dérogation, sans plus, les tribunaux cesseraient 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 Charte¹⁶².

¹⁵⁷ RLRQ, c. L-4.2.

¹⁵⁸ L.Q. 1983, c. 56.

¹⁵⁹ *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] A.C.S. no 88. [1988] 2 R.C.S. 712, 740 (C.S.C.) (nos soulignements).

¹⁶⁰ Voir, par exemple, 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 Biro (dir.), *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter – Rights, Reforms, and Controversies* (Montreal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 2024) 132, aux p. 150-151.

¹⁶¹ Voir, par exemple : Geoffrey Sigalet, « Notwithstanding Judicial Review: Legal and Political Reasons Why Courts Cannot Review Laws Invoking Section 33 », dans Peter Biro (dir.), *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter – Rights, Reforms, and Controversies* (Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 2024) 168, à la p. 170.

¹⁶² En général sur cette compréhension, voir : Donna Greschner et Ken Norman, « The Courts and Section 33 » (1987) 12 *Queen's L.J.* 155; Lorraine E Weinrib, « Learning to Live with the Override » (1990) 35 *R.D. McGill* 542; Tsvi Kahana, « Understanding the Notwithstanding Mechanism » (2002) 52 *U.T.L.J.* 221; André Binette, « Le pouvoir

Il est certain que cette façon de comprendre l'extrait en question donne une portée très large 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 (« rule of law »). On doit ajouter que cette lecture de *Ford* mène à une compréhension qui est très exorbitante du droit commun, court-circuitant le rôle institutionnel des tribunaux de voir au contrôle de la constitutionnalité des lois.

À cet égard, récemment, dans l'arrêt *Power*¹⁶³, les juges majoritaires rappelaient le précepte de base en droit public voulant 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 »¹⁶⁴. Cette idée tirant sa source dans le principe de la primauté du droit (« rule of law »), qui est aussi vieille que A.V. Dicey¹⁶⁵, fut importée très tôt au Canada via le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, avant d'être codifiée à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans ce qui est maintenant connu sous le nom de la clause de suprématie. Dans *Doucet-Boudreau*¹⁶⁶, en droits linguistiques¹⁶⁷, la Cour suprême réitérait cette caractéristique existentielle des tribunaux, « de veiller attentivement au respect des droits garantis par la Constitution et au maintien de la primauté du droit »¹⁶⁸.

Surtout dans le contexte contemporain au pays, où, on le sait, les invocations et

déroatoire de l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et la structure de la Constitution du Canada » (2003) R. du B. (numéro spécial) 107; et Janet L. Hiebert, « The Notwithstanding Clause: Why Non-use Does not Necessarily Equate with Abiding by Judicial Norms », dans Peter Oliver, Patrick Macklem et Nathalie Des Rosiers (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution* (Oxford : Oxford University Press, 2017) 695.

¹⁶³ Ce pouvoir de contrôle de la constitutionnalité s'appuie par ailleurs, en droit constitutionnel au pays, sur les principes non écrits articulés dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] A.C.S. no 61, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 70 (C.S.C.).

¹⁶⁴ *Canada (Procureur général) c. Power*, [2024] A.C.S. no 26, 2024 CSC 26, par. 56 (C.S.C.).

¹⁶⁵ Voir son ouvrage classique : Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Londres : Macmillan, 1885). Au sujet du « rule of law » dans ses ramifications internationales, voir : Stéphane Beaulac, « The Rule of Law in International Law Today », dans Gianluigi Palombella et Neil Walker (dir.), *Relocating the Rule of Law* (Oxford: Hart Publishing, 2009) 197.

¹⁶⁶ [2003] A.C.S. no 63, [2003] 3 R.C.S. 3 (C.S.C.).

¹⁶⁷ 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 *National Journal of Constitutional Law* 113.

¹⁶⁸ *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] A.C.S. no 63, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 110 (C.S.C.).

les utilisations de la clause de dérogation se sont multipliées depuis maintenant une dizaine d'années¹⁶⁹ – ce que d'aucuns appellent la normalisation, voire la banalisation de l'article 33 de la Charte¹⁷⁰ – est-il bien fondé de donner une large portée à l'expression « examen de fond », employée par la Cour suprême dans l'arrêt *Ford*? Est-ce là toujours la bonne compréhension de ce passage, dans le cadre de l'interprétation de la clause de dérogation, ce qui aurait pour effet de saper la quasi-totalité de la mission constitutionnelle des tribunaux en tant que gardiens de la primauté du droit?¹⁷¹

¹⁶⁹ Il n'y a pas même d'unanimité sur le nombre précis de dérogations à la Charte canadienne. Le chiffre magique au Canada serait d'environ 25 depuis 1982, dont seulement 18 effectives dans des projets de loi adoptés : voir Caitlin Salvino, « A Tool of Last Resort: A Comprehensive Account of the Notwithstanding Clause Political Uses 1982-2021 » (2022) 16 *Journal of Parliamentary and Political Law* 16, où l'auteur répertorie 24 utilisations ou invocations de la clause de dérogation de la Charte canadienne; plus récemment dans un autre texte, Caitlin Salvino, « Notwithstanding Minority Rights: Rethinking Canada's Notwithstanding Clause », dans Peter Biro (dir.), *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter – Rights, Reforms, and Controversies* (Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 2024) 401, elle en ajoute trois nouvelles, pour un total de 27, notant toutefois ceci : « only eighteen invocations were promulgated and effective ». *Contra*, voir Guillaume Rousseau dans un document produit pour le compte d'un *think-tank* d'obédience nationaliste : « La Disposition dérogatoire des chartes des droits : de la théorie à la pratique, de l'identité au progrès social », Institut de recherche sur le Québec, qui est disponible en ligne uniquement, sauf erreur. Au départ, cette recension tendancieuse en répertoriait 40, au Québec seulement (voir Guillaume Rousseau, « Clauses dérogatoires : Le mythe de la vilaine “nonobstant” », *Le Devoir* (11 mars 2016); maintenant, comme par magie, ça serait plus de 60 dérogations aux droits humains faites au Québec (voir François Côté et Guillaume Rousseau, « From *Ford v. Québec* to the *Act Respecting the Laicity of the State*: A Distinctive Quebec Theory and Practice of the “Notwithstanding Clause” » (2020) 94 *S.C. Law Rev.* (2d) 463, à la p. 479, note 71). Ces chiffres, ainsi que la démarche pour y arriver, ont été critiqués durement, notamment en raison d'une méthodologie clairement défailante, et, en fait, furent discrédités totalement par d'autres auteurs et autrices; voir notamment : Maxime St-Hilaire, « Les leçons de *Jordan*, III : à quelles conditions est-il légitime de déroger aux droits constitutionnels fondamentaux ? » (2017) 26:3 *Constitutional Forum* constitutionnel 21; et Marion Sandilands, « Quebec's Bills 21 and 96: An Underwater Eruption », dans Peter Biro (dir.), *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter – Rights, Reforms, and Controversies* (Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 2024) 253.

¹⁷⁰ Voir : Gregory B. Bordan, « Are There Constitutional Limits on the Use of the Notwithstanding Clause? », dans Peter Biro (dir.), *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter – Rights, Reforms, and Controversies* (Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 2024) 309, aux p. 313-317; et, en général, Noura Karazivan et Jean-François Gaudreault-DesBiens, « Rights Trivialization, Constitutional Legitimacy Deficit, and Derogation Clauses: The Example of Quebec's Laicity Act » (2020) 99 *S.C. Law Rev.* (2d) 487.

¹⁷¹ Bien entendu, nous sommes au courant du débat épique en doctrine au Québec entre Robert Leckey de McGill (et ses acolytes) et Maxime St-Hilaire de Sherbrooke (et ses

[2] **Clause de dérogation et méthodologie d'interprétation « recalibrée »**

Aussi récemment qu'à l'hiver 2024, c'est la posture prise par les tribunaux, au Québec à tout le moins¹⁷², celle du *status quo* jurisprudentiel quant au message de *Ford* : l'expression « examen au fond », que l'on distingue des exigences de forme prévues dans le texte de l'article 33 de la Charte, interdirait toute possibilité de contrôle judiciaire de la constitutionnalité. Dans le dossier de la contestation de la *Loi sur la laïcité de l'État*¹⁷³ (ci-après « Loi 21 »), la Cour d'appel du Québec

collaborateurs) au sujet de l'interprétation à donner à la clause de dérogation de l'article 33 de la Charte : voir, dans leurs plus récentes itérations, d'une part, Robert Leckey, « Legislative Choices in Using Section 33 and Judicial Scrutiny », dans Peter Biro (dir.) *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter – Rights, Reforms, and Controversies* (Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 2024) 111, ainsi que Robert Leckey et Eric Mendelsohn, « The Notwithstanding Clause: Legislatures, Courts, and the Electorate » (2022) 72 U.T.L.J. 189; et, d'autre part, 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 Biro (dir.), *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter – Rights, Reforms, and Controversies* (Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 2024) 132. Cela étant, il n'est pas nécessaire de se pencher sur ces deux écoles car, malgré les apparences d'une farouche opposition quant aux conclusions interprétatives, Leckey et St-Hilaire se rejoignent entièrement pour ce qui est de la méthodologie d'interprétation constitutionnelle de la Charte; en fait, les deux se gourent parce qu'ils ignorent complètement les développements en la matière depuis l'arrêt *Québec inc.* Nous avons fait une démonstration détaillée des carences macro-interprétatives des collègues de McGill et de Sherbrooke dans un texte en hommage au professeur Jean-Denis Archambault, auquel nous référons la lectrice ou le lecteur pour plus de détails : 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.* » (2024) 54 *Revue générale de droit* (à paraître).

¹⁷² Cela étant, ailleurs au Canada, on a refusé de suivre les yeux fermés cette orthodoxie que l'on associe à *Ford*. Précisément, en Saskatchewan, la décision de première instance (qui est en appel actuellement) dans l'affaire *UR Pride Centre for Sexuality and Gender Diversity c. Gouvernement of Saskatchewan*, 2024 SKKB 23, décision rendue le 16 février 2024, a vu le juge Megaw revenir au libellé de la clause de dérogation pour, ainsi, relativiser le précédent *Ford* (au par. 15) : « The words in s. 33 of the *Charter* do not include any words which could be interpreted to remove the jurisdiction of the court to determine whether legislation violates any specific *Charter* provision, or even to place limits on the exercise of such jurisdiction »; incidemment, il se dit aucunement lié d'ailleurs (voir par. 144) par le jugement de la Cour supérieure du Québec dans *Hak c. Procureur général du Québec*, [2021] J.Q. no 3808, 2021 QCCS 1466 (Q.C.C.S). Le juge Megaw opine que (par. 147), « the use of the Notwithstanding Clause does not serve to oust the jurisdiction of the court to determine, and provide declaratory relief, as to whether or not the subject legislation is in breach of those sections of the *Charter* including the invocation of the Notwithstanding Clause » (voir aussi ses motifs au par. 166).

¹⁷³ *Loi sur la laïcité de l'État*, RLRQ, c. L-0.3 (ci-après « Loi 21 »), adoptée le 16 juin 2019. Comme il a été expliqué en doctrine, le recours aux clauses de dérogation – en effet,

endosse sans réserve cette compréhension autarcique de l'arrêt *Ford*, car la déclaration de dérogation « 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 »¹⁷⁴, écrit-elle. Notons qu'en première instance dans le dossier de la Loi 21, tout en se disant lié par le précédent *Ford*, le juge Blanchard avait lancé une proverbiale perche, signalant du coup l'occasion de revoir ce précédent :

[I]l apparaît nécessaire de rappeler que le recours aux tribunaux demeure, dans une société de droit, libre et démocratique, jouissant d'un appareil judiciaire impartial et indépendant, le meilleur rempart contre les pouvoirs de l'État. La quête de la justice, dans son sens le plus élémentaire et le plus noble, doit pouvoir faire l'objet d'un recours en justice et un tribunal de droit commun, comme la Cour supérieure du Québec, doit voir à préserver l'existence de cette possibilité.¹⁷⁵

Domage que ce cri du cœur – directement lié aux considérations identifiées plus haut, s'agissant du principe de la primauté du droit (« rule of law ») – n'ait absolument pas été entendu par la juge en chef Savard et les juges Morissette et Bich à la Cour d'appel; elles et il s'en sont tenus timidement, en effet, à une lecture des plus traditionalistes de l'arrêt *Ford*, qui « ne laisse[rait] pas de porte ouverte à la possibilité d'intégrer des conditions de fond à l'application [de l'article 33 de la Charte] »¹⁷⁶.

Pis encore, dans un sens, ce refus de se présenter au rendez-vous avec l'histoire

non seulement l'article 33 de la Charte canadienne, mais également au Québec, l'article 52 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (ci-après « Charte québécoise ») – a été fait de façon maximaliste, c'est-à-dire en faisant une déclaration visant l'ensemble de la loi et par rapport à toute la gamme des droits humains protégés par ces instruments constitutionnel et quasi-constitutionnel, ce qui est sans précédent : voir Marion Sandilands, « Quebec's Bills 21 and 96: An Underwater Eruption », dans Peter Biro (dir.) *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter – Rights, Reforms, and Controversies* (Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 2024) 253. Ajoutons par ailleurs que la CAQ est revenue à la charge quelques années plus tard avec l'adoption de la Loi 96, également liberticide et maximaliste en termes de dérogation : *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français*, L.Q. 2022, c. 14; voir également, Tsvi Kahana, « The Notwithstanding Clause, Bill 96, and Tyranny », dans Peter Biro (dir.), *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter – Rights, Reforms, and Controversies* (Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 2024) 290.

¹⁷⁴ *Organisation mondiale sikhe du Canada c. Procureur général du Québec*, [2024] J.Q. no 1118, 2024 QCCA 254, par. 248 (Q.C.C.A.). Pour une analyse sommaire de l'ensemble des éléments de la décision de la Cour d'appel du Québec, voir notre intervention dans l'excellent article de Luis Millán, « Notwithstanding clause centre stage in Quebec Appeal Court ruling over controversial secularism law », *Law360 Canada* (11 mars 2024), en ligne.

¹⁷⁵ *Hak c. Procureur général du Québec*, [2021] J.Q. no 3808, 2021 QCCS 1466, par. 733 (Q.C.C.S.) (ci-après « *Hak* »).

¹⁷⁶ *Organisation mondiale sikhe du Canada c. Procureur général du Québec*, [2024] J.Q. no 1118, 2024 QCCA 254, par. 254 (Q.C.C.A.).

jurisprudentielle au pays s'explique, selon la Cour d'appel du Québec, non seulement en raison de l'arrêt *Ford* et de la *stare decisis* verticale¹⁷⁷, mais également car ce précédent se fonde sur le « texte clair » de l'article 33 de la Charte canadienne. En termes méta-méthodologiques, le passage suivant des motifs de la juge en chef Savard et des juges Morissette et Bich a de quoi laisser perplexe :

Le texte de cette disposition est clair, nous enseigne 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.¹⁷⁸

S'il y a quelque chose de clair ici, cela dit avec égard, c'est que la façon d'interpréter la clause de dérogation à laquelle la Cour d'appel se réfère, indubitablement, est en porte-à-faux avec la trilogie du tournant des années 2020 en matière de Charte. Voici pourquoi.

* * *

Pour mémoire, l'expression qui, sans doute, résume le mieux l'exercice de macro-interprétation du régime de la Charte canadienne, selon le recalibrage effectué par la Cour suprême, est l'interprétation textuelle téléologique, venant des motifs majoritaires dans *Cité de Toronto*¹⁷⁹. En outre, l'ajout fait par le juge en chef Wagner et le juge Brown dans cet arrêt est hautement pertinent, essentiellement que l'approche téléologique doit « commencer par le texte et s'y enraciner »¹⁸⁰. Cela étant, le message de *Québec inc.*, on l'a vu, reprend avec force l'héritage du juge Dickson (plus tard juge en chef) dans *Big M Drug Mart* : ce qu'on appelle l'interprétation « textuelle téléologique » doit demeurer résolument axée sur l'identification de l'objet de la disposition de la Charte, à savoir ici l'article 33, tout en étant compris par ailleurs eu égard à l'objectif général du régime, soit de protéger au niveau supra-législatif les droits et libertés de la personne.

En outre, tirée des motifs des juges Brown et Rowe dans *Québec inc.*, il y a une

¹⁷⁷ Au sujet de la *stare decisis* (verticale, mais surtout horizontale) et l'arrêt *Ford*, voir 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 *University of New Brunswick Law Journal* 184. Dans cette perspective, il n'est pas inintéressant de constater que la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Working Families Coalition (Canada) Inc. c. Ontario (Procureur général)*, 2023 ONCA 139, par. 56 (entendue à la Cour suprême; toujours en délibéré), s'est considérée liée par l'arrêt *Ford* : « We note, however, that *Ford* has not been overruled or specifically doubted by any subsequent Supreme Court decision. The core principles governing the interpretation and application of s. 33 in *Ford* must guide our review of s. 33 in this case ».

¹⁷⁸ *Organisation mondiale sikhe du Canada c. Procureur général du Québec*, [2024] J.Q. no 1118, 2024 QCCA 254, par. 254 (Q.C.C.A.) (nos soulignements).

¹⁷⁹ [2021] A.C.S. no 34, [2021] 2 R.C.S. 845, par. 53 (C.S.C.).

¹⁸⁰ *Toronto (Cité de) c. Ontario (Procureur général)*, [2021] A.C.S. no 34, [2021] 2 R.C.S. 845, par. 14 (C.S.C.) (nos soulignements).

autre réitération d'un enseignement crucial du juge en chef Dickson dans *Big M Drug Mart* : « [u]ne pareille interprétation ne doit pas aller au-delà (ni, d'ailleurs, rester en deçà) de l'objet véritable »¹⁸¹. Compte tenu du fait que, dans une large mesure, l'un alimente l'autre, l'idée de la prédominance du texte « permet d'éviter d'aller au-delà de l'objet du droit »¹⁸². Ajoutons, pour être complet : peu importe qu'il s'agisse d'une disposition de la Charte protégeant une liberté fondamentale ou une méta-disposition comme la clause de dérogation à l'article 33, l'interprétation constitutionnelle doit conjuguer les deux pôles interprétatifs – le tandem interprétation-téléologique + interprétation-large-et-libérale – en se rappelant les sages paroles de la juge Martin dans *Poulin*, de faire gaffe puisqu'ils « peuvent être confondu[s] à tort »¹⁸³.

Le recalibrage le plus significatif opéré par les juges Brown et Rowe dans l'arrêt *Québec inc.*, faut-il le répéter haut et fort, est que l'étape première et cruciale de l'exercice d'interprétation de la Charte doit se fonder sur le libellé de la disposition en jeu : « 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 »¹⁸⁴. En somme, sans aller ni au-delà ni en deçà de l'objet de l'article à interpréter (ici l'article 33), et pareil pour l'objectif général de la Charte dans son ensemble, le texte de la clause de dérogation est le « premier facteur à prendre en compte dans une interprétation téléologique »¹⁸⁵.

Cela étant, le texte est le premier élément, voire le prédominant, mais il n'est pas le seul à considérer, bien sûr, dans le cadre de l'approche téléologique en matière de Charte. Encore ici, le juge Dickson (plus tard juge en chef) dans *Big M Drug Mart*¹⁸⁶ identifiait plusieurs éléments pour savoir quels sont les objectifs visés par la protection des droits humains. De nouveau, en rafale : (1) les « termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté », (2) « la nature et les objectifs plus larges de la *Charte* elle-même », (3) les « origines historiques des concepts enchâssés », (4) s'ils sont opportuns, « le sens et [. . .] l'objet des autres libertés et droits », et enfin (5) la Charte devant en outre « être située dans ses contextes linguistiques, philosophique et historique appropriés »¹⁸⁷.

¹⁸¹ *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 10 (C.S.C.).

¹⁸² *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 10 (C.S.C.).

¹⁸³ *R. c. Poulin*, [2019] A.C.S. no 47, [2019] 3 R.C.S. 566, par. 53 (C.S.C.).

¹⁸⁴ *R. c. Poulin*, [2019] A.C.S. no 47, [2019] 3 R.C.S. 566, par. 9 (C.S.C.) (italiques dans l'original).

¹⁸⁵ *R. c. Poulin*, [2019] A.C.S. no 47, [2019] 3 R.C.S. 566, par. 9 (C.S.C.) (italiques dans l'original).

¹⁸⁶ [1985] A.C.S. no 17, [1985] 1 R.C.S. 295 (C.S.C.).

¹⁸⁷ [1985] A.C.S. no 17, [1985] 1 R.C.S. 295, 344 (C.S.C.).

Pour ce qui est de la clause de dérogation à l'article 33 de la Charte, beaucoup de ces points interprétatifs convergent vers la même conclusion, on le verra. Il y a d'autres éléments, comme l'argument historique – en fait, d'aucuns pensent que le contexte de la négociation du rapatriement en 1982 et l'importance d'inclure cette disposition de compromis sont surfaits, dans une large mesure¹⁸⁸, qui ne seront pas considérés dans le présent chapitre. L'accent est plutôt mis sur toutes les ramifications textuelles de l'article 33 de la Charte comme tel, ainsi que sur le libellé des éléments de contexte immédiat de la clause de dérogation, en outre la clause d'application à l'article 32, le tout compris eu égard à l'économie générale de cet instrument supra-législatif relatif aux droits humains. L'idée est de faire ressortir, téléologiquement parlant, ce que la clause de dérogation vise, et ce, pour y donner une portée et un sens juste et adéquat, sans aller au-delà, ni en-deçà de son objectif, tenant compte aussi de l'objectif général de la Charte.

* * *

Pour commencer avec le commencement, le mot-clé associé au texte de l'article 33 de la Charte est bien entendu « dérogation », comme dans « clause de dérogation », cette dernière expression étant incidemment celle qui a toujours été favorisée par la Cour suprême, dès la première itération en 1984 dans l'affaire *Protestant School Boards*¹⁸⁹. Il faut souligner immédiatement, toutefois, qu'en fait, le terme « dérogation » ne se trouve pas employé, en tant que tel, dans aucun des cinq paragraphes de l'article 33; le mot-clé se trouve plutôt dans les notes marginales, à deux reprises, à la fois au premier paragraphe et au paragraphe 2, qui parlent respectivement de « Dérogation par déclaration expresse » et de l'« Effet de la dérogation ».

En vertu des règles et principes propres à l'interprétation législative, en général et pour le droit constitutionnel, on sait que l'information tirée des notes marginales doit être utilisée avec circonspection, compte tenu qu'elles ne font pas formellement partie de la loi¹⁹⁰. Cela étant, la Cour suprême a toujours permis d'en tirer des arguments, que ce soit pour les articles d'une simple loi¹⁹¹, ou pour des dispositions

¹⁸⁸ Voir, en général : Thomas S. Axworthy, « An Historic Canadian Compromise: Forty Years after the Patriation of the Constitution, Should We Cheer a Little? », dans Peter Biro (dir.), *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter – Rights, Reforms, and Controversies* (Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 2024) 25.

¹⁸⁹ *Québec (Procureur général) c. Québec Protestant School Boards*, [1984] A.C.S. no 31, [1984] 2 R.C.S. 66, 68 (C.S.C.).

¹⁹⁰ Voir : Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd. (Toronto : Butterworths, 2002) aux p. 309-311.

¹⁹¹ Voir, par exemple : *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756, 759; et, plus récemment : *Cie pétrolière impériale ltée c. Canada; Inco ltée c. Canada*, [2006] A.C.S. no 46, [2006] 2 R.C.S. 447, par. 57 (C.S.C.).

de la Charte, comme ça a été le cas justement dans l'affaire *R. c. Wigglesworth*¹⁹² (ci-après « *Wigglesworth* »). Partant, la terminologie employée en français pour décrire ce qu'on souhaite permettre en vertu de l'article 33 de la Charte, l'élément de texte qui le décrit, c'est le mot « dérogation ». Sans pousser la recherche sémantique, selon les dictionnaires juridiques, « déroger » signifie « faire exception »¹⁹³, ce qui, incidemment, est le terme employé dans la version anglaise des notes marginales des paragraphes 1 et 2 de l'article 33, qui parlent de « Exception where express declaration » et de « Operation of exception », respectivement.

Ainsi, sans trop d'effort ni de spéculation, il devient vite évident que l'article 33, cette clause de dérogation, est, d'après le libellé choisi pour la décrire, une disposition qui vient faire exception à quelque chose. Voilà déjà un élément important qui se révèle sous l'angle du texte, s'agissant de l'interprétation téléologique de l'article 33 de la Charte. En fait, la clause de dérogation vise à faire exception à quoi? La réponse vient de la rubrique (appelée aussi intertitre) sous laquelle se trouve cette disposition, intitulée « Application de la Charte » (en anglais, « Application of the Charter »). Facilement, on comprend que l'article 33 fait exception à l'article 32, cet dernier étant la clause d'application de la Charte canadienne. Selon les éléments de texte, à l'évidence, l'objet de la disposition est de permettre de déroger à l'application de la Charte.

Selon les règles et principes propres à l'interprétation législative, en général et pour le droit constitutionnel, certes beaucoup plus que les notes marginales, l'argument tiré des rubriques d'un texte normatif est généralement considéré comme ayant une vraie force persuasive; en fait, l'information se trouvant dans les intertitres fait partie intégrante de l'instrument comme tel¹⁹⁴. C'est le cas de la Charte, comme la juge Wilson l'a aussi souligné d'ailleurs dans cet arrêt *Wigglesworth*¹⁹⁵. En fait,

¹⁹² *R. c. Wigglesworth*, [1987] A.C.S. no 71, [1987] 2 R.C.S. 541 (C.S.C.). Pour aider à déterminer la portée des garanties juridiques prévues à l'article 11, on plaidait la note marginale, le libellé étant « Affaires criminelles et pénales ». L'argument était que cette information validait que les procédures privées, internes ou disciplinaires – qui n'entraînaient pas des conséquences de nature pénale – n'enclenchaient pas les garanties de l'article 11 de la Charte. Rappelant la prudence qui s'impose en la matière, la juge Wilson opine ainsi (par. 19) : « la note marginale appuie dans une certaine mesure la thèse [que] l'art. 11 a pour effet de limiter l'application de l'article aux procédures criminelles ou quasi criminelles ».

¹⁹³ Voir, par exemple : *Dictionnaire juridique Caius*, en ligne : <https://caius.ai/dictionnaire-juridique/>, soit la définition approfondie de « déroger », où l'on peut lire ceci : « Dans sa pratique, “déroger à” renvoie à l'action de faire exception à un principe ou à une règle, en particulier à une règle plus générale, en soustrayant à son application un domaine particulier » (nos soulignements).

¹⁹⁴ Voir : Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd. (Toronto : Butterworths, 2002) aux p. 305-306.

¹⁹⁵ *R. c. Wigglesworth*, [1987] A.C.S. no 71, [1987] 2 R.C.S. 541, par. 19 (C.S.C.).

depuis les tout débuts, comme en fait état l'arrêt *Skapinker*¹⁹⁶ de 1984, on reconnaît que ces « rubriques ont été ajoutées de façon systématique et délibérée de manière à faire partie intégrante de la *Charte* »; en outre, les tribunaux doivent, « à tout le moins, en tenir compte pour déterminer le sens et l'application des dispositions de la *Charte* »¹⁹⁷. Du coup, ajoute le juge Estey dans cette affaire, la force persuasive de l'argument pourra s'avérer tangible, notamment sous l'angle de « la difficulté d'interpréter l'article à cause de son ambiguïté ou de son obscurité »¹⁹⁸.

Malgré les dires de la Cour d'appel dans l'affaire *Organisation mondiale sikhe*¹⁹⁹, reproduits plus haut²⁰⁰, le texte comme tel de l'article 33 de la *Charte* n'est pas du tout clair; il serait plutôt assez ambigu ou obscur, ce que les vifs débats en doctrine sur l'interprétation de la clause de dérogation démontrent justement avec éclat²⁰¹. C'est ainsi que l'intertitre « Application de la *Charte* » devient, en toute légitimité, très probant pour appuyer l'idée que l'article 33 vient faire dérogation, faire exception, à l'article 32 portant sur l'application de cet instrument supra-législatif.

Pour le mettre en termes d'approche téléologique de *Big M Drug Mart*, comme il se doit, l'article 32 doit être au cœur de l'exercice interprétatif relativement à l'article 33 parce que cette clause d'application interpelle et renvoie à plusieurs éléments de micro-interprétation directement pertinents pour la clause de dérogation. Tout d'abord, l'un et l'autre font partie intégrante de l'économie de la *Charte*, s'intéressant donc aux objectifs plus larges de son application en général, c'est-à-dire la protection des droits humains. Deuxièmement, validant le lien intrinsèque entre les articles 32 et 33 – comme éléments de contexte on ne peut plus immédiat – est le fait qu'il s'agit, à vrai dire, des deux seules dispositions sous la rubrique « Application de la *Charte* ». Troisièmement, en tant que méta-disposition, l'article 32 s'intéresse à l'application de la *Charte* en général, ce à quoi l'article 33 vient faire dérogation, faire exception, à titre aussi de méta-disposition, s'agissant précisément cette fois des droits et libertés aux articles 2 et 7 à 15.

Partant, sous l'angle du texte comme élément interprétatif prédominant (y compris les notes marginales et l'intertitre), considéré dans son contexte immédiat – surtout la clause d'application à l'article 32 – une conclusion se dégage : la clause de dérogation à l'article 33 a pour objet de faire exception à l'application de la

¹⁹⁶ *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] A.C.S. no 18, [1984] 1 R.C.S. 357 (C.S.C.).

¹⁹⁷ *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] A.C.S. no 18, [1984] 1 R.C.S. 357, 376 (C.S.C.).

¹⁹⁸ *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] A.C.S. no 18, [1984] 1 R.C.S. 357 (C.S.C.).

¹⁹⁹ [2024] J.Q. no 1118, 2024 QCCA 254 (Q.C.C.A.).

²⁰⁰ *Organisation mondiale sikhe du Canada c. Procureur général du Québec*, [2024] J.Q. no 1118, 2024 QCCA 254, par. 254 (Q.C.C.A.).

²⁰¹ Voir §6.04[1].

Charte, elle-même qui d'ordinaire a pour objet de donner un droit d'action et de permettre des réparations en cas de violations des libertés fondamentales protégées. Cette façon de comprendre l'article 33 s'impose, selon l'approche téléologique recalibrée dans *Québec inc.*, car elle concilie la réhabilitation du texte (prédominant, sans avoir préséance) avec l'objet de la clause de dérogation compris eu égard à l'objectif de la Charte dans son ensemble, le tout suivant les éléments de micro-interprétation constitutionnelle énoncés dans *Big M Drug Mart*.

En outre, s'il y a besoin d'une confirmation jurisprudentielle à l'appui de l'idée que l'article 33, à titre d'exception à l'application de la Charte, devrait impacter de façon limitée la portée de l'article 32 – la méta-disposition phare pour l'objectif même de notre régime de protection constitutionnelle des droits humains au Canada – la récente décision dans *Vuntut Gwitchin First Nation*²⁰², en mars 2024, procure des citations magiques. Bien que l'affaire tournât principalement autour du droit à l'égalité sans discrimination prévu à l'article 15 et comment l'article 25 pouvait intervenir dans l'analyse pour agir en outre comme « bouclier », la question initiale était de savoir si la Charte pouvait s'appliquer à un gouvernement autonome d'une communauté autochtone. C'est dans ce contexte que, pour la majorité de quatre juges (des trois en dissidence, deux l'étaient en partie, l'autre totalement), les juges Kasirer et Jamal écrivent ceci :

En tant que point d'entrée pour l'application de la Charte, le par. 32(1) de la *Charte* doit être interprété d'une manière souple, téléologique et libérale, plutôt que technique étroite ou légaliste.²⁰³

La phrase suivante est magnifique, puisqu'elle met en évidence l'objet de l'article 32, et par le fait même, l'objectif général de la Charte dans son ensemble :

Une telle interprétation permet de faire en sorte que les individus et les minorités collectives concernés bénéficient pleinement des mesures de protection que leur accorde la *Charte* et d'empêcher l'action gouvernementale qui serait incompatible avec ces protections.²⁰⁴

Voilà réaffirmé puissamment le principe de base, l'objectif de la Charte dans son ensemble, s'agissant de la protection supra-législative des droits humains au pays. En revanche, la clause de dérogation à l'article 33 de la Charte, pour sa part, est antinomique à cela, permettant par une simple loi de court-circuiter, si ce n'est tout le régime, en tout cas ses plus grands pans : libertés fondamentales de l'article 2, garanties juridiques des articles 7 à 14, ainsi que le droit à l'égalité sans discrimination à l'article 15. C'est pour cela qu'il est impératif de bien qualifier l'article 33 : une exception au principe.

²⁰² [2024] A.C.S. no 10, 2024 CSC 10 (C.S.C.).

²⁰³ *Dickson c. Vuntut Gwitchin First Nation*, [2024] A.C.S. no 10, 2024 CSC 10, par. 45 (C.S.C.).

²⁰⁴ *Dickson c. Vuntut Gwitchin First Nation*, [2024] A.C.S. no 10, 2024 CSC 10, par. 45 (C.S.C.).

* * *

Il faut ici introduire un autre adage ou canon interprétatif, qui se justifie vu le lien relationnel intime – d'aucuns parleraient de jumeaux siamois – entre l'article 33 et l'article 32 de la Charte : il s'agit de la règle, autant applicable pour les lois ordinaires que pour les textes constitutionnels, selon laquelle les principes sont d'interprétation large et libérale, d'une part, alors que les « exceptions » aux principes sont d'interprétation stricte et restrictive, d'autre part²⁰⁵. Faisant le lien par ailleurs avec la tendance contemporaine favorisant l'interprétation téléologique, la professeur Ruth Sullivan expliquait ainsi :

In keeping with the current emphasis on purposive analysis, modern courts are particularly concerned that exceptions and exemptions be interpreted in light of their underlying rationale and not be used to undermine the broad purpose of the legislation.²⁰⁶

S'agissant de la protection juridique des droits humains, le canon voulant qu'on donne une interprétation stricte et restrictive aux exceptions a été invoqué dans l'affaire *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*²⁰⁷, tant dans l'opinion majoritaire qu'en dissidence. Après s'être référé à l'arrêt de principe *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*²⁰⁸ et à la nature dite spéciale des lois quasi-constitutionnelles, le juge Sopinka pour la majorité de cinq juges explique que, surtout dans le contexte des libertés fondamentales, « les exceptions doivent s'interpréter restrictivement »²⁰⁹. Notons par

²⁰⁵ Voir, notamment : *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] A.C.S. no 44, [1989] 1 R.C.S. 1161, 1207 (C.S.C.), où le canon interprétatif a été appliqué en contexte fiscal, sa portée étant beaucoup plus large, toutefois. Voir aussi, en général : Stéphane Beaulac, *Précis d'interprétation législative – Méthodologie générale, Charte canadienne et droit international* (Montréal : LexisNexis Canada, 2008) à la p. 322 et suiv.

²⁰⁶ Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. (Markham : LexisNexis Canada, 2014) à la p. 506 (nos soulignements).

²⁰⁷ *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] A.C.S. no 63, [1992] 2 R.C.S. 321 (C.S.C.).

²⁰⁸ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] A.C.S. no 74, [1985] 2 R.C.S. 536, 547 (C.S.C.). Voir aussi, au niveau fédéral, *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] A.C.S. no 47, [1987] 2 R.C.S. 84, 89 (C.S.C.); et, pour une application de cette approche dans le contexte de la Charte québécoise, voir *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] A.C.S. no 70, [1996] 2 R.C.S. 345, par. 43-44 (C.S.C.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] A.C.S. no 24, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 28-30 (C.S.C.); et *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, [2015] A.C.S. no 39, [2015] 2 R.C.S. 789, par. 30-31 (C.S.C.).

²⁰⁹ *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] A.C.S. no 63, [1992] 2 R.C.S. 321, 339 (C.S.C.) (nos soulignements).

ailleurs que, dans une cause mettant en jeu la Charte québécoise, quelques années plus tôt, le même adage avait été suivi²¹⁰.

À vrai dire, le canon d'interprétation stricte et restrictive des exceptions fait partie de la catégorie d'arguments appelée « pragmatique », qui s'intéresse aux conséquences et aux résultats d'une conclusion interprétative²¹¹, un raisonnement qui s'applique *mutatis mutandis* pour les textes constitutionnels. Par exemple, dans l'affaire *R. c. Stillman*²¹² (ci-après *Stillman* ») en 2019, tant la majorité (cinq juges) que la dissidence (deux juges) ont assumé que l'exception militaire du droit à un procès avec jury, en vertu de l'article 11f) de la Charte, était d'interprétation stricte et restrictive. Le passage suivant des motifs majoritaires vaut la peine d'être reproduit :

En outre, tout comme ils doivent veiller à ne pas « aller au-delà » de l'objet d'un droit garanti par la *Charte* en accordant à ce droit une interprétation indûment libérale, les tribunaux doivent également prendre garde de ne pas « rester en deça » de l'objet d'une *exception* prévue par la *Charte* en donnant à cette exception une interprétation indûment restrictive.²¹³

Soulignant la pertinence de l'approche téléologique dans tous les cas, la majorité dans *Stillman* accepte l'adage que, d'une part, le principe de la protection des droits humains commande un *a priori* d'interprétation généreuse, et que, d'autre part, les exceptions à ces garanties constitutionnelles appellent, toujours *a priori*, à une interprétation limitative. Les bémols quant aux directives de ne pas « aller au-delà » et ne pas « rester en deça », quant à eux, viennent raffiner le raisonnement, sans changer l'idée de base.

Pour ce qui est de la clause de dérogation à la Charte canadienne, il faudrait ainsi favoriser une interprétation stricte et restrictive de l'article 33, et ce, puisqu'il agit comme une exception à la clause d'application à l'article 32, les deux dispositions se trouvant par ailleurs sous la même rubrique, intitulée « Application de la Charte », comme on l'a déjà relevé. À première vue, cette affirmation semble incompatible avec les enseignements dans *Big M Drug Mart* – ainsi que le recalibrage dans *Québec inc.* – l'approche téléologique étant synonyme d'interprétation large et libérale, généralement. Il serait erroné de penser ainsi, essentiellement en raison du fait que la méta-disposition de l'article 33 n'a rien à voir avec le principe de protection des droits humains. En fait, c'est tout le contraire : la clause de dérogation

²¹⁰ *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] A.C.S. no 79, [1988] 2 R.C.S. 279, 307 (C.S.C.).

²¹¹ Voir : Stéphane Beaulac, *Précis d'interprétation législative – Méthodologie générale, Charte canadienne et droit international* (Montréal : LexisNexis Canada, 2008) à la p. 293 et suiv.

²¹² *R. c. Stillman*, [2019] A.C.S. no 40, [2019] 3 R.C.S. 144, par. 22 (majorité) et par. 127 (dissidence) (C.S.C.).

²¹³ *R. c. Stillman*, [2019] A.C.S. no 40, [2019] 3 R.C.S. 144, par. 22 (C.S.C.) (italiques dans l'original; nos soulignements).

visé à faire exception à l'application de la Charte, a pour objet de faire échec aux recours en justice pour obtenir un redressement en cas de violation des droits et libertés (selon les articles 2 et 7 à 15).

Sans « aller au-delà », ni « rester au deçà » de l'objet de l'article 33, et eu égard à l'objectif général de la Charte, le fait que cette disposition agit comme une exception à la protection des droits humains milite en faveur de la reconsidération du rôle des tribunaux dans les circonstances de son invocation. La compréhension traditionnaliste de l'arrêt *Ford*, empêchant toute évaluation en substance du recours à la clause de dérogation, par exemple en termes de proportionnalité, ne peut tout simplement plus se justifier. En effet, l'interprétation téléologique de la Charte, telle que recalibrée dans *Québec inc.* (rendant prédominants les éléments de texte), et aussi eu égard aux autres éléments interprétatifs identifiés dans *Big M Drug Mart*, comme nous avons vu, toute la micro-interprétation de l'article 33 converge dans une direction : revoir la question pour inclure des conditions de fond (pas juste de forme) afin de recourir à la clause de dérogation.

Une validation jurisprudentielle récente de l'idée selon laquelle l'objectif général de la Charte dans son ensemble – qui, on l'a mentionné, vise à donner un droit d'action et à permettre la réparation en cas de violations des libertés fondamentales protégées – passe notamment par les méta-dispositions sous la rubrique « Application de la Charte » (c'est-à-dire les articles 32 et 33) vient de l'opinion de la majorité dans l'arrêt *Power*²¹⁴, rendu en juillet 2024. Dans cette affaire, la question était de savoir si des dommages-intérêts octroyés en vertu de la Charte pouvaient constituer un redressement convenable en cas d'adoption d'une loi déclarée inconstitutionnelle subséquentement. Pour la majorité de cinq juges, le juge en chef Wagner et la juge Karakatsanis font tout d'abord le lien, fort intéressant et adéquat, entre la question centrale du droit à une réparation, en aval, et celle de l'application de la Charte, en amont :

La Charte « vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre de ces droits et libertés » (*Hunter*, p. 156). Comme nous l'expliquerons davantage plus loin, le par. 32(1) et l'art. 24 de la Charte, de même que le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, consacrent le rôle de la cour de tenir le gouvernement responsable des violations de la Charte [. . .].²¹⁵

Cet extrait est fantastique, non seulement parce qu'il reprend l'objectif général de la Charte comme instrument supra-législatif relatif aux droits humains, mais aussi (et surtout) car il met en évidence le besoin d'une compréhension holistique du régime : du tout début avec la question de l'application de la Charte, jusqu'à la fin avec celle des réparations.

²¹⁴ *R. c. Stillman*, [2019] A.C.S. no 40, [2019] 3 R.C.S. 144, par. 22 (C.S.C.) (italiques dans l'original).

²¹⁵ *Canada (Procureur général) c. Power*, [2024] A.C.S. no 26, 2024 CSC 26, par. 30 (C.S.C.) (références omises; nos soulignements).

Par ailleurs, ce passage clé de l'arrêt *Power* amène à considérer le contexte élargi du débat, invoqué par le juge en chef Wagner et la juge Karakatsanis, concernant la place de la Charte dans le cadre constitutionnel au pays, notamment en termes de primauté du droit. Rappelant en outre la pertinence des principes constitutionnels non écrits, ici pour aider à l'interprétation des réparations en vertu de la Charte²¹⁶, ainsi que les arrêts de principes à ce sujet²¹⁷, ils insistent sur le rôle crucial des tribunaux comme gardiens de la Constitution, qui se fonde sur les principes de la primauté du droit et du constitutionnalisme²¹⁸. Voici la citation qui, à cet égard résume tout :

Ces principes « sont à la base de notre système de gouvernement » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 70). Ensemble, ils expliquent la fonction qu'ont les tribunaux « de veiller attentivement au respect des droits garantis par la Constitution et au maintien de la primauté du droit » (*Doucet-Boudreau*, par. 110). Par conséquent, les tribunaux jouent un rôle fondamental en demandant aux branches exécutive et législative du gouvernement de rendre des comptes dans l'ordre constitutionnel canadien.²¹⁹

En somme, ce rappel des préceptes de base de notre constitution valide et renforce la conclusion interprétative au sujet de la clause de dérogation : si l'article 33 a pour objet de faire exception au droit d'action et de réparation selon la Charte, encore faudrait-il voir à ce que « le rôle des tribunaux en tant que gardiens de la Constitution »²²⁰ soit maintenu au minimum, en imposant des conditions de fond (pas juste de forme) à son utilisation.

Voyons maintenant comment la normativité de droit international peut s'avérer utile pour ainsi revoir l'interprétation donnée à l'article 33 de la Charte dans l'arrêt *Ford*.

[3] Clause de dérogation et recours « recadré » au droit international

Ce qui ressort jusqu'à maintenant de l'exercice de réinterprétation de la clause de dérogation est que l'objet même de l'article 33, sa nature propre, est de faire exception à l'application de la Charte, ce qui, en outre, va dans le sens des principes

²¹⁶ Évidemment, on reconnaît le rôle de ces principes dans le cadre d'un exercice d'interprétation constitutionnelle, tel qu'expliqué par la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Cité de Toronto*.

²¹⁷ Voir : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] A.C.S. no 61, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 72 (C.S.C.), et *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] A.C.S. no 63, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 24 (C.S.C.).

²¹⁸ *Canada (Procureur général) c. Power*, [2024] A.C.S. no 26, 2024 CSC 26, par. 53 (C.S.C.).

²¹⁹ *Canada (Procureur général) c. Power*, [2024] A.C.S. no 26, 2024 CSC 26, par. 56 (C.S.C.) (nos soulignements).

²²⁰ *Canada (Procureur général) c. Power*, [2024] A.C.S. no 26, 2024 CSC 26, par. 53 (C.S.C.).

constitutionnels non écrits de la primauté du droit et du constitutionnalisme, comme on vient de le voir à l'aide de l'arrêt *Power*. Il convient maintenant d'injecter dans le mélange la perspective internationale afin d'éclairer davantage cette compréhension holistique de la Charte et de bien situer la clause de dérogation dans notre régime de protection des droits humains. Pour être clair, gardons en tête que cette normativité internationale sera une « source pertinente et persuasive d'interprétation » (selon les enseignements du juge Dickson dans le *Renvoi de 1987*²²¹) et jouera, le cas échéant, un « rôle limité consistant à appuyer ou à confirmer le résultat »²²² de l'exercice interprétatif (selon le recadrage dans *Québec inc.*), s'agissant en l'espèce de l'article 33 et de son objet, soit de faire échec à l'application de la Charte.

On note que l'argument de droit international avait été plaidé (quoique de façon approximative) dans l'affaire *Organisation mondiale sikhe*²²³ à la Cour d'appel, qui l'avait rejeté du revers de la main. Précisément, on invoquait l'article 4 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*²²⁴ et l'article 5 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*²²⁵, ainsi que l'article 15 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*²²⁶ (ci-après « Convention européenne des droits de l'Homme ») et l'article 27 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*²²⁷ (ci-après « Convention américaine des droits de l'Homme »); par ailleurs, les procureurs avaient lancé des citations d'un article de doctrine, mais sans plus, c'est-à-dire en ne se donnant même pas la peine d'articuler réellement un argumentaire qui se tenait en termes d'interlégalité.

Dans ces circonstances, personne ne fut étonné que la Cour d'appel du Québec ait refusé d'y voir une valeur interprétative ajoutée. Cela étant, à sa décharge, elle a au moins comblé les grosses carences dans l'argumentaire des procureurs à ce sujet, notamment en se référant aux arrêts clés et à de la doctrine plus récente sur la problématique du recours au droit international en droit interne²²⁸. Au final, toutefois, la juge en chef Savard et les juges Morissette et Bich ferment la porte à

²²¹ [1987] A.C.S. no 10, [1987] 1 R.C.S. 313, 349 (C.S.C.).

²²² *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 22 (C.S.C.) (italiques dans l'original).

²²³ [2024] J.Q. no 1118, 2024 QCCA 254 (Q.C.C.A.).

²²⁴ 999 R.T.N.U. 171, R.T. Can 1976 no. 47, adopté le 16 décembre 1966 (entrée en vigueur : 23 mars 1976).

²²⁵ 993 R.T.N.U. 3, R.T. Can 1976 no. 46, adopté le 16 décembre 1966 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976).

²²⁶ 213, R.T.N.U. 223, adoptée le 4 novembre 1950 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953).

²²⁷ 1144 R.T.N.U. 123, adoptée le 22 novembre 1969 (entrée en vigueur : 18 juillet 1978).

²²⁸ *Organisation mondiale sikhe du Canada c. Procureur général du Québec*, [2024] J.Q. no 1118, 2024 QCCA 254, par. 289-294 (Q.C.C.A.).

une analogie avec les différentes dispositions de dérogation invoquées. En fait, même s'il existe une présomption de conformité au droit international, explique-t-on, cet argument « ne permet pas d'écarter l'intention claire du législateur ni n'autorise une interprétation à laquelle fait obstacle le texte même de la loi »²²⁹. Il est certain, selon la Cour d'appel, que l'article 33 de la Charte « ne trouve pas de réel équivalent en droit externe »²³⁰, les mécanismes de dérogation à l'international étant de nature très particulière (situations d'urgence), ainsi que de portée d'application fort différente (seulement quelques droits et libertés visés), selon des conditions expresses qui leur sont propres.

Dans un autre texte de doctrine²³¹, nous avons récemment émis l'hypothèse que la raison principale pour laquelle le droit international n'a pas jusqu'à maintenant été retenu pour aider à l'interprétation de l'article 33 tient du fait que la formulation de l'argument est beaucoup trop pointue, voulant tracer un parallèle entre la dérogation dans les traités internationaux et celle de la Charte canadienne. À ce titre, la Cour d'appel du Québec a raison : c'est comme essayer de comparer des pommes et des oranges, ça ne marche pas. Une bien meilleure stratégie, que l'on va reprendre ici, serait de plaider la normativité de droit international, non pas spécifiquement par analogie aux dérogations permises dans des traités internationaux (renvoyer à ces « arbres », qui sont d'aucune utilité), mais plutôt en lien avec les principes d'application générale en droit international des droits humains (ce qu'on appelle la « forêt » normative, pour imager).

Dans cet esprit, les deux thèmes que nous proposons d'explorer plus amplement concernent le droit à l'accès à la justice et le droit à la réparation en cas de violation des droits humains, et ce, principalement en droit international conventionnel, y compris les instruments internationaux non contraignants (en outre relevant du « soft law »), mais aussi eu égard au droit international coutumier, et finalement un peu en droit comparé. Cette analyse se fera évidemment suivant le schème recadré dans l'arrêt *Québec inc.*²³², avec, en outre, la grille d'évaluation de la force persuasive de l'argument (à quoi s'ajoutera la coutume), qui pondère suivant trois paramètres : (1) les instruments internationaux contraignants *versus* non contraignants; (2) les instruments antérieurs ou postérieurs à la loi nationale à interpréter; et finalement, (3) le type de jurisprudence, soit internationale ou comparative²³³.

²²⁹ *Organisation mondiale sikhe du Canada c. Procureur général du Québec*, [2024] J.Q. no 1118, 2024 QCCA 254, par. 292 (Q.C.C.A.).

²³⁰ *Organisation mondiale sikhe du Canada c. Procureur général du Québec*, [2024] J.Q. no 1118, 2024 QCCA 254, par. 294 (Q.C.C.A.).

²³¹ Voir : 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), 28 *Review of Constitutional Studies* (à paraître).

²³² [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426 (C.S.C.).

²³³ Voir §6.03[2].

* * *

L'idée n'est évidemment pas d'aller en profondeur quant au concept de l'accès à la justice²³⁴, mais plutôt de considérer ce que cela signifie en termes de droit international des droits humains²³⁵. L'expression « accès à la justice » est un terme de l'art, nous dit-on, avec un sens large ou restrictif, la version riche renvoyant à des éléments substantiels, tandis que la version plus limitative se bornant à la dimension procédurale. Cela étant, on s'entend pour dire que, à la base, ce concept s'intéresse à la possibilité pour le détenteur d'une cause d'action de se pourvoir en justice afin que l'affaire soit entendue, adjugée et tranchée par un tribunal compétent.

S'agissant des droits humains au pays, l'ancrage du concept est bien évidemment l'article 32 de la Charte canadienne qui, comme on l'a vu, concerne l'application de cet instrument supra-législatif, dans le but de réaliser une cause d'action en cas de violation d'une liberté fondamentale. Il s'agit du « point d'entrée » de la Charte, comme la Cour l'écrivait dans l'arrêt *Vuntut Gwitchin First Nation*²³⁶, ce qui à vrai dire constitue du coup un « accès à la justice », de nature constitutionnelle d'ailleurs, en matière de protection des droits humains.

Bien que le vocable « accès à la justice » ne soit pas employé, comme tel, dans la plupart des instruments normatifs internationaux, il ne fait aucun doute que le concept s'y trouve énoncé expressément. Par exemple, dans la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*²³⁷, l'article 8 rattache l'idée de l'accès à la justice au droit à un redressement judiciaire : « Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi », ce qui correspond aussi à la terminologie que l'on trouve à l'article 6(1) (droit d'accès) et à l'article 13 (droit à un recours effectif) de la Convention européenne des droits de l'Homme²³⁸. Pour sa part, la Convention américaine des droits de l'Homme²³⁹, à l'article 25, garantit le « droit à un recours simple et rapide, ou à tout autre recours effectif ». Ces instruments, évidemment, sont non contraignants²⁴⁰ pour le Canada

²³⁴ À ce sujet, voir les excellents travaux de ma nouvelle collègue en droit processuel à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, la professeure Shana Chaffai-Parent, dans sa thèse doctorale intitulée « Déconstruire la symbolique du principe de contradiction dans l'instance civile », 2024, en particulier la p. 129 et suiv.

²³⁵ Voir, en général : Francesco Francioni (dir.), *Access to Justice as a Human Right* (Oxford : Oxford University Press, 2007).

²³⁶ [2024] A.C.S. no 10, 2024 CSC 10, par. 45 (C.S.C.).

²³⁷ A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (adoptée le 10 décembre 1948).

²³⁸ 213, R.T.N.U. 223, adoptée le 4 novembre 1950 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953).

²³⁹ 1144 R.T.N.U. 123, adoptée le 22 novembre 1969 (entrée en vigueur : 18 juillet 1978).

²⁴⁰ Pour compléter la revue de ceux-ci, mentionnons, mais sans plus, la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, CAB/LEG/67/3, adoptée le 27 juin 1981 (entrée en

et, partant, jouissent d'assez peu de poids en tant que source pertinente et persuasive d'interprétation de l'article 33 de la Charte, en vertu des enseignements dans *Québec inc.*²⁴¹.

S'agissant maintenant des instruments normatifs contraignants, il faut se référer au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*²⁴², qui, à trois reprises, emploie des expressions renvoyant au concept d'accès à la justice. Par exemple, selon l'article 2(3)a), les États parties s'engagent à garantir « un recours utile » à une victime de violation des droits fondamentaux. Pour sa part, l'article 9(4) vise à reconnaître à une personne arrêtée ou détenue « le droit d'introduire un recours devant un tribunal ». Enfin, l'article 14(1) concerne le droit à l'égalité devant les tribunaux et prévoit explicitement le « droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement ».

En outre, même si ce qui nous intéresse est la pertinence de ce concept eu égard à nos tribunaux nationaux (pas à l'international), une analogie peut être faite avec l'accès au régime même de protection internationale des droits humains en vertu de ce *Pacte international*, qui est régi par le *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*²⁴³, un instrument liant le Canada. On constate que, après avoir codifié l'exigence préalable de l'épuisement des recours internes disponibles, on reconnaît aux victimes de violations de droits humains, à terme, le droit de « présenter une communication écrite au Comité pour qu'il l'examine ». Voilà ici un autre exemple d'application du principe de l'accès à la justice afin de faire valoir une cause d'action en matière de libertés fondamentales, augmentant ainsi notre perspective internationale.

Il est certain que toutes ces dispositions d'instruments normatifs internationaux – certains contraignants, d'autres non – ne reprennent pas la formule, ni ne chevauchent les prescriptions de la clause d'application à l'article 32 de la Charte, et encore moins celles de la clause de dérogation à l'article 33. Cela étant, l'idée que ces droits à l'international véhiculent, que l'on regroupe dans le concept de l'accès à la justice, s'agissant des droits humains, concernent la même problématique que celle des dispositions se trouvant sous la rubrique « Application de la Charte », c'est-à-dire le principe d'ordre général prévu à l'article 32 et l'exception à l'application de la Charte, à savoir la clause de dérogation à l'article 33. Autrement dit, tous ces éléments de normativité internationale, qui sont des déclinaisons du concept de l'accès à la justice, appuient et confirment la conclusion que la victime

vigueur : 21 octobre 1986), art. 7.1, ainsi que la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, C 364/8, adoptée le 7 décembre 2000 (entrée en vigueur : 1 décembre 2009), art. 47.

²⁴¹ [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426 (C.S.C.).

²⁴² 999 R.T.N.U. 171, R.T. Can 1976 no. 47, adopté le 16 décembre 1966 (entrée en vigueur : 23 mars 1976).

²⁴³ *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 302, adopté le 16 décembre 1966 (entrée en vigueur : 23 mars 1976).

d'une violation aux droits humains devrait pouvoir réaliser sa cause d'action pour obtenir justice; par la négative (ce qui correspond d'ailleurs à l'objet de l'article 33), ces normes internationales appuient et confirment l'interprétation stricte et restrictive de la clause de dérogation, et ce, puisqu'elle fait échec à l'accès à la justice, s'agissant des droits et libertés garantis aux articles 2, et 7 à 15 de la Charte.

Aspirant à être le plus complet, pour inclure les différentes sources pertinentes et persuasives d'interprétation pouvant être pondérées suivant la grille d'analyse articulée dans *Québec inc.*²⁴⁴, que nous avons vue²⁴⁵, il faut considérer des décisions judiciaires prises en vertu des instruments normatifs internationaux. Au sein du régime régional qui s'avère souvent à l'avant-garde sur ces questions de droits humains, en Europe, l'affaire *Golder c. Royaume-Uni*²⁴⁶ (ci-après « *Golder* ») vaut la peine d'être examinée. La Cour européenne des droits de l'Homme y a procédé à l'interprétation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme²⁴⁷, non pas suivant une lecture strictement textuelle de l'expression « cause [. . .] entendue équitablement » – en contexte, par ailleurs, de l'article 13 et son « droit à un recours effectif » – mais plutôt en faisant également référence au principe de la « prééminence du droit » (en anglais, « rule of law ») qui est énoncé dans le préambule de cet instrument²⁴⁸. En outre, on a eu recours au contexte immédiat de l'article 6(1), expliquant ainsi que :

[O]n ne comprendrait pas que l'article 6 par. 1 (art. 6-1) décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité: l'accès au juge. Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès.²⁴⁹

Une interprétation généreuse a ainsi permis, au final, d'inclure l'obligation pour les États parties de garantir l'accès aux cours de justice, et ce, afin de pouvoir réaliser le droit à un redressement judiciaire (en l'espèce, de nature civile). En termes d'accès à la justice, la Cour européenne est claire : « il ressort que le droit d'accès constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6 par. 1 (art. 6-1) »²⁵⁰ de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Même si la force persuasive d'une telle référence jurisprudentielle est assez peu élevée, selon la grille d'analyse de *Québec inc.*²⁵¹, cela valide quand même la

²⁴⁴ [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426 (C.S.C.).

²⁴⁵ Voir §6.03[2].

²⁴⁶ *Golder c. Royaume-Uni*, (1975) E.C.H.R. 1, 21 février 1975.

²⁴⁷ 213, R.T.N.U. 223, adoptée le 4 novembre 1950 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953).

²⁴⁸ *Golder c. Royaume-Uni*, (1975) E.C.H.R. 1, 21 février 1975, par. 28-34.

²⁴⁹ *Golder c. Royaume-Uni*, (1975) E.C.H.R. 1, 21 février 1975, par. 35 (nos soulignements).

²⁵⁰ *Golder c. Royaume-Uni*, (1975) E.C.H.R. 1, 21 février 1975, par. 36.

²⁵¹ [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426 (C.S.C.).

pertinence du concept d'accès à la justice, afin d'appuyer et de confirmer la conclusion interprétative relativement à l'application de la Charte canadienne, c'est-à-dire la clause de dérogation de l'article 33, qui fait exception à l'article 32. À cela, on peut aussi ajouter l'argument de droit international coutumier²⁵², l'autre principale source formelle de normativité selon l'article 38(1) du *Statut de la Cour internationale de Justice*²⁵³. Il semble ressortir d'un examen sommaire de la pratique étatique et de l'*opinio juris* des États de la communauté internationale (les deux éléments constitutifs de la coutume, on l'a dit) que le concept de l'accès à la justice, à tout le moins dans la dimension négative d'interdire les obstacles de nature procédurale, ou même substantielle, pour réaliser sa cause d'action, serait en outre du droit coutumier, déjà constaté à l'international.

En effet, comme l'illustre l'opinion émise par le Comité des droits de l'Homme dans le dossier *Adam c. République Tchèque*²⁵⁴ (ci-après « *Adam* »), il semble y avoir des bases solides à l'appui d'une démonstration des éléments constitutifs d'une norme, par ailleurs de nature coutumière, relativement à l'accès à la justice. Le fait qu'elle se trouve énoncée à l'article 3(2)a) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*²⁵⁵ témoigne non seulement d'un consensus au niveau universel quant à la pratique étatique, mais également qu'il s'agit d'une obligation juridique acceptée volontairement comme étant obligatoire par les membres de la communauté internationale (*opinio juris*). Dans le dossier *Adam*, le débat tournait autour de la question d'un délai de prescription déclinatoire et, en bout de piste, la recommandation du Comité a été de faire en sorte, malgré cet obstacle législatif (en anglais, « *statutory bar* ») à la cause d'action, de permettre un accès au tribunal judiciaire compétent et d'avoir un redressement efficace et exécutable en faveur du justiciable²⁵⁶.

La même idée²⁵⁷ recoupe la problématique de la clause de dérogation à l'article

²⁵² Au sujet de la démonstration des éléments constitutifs de la coutume, dans le contexte d'une utilisation de cette normativité en droit interne, voir : Cedric M.J. Ryngaert et Duco W. Hora Siccama, « Ascertaining Customary International Law – An Inquiry into the Methods Used by Domestic Courts » (2018) 65 *Netherlands International Law Review* 1.

²⁵³ *Statut de la Cour internationale de Justice*, annexe à la *Charte des Nations Unies*, adoptée le 26 juin 1945, 33 R.T.N.U. 993, R.T. Can. 1945 no. 7 (entré en vigueur le 18 avril 1946). Voir aussi, en général : William A. Schabas, *The Customary International Law of Human Rights* (Oxford : Oxford University Press, 2021).

²⁵⁴ *Adam c. République Tchèque*, Comm. no. 586/1994, Doc. N.U. CCRP/C57/D/586/1993 (23 juillet 1996).

²⁵⁵ 999 R.T.N.U. 171, R.T. Can 1976 no. 47, adopté le 16 décembre 1966 (entrée en vigueur : 23 mars 1976).

²⁵⁶ *Adam c. République Tchèque*, Comm. no. 586/1994, Doc. N.U. CCRP/C57/D/586/1993 (23 juillet 1996), par. 13.3.

²⁵⁷ Il n'est pas inintéressant de noter qu'à l'international, on a même déjà accepté l'argument que l'accès à la justice en contexte de droits humains, même si ce droit est, en fait,

33 de la Charte, qui peut s'avérer un obstacle majeur pour bénéficier de la protection supra-législative octroyée aux droits humains au Canada, à tout le moins s'agissant des articles 2 et 7 à 15 de la Charte. Suivant la logique moniste (ou théorie de l'adoption) en matière d'interlégalité, voulant que la coutume soit d'utilisation automatique en droit interne (voir l'arrêt *Nevsun*²⁵⁸), cette normativité internationale peut également appuyer et confirmer, de la même façon que les instruments de droit internationaux, l'interprétation restrictive de l'article 33 de la Charte. L'effet net devant être de favoriser l'application de celle-ci, suivant son article 32, afin de permettre l'accès à la justice en cas de violation.

Rapidement, en droit comparé, un mot simplement pour renchérir que l'accès à la justice est considéré un droit fondamental dans un très grand nombre de juridictions dans le monde. Juste pour donner un aperçu, les textes constitutionnels en Allemagne (art. 101), en Autriche (art. 83), en Belgique (c. II, art. 13), au Luxembourg (art. 13), en République Tchèque (art. 38) et en Espagne (art. 24) prévoient tous, d'une façon ou d'une autre, une protection supra-législative du droit d'action devant un tribunal compétent, et pour plusieurs, spécifiquement en matière de droits humains.

Une dernière disposition vaut sans doute la peine d'être abordée plus en détail, soit l'article 17 de la Constitution des Pays-Bas, qui se lit comme suit (dans la traduction anglaise) : « no one may be prevented against his will from being heard by the courts to which he is entitled to apply under the law »²⁵⁹. Dans un sens, on pourrait dire que cette clause est l'antinomie parfaite de notre article 33 de la Charte, puisque tout le contraire d'une dérogation permise, elle vient plutôt interdire constitutionnellement l'idée même de faire obstacle à une cause d'action, *a fortiori* en matière de droits humains, certes (et ce, en raison de la normativité de la Convention européenne des droits de l'Homme).

* * *

Plus succinctement, en ce qui concerne le droit à un redressement judiciaire, une

accessoire au droit substantiel violé, peut être considéré comme une norme coutumière de *jus cogens*, en vertu de la définition de ce concept donné à l'article 53 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 1155 R.T.N.U. 331, R.T. Can. 1980 no. 37, adoptée le 23 mai 1969 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980). Voir la décision de la Cour inter-américaine des droits de l'homme dans l'affaire *Goiburú et al. c. Paraguay*, Jugement, séries C, no. 153 (22 septembre 2006), par. 131; aussi l'opinion séparée du juge Cançado Trindade, par. 68. *Contra*, voir : *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, no. 5809/08 (21 juin 2016).

²⁵⁸ *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, [2020] A.C.S. no 5, [2020] 1 R.C.S. 166 (C.S.C.).

²⁵⁹ Cette citation de la constitution néerlandaise, traduite en anglais, ainsi que l'information au sujet du droit comparé dans nos quelques paragraphes ici à ce sujet, se fondent sur un texte du professeur Jacques Ziller (et sa co-autrice), mon ancien mentor à l'Institut universitaire européen de Florence; voir : Eva Storskrubb et Jacques Ziller, « Access to Justice in European Comparative Law », dans Francesco Francioni (dir.), *Access to Justice as a Human Right* (Oxford : Oxford University Press, 2007) 177, aux p. 180-181.

première chose à mentionner est qu'il chevauche, on l'a vu plus haut, l'élément normatif relatif à l'accès à la justice. C'est ainsi que ces deux droits sont assez souvent présentés en tandem dans les instruments de droit international, par exemple dans la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, à l'article 8. Même lorsque l'instrument international prévoit le droit à un redressement séparément du concept d'accès à la justice – comme le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (art. 2(3)a)) et la Convention européenne des droits de l'Homme (art. 13) – on les traite fréquemment ensemble dans des affaires judiciairisées, comme on l'a aussi vu plus haut avec la décision de la Cour européenne dans *Golder*²⁶⁰, ainsi qu'avec la recommandation du Comité des droits de l'Homme dans le dossier *Adam*²⁶¹.

Cela étant, aux fins de l'utilisation de la normativité internationale à titre de source pertinente et persuasive d'interprétation (voir *Renvoi de 1987*²⁶²), s'agissant de la clause de dérogation de l'article 33, il faut séparer les deux droits. En effet, si l'accès à la justice se rattache naturellement aux méta-dispositions sous la rubrique « Application de la Charte » (art. 32, mais aussi art. 33), le droit à un redressement trouve son équivalent en droit constitutionnel canadien en matière de droits humains dans le combiné des articles 24(1) de la Charte et de l'article 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme on l'a fait remarquer plus haut, la Cour suprême dans le récent arrêt *Power*²⁶³, rendu en juillet 2024, a mis en évidence la dynamique entre la clause d'application de l'article 32 de la Charte, d'une part, et les dispositions relatives aux redressements (24(1) et 52(1)), d'autre part.

À vrai dire, le droit à un redressement, à une réparation judiciaire, était au centre de l'affaire *Nevsun*²⁶⁴, dont nous avons déjà parlé à quelques reprises au sujet du recours au droit international coutumier par les tribunaux nationaux. Pour la majorité dans l'arrêt, la juge Abella invoque le principe d'ordre général voulant que « là où il y a un droit, il y a un recours » (en anglais, « where there is a right, there must be a remedy »)²⁶⁵. Elle fait remarquer que cette idée d'un droit à un redressement fait partie intégrante d'un grand nombre d'affaires décidées par la Cour suprême, dont *Kazemi*²⁶⁶ et *Doucet-Boudreau*²⁶⁷, ainsi que d'autres juge-

²⁶⁰ (1975) E.C.H.R. 1, 21 février 1975.

²⁶¹ Comm. no. 586/1994, Doc. N.U. CCRP/C57/D/586/1993 (23 juillet 1996).

²⁶² [1987] A.C.S. no 10, [1987] 1 R.C.S. 313, 349 (C.S.C.).

²⁶³ [2024] A.C.S. no 26, 2024 CSC 26 (C.S.C.).

²⁶⁴ [2020] A.C.S. no 5, [2020] 1 R.C.S. 166 (C.S.C.).

²⁶⁵ *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, [2020] A.C.S. no 5, [2020] 1 R.C.S. 166, par. 120 (C.S.C.). Voir en général : William A. Schabas et Stéphane Beaulac, *International Human Rights and Canadian Law – Legal Commitment, Implementation and the Charter*, 3^e éd. (Toronto : Thomson Carswell, 2007) à la p. 426 et suiv.

²⁶⁶ [2014] A.C.S. no 62, [2014] 3 R.C.S. 176 (C.S.C.).

²⁶⁷ [2003] A.C.S. no 63, [2003] 3 R.C.S. 3 (C.S.C.).

ments, récents et plus anciens²⁶⁸. La juge Abella, dans *Nevsun*, cite l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Kazemi*²⁶⁹ (elle qui était dissidente dans cette affaire) – où le juge LeBel opinait que la présomption de conformité au droit international était renversée en raison des dispositions explicites dans la *Loi sur l'immunité des États*²⁷⁰ – à l'appui de la prémisse sur laquelle tous les membres de la Cour raisonnaient dans cette affaire : essentiellement qu'il existe en droit international public une norme coutumière relative au droit à un redressement judiciaire²⁷¹.

Plus important encore, la juge Abella, dans *Nevsun*, a fait une référence sentie au principal instrument normatif contraignant pour le Canada en matière de droits humains, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*²⁷², précisément à l'article 2(3)a), qui se réfère au droit à « un recours utile », c'est-à-dire le droit à un redressement judiciaire. En termes d'interlégalité, vu que cette affaire *Nevsun* mettait en présence un argument de droit coutumier, cette référence au *Pacte international* fut clairement effectuée dans le but de faire la preuve des éléments constitutifs de la pratique étatique et de l'*opinio juris*, pour au bout du compte conclure qu'il s'agit d'une norme coutumière relative au droit international des droits humains.

Un autre élément de cette démonstration venait d'une source non contraignante (« soft law »), soit une Observation générale²⁷³ du Comité des droits de l'Homme. À ce sujet, la juge Abella écrit ceci :

Dans ce document, le Comité des droits de l'homme précise que les États parties doivent assurer une protection non seulement contre les violations de droits commises par les États, mais aussi contre celles commises par des personnes privées, physiques ou morales. [. . .] Quant aux recours, le Comité souligne ce qui suit : « . . . les tribunaux peuvent de diverses manières garantir effectivement l'exercice des droits reconnus par le Pacte, soit en statuant sur son applicabilité directe, soit en appliquant les règles constitutionnelles ou autres dispositions législatives comparables, soit en interprétant les implications qu'ont pour l'application du droit national des dispositions du Pacte ».²⁷⁴

²⁶⁸ *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2015] A.C.S. no 24, [2015] 2 R.C.S. 214, par. 65 (C.S.C.); *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] A.C.S. no 79, [2001] 3 R.C.S. 575, par. 20 (C.S.C.); et *Great Western Railway c. Brown*, (1879) 3 S.C.R. 159, 179.

²⁶⁹ [2014] A.C.S. no 62, [2014] 3 R.C.S. 176, par. 159 (C.S.C.).

²⁷⁰ L.R.C. 1985, c. S-18.

²⁷¹ *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, [2020] A.C.S. no 5, [2020] 1 R.C.S. 166, par. 121 (C.S.C.).

²⁷² 999 R.T.N.U. 171, R.T. Can 1976 no. 47, adopté le 16 décembre 1966 (entrée en vigueur : 23 mars 1976).

²⁷³ *Observation générale no. 31 : La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26 mai 2004).

²⁷⁴ *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, [2020] A.C.S. no 5, [2020] 1 R.C.S. 166, par. 119 (C.S.C.), citant l'*Observation générale no. 31 : La nature de l'obligation juridique générale*

Ceci étant, suivant la grille d'analyse de l'arrêt *Québec inc.*²⁷⁵, une Observation générale fait partie de la catégorie de normativité internationale dont le poids est très faible, mais, ici, il s'agissait davantage d'un élément supplémentaire de la démonstration que, partant, le droit à un redressement judiciaire constitue une norme coutumière reconnue et constatée.

À titre de coutume – ou, subsidiairement, comme instrument non contraignant (c'est-à-dire de « soft law ») – cette « source pertinente et persuasive d'interprétation » (*Renvoi de 1987*²⁷⁶) s'ajoute aux autres éléments de normativité internationale qui peuvent jouer le « rôle limité consistant à appuyer et à confirmer » la conclusion interprétative (*Québec inc.*²⁷⁷) relativement à la clause de dérogation de la Charte canadienne. En somme, tous les arguments interprétatifs examinés ci-dessus, y compris ceux venant de l'international, convergent pour soutenir le besoin d'une nouvelle compréhension de l'article 33.

§ 6.05 Conclusion

Quelques mots en conclusion suffiront, qui, par ailleurs, se limiteront à l'exemple d'application de l'interprétation constitutionnelle de la Charte, dite « recalibré », et du rôle du droit international, dit « recadré », s'agissant de la clause de dérogation à l'article 33. Ainsi considéré, suivant l'approche téléologique d'interprétation, tout en reconnaissant une place prédominante au texte utilisé dans la clause de dérogation (eu égard au contexte immédiat de l'article 32) – en outre grâce à la normativité de droit international (accès à la justice, droit à un redressement) qui appuie et confirme son sens et sa portée – l'objet de l'article 33 est clairement de faire exception, de faire échec à l'application de la Charte. Tout ça pour ça, direz-vous; ne le savions-nous pas déjà?

Oui, l'arrêt *Ford*²⁷⁸ dans son essence reflétait cet objet de base au cœur même de la clause de dérogation. Par contre, le problème avec cette décision de 1988, ou plutôt ce qu'on y voit comme la « *ratio decidendi* » – même si, on l'a dit, il est erroné de parler ainsi, la question en jeu, en substance, concernant la liberté d'expression – c'est l'effet de neutralisation venant de l'affirmation que l'article 33 n'impose que des conditions de forme. En effet, l'impact d'anéantissement est presque total, non seulement de l'idéal même à la base de cet instrument de protection supra-législative des droits humains, mais également du principe de la primauté du droit (« rule of law »), un des plus fondamentaux de notre ordre constitutionnel, puisque *Ford* emporterait ni plus ni moins l'abdication presque

imposée aux États parties au Pacte, Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26 mai 2004), par. 15.

²⁷⁵ [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426 (C.S.C.).

²⁷⁶ [1987] A.C.S. no 10, [1987] 1 R.C.S. 313, 349 (C.S.C.).

²⁷⁷ [2020] A.C.S. no 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 22 (C.S.C.).

²⁷⁸ [1988] A.C.S. no 88, [1988] 2 R.C.S. 712 (C.S.C.).

complète du rôle de gardien de la constitutionnalité des lois eu égard à la Charte (art. 2, 7 à 15).

En bref, ce qui ressort en filigrane du présent chapitre, un peu long certes, suggère que ce scénario ne peut pas être ce que le constituant avait souhaité en acceptant d'idée d'inclure la clause de dérogation dans la Charte canadienne en 1982. Cette « soupape de sécurité »²⁷⁹, comme on la présentait naïvement, n'était pas censée devenir un genre de Bombe H en matière de droits humains, qui mettrait fin à toute possibilité de contrôle judiciaire, ce qui est tellement essentiel dans nos sociétés de droit, libres et démocratiques. La caractéristique ontologique de ladite disposition, voulant que l'article 33 constitue une exception à l'application de la Charte (en vertu de l'article 32) aide à mettre les choses en perspective – en outre, sous la lumière internationale (accès à la justice, droit à un redressement) – ce qui justifie de revoir la compréhension traditionaliste de l'arrêt *Ford*.

Qu'est-ce que cela signifie, concrètement? Tout d'abord, il faut arrêter de donner un sens trop large à l'expression « examen au fond »²⁸⁰, utilisée par la Cour suprême dans *Ford*. Cela doit être replacé dans le contexte de cette affaire et, vraisemblablement, n'a jamais voulu dire « tirer la plug » sur toute possibilité de contrôle judiciaire en matière de libertés fondamentales (art. 2, 7 à 15) dès lors qu'une dérogation est faite, et ce, peu importe sa nature et sa portée. Comme nous l'avons déjà proposé ailleurs²⁸¹, l'invocation de l'article 33, suivant une interprétation nouvelle et appropriée de la clause, devrait au minimum signifier deux choses : (1) d'une part, le gouvernement aurait une obligation de justifier son utilisation, peut-être suivant un test semblable à celui de l'arrêt *R. c. Oakes*²⁸² pour ce qui est

²⁷⁹ Cette expression est associée au politicien Jean Chrétien, alors ministre de la Justice au fédéral, au moment de la négociation du rapatriement de la Constitution du Canada au début des années 1980s. Voir Christopher Manfredi, « Courts, Legislatures, and the Politics of Judicial Decision-Making (or Perhaps the Notwithstanding Clause Isn't Such a Bad Thing after All) », dans Peter Biro (dir.), *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter – Rights, Reforms, and Controversies* (Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 2024) 184, à la p. 197. Voir aussi en général, quant au contexte historique à ce sujet au moment du rapatriement de la Constitution en 1982 : Allan E. Blakeney, « The Notwithstanding Clause, the Charter, and Canada's Patriated Constitution: What I Thought We Were Doing » (2010) 19 *Constitutional Forum* constitutionnel 1.

²⁸⁰ *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] A.C.S. no 88, [1988] 2 R.C.S. 712, 740 (C.S.C.).

²⁸¹ Voir 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), 28 *Review of Constitutional Studies* (à paraître).

²⁸² [1986] A.C.S. no 7, [1986] 1 R.C.S. 103 (C.S.C.). Incidemment, sans se référer nommément à *Oakes*, l'idée d'un lien rationnel a été invoquée par le juge Blanchard de la Cour supérieure dans l'affaire de la contestation de la Loi 21, c'est-à-dire dans le jugement *Hak*, par. 777 : « En termes plus concrets, il faudrait possiblement que le législateur doive et puisse expliquer en cas de contestation, à tout le moins *prima facie*, non pas la légitimité

de l'article premier, surtout en termes de proportionnalité; et (2) d'autre part, compte tenu du potentiel de neutralisation de l'article 33, une dérogation ne devrait pas pouvoir être maximaliste, mais être plutôt ciblée à la fois (a) quant aux dispositions de la loi visées, et (b) surtout quant aux droits fondamentaux mis de côté.

En langue française, une expression pour résumer le message du présent texte est que « l'exception confirme la règle », pas le contraire; l'exception de l'article 33 doit confirmer la règle générale d'application de la Charte, pas devenir une clause qui met en péril l'idée même d'une protection supra-législative des droits humains au pays. Sinon, cette fois, pour emprunter une image parfois employée par nos camarades anglophones, il s'agirait d'un cas où « the tail wags the dog », une vision inacceptable dans notre régime où, justement, les tribunaux doivent demeurer les chiens de garde de la constitutionnalité des lois et, encore plus fondamentalement, du principe de la primauté du droit.

politique ou juridique du recours aux clauses de [dérogation], ou pour reprendre les termes de l'arrêt *Ford*, 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 ».