

---

## 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*

---

STÉPHANE BEAULAC\*

### RÉSUMÉ

Après un court hommage au professeur Jean-Denis Archambault, un résumé des récents débats au sujet de la clause de dérogation (ou « clause nonobstant ») met en évidence l'importance de la question de savoir si le pouvoir de contrôle judiciaire de la constitutionnalité demeure possible à la suite du recours à l'article 33 de la Charte canadienne. Pour sa part, l'auteur se concentre exclusivement sur la dimension méthodologique de la problématique — métaméthodologique, en fait — pour articuler ce qu'il appellera l'École de Montréal à ce sujet. Pour ce faire, une étude des derniers développements en interprétation constitutionnelle de la Charte canadienne est effectuée, avec la trilogie d'arrêts du tournant des années 2020, surtout la décision de principe *Québec inc*. En outre, les décisions dans *Poulin* et *Cité de Toronto* sont examinées, ce qui permet de valider le recalibrage opéré par la Cour suprême de son approche téléologique, s'agissant de la macro-interprétation de la Charte. Il y a eu une réhabilitation du texte, comme point de départ, mais aussi en tant que contrainte principale, voire de limite externe à l'exercice toujours axé sur les objectifs de notre régime de droits de la personne. Cette « interprétation textuelle téléologique » — un nouveau vocable en jurisprudence — constitue la base de l'École de Montréal et devra alimenter la reconsidération de l'article 33. À cet égard, en conclusion, quelques pistes de micro-interprétation sont données, pour opérationnaliser un tel exercice recalibré : les notes marginales, la rubrique pertinente, et surtout l'article 32 de la Charte comme élément de contexte immédiat.

---

\* Ph. D. (*Cantab*). Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, où il enseigne le droit constitutionnel et le droit international, ainsi qu'avocat-conseil auprès du bureau montréalais du cabinet Dentons Canada s.e.n.c.r.l. (groupe litige). L'auteur est un ancien de la Faculté de droit (Section de droit civil) de l'Université d'Ottawa, où il a obtenu son diplôme *magna cum laude* en 1993. Il a reçu l'immense honneur d'être lauréat de l'Ordre du mérite de son *alma mater* en 2018. L'auteur remercie M<sup>e</sup> Sarah-Michèle Vincent-Wright pour la révision finale du texte.

**MOTS-CLÉS :**

*Méthodologie d'interprétation constitutionnelle, clause de dérogation, trilogie d'arrêts de 2020, approche téléologique, texte et contexte de la Charte, article 33, une exception de portée limitée, test de l'arrêt Ford, conditions de fond.*

**ABSTRACT**

*Following a short tribute to Professor Jean-Denis Archambault, a review of the literature regarding the derogation clause (or “notwithstanding clause”) makes it obvious that, central to heated debates, is the question whether the judicial power of constitutional review remains possible following the use of article 33 of the Canadian Charter. In this paper, the focus is exclusively put on the dimension pertaining to methodology involved in this issue—indeed, meta-methodology—with a view to articulating what will be called the Montreal School on the topic. To that end, a study of the latest development in constitutional interpretation and the Canadian Charter is conducted, with the trilogy of cases at the turn of the year 2020, especially the reference judgment in Québec inc. Also, the decision in Poulin and in City of Toronto will be considered, which confirms a recalibration, operated by the Supreme Court of Canada, of the purposive approach regarding the macro-interpretation of the Charter. What occurred is the rehabilitation of the text, as a starting point surely, but also acting as a primal constraint, forming outer bounds in the process that remained aimed at the objectives of Canada’s human rights regime. Such as “purposive textual interpretation,” the expression newly coined, constitutes the basis of the Montreal School and shall inform the reconsideration of section 33. In that regard, the conclusion proposes a few lines of micro-interpretation arguments, with a view to operationalizing a recalibrated process: marginal notes, the relevant cross-heading, and mainly section 32 of the Charter as an element of immediate context.*

**KEYWORDS :**

*Methodology of constitutional interpretation, notwithstanding clause, trilogy of cases in 2020, purposive approach, text and context of the Charter, section 33, an exception of limited scope, Ford case test, substantive conditions.*

**SOMMAIRE**

Introduction.....	151
I. Controverses récentes relativement à l'article 33 de la <i>Charte canadienne</i> .....	154
A. Nouveaux (et anciens) débats en doctrine.....	155

B.	L'École de McGill, l'École de Sherbrooke, et maintenant l'École de Montréal. ....	157
II.	Recadrage de la métaméthodologie d'interprétation de la <i>Charte canadienne</i> . ....	163
A.	Éléments théoriques: métaméthodologie et macro-interprétation. ....	163
B.	Arrêts classiques en interprétation constitutionnelle de la <i>Charte canadienne</i> . ....	164
C.	Jurisprudence récente et trilogie du tournant des années 2020. ....	166
1.	L'arrêt <i>Poulin</i> (2019). ....	170
2.	L'arrêt de principe: <i>Québec inc</i> (2020). ....	172
3.	L'arrêt <i>Cité de Toronto</i> (2021). ....	176
III.	Réflexion critique. ....	180
	Conclusion: l'École de Montréal. ....	182



## INTRODUCTION

Le hasard a fait que, pendant mon séjour à la Faculté de droit (Section de droit civil) de l'Université d'Ottawa au début des années 1990, je n'ai pas eu la chance d'avoir formellement Jean-Denis Archambault comme professeur de droit public. Loin de moi l'idée de regretter les excellents enseignements d'André Braën (droit administratif) ou de Claude Boulanger (droit fiscal), mais en même temps que le gris dans les favoris, s'est développée chez moi une meilleure capacité d'accepter les choses, notamment ceci : les contingences de la vie — en l'occurrence les horaires et l'offre de cours — décident souvent en partie ce qui, avec le recul, apparaît déterminant dans mon cheminement. Cela étant, ma tendre mère m'avait écrit au début de mon parcours de bachelier, des paroles de sagesse : « la "chance", en fait, c'est la préparation qui rencontre l'opportunité ».

Qu'à cela ne tienne, c'est plutôt dans le contexte plus large du rôle de professeur d'université — que j'essaie moi-même d'émuler, imparfaitement, depuis quelque 25 ans à Montréal — que Jean-Denis aura marqué mon développement comme jeune chercheur. En effet, alors que je travaillais comme assistant pour le professeur Jean-Paul Lacasse, en droit autochtone, j'ai croisé fortuitement M. Archambault à la bibliothèque. Après un bref échange sur ce qui m'occupait en ce printemps 1995 — j'étais à quelques mois de débiter mon travail auprès de

M<sup>me</sup> le juge L'Heureux-Dubé —, la discussion a tourné, on ne peut plus amicalement, sur moi, mes projets, mes ambitions, mes plans de carrière. Ce que j'en retiens, environ 30 ans plus tard, c'est combien, dans une certaine mesure, cela le distinguait positivement des stéréotypes de la profession d'universitaire : il était un homme d'écoute, pas du tout centré sur lui-même, dont la générosité et le dévouement n'avaient d'égal que son sens de l'institution et du devoir de service public.

C'est ainsi que, sans avoir été mon prof comme tel, Jean-Denis fut un modèle et un mentor pendant mes années de transition, si je puis dire, avant ma première occasion d'enseigner le droit, comme professeur contractuel, à l'Université Dalhousie en 1998. Concrètement, il a pris en charge de m'accompagner, de me servir de mentor dirait-on, pour l'un de mes premiers articles de doctrine, éventuellement publié dans la *Revue du Barreau* du Québec<sup>1</sup>, portant sur un thème en droit public qui chevauchait ses créneaux, mais de manière accessoire, soit la théorie de l'imprécision constitutionnelle sous la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>2</sup>. À l'instar de ce que l'on fait patiemment dans le cadre de directions pour nos étudiant.e.s aux cycles supérieurs — ce que je n'étais pourtant pas pour Jean-Denis — il a revu, relu, corrigé mon texte et suggéré de nombreuses choses pour l'améliorer et le bonifier, ce qui a permis au néophyte que j'étais d'avoir un premier vrai titre dans ce qui deviendra ma modeste liste de publications.

« *Publish or perish* », comme le veut la courte expression anglaise, une leçon intériorisée tôt dans mon parcours, au risque d'avoir sans doute un peu surcompensé ainsi ma méconnaissance du milieu (mes origines campagnardes n'ont pas toujours été un atout, quoique l'éthique de travail développée sur une ferme soit inculquée à la dure). En revanche, et c'est Jean-Denis qui m'a amené à le comprendre, la formule gagnante est un combiné de rigueur dans la pensée, de clarté dans l'expression et, surtout, d'originalité dans l'argumentation des différents points développés et articulés. « Dans la vie comme au hockey », pour citer un célèbre inconnu dans le monde insipide du sport, « l'important c'est ça qui compte », n'est-ce pas ? Même s'il s'agit d'un vocable surutilisé, voire d'une dichotomie galvaudée, le quantitatif au profit du qualitatif n'a jamais été un bon guide sur la durée, malgré les impératifs

- 
1. Stéphane Beaulac, « Les bases constitutionnelles de la théorie de l'imprécision : partie d'une précaire dynamique globale de la Charte » (1995) 55:2 RB 257.
  2. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Charte canadienne* ou *Charte*].

des promotions universitaires. Rigueur, clarté, originalité, comme un genre de leitmotiv, c'est l'héritage reçu de Jean-Denis.

J'essaie depuis plus d'un quart de siècle de mettre en pratique, autant que faire se peut, ces commandements non seulement pour mon *scholarship*, mais aussi, dans un sens, pour passer le flambeau aux prochaines générations de chercheurs. Dans le présent texte en hommage à Jean-Denis Archambault, je vais tenter de faire montre, justement, à la fois de rigueur, de clarté et, surtout, d'originalité dans le traitement d'un thème qui est devenu, depuis peu, des plus polémiques en droit public et constitutionnel au Canada et au Québec. Il s'agit évidemment de la clause de dérogation à l'article 33 de la *Charte canadienne*.

Dans ce qui suit, le résumé des récents débats au sujet de ce que certains appellent encore la « clause nonobstant » (section I) met en évidence l'importance de la question de savoir si le pouvoir de contrôle judiciaire de la constitutionnalité demeure possible à la suite du recours à l'article 33 de la *Charte canadienne*. En se concentrant exclusivement sur la dimension méthodologique de la problématique — même si c'est au risque de décevoir ceux et celles qui souhaiteraient obtenir une réponse substantielle aboutie —, l'idée est de proposer une démarche nouvelle à ce sujet, ce que l'on appellera l'École de Montréal. Pour ce faire, une étude des derniers développements en interprétation constitutionnelle de la *Charte canadienne* est effectuée (section II), avec la trilogie d'arrêts du tournant des années 2020, surtout la décision de principe *Québec (PG) c 9147-0732 Québec inc*<sup>3</sup>. En outre, les décisions dans les affaires *R c Poulin*<sup>4</sup> et *Toronto (Cité) c Ontario (PG)*<sup>5</sup> sont examinées, ce qui permet de valider la thèse d'un recalibrage opéré par la Cour suprême de son approche téléologique, s'agissant de macro-interprétation de la *Charte*. Il y a ainsi eu une réhabilitation du texte, comme point de départ, mais aussi en tant que contrainte principale, voire de limite externe à l'exercice toujours axé sur la détermination des objectifs de notre régime de droits de la personne. Cette « interprétation textuelle téléologique » — un nouveau vocable en jurisprudence — est ni plus ni moins la base de l'École de Montréal et, en termes méthodologiques, devra éclairer la reconsidération de l'article 33 de la *Charte*. En conclusion, même si le présent texte se garde de proposer une réponse substantielle définitive à cet égard, quelques

---

3. [2020] 3 RCS 426, 2020 CanLII 32 (CSC) [*Québec inc*].

4. [2019] 3 RCS 566, 2019 CanLII 47 (CSC) [*Poulin*].

5. [2021] 2 RCS 845, 2021 CanLII 34 (CSC) [*Cité de Toronto*].

pistes de réflexion de type micro-interprétation seront données, dans le but d'opérationnaliser cet exercice recalibré : les notes marginales, la rubrique pertinente, et surtout l'article 32 de la *Charte* comme élément de contexte immédiat crucial.

## I. CONTROVERSES RÉCENTES RELATIVEMENT À L'ARTICLE 33 DE LA *CHARTE CANADIENNE*

Surtout depuis environ une dizaine d'années, le Canada et le Québec ne sont pas à court de cas d'utilisations, ou à tout le moins d'invocations de la clause de dérogation à l'article 33 de la *Charte canadienne* ou de l'équivalent dans la Belle Province en vertu de l'article 52 de la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>6</sup>. On suggère même l'idée d'une théorie et d'une pratique propres au Québec en matière de dérogation<sup>7</sup> et, à l'appui, un décompte de plusieurs douzaines de celles-ci (plus de quarante<sup>8</sup> au départ ; plus de soixante<sup>9</sup> maintenant)<sup>10</sup>, une thèse que d'autres analyses en doctrine ont contestée, notamment en termes méthodologiques<sup>11</sup>, mais qui aurait été acceptée en jurisprudence<sup>12</sup>.

Mais qu'à cela ne tienne, même s'il n'y a pas unanimité quant au nombre précis de dérogations à la *Charte canadienne* — le chiffre magique serait d'environ 25 depuis 1982, dont seulement 18 effectives

---

6. RLRQ c C-12 [*Charte québécoise*].

7. Guillaume Rousseau et François Côté, « A Distinctive Quebec Theory and Practice of the Notwithstanding Clause: When Collective Interests Outweigh Individual Rights » (2017) 47:2 RGD 343.

8. Guillaume Rousseau, « Clauses dérogatoires: le mythe de la vilaine "nonobstant" », *Le Devoir [de Montréal]* (11 mars 2016).

9. 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) 94:18 SCLR 463 à la p 479, n 71.

10. Guillaume Rousseau, « 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, mars 2016, en ligne : <[www.i.rq.quebec/publications/disposition-derogatoire/](http://www.i.rq.quebec/publications/disposition-derogatoire/)>.

11. Voir Maxime St-Hilaire, « Les leçons de *Jordan*, III : à quelles conditions est-il légitime de déroger aux droits constitutionnels fondamentaux ? » (2017) 26:3 Const Forum Const 19 à la p 21 ; voir aussi Marion Sandilands, « Quebec's Bills 21 and 96: An Underwater Eruption » dans Peter L Biro, dir, *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter – Rights, Reforms, and Controversies*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2024, 253.

12. Voir la décision de la Cour d'appel du Québec dans *Organisation mondiale sikhe du Canada c Québec (PG)*, 2024 CanLII 254 (QCCA) au para 306 [*Organisation mondiale sikhe*].

dans des projets de loi adoptés<sup>13</sup> —, on peut dire sans se tromper que les dernières années attestent au pays d'une claire augmentation, voire d'une normalisation<sup>14</sup>, même d'une banalisation<sup>15</sup> du recours à la clause de dérogation de l'article 33.

## A. Nouveaux (et anciens) débats en doctrine

Accompagnant cette recrudescence sont venus, ou revenus en fait, un bon nombre de débats en doctrine (certains nouveaux, certains anciens), s'agissant de ce que d'aucuns décrivent comme une anomalie<sup>16</sup> — ou un genre de « fusil de Tchekhov », selon le principe dramaturgique bien connu<sup>17</sup> — dans la protection supralégislative des droits et libertés au Canada et au Québec. Par exemple, est-il possible d'invoquer les clauses de dérogation de façon préventive, ou est-ce que leur utilisation doit se limiter à la réponse législative suivant une décision judiciaire d'inconstitutionnalité? Question récurrente, s'il en est une.

En ce qui a trait à la portée des dérogations maintenant, devrait-elle être minimaliste ou maximaliste, suivant une logique d'échelle progressive, c'est-à-dire : devrait-on permettre la dérogation pour des dispositions précises de la loi par rapport à des articles spécifiques des chartes, d'un côté ; ou, à l'autre extrémité, devrait-on accepter de décréter que l'ensemble de la loi, que ses dispositions aient toutes besoin de dérogation ou pas, bénéficie de la dérogation faite, et eu égard à tous les droits et libertés garantis dans les chartes, que ceux-ci

- 
13. Dans Caitlin Salvino, « A Tool of Last Resort: A Comprehensive Account of the Notwithstanding Clause Political Uses 1982–2021 » (2022) 16:1 JPPL 11 à la p 16, l'auteure répertorie 24 utilisations ou invocations de la clause de dérogation de l'article 33 de la *Charte canadienne*; dans Caitlin Salvino, « Notwithstanding Minority Rights: Rethinking Canada's Notwithstanding Clause » dans Biro, *supra* note 11, elle en ajoute 3 nouvelles, pour un total de 27, notant toutefois ceci : « *only eighteen invocations were promulgated and effective* ».
  14. Voir Gregory B Bordan, « Are There Constitutional Limits on the Use of the Notwithstanding Clause? » dans Biro, *supra* note 11 aux pp 313–17.
  15. Voir Noura Karazivan et Jean-François Gaudreault-DesBiens, « Rights Trivialization, Constitutional Legitimacy Deficit, and Derogation Clauses: The Example of Quebec's Laicity Act » (2020) 99 SCLR 487.
  16. En revanche, depuis les débuts de la *Charte canadienne*, il se trouve des auteurs au pays pour exprimer leur appui à la clause de dérogation ; voir Peter H Russell, « Standing Up for Notwithstanding » (1991) 29:2 Alt L Rev 293 ; et Christopher P Manfredi, *Judicial Power and the Charter*, 1<sup>e</sup> éd, Oxford, McClelland & Stewart, 1993.
  17. Au sujet de cette image, voir Léonid Sirota, « Chekhov's Gun: Why Dwight Newman's Defence of the Charter's Notwithstanding Clause Is Unpersuasive », *Double Aspect* (10 mai 2017), en ligne (blogue) : <[www.doubleaspect.blog/2017/05/10/chekhovs-gun/](http://www.doubleaspect.blog/2017/05/10/chekhovs-gun/)>.

soient interpellés ou pas ? À titre illustratif, la Loi 178<sup>18</sup> que le gouvernement de Robert Bourassa a adoptée vers la fin des années 1980 en matière linguistique est un cas d'utilisation de la dérogation de façon minimaliste, chirurgicale même, par rapport à quelques dispositions législatives précises et eu égard uniquement à la liberté d'expression. En revanche, le programme législatif mené par François Legault et Simon Jolin-Barrette, avec la *Loi sur la laïcité de l'État*<sup>19</sup> et la *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français*<sup>20</sup>, fait montre d'une utilisation des plus maximalistes des clauses de dérogation, à la fois pour blinder l'ensemble des deux lois et par rapport à tous les droits et libertés dérogeables<sup>21</sup>.

Cela étant, la controverse sur laquelle il convient de se concentrer, qui par ailleurs renvoie à la méthodologie d'interprétation constitutionnelle de la *Charte canadienne* — et, par extension, à l'instrument quasi constitutionnel qu'est la *Charte québécoise* —, a trait à la question du pouvoir de contrôle judiciaire, qui demeure possible ou pas, par suite du recours aux clauses de dérogation, un scénario relevant logiquement d'une utilisation préventive de celles-ci, c'est-à-dire sans déjà avoir un jugement. Signe que l'accent n'est peut-être pas mis sur les bons éléments pour aborder cette question, on a déjà résumé la chose en suggérant qu'il s'agissait d'un débat « technique »<sup>22</sup>, qui opposait des lectures détaillées, mais différentes des termes précis employés à l'article 33 de la *Charte canadienne*. Mais qu'en est-il de ces nouveaux débats en doctrine au sujet de la clause de dérogation et du pouvoir judiciaire de révision de la constitutionnalité ?

---

18. *Loi modifiant la Charte de la langue française*, LQ 1988, c 54.

19. RLRQ 2019, c L-03 [*Loi 21 sur la laïcité*].

20. LQ 2022, c 14 [*Loi 96 sur le français*].

21. Comme il a été expliqué en doctrine, le recours aux clauses de dérogation — en effet, 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* — 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 de la personne protégés par ces instruments constitutionnels et quasi constitutionnels, ce qui est sans précédent ; voir Sandilands, *supra* note 11 ; voir également, Tsvi Kahana, « The Notwithstanding Clause, Bill 96, and Tyranny » dans Biro, *supra* note 11.

22. Voir Kristopher EG Kinsinger, « The Evolving Debate Over Section 33 of the Charter » dans Biro, *supra* note 11 aux pp 55–59.

## B. L'École de McGill, l'École de Sherbrooke, et maintenant l'École de Montréal

Afin de synthétiser les thèses en présence, et au risque de simplifier exagérément, déclinons-les ainsi : d'un côté, l'École de McGill, avec Robert Leckey comme principal porte-étendard<sup>23</sup> (avec les coauteurs Eric Mendelsohn<sup>24</sup> et, originalement, Grégoire Webber<sup>25</sup>), et de l'autre côté, l'École de Sherbrooke, avec Maxime St-Hilaire en porte-voix (qui s'est adjoint Xavier Focroulle Ménard au départ<sup>26</sup>, Antoine Dutrisac se joignant à eux par la suite)<sup>27</sup>. Disons-le immédiatement : pour des raisons qui deviendront évidentes dans la prochaine section du présent texte, portant sur les plus récents développements en matière d'interprétation constitutionnelle, je crois que les deux écoles font fausse route complètement. Je proposerai une voie médiane entre ces deux positions extrêmes — l'École de Montréal, dirais-je<sup>28</sup>, — qui est plus

- 
23. Celui-ci a signé seul son plus récent texte à ce sujet : Robert Leckey, « Legislative Choices in Using Section 33 and Judicial Scrutiny » dans Biro, *supra* note 11 [Leckey, « Legislative Choices »]. Voir aussi Robert Leckey, « Advocacy Notwithstanding the Notwithstanding Clause » (2019) 28:4 Const Forum Const 1.
  24. Contrairement à Webber, Mendelsohn ne s'est pas désolidarisé de Leckey, demeurant son coauteur pour le texte au sujet de l'article 33, publié dans un périodique ; voir Robert Leckey et Eric Mendelsohn, « The Notwithstanding Clause: Legislatures, Courts, and the Electorate » (2022) 72:2 UTLJ 189.
  25. Grégoire Webber a pris une tangente différente ultérieurement, en ce qui concerne l'interprétation de l'article 33 de la *Charte canadienne* : voir Grégoire Webber, « Notwithstanding Rights, Review, or Remedy? On the Notwithstanding Clause on the Operation of Legislation » (2021) 71:4 UTLJ 510. Voir aussi : Grégoire Webber, « The Notwithstanding Clause, the Operation of Legislation, and Judicial Review » dans Biro, *supra* note 11.
  26. Notons que Xavier Focroulle Ménard a révisé quelque peu sa position par rapport à la clause de dérogation et, de fait, a rédigé un texte avec deux différents coauteurs à ce sujet ; voir : Kerry Sun, Stéphane Séraphin et Xavier Focroulle Ménard, « Notwithstanding the Courts? Directing the Canadian Charter Toward the Common Good » (1<sup>er</sup> juillet 2021), en ligne (blogue) : <[www.iusetiustitium.com/notwithstandingthe-courts-directing-the-canadian-charter-toward-the-common-good/](http://www.iusetiustitium.com/notwithstandingthe-courts-directing-the-canadian-charter-toward-the-common-good/)>.
  27. Voir 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 Biro, *supra* note 11.
  28. Sans fausse modestie, il convient certainement d'associer à l'Université de Montréal une école d'interprétation de la clause de dérogation à l'article 33 de la *Charte canadienne* qui se fonde sur des considérations d'ordre méthodologique, à la fois législatives et constitutionnelles, puisque notre Faculté de droit se démarque traditionnellement dans le domaine, avec Pierre-André Côté pendant longtemps ; voir Pierre Issalys, « Pierre-André Côté, Interprétation des lois, 3<sup>e</sup> éd, Montréal, Éditions Thémis, 1999 » (2000) 41:1 C de D 228 ; et plus récemment moi-même : Stéphane Beaulac, *Précis d'interprétation législative : méthodologie générale, Charte canadienne et droit international*, Montréal, LexisNexis, 2008 [Beaulac, *Précis d'interprétation législative*] ; et parmi mes nombreux textes sur le thème : Stéphane Beaulac, « Constitutional Interpretation: On Issues of Ontology and of Interlegality » dans

conforme à la méthodologie interprétative contemporaine propre à la *Charte canadienne*, telle que recalibrée récemment par la Cour suprême en jurisprudence, dans une trilogie d'arrêts que j'examinerai.

Mais avant cela, brièvement, résumons les points saillants de l'École de McGill et de l'École de Sherbrooke, en ce qui a trait à leur compréhension de la clause de dérogation à l'article 33 de la *Charte canadienne*. L'élément à la base de leur démarche, il convient de le rappeler, est l'arrêt de principe du plus haut tribunal au pays, rendu en 1988 dans l'affaire *Ford c Québec (PG)*<sup>29</sup>, un dossier épineux et politiquement chargé concernant la langue française dans l'affichage commercial, sous la *Charte de la langue française*<sup>30</sup>, communément appelée Loi 101. Il s'agit du seul vrai précédent à la Cour suprême où l'on a abordé la question de la dérogation et de l'article 33 de la *Charte canadienne*, les autres occasions n'étant que des commentaires en *obiter dictum*<sup>31</sup> ou des utilisations accessoires, comme encore récemment dans l'arrêt *Cité de Toronto*<sup>32</sup>, en 2021.

Ce qui deviendra la doctrine dominante<sup>33</sup>, l'orthodoxie en la matière — en anglais, « *received wisdom* » — se fonde sur une célèbre

---

Peter Oliver, Patrick Macklem et Nathalie Des Rosiers, dir, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 867 [Beaulac, « Constitutional Interpretation »].

29. [1988] 2 RCS 712, 1988 CanLII 19 (CSC) [*Ford*].

30. RLRQ, c C-11.

31. À la Cour suprême du Canada, par exemple, voir: *Québec (PG) c Québec Protestant School Boards*, [1984] 2 RCS 66 à la p 87, 1984 CanLII 32 (CSC) [*Protestant School Boards*]; *New Brunswick Broadcasting Co c Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 RCS 319 à la p 363, 1993 CanLII 153 (CSC); *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 au para 47, 1998 CanLII 793 (CSC) [*Renvoi sur la sécession*]; *Gosselin c Québec (PG)*, [2002] 4 RCS 429 au para 15, 2002 CanLII 84 (CSC); et *Frank c Canada (PG)*, 2019 CSC 1 au para 25.

32. *Cité de Toronto*, *supra* note 5 aux para 60–61. Voir aussi *Vriend c Alberta*, [1998] 1 RCS 493 aux para 137, 139, 178, 1998 CanLII 816 (CSC); *Sauvé c Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 RCS 519 aux para 11, 36, 96, 2002 CanLII 68 (CSC); *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c Colombie-Britannique*, [2020] 1 RCS 678 aux para 148–49, 2020 CanLII 13 (CSC); *Ontario (PG) c G*, [2020] 3 RCS 629 aux para 136–38, 239–41, 249, 259, 2020 CanLII 38 (CSC).

33. Voir par exemple: Donna Greschner et Ken Norman, « The Courts and Section 33 » (1987) 12 *Queen's LJ* 155; Lorraine E Weinrib, « Learning to Live With the Override » (1990) 35 *RD McGill* 542; Tsvi Kahana, « Understanding the Notwithstanding Mechanism » (2002) 52:2 *UTLJ* 221; André Binette, « Le pouvoir dérogatoire de l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et la structure de la Constitution du Canada » (2003) 63 *numéro spécial RB* 107. *Contra*, voir Eric M Adams et Erin RJ Bower, « Notwithstanding History: The Rights-Protecting Purposes of Section 33 of the *Charter* » (2022) 26:2 *R études const* 12 à la p 142. Voir aussi, en général, Janet L Hiebert, « The Notwithstanding Clause: Why Non-Use Does

citation dans *Ford* au sujet des exigences de forme, et non de fond, relativement à la clause de dérogation de la *Charte canadienne* :

L'article 33 établit des exigences de forme seulement et il n'y a aucune raison d'y voir la justification d'un examen au fond de la politique législative qui a donné lieu à l'exercice du pouvoir dérogatoire dans un cas donné<sup>34</sup>.

Sur la base de ce seul extrait, l'orthodoxie veut que, suivant une déclaration formelle de dérogation, les tribunaux ne puissent pas, ou ne pourraient plus en fait, exercer leur pouvoir de révision judiciaire quant à la constitutionnalité de la loi, eu égard aux articles 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne*<sup>35</sup>.

Cette orthodoxie fondée sur l'arrêt *Ford*, même si elle a été suivie ultimement en raison du *stare decisis*, le juge Blanchard l'a défiée dans sa décision relative à la contestation de la *Loi 21 sur la laïcité*, le jugement *Hak c Québec (PG)*<sup>36</sup>. Quoique clairement en *obiter dictum*, il écrit que la « quête de la justice, dans son sens le plus élémentaire et le plus noble »<sup>37</sup> devrait justifier de pouvoir maintenir, malgré l'utilisation de l'article 33, la possibilité d'un recours en justice devant un tribunal de droit commun<sup>38</sup>. Cette porte entrouverte fut promptement et brusquement refermée par la Cour d'appel du Québec dans ce dossier, rebaptisé l'affaire *Organisation mondiale sikhe*<sup>39</sup>. Dans un énoncé à la fois lapidaire et laconique, la juge en chef Savard et les juges Morissette et Bich s'expriment ainsi : « Le texte de cette disposition [l'article 33 de la *Charte*] est clair, nous enseigne la Cour suprême [dans l'arrêt *Ford*] ; il s'agit de l'appliquer »<sup>40</sup>... Point barre, serait-on tenté d'ajouter, tellement le message est cru.

---

Not Necessarily Equate With Abiding by Judicial Norms » dans Oliver, Macklem et Des Rosiers, *supra* note 28.

34. *Ford*, *supra* note 29 à la p 740. Sur l'opportunité de reconsidérer cette compréhension de l'arrêt *Ford*, voir mon texte : 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 UNBLJ 184.
35. Voir Geoffrey Sigalet, « Notwithstanding Judicial Review : Legal and Political Reasons Why Courts Cannot Review Laws Invoking Section 33 » dans Biro, *supra* note 11 à la p 170.
36. 2021 QCCS 1466, 2021 CarswellQue 5088.
37. *Ibid* au para 733.
38. *Ibid*.
39. *Supra* note 12.
40. *Ibid* au para 254.

Notons aussi, quoique la décision de première instance est actuellement portée en appel (entendue et en délibéré)<sup>41</sup>, que le dossier saskatchewanais *UR Pride Centre for Sexuality and Gender Diversity c Saskatchewan*<sup>42</sup> a permis de faire montre de plus d'audace et de vraiment remettre en cause l'orthodoxie de *Ford*. Se fondant lui aussi sur le libellé dit déterminant de la disposition, le juge Megaw de la Cour du Banc du Roi opine que : « *the use of the Notwithstanding Clause does not serve to oust the jurisdiction of the court to determine, and provide declaratory relief* »<sup>43</sup> ; en fait, il se dit d'avis que le tribunal de droit commun, malgré l'invocation de l'article 33, peut déterminer « *whether or not the subject legislation is in breach of those sections of the Charter including the invocation of the Notwithstanding Clause* »<sup>44</sup>. Reste à voir si les juges de la Cour d'appel de la Saskatchewan, à l'instar de leurs collègues du Québec<sup>45</sup>, rétabliront (crûment ou non) l'orthodoxie de l'arrêt *Ford*.

Pour revenir aux débats en doctrine, l'École de McGill, dans la contribution initiale intitulée « *The Faulty Wisdom Around the Notwithstanding Clause* »<sup>46</sup>, accorde toute l'importance au texte de l'article 33, dans chacun de ses deux premiers paragraphes, en particulier dans le second, portant sur les « effets de la dérogation » selon la note marginale, dans la version anglaise « *operation of exception* ». Travaillant principalement avec la version anglaise de la disposition, les auteurs insistent sur le terme « *operation* » dans le passage de l'article 33(2) qui prévoit : « *shall have such operation as it would have but for the [Charter] provision* » ; la version française se lit ainsi : « a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause ». Bien qu'il y ait quelques autres arguments à l'appui de leur position révisionniste<sup>47</sup>, c'est essentiellement cette interprétation lit-

---

41. Cour d'appel de la Saskatchewan, no CACV4329.

42. 2024 SKKB 23 [*UR Pride Centre*].

43. *Ibid* au para 144.

44. *Ibid*. Voir aussi au para 166 de ce jugement.

45. *Organisation mondiale sikhe*, *supra* note 12, au para 254.

46. Grégoire Webber, Eric Mendelsohn et Robert Leckey, « *The Faulty Wisdom Around the Notwithstanding Clause* » *Policy Options Politiques* (10 mai 2019), en ligne : <<https://policyoptions.irpp.org/magazines/may-2019/faulty-wisdom-notwithstanding-clause/>>.

47. Outre l'argument fondé sur (i) la formulation du texte de l'article 33 de la *Charte canadienne*, l'École de McGill s'appuie sur quatre autres points pour suggérer le maintien du pouvoir de contrôle constitutionnel des lois ayant recours à la clause de dérogation, à savoir (ii) une lecture restrictive de l'arrêt *Ford* de 1988, (iii) une référence à la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Canada (Premier ministre) c Khadr*, [2010] 1 RCS 44, 2010 CanLII 3 (CSC) ; (iv) une démonstration en droit constitutionnel comparé, avec références au Royaume-Uni, à la Nouvelle-Zélande et à l'Australie et, enfin, (v) un élément contextuel

téraliste mettant l'importance sur « *operation* » — une terminologie que l'on retrouve aussi, souligne-t-on, dans la version française de la clause de primauté de la Constitution à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>48</sup>, à savoir le vocable « inopérant » — qui permet aux auteurs d'arguer que l'article 33 n'écarte pas la possibilité d'exercer le pouvoir de contrôle constitutionnel par le truchement d'une procédure devant les tribunaux, afin d'obtenir un prononcé judiciaire sur la conformité de la loi eu égard à la *Charte canadienne*. Essentiellement, les termes « *operation* » (anglais) et « inopérant » (français) permettent d'induire que c'est la conséquence d'une incompatibilité avec un droit dérogeable (articles 2 et 7 à 15 de la *Charte*) qui est visé par l'article 33, et non l'étape initiale de la détermination de l'invalidité dont les tribunaux sont investis en vertu de leur pouvoir général de contrôle judiciaire.

L'École de Sherbrooke, pour sa part, dans un premier texte intitulé « Nothing to Declare: A Response to Grégoire Webber, Eric Mendelsohn, Robert Leckey, and Léonid Sirota on the Effects of the Notwithstanding Clause »<sup>49</sup> et encore récemment dans une contribution à l'ouvrage collectif de 2024<sup>50</sup>, décortique et rejette sans ménagement cette lecture mcgilloise de la clause de dérogation :

*The correct reading of the word "operate" here is that the statutory provisions shall operate temporarily without the application of specific Charter provisions. That is, section 33 renders the targeted Charter provisions inapplicable to a given legislation, which means that the same Charter provisions cannot be applied to them by any court whatsoever. In other words, the statute provisions will have the effect they would have "but for the provision of this charter referred to in the declaration," and one of the effects is that these statute provisions will not be subject to any judicial remedy based on an inapplicable Charter provision*<sup>51</sup>.

Cette lecture complètement différente du mot-clé « *operate* » faite par l'École de Sherbrooke, bien qu'elle semble convaincante à première vue,

---

s'appuyant sur la disposition relative aux redressements à l'article 24 de la *Charte canadienne*.

48. Art 35, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

49. Maxime St-Hilaire et Xavier Focroulle Ménard, « Nothing to Declare: A Response to Grégoire Webber, Eric Mendelsohn, Robert Leckey, and Léonid Sirota on the Effects of the Notwithstanding Clause » (2020) 29:1 Const Forum Const 38.

50. St-Hilaire, Focroulle Ménard et Dutrisac, *supra* note 27.

51. *Ibid* à la p 142.

souffre en fait de la même carence méthodologique : l'interprétation de l'article 33 de la *Charte canadienne* devient littéraliste, avec une quasi-obsession à scruter et à décortiquer chacun des termes que l'on trouve dans les paragraphes pertinents de la clause de dérogation — même l'emploi du temps de verbe dans la version anglaise à l'article 33(2), qui est conjugué au subjonctif, a fait l'objet d'une analyse digne des plus grands experts en syntaxe<sup>52</sup>, c'est pour dire ! C'est hautement problématique de procéder ainsi et, à la section suivante, on verra pourquoi.

Pour être juste et complet à l'égard de l'École de Sherbrooke, malgré le fait que les auteurs passent le gros de la démonstration à faire une interprétation détaillée du texte de la clause de dérogation — selon eux, par exemple, le mot-clé dans la version anglaise de l'article 33(2) est « *provision* », et pas « *operation* », qu'on se le dise —, ils reprochent à l'École de McGill sa lecture trop limitative de la lettre de disposition, un cas typique de « *pot calling the kettle black* » selon l'expression anglaise. On a même cru opportun de donner des leçons d'interprétation en opposant la bonne approche téléologique en matière de *Charte canadienne*, éclairée par le contexte de celle-ci, à l'interprétation littéraliste de l'article 33, mauvaise, dont Leckey, Mendelsohn et Webber seraient coupables.

Cela étant, pour reprendre une formule que St-Hilaire a déjà utilisée dans un autre texte sur les clauses de dérogation, quand on parle d'interprétation téléologique sans plus, « [...] on n'a encore rien dit »<sup>53</sup>, surtout si concrètement, l'interprétation demeure résolument littéraliste. Preuve du syndrome de l'apprenti sorcier, serait-on tenté d'ajouter, notons que leur texte de 2024 se limite à une seule référence, à titre d'autorité à l'appui de l'argument téléologique, soit un arrêt qui date des débuts de la *Charte canadienne* — à savoir *Hunter c Southam Inc*<sup>54</sup>, rendu en 1984<sup>55</sup> —, sans se donner la peine, au minimum, de mettre à jour la jurisprudence qu'ils citent quant à la méthodologie d'interprétation constitutionnelle<sup>56</sup>.

---

52. Voir à cet égard Sigalet, *supra* note 35 aux pp 172–75.

53. Maxime St-Hilaire, « Les leçons de *Jordan*, II : l'article 33 de la *Charte canadienne* ne permet pas de suspendre la répartition fédérative des compétences » (2017) 26:3 Const Forum Const 11 à la p 14.

54. [1984] 2 RCS 145, 1984 CanLII 33 (CSC) [*Hunter*].

55. St-Hilaire, Focroulle Ménard et Dutrisac, *supra* note 27 à la p 161, n 127.

56. La doctrine au Canada et au Québec abonde en ressources pour se garder adéquatement à jour, à la lumière de la jurisprudence pertinente, la méthodologie d'interprétation constitutionnelle, notamment pour ce qui est de la *Charte canadienne*. Voir, notamment,

Or, pour enchaîner, examinons justement les développements récents et majeurs en la matière qui nous viennent de la Cour suprême.

## II. RECADRAGE DE LA MÉTAMÉTHODOLOGIE D'INTERPRÉTATION DE LA *CHARTRE CANADIENNE*

### A. Éléments théoriques : métaméthodologie et macro-interprétation

Dans un texte récent<sup>57</sup>, on a introduit en droit public canadien la notion de « méta-interprétation », un vocable fort apte. Pour ma part, je propose le néologisme suivant : la « métaméthodologie » d'interprétation. Je souhaite ainsi décrire l'étape initiale, pour le ou la juriste, du choix de la méthodologie d'interprétation juridique, que ce soit par rapport à une simple loi ou un texte constitutionnel, serait-il nécessaire d'ajouter<sup>58</sup>. Il ne s'agit pas, à l'intérieur du processus interprétatif, du recours à certains éléments ou de la pondération de ceux-ci. Le questionnement s'intéresse plutôt à la méthodologie comme telle, aux considérations d'ensemble, surtout à l'orientation que l'on souhaite donner aux arguments d'interprétation. En empruntant une dichotomie très bien connue en sciences économiques, on peut ainsi parler de « macro »-interprétation, à l'intérieur de l'étude de la métaméthodologie, que l'on distinguerait de la « micro »-interprétation, cette dernière s'intéressant aux classiques texte-contexte-objet, notamment, mais à d'autres arguments aussi comme l'historique législatif et les présomptions d'intention.

Le professeur Elmer Driedger et son « *modern principle* »<sup>59</sup> d'interprétation — qui, comme une Taylor Swift pour ses groupies (*swifties*) sont des paroles d'évangile pour la Cour suprême et les tribunaux au

---

Mélanie Samson, « Fascicule 2 : L'interprétation en droit constitutionnel » dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-Desbiens, dir, *JCQ Droit constitutionnel* (2011).

57. Colin Feasby, « The Evolving Approach to Charter Interpretation » (2022) 60:1 *Alta L Rev* 35 à la p 38. Voir aussi Scott J Shapiro, *Legality*, 4<sup>e</sup> éd, Cambridge, Harvard University Press, 2011 à la p 305.

58. En ce qui a trait à la thèse en doctrine voulant qu'il n'y ait pas de différences ontologiques fondamentales entre l'interprétation des lois et l'interprétation constitutionnelle, voir Beaulac, « Constitutional Interpretation », *supra* note 28 à la p 873 en particulier.

59. La citation bien connue du professeur et légiste, tirée de son livre Elmer A Driedger, *The Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> 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*

Canada et au Québec<sup>60</sup> — sont, sans le savoir peut-être, engagés dans une réflexion de macro-interprétation (tout en parlant des éléments de texte-contexte-objet, des considérations de micro-interprétation des lois). En effet, son message de base était puissant et clair : il fallait opérer une coupure, en ce qui a trait à l'interprétation législative, entre l'ancienne méthodologie interprétative uniquement axée sur le texte et retenant généralement une lecture trop stricte et restrictive des lois, d'une part, et la façon moderne de déterminer l'intention du législateur, beaucoup plus appropriée, de tenir compte pleinement et systématiquement de la dimension téléologique des lois et, autant que faire se peut, leur donner un sens et une portée large et libérale, d'autre part<sup>61</sup>. Il s'agit essentiellement ici, ajoutons-le, de considérations d'ordre méta-méthodologique, intéressées à l'ensemble des arguments d'interprétation et à l'orientation que l'on souhaite leur donner.

## B. Arrêts classiques en interprétation constitutionnelle de la *Charte canadienne*

Dans les premiers arrêts de principe de la Cour suprême ayant interprété la *Charte canadienne*, on voit une volonté évidente de faire de la macro-interprétation, d'établir les bases métaméthodologiques en la matière. De façon certes exagérée, on a ainsi voulu, un peu à l'instar du principe moderne de Driedger, faire une coupure avec le passé en traçant une distinction ferme entre l'interprétation des simples lois (interprétation législative) et l'interprétation de la *Charte canadienne* (interprétation constitutionnelle)<sup>62</sup>. C'est ce qui explique les déclarations somme toute hyperboliques, dans les arrêts classiques à ce sujet au

---

*context in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament».*

60. Voir Stéphane Beaulac et Pierre-André Côté, «Driedger's "Modern Principle" at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, Legitimization» (2006) 40 RJT 131.

61. Incidemment, il convient de reconnaître 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*, LRC 1985, c I-21, et dans la province de Québec, l'article 41, paragraphe 2 de 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 *R c Sommerville*, [1974] RCS 387, 1972 CanLII 175 (CSC).

62. Voir Stéphane Beaulac, «L'interprétation de la *Charte*: reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international» (2005) 27 SCLR 1.

milieu des années 1980 — *Law Society of Upper Canada c Skapinker*<sup>63</sup>, *Hunter*<sup>64</sup>, *R c Big M Drug Mart Ltd*<sup>65</sup> — voulant que l'interprétation de cet instrument supralégislatif soit une « tâche nouvelle »<sup>66</sup>, puisque la *Charte* « est tout à fait différente d'une loi »<sup>67</sup>; elle requiert, explique-t-on, de faire appel à une macro-interprétation nouvelle, l'approche dite téléologique (en anglais, « *purposive interpretation* »), c'est-à-dire d'interpréter « au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie » [italiques dans l'original]<sup>68</sup>; du coup, les droits et libertés « doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger »<sup>69</sup>.

Mais au-delà de cet appel au changement paradigmatique, et surtout peu importe s'il était justifié d'ainsi distinguer la macro-interprétation de la *Charte canadienne* de celle des simples textes législatifs, c'est la grille d'analyse que la Cour suprême a articulée et les considérations métaméthodologiques qu'on y a abordées qui doivent retenir notre attention. Ce qui deviendra l'énoncé jurisprudentiel incontestable, repris sans interruption depuis 1985 à chaque fois qu'il est question d'interprétation de la *Charte canadienne*, est tiré de cet 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

---

63. [1984] 1 RCS 357, 1984 CanLII 3 (CSC) [*Skapinker*].

64. *Supra* note 54.

65. [1985] 1 RCS 295, 1985 CanLII 69 (CSC) [*Big M Drug Mart*].

66. *Skapinker*, *supra* note 63 à la p 365.

67. *Hunter*, *supra* note 54 à la p 155.

68. *Big M Drug Mart*, *supra* note 65 à la p 344.

69. *Ibid.*

et que, par conséquent [...] elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés [mon soulignement]<sup>70</sup>.

Dans cet extrait, on voit clairement (voir le soulignement) 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 prévus dans la *Charte canadienne*, tout en insistant sur le fait que l'interprétation ne doit pas aller plus loin que ce qui est justifié par l'objet visé (dans la version anglaise des motifs du juge Dickson, « *it is important not to overshoot the actual purpose* » [mon soulignement]<sup>71</sup>). Tout se joue, on le verra, sur l'équilibre entre ces deux pôles, pourrait-on dire<sup>72</sup>.

### C. Jurisprudence récente et trilogie du tournant des années 2020

Que s'est-il passé depuis 1985, s'agissant de l'approche téléologique de *Big M Drug Mart* en matière d'interprétation de la *Charte canadienne*? Évidemment, beaucoup trop d'affaires (même juste celles au plus haut tribunal du pays) pour qu'il soit possible d'en traiter de façon convenable et exhaustive dans le présent texte. On me pardonnera de couper court en ayant plutôt recours à une splendide citation du juge Stratas de la Cour d'appel fédérale qui, fidèle à ses habitudes, résume magnifiquement et illustre de façon imagée l'évolution de la jurisprudence depuis 1985, en réalité les tergiversations au cours des vingt dernières années surtout, concernant la métaméthodologie d'interprétation de la *Charte canadienne* en droit constitutionnel au pays. Dans *Boloh 1(a) et al c R et al*<sup>73</sup>, il écrit ceci :

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

---

70. *Ibid.*

71. *Ibid.*

72. Voir, en général: Joanna Harrington, « Interpreting the Charter » dans Oliver, Macklem et Des Rosiers, *supra* note 28; Eric M Adams, « Canadian Constitutional Interpretation » dans Cameron Hutchison, dir, *The Fundamentals of Statutory Interpretation*, Toronto, LexisNexis Canada, 2018, 126.

73. 2023 CAF 120, autorisation de pourvoi à la CAF refusée, 40851 (11 novembre 2023) [*Boloh*].

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 laxte 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 [*City of 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 [mon soulignement]<sup>74</sup>.

Si seulement la situation était aussi simple que cela, n'est-ce pas ? Un retour aux origines, à l'orthodoxie de *Big M Drug Mart*, et le tour est joué ! Malgré la synthèse qu'en fait le juge Stratas, toutefois, le courant qu'il appelle « laxte » — on pourrait plutôt parler d'une métaméthodologie exagérément axée sur l'objet énoncé judiciairement ou simplement d'interprétation téléologique à tout crin — n'a pas banalement été évacué en 2020, *presto e basta*, enlevé comme un abcès qui contaminait la jurisprudence au pays. Peu de choses sont ainsi clairement coupées au couteau, encore moins en jurisprudence.

---

74. *Ibid* aux para 19–23.

Ce que l'on observe depuis le tournant des années 2020, et même commençant un peu avant, c'est un recalibrage macro de l'orientation interprétative donnée à la *Charte canadienne*. Certes, la décision majeure dans l'affaire *Québec inc*<sup>75</sup> doit être le point central de cette étude des récents développements en matière d'interprétation de la *Charte canadienne*, avec en outre la tout aussi importante décision dans *Cité de Toronto*<sup>76</sup> en complément. Mais en 2019, il y a également eu le jugement fort important dans l'affaire *Poulin*<sup>77</sup>, qui a été le premier énoncé fort d'un ajustement dans la grille d'analyse en droit constitutionnel. Il convient maintenant de faire un bref examen de ces trois affaires, dans une démarche et suivant une posture qui s'inscrivent en droit positif uniquement, donc assez peu théorisée — hormis ces idées de métaméthodologie et de macro-interprétation —, mon analyse se bornant à la jurisprudence de la Cour suprême des dernières années<sup>78</sup>.

Juste avant cette étude de la nouvelle trilogie, comme il convient de l'appeler, en matière de métaméthodologie d'interprétation constitutionnelle de la *Charte canadienne*, il faut sans doute relativiser ou contextualiser l'arrivée de ce recalibrage en jurisprudence canadienne, parce que ce n'est pas comme si la Cour suprême n'avait pas déjà donné des signes, avant le tournant des années 2020, qu'il y avait ce jeu d'équilibre nécessaire entre deux pôles : l'approche téléologique, d'une part, et l'interprétation large et libérale qui ne dépasse pas l'objet visé (« *does not overshoot* », en anglais), d'autre part. Déjà en 2003, dans l'affaire *Doucet-Boudreau*<sup>79</sup>, par exemple, la majorité de la Cour suprême opinait qu'il était opportun d'étendre l'application de la méthode téléologique d'interprétation aux redressements/réparations (en anglais, « *remedies* ») sous l'article 24(1) de la *Charte canadienne*. Les juges Iacobucci et Arbour expliquent :

---

75. *Supra* note 3.

76. *Supra* note 5.

77. *Supra* note 4.

78. Dans un autre texte, qui se retrouvera dans la prochaine édition de l'ouvrage collectif, Errol Mendes et Stéphane Beaulac, dir, *Canadian Charter of Rights and Freedoms / Charte canadienne des droits et libertés*, 6<sup>e</sup> éd, Toronto, LexisNexis Canada, 2025, je compte faire une analyse plus approfondie de ces développements récents relativement à la métaméthodologie d'interprétation constitutionnelle. Voir aussi, parmi les nombreux textes récents en doctrine concernant l'interprétation de la *Charte canadienne*, celui fort intéressant et original de Benjamin J Oliphant, « Taking Purposes Seriously: The Purposive Scope and Textual Bounds of Interpretation Under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* » (2015) 65 UTLJ 239.

79. *Doucet-Boudreau c Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 RCS 3, 2003 CanLII 62 (CSC) [*Doucet-Boudreau*].

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*<sup>80</sup>.

Cette affirmation a été reprise et appliquée plus largement à tous les redressements sous la *Charte canadienne*, en combinaison des articles 24(1) et 52(1), dans la toute récente affaire *Canada (PG) c Power*<sup>81</sup>, un jugement partagé 5-4 rendu en juillet 2024. La majorité a reconnu la possibilité d'une réparation en dommages-intérêts contre l'État, dans des cas rarissimes, pour l'adoption d'une loi déclarée ultérieurement inconstitutionnelle, et ce, seulement lorsque l'immunité de l'État — qui est restreinte et non absolue — ne s'applique pas, à savoir dans les cas de lois clairement inconstitutionnelles ou en raison de la mauvaise foi ou de l'abus de pouvoir dans le processus législatif<sup>82</sup>.

En outre, dans *R c Grant*<sup>83</sup> en 2009, concernant la détention arbitraire et le droit à l'assistance d'une avocate, prévus respectivement aux articles 9 et 10b) de la *Charte canadienne*, la juge en chef McLachlin et la juge Charron, dans leurs motifs pour la majorité, expliquent très adéquatement 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 » [mon soulignement]<sup>84</sup>. Voilà certes un éclaircissement très approprié. Elles enchaînent ensuite: « L'objet du droit doit demeurer la principale préoccupation ; la libéralité de l'interprétation est restreinte par cet objet et elle y est subordonnée » [mon soulignement]<sup>85</sup>.

---

80. *Ibid* au para 23. Voir aussi, relativement à la liberté de religion et la question fondamentale de la neutralité de l'État, l'importante décision de la Cour suprême dans l'affaire *Mouvement laïque québécois c Saguenay (Ville)*, [2015] 2 RCS 3 en particulier au para 147, 2015 CanLII 16 (CSC).

81. 2024 CSC 26 [*Power*], 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). Une référence à l'arrêt *Doucet-Boudreau* est faite aux paragraphes 32 et 37 des motifs majoritaires.

82. Suivant le précédent *Mackin c Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances) ; Rice c Nouveau-Brunswick*, [2002] 1 RCS 405, 2002 CanLII 13 (CSC), que la majorité de la Cour suprême a maintenu et raffiné.

83. [2009] 2 RCS 353, 2009 CanLII 32 (CSC) [*Grant*].

84. *Ibid* au para 17.

85. *Ibid*.

Comparant les deux options, elles closent leur résumé ainsi : « 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 »<sup>86</sup>. Du petit-lait, dirait mon grand-père Adhémar (fermier de métier, comme mon père et mon frère après lui), c'est-à-dire de la musique aux oreilles d'un *scholar* en interprétation constitutionnelle.

### 1. L'arrêt Poulin (2019)

Sans plus attendre, examinons maintenant la trilogie du tournant des années 2020, s'agissant de l'interprétation de la *Charte canadienne*. Dans l'ordre chronologique, en 2019, le jugement partagé 4-3 dans l'affaire *Poulin*<sup>87</sup> concernait le droit au bénéfice de la peine la moins sévère garanti à l'article 11*i*) de la *Charte* et soulevait une question d'interprétation aux ramifications assez techniques : une personne déclarée coupable est-elle limitée à pouvoir bénéficier soit de la peine au moment de l'infraction, soit de la peine au moment de la sentence (thèse du droit binaire) ; ou, sinon, peut-elle bénéficier en outre du fait qu'il y ait eu un adoucissement de la peine — c'est-à-dire, d'abord diminuée, puis augmentée de nouveau — entre ces deux points dans le temps (thèse du droit global) ? La première thèse a été retenue par la majorité, dont les motifs sont signés par la juge Martin.

À la suite d'un exercice d'interprétation de l'article 11*i*) de la *Charte canadienne* qui a fait appel, amplement, aux considérations d'ordre téléologique, tout en gardant le texte de cette garantie juridique comme point de mire, on n'a pas retenu en conclusion la portée la plus large et libérale du droit de bénéficier de la peine la moins sévère. C'est ce que les trois juges dissidents reprochent à leurs collègues, qualifiant la lecture faite par la majorité d'être le fruit d'une interprétation formaliste (dans les motifs en anglais, « *a technical interpretation* »). Citant à l'appui les prononcés judiciaires classiques dans *Hunter* et *Big M Drug Mart*, en plus de l'arrêt *Grant*, la juge Karakatsanis (dissidente) exprime l'avis que les droits et libertés de la *Charte canadienne* « doivent être interprétés de façon libérale *et* en fonction de l'objet visé » [italiques dans l'original]<sup>88</sup>, marquant elle-même la conjonction 'et' en italiques.

---

86. *Ibid.*

87. *Supra* note 4.

88. *Ibid* au para 151.

Piquée par l'insinuation qu'elle était en porte-à-faux avec l'approche téléologique, la juge Martin réplique à sa collègue, précisant ceci :

[...] bien 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 [mon soulignement]<sup>89</sup>.

Dans le paragraphe précédent de ses motifs, s'appuyant sur le passage de l'arrêt *Grant* vu plus tôt, la juge Martin avait réitéré l'importance de distinguer ces deux pôles métaméthodologiques, puisque « l'interprétation "téléologique" et l'interprétation "libérale" peuvent être confondues à tort » [mon soulignement]<sup>90</sup>.

Mais ce n'est pas tout, car dans *Poulin*, la majorité de la Cour suprême offre une autre réflexion pertinente relativement à la macro-interprétation de la *Charte canadienne*. En effet, s'appuyant encore sur l'arrêt *Grant*, la juge Martin débute son analyse sous la rubrique b) de ses motifs — « libellé de l'al 11*i*) » — en rappelant que l'interprétation téléologique doit d'abord et avant tout se pencher sur le libellé de la disposition de la *Charte*<sup>91</sup>. Les expressions sont alors scrutées à la loupe, décortiquées, dont « la peine la moins sévère » et le mot « entre », ainsi que l'anglais « *lesser punishment* » et « *between* »<sup>92</sup>. Aspect fort intéressant, la juge Martin poursuit en examinant les origines de l'article 11*i*), soulignant que son libellé, qui est détaillé et précis, se distingue de plusieurs autres droits garantis par la *Charte canadienne*, « 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) »<sup>93</sup>. Ce n'est pas le cas, écrit la juge Martin, s'agissant de l'article 11*i*), qui « énonce une règle d'application particulière »<sup>94</sup>, explique-t-elle.

Bref, on retrouve dans *Poulin* une méthode téléologique recalibrée et surtout contrastée avec l'interprétation large et libérale, mais aussi

---

89. *Ibid* au para 54.

90. *Ibid* au para 53.

91. *Ibid* au para 64.

92. *Ibid* aux para 65–68.

93. *Ibid* au para 70.

94. *Ibid*.

une grande attention sur le texte de la disposition de la *Charte*. Avec cela, le proverbial fruit était rendu mûr, en jurisprudence au pays, pour un grand coup de barre (une autre métaphore) au chapitre métaméthodologique, avec ce qui deviendra l'arrêt de référence, soit la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Québec inc*, rendue en 2020. Peut-être que l'image du « champ de bataille »<sup>95</sup> suggérée par le juge Stratas dans l'affaire *Boloh* n'était pas, en fin de compte, si exagérée que ça.

## 2. L'arrêt de principe : Québec inc (2020)

La question substantielle au centre de l'affaire *Québec inc* concernait l'article 12 de la *Charte canadienne* et il s'agissait, essentiellement, de savoir si une personne morale (société, compagnie) pouvait être la destinataire de la protection contre les traitements ou peines cruels et inusités. Bien que le jugement soit unanime quant à la conclusion que non, ce n'est pas le cas, car la portée du droit se limite aux êtres humains, les juges de la Cour suprême sont partagés 5-3-1 (ce dernier est le juge Kasirer, assis sur la clôture, si je puis dire, quant aux questionnements interprétatifs ; il renvoie simplement aux motifs du juge Chamberland de la Cour d'appel, sans prendre position davantage) dans leurs motifs et, en particulier, s'agissant de deux aspects : (i) la métaméthodologie d'interprétation de la *Charte canadienne* et, (ii) le recours au droit international dans ce processus, en tant qu'éléments pertinents et persuasifs. Sans vouloir ici diminuer l'importance du second<sup>96</sup>, je me concentrerai sur le premier aspect, à l'égard duquel il y a une confrontation épique (« champ de bataille ») entre la majorité, sous la plume des juges Brown et Rowe, et l'opinion minoritaire exprimée par la juge Abella.

Dans les motifs de la majorité, qui s'apparentent à un genre de traité-condensé sur l'interprétation constitutionnelle, on rappelle tout

---

95. *Boloh*, *supra* note 73 au para 21.

96. Pour une étude détaillée de cette dimension relative à l'interlégalité, dans l'arrêt *Québec inc*, *supra* note 73, aux para 19–47, dont la position majoritaire, incidemment, a été entérinée à l'unanimité par la Cour suprême dans l'affaire *R c Bissonnette*, 2022 CSC 23, voir ma synthèse dans Stéphane Beaulac, « Fascicule 23 : L'interprétation en droit constitutionnel » dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-Desbiens, dir, *JCQ Droit constitutionnel* (2011), en particulier n° 56.1–56.2. Voir aussi, pour plus de détails sur le rôle (limité) du droit international dans un exercice de réinterprétation de l'article 33, mon texte : 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) *Rev Const Stud* [à paraître].

d'abord une 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 »<sup>97</sup>, ce qui, partant, requiert de faire « montre de cohérence et d'uniformité dans les motifs qu'il expose »<sup>98</sup>. Concernant l'interprétation constitutionnelle, « un sujet aussi fondamental »<sup>99</sup>, cela est d'autant plus important, ajoutent les juges Brown et Rowe, entre autres en raison du lien entre la méthodologie d'interprétation, qui devrait être bien définie et cohérente, et le principe de la primauté du droit (en anglais, « *rule of law* »), en particulier la valeur de prévisibilité juridique<sup>100</sup>.

Sur la macro-interprétation de la *Charte canadienne* comme telle, l'affrontement se dessine dès les premiers paragraphes de la décision, où les juges majoritaires décident de formuler une observation préliminaire et générale dirigée à l'endroit de leur collègue la juge Abella, à qui on impute des carences d'application du « principe de la présence du texte de la Constitution ainsi que des considérations liées à l'objet, conformément à la méthode d'interprétation téléologique »<sup>101</sup> (références faites à *Big M Drug Mart* et à l'arrêt *Poulin*). Les juges Brown et Rowe reprochent à la juge minoritaire, pour l'essentiel, 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 »<sup>102</sup>. Le ton est donné, n'est-ce pas ?

Les explications qui suivent dans les motifs majoritaires de *Québec inc* font le point et, clairement, souhaitent effectuer un recalibrage — c'est-à-dire réorienter la métaméthodologie — des enseignements de *Big M Drug Mart* en ce qui concerne l'approche interprétative téléologique en matière de *Charte canadienne*. S'appuyant sur ce classique, mais aussi sur les arrêts *Poulin* et *Grant*, et en y ajoutant l'affaire *Caron c Alberta*<sup>103</sup>, on résume la situation en parlant « d'une approche "téléologique, libérale et contextuelle", qui doit être appliquée de façon "large

---

97. *Québec inc*, *supra* note 3 au para 3.

98. *Ibid.*

99. *Ibid.*

100. À l'appui de cette dernière affirmation, les juges majoritaires font référence à mon article de doctrine: Stéphane Beaulac, « "Texture ouverte", droit international et interprétation de la Charte canadienne » (2013) 61 SCLR 191 aux pp 192-93.

101. *Québec inc*, *supra* note 3 au para 4.

102. *Ibid.*

103. [2015] 3 RCS 311, 2015 CanLII 56 (CSC) [*Caron*].

et libérale" »<sup>104</sup>. Arrive ensuite l'ajustement méthodologique salutaire (un « *tweak* », dirait-on en anglais) :

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 » ; au para 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 [soulignement et italiques dans l'original]<sup>105</sup>.

Les juges majoritaires enchaînent avec ceci : « 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 » [italiques dans l'original]<sup>106</sup>. On fait ensuite référence à l'article de doctrine de Benjamin Oliphant<sup>107</sup> et à l'idée que le libellé des dispositions de la *Charte*, exprimant souvent en termes généraux les droits et libertés énoncés, demeure la « principale contrainte » pour l'interprète. En fait, les mots utilisés constituent des « limites externes » dans le cadre d'une interprétation téléologique. Par la négative, on renchérit avec une citation des motifs concordants du juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb)*<sup>108</sup> en 1987, voulant que la Constitution « ne saurait être considérée comme un simple contenant, à même de recevoir n'importe quelle interprétation qu'on pourrait vouloir lui donner »<sup>109</sup>. S'appuyant sur ce dernier passage, font remarquer les juges Brown et Rowe, la majorité dans l'arrêt *Caron* avait réaffirmé la « préséance [du] texte écrit de la Constitution »<sup>110</sup>.

---

104. *Québec inc*, *supra* note 3 au para 7.

105. *Ibid* au para 8.

106. *Ibid* au para 9.

107. *Supra* note 78.

108. [1987] 1 RCS 313, 1987 CanLII 88 (CSC) [*Re PSERA*].

109. *Ibid* au para 151.

110. *Caron*, *supra* note 103 au para 36 ; voir aussi au para 37.

Rien de nouveau sous le soleil, en termes de micro-interprétation, mais s'agissant de la métaméthodologie, on voit de façon éblouissante la volonté de la majorité dans *Québec inc* d'effectuer un exercice de recadrage de la macro-interprétation en matière de *Charte canadienne*. Sur l'importance de jauger correctement l'objet du droit à interpréter, la majorité demeure fidèle au message de *Big M Drug Mart* (repris dans *Poulin* et dans d'autres arrêts<sup>111</sup>), mais on ajoute ceci :

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. 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 [références omises et mon soulignement]<sup>112</sup>.

Cela étant, bien que la grille d'analyse soit toujours présentée sous le vocable de l'approche téléologique et demeure axée sur la détermination de ce que visent les droits et libertés, ainsi que la *Charte* plus largement, la juge Abella reproche à la majorité « le fait d'accorder une importance excessive au libellé clair »<sup>113</sup> des dispositions de la *Charte canadienne*, ce qui mènerait au retour d'une « interprétation purement textuelle »<sup>114</sup>, écrit-elle, une caractérisation que les juges Brown et Rowe rejettent vigoureusement : « Ces conceptions de l'interprétation constitutionnelle n'ont absolument rien en commun avec celles que nous appliquons et que notre droit requiert »<sup>115</sup>. Dans ses motifs minoritaires, la juge Abella semble en fait exagérer, voire dénaturer, la position majoritaire quand elle écrit : « Plutôt 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 ». Quoiqu'il soit encore trop tôt, toute proportion gardée, pour en être certain, la jurisprudence ultérieure ne donnerait pas raison

---

111. Les arrêts *R c Blais*, [2003] 2 RCS 236, 2003 CanLII 44 (CSC), et *R c Stillman*, 2019 CSC 40 sont par ailleurs cités.

112. *Québec inc*, *supra* note 3 au para 10.

113. *Ibid* au para 76.

114. *Ibid*.

115. *Ibid* au para 12.

à cette appréhension<sup>116</sup>, qui s'apparente davantage à un genre d'histoire du « Bonhomme Sept Heures ».

Le recalibrage métaméthodologique dans *Québec inc*, toutefois, est majeur et indéniable et a été fait au profit d'un rôle redevenu prédominant du texte de la *Charte canadienne* — sans toutefois y donner préséance, nuance-t-on — le libellé dans ses dispositions est non seulement le point de départ suivant l'approche téléologique, mais il agit surtout comme « principale contrainte » de l'interprétation constitutionnelle. Du coup, les mots choisis et employés constituent et doivent demeurer des « limites externes » dans le cadre d'un exercice qui reste résolument axé sur une chose, principalement : les objets visés par les droits et libertés, ainsi que ceux de la *Charte* en général, étant entendu par ailleurs qu'il faille faire attention de ne pas aller plus loin que ce qui est justifié à cet égard (en anglais, « *not to overshoot the actual purpose* », dicit *Big M Drug Mart*<sup>117</sup>).

### 3. L'arrêt Cité de Toronto (2021)

Le dernier arrêt de cette trilogie métaméthodologique du tournant de 2020 vient de l'affaire *Cité de Toronto*<sup>118</sup>, aussi un jugement partagé 5-4, mais avec une dissidence cette fois. Ce qui était en jeu dans cette affaire était une loi, adoptée durant une campagne électorale, qui redessine les limites des districts dans la ville de Toronto pour en réduire le nombre. L'argument d'ordre constitutionnel était fondé sur la liberté d'expression en vertu de l'article 2b) de la *Charte canadienne*, ainsi que sur le principe constitutionnel non écrit de la démocratie. Les cinq mêmes juges majoritaires de *Québec inc* s'entendent de nouveau dans *Cité de Toronto*, le juge en chef Wagner et le juge Brown prenant la plume ; la juge Abella était encore une fois en désaccord, rédigeant la dissidence pour elle et trois autres juges.

Au début des motifs, les juges majoritaires se prêtent aux incantations habituelles et se réfèrent aux arrêts classiques au sujet de l'interprétation de la *Charte canadienne* en général (*Big M Drug Mart*) et de

---

116. Voir Vanessa MacDonnell, « The 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, UBC Press, 2024, 369, aux pp 383–84.

117. *Supra* note 65 à la p 344.

118. *Supra* note 5.

la liberté d'expression plus particulièrement<sup>119</sup>. La nouveauté, et il faut le souligner à grands traits, est la référence aux motifs de la majorité dans *Québec inc*<sup>120</sup>, un nouveau 'classique' il faut croire, et ce, à l'appui de l'affirmation suivante : « Bien qu'une interprétation téléologique des droits protégés par la *Charte* doive commencer par le texte et s'y enraciner » [mon soulignement]<sup>121</sup>, cette dernière expression étant clairement un ajout, ici, à la formulation usuelle. Pour être sûr de réciter la prière dans son entier, on ajoute que l'exercice d'interprétation téléologique doit se faire, en outre, « sans aller au-delà de l'objet du droit, et être situé dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés »<sup>122</sup>. *Amen* et ainsi soit-il.

En scrutant en détail les motifs du juge en chef Wagner et du juge Brown, l'autre élément terminologique qui doit attirer l'attention (parce que ce n'est pas un accident, indubitablement) est l'expression « interprétation textuelle téléologique »<sup>123</sup>, que l'on trouve dans la section du jugement intitulée « rôle des principes constitutionnels non écrits : interpréter la Constitution et combler des lacunes ». C'est là qu'un autre grand coup de barre a été donné dans l'affaire *Cité de Toronto*, clairement dans un esprit de réhabiliter, voire de revigorer, l'importance des textes constitutionnels. Le juge en chef Wagner et le juge Brown expliquent que : « Les principes non écrits font partie de *notre droit* constitutionnel, en ce sens qu'ils font partie de la loi de fond sous-jacente aux termes écrits de la Constitution » [italiques dans l'original]<sup>124</sup>. Cela étant, ces éléments ne peuvent pas constituer une base autonome aux fins d'une demande d'invalidation de la loi.

Dans un échange dialectique avec la dissidence, la majorité rejette l'idée exprimée par la juge Abella<sup>125</sup> voulant que les rares cas où une loi échappe à la portée d'une disposition écrite, mais est néanmoins incompatible avec l'« architecture interne de la Constitution » ou avec sa « structure fondamentale », devrait ouvrir la porte à une possible invalidation sur la base de principes non écrits, de façon autonome.

---

119. Les arrêts *Ford*, *supra* note 29, et *Irwin Toy Ltd c Québec (PG)*, [1989] 1 RCS 927, 1989 CanLII 87 (CSC), sont cités.

120. *Supra* note 3 aux para 8–10.

121. *Cité de Toronto*, *supra* note 5 au para 14.

122. *Ibid.*

123. *Ibid* au para 53.

124. *Ibid* au para 50.

125. *Ibid* au para 170.

La vraie nature de ces éléments et leurs rôles en droit constitutionnel au pays sont expliqués ainsi :

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* [italiques dans l'original]<sup>126</sup>.

Concrètement, ces éléments — dont le principe démocratique — peuvent s'avérer utiles seulement dans deux situations, qui peuvent se recouper. Tout d'abord, pour interpréter une disposition constitutionnelle, ce qui signifie pour la *Charte canadienne* que « les principes non écrits aident les tribunaux à procéder à une interprétation téléologique »<sup>127</sup>, les juges majoritaires référant d'ailleurs au recalibrage métaméthodologique dans l'arrêt *Québec inc*<sup>128</sup>, qui s'appuie sur *Big M Drug Mart*<sup>129</sup>, bien entendu. En termes de macro-interprétation de la *Charte canadienne*, on est tenté d'ajouter, la boucle est bouclée, ou suivant le même thème métaphorique religieux, la messe est dite.

Pour être vraiment complet dans l'analyse de *Cité de Toronto*, bien que cet aspect ne soit pas réellement pertinent à mes fins, j'ajouterais que la majorité explique que la seconde situation où les principes constitutionnels non écrits sont utiles concerne ce qu'on appelle les « doctrines structurelles » de la Constitution. Ces doctrines sont d'application restreinte certes et incluent le contexte, justement, ayant donné lieu à l'articulation de ces éléments une première fois, dans le *Renvoi sur la sécession*<sup>130</sup> ; ils ont permis d'élaborer l'idée, dans l'hypothèse d'une déclaration de sécession par une province, d'imposer une

---

126. *Ibid* au para 54.

127. *Ibid* au para 55.

128. *Supra* note 3 au para 7.

129. *Supra* note 65 à la p 344.

130. *Supra* note 31.

obligation aux parties en présence de négociier de bonne foi une entente de sortie<sup>131</sup>.

Enfin, mais sans entrer dans les détails, notons que les juges majoritaires donnent trois raisons pour lesquelles les éléments constitutionnels non écrits ne peuvent pas constituer des bases autonomes pour invalider des mesures législatives. Les deux premières relèvent de préoccupations entourant le principe de la séparation, d'une part, et la primauté du droit, compte tenu de leur nature abstraite, voire nébuleuse, d'autre part<sup>132</sup>. Quant à la troisième raison, elle vaut la peine d'être discutée davantage puisqu'elle se rapporte à l'article premier et, surtout, à l'article 33 de la *Charte canadienne*<sup>133</sup>. Outre le fait que d'avoir des principes non écrits à la place d'articles substantiels de la *Charte* aux fins de l'invalidation d'une loi puisse mettre en péril le mécanisme de justification de son article premier, on y voit surtout le risque de court-circuiter la possible utilisation de la clause de dérogation.

Le plus significatif pour le présent article, certes, est de voir le juge en chef Wagner et le juge Brown expliquer que, dans ce dernier scénario :

[C]et aspect indéniable du compromis constitutionnel [qu'est 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'article 2 ou des articles 7 à 15 » *uniquement* [italiques dans l'original]<sup>134</sup>.

Bien que l'on comprenne que l'accent soit mis sur le dernier mot, et donc la portée limitée d'une possible dérogation, il faut remarquer deux choses : premièrement, la Cour suprême entérine la thèse voulant que l'article 33 soit un « compromis constitutionnel » et, deuxièmement, on accepte également l'idée que cette clause puisse permettre de conserver les « effets des mesures législatives » visées. S'agit-il d'éléments pour ou contre la thèse du maintien du pouvoir de contrôle judiciaire de la constitutionnalité en cas d'utilisation de l'article 33 de la *Charte* ? Il faut voir.

---

131. Voir en général Frédéric Bédard et Stéphane Beaulac, *Droit à l'indépendance – Québec, Monténégro, Kosovo, Écosse, Catalogne*, Montréal, Éditions XYZ, 2015 aux pp 58 et s.

132. *Cité de Toronto*, *supra* note 5 aux para 58–59.

133. *Ibid* au para 60.

134. *Ibid*.

### III. RÉFLEXION CRITIQUE

L'École de Montréal, en ce qui concerne la clause de dérogation de l'article 33 de la *Charte canadienne*, je l'ai annoncé plus tôt, se distingue par l'accent mis sur la méthodologie d'interprétation constitutionnelle, celle, comme l'ont écrit les juges Brown et Rowe dans *Québec inc*, qui est essentielle comme « moyen de promouvoir la primauté du droit, particulièrement grâce à la prévisibilité juridique »<sup>135</sup>. Avec égard, il s'agit de la carence majeure à la fois de l'École de McGill et de l'École de Sherbrooke, puisqu'elles se prêtent toutes deux à un exercice hautement textuel par rapport à l'article 33, dans le sens de voir son libellé autant comme le point de départ que comme des limites externes à son interprétation téléologique. De surcroît, ce faisant, l'interprétation que donnent Leckey et St-Hilaire (et leur respective compagnie) devient hautement littéraliste, voire formaliste, car le texte — chacun de ses mots, scruté et disséqué, le temps de verbe employé, etc. — devient une obsession. C'est le dernier volet quant à l'utilisation du libellé de l'article 33 qui est en porte-à-faux avec les enseignements de la Cour suprême du tournant de 2020.

En effet, réhabiliter le texte, revigorer son importance dans le cadre de la macro-interprétation constitutionnelle, ce n'est pas la même chose que de revenir à l'époque où le texte n'était pas le « début de l'histoire », mais pouvait, dans un sens, être « toute l'histoire » (en anglais, « *both the beginning and the end* ») en interprétation juridique<sup>136</sup>. Il est vrai que l'École de McGill, et même davantage l'École de Sherbrooke incluent dans leur analyse d'autres éléments interprétatifs, outre le texte de l'article 33 ; on fait référence à des éléments contextuels de la *Charte canadienne*, en plus de son « économie ». Mais le problème demeure entier, car leur exercice est fait manifestement suivant une perspective littéraliste et formaliste qui, pour reprendre la critique de la juge Abella dans ses motifs minoritaires dans *Québec inc*, accorde « une importance excessive au libellé »<sup>137</sup>, dans notre cas, à la

---

135. *Québec inc*, *supra* note 3 au para 4.

136. C'est une formulation que je fais dans mon *Précis d'interprétation législative*, *supra* note 28 — que le texte demeure le début de l'histoire, s'agissant d'interprétation, mais que ça ne peut plus être toute l'histoire — et reprise en jurisprudence ; voir par exemple les décisions de la Cour d'appel du Québec dans *Comité paritaire de l'industrie de l'automobile des régions Lanaudière-Laurentides c Costco Wholesale Canada Ltd*, 2020 QCCA 1540 au para 15 ; et *Fédération des transporteurs par autobus c Société de transport du Saguenay*, 2021 QCCA 1303 au para 51.

137. *Supra* note 3 au para 76.

disposition de dérogation. S'il est louable de reconnaître une prédominance retrouvée du texte en interprétation constitutionnelle, ce n'est toutefois pas la même chose que d'y donner une préséance allant au-delà du rôle de point de départ et de principale contrainte, ou limite externe, à l'approche téléologique en matière de *Charte*.

Suivant le principe de charité, qu'on aime suivre à notre Faculté lorsque l'on critique les travaux des collègues publicistes<sup>138</sup>, il faut souligner que, au début de la période où les écoles de McGill et de Sherbrooke se sont activées, c'est-à-dire dans la première moitié de 2019 (même avant pour St-Hilaire), ces auteurs n'avaient évidemment pas le bénéfice des arrêts de la trilogie du tournant des années 2020. Cela étant, l'aspect chronologique ou séquentiel tombe, ou se fracasse en fait, d'autant plus que dans leurs travaux plus récents, les derniers dans l'ouvrage collectif de 2024<sup>139</sup>, absolument aucune mention des arrêts *Poulin*<sup>140</sup> ou (surtout) *Québec inc*<sup>141</sup> n'est faite dans leur analyse<sup>142</sup>; seul *Cité de Toronto*<sup>143</sup> est cité.

D'ailleurs, dans ce dernier arrêt, la référence de Leckey est accessoire et superficielle — seul l'énoncé concernant les principes constitutionnels non écrits dans le *Renvoi sur la sécession*<sup>144</sup> semble pertinent — puisqu'elle se trouve lancée, sans plus, dans une note infrapaginale<sup>145</sup> à la fin de son texte de 2024. Ajoutons qu'elle est faite à l'appui d'une démonstration

---

138. Chez nous, le principe de charité est beaucoup associé à l'un de mes anciens collègues, le professeur Luc B Tremblay, qui non seulement dans ses écrits, mais dans ses relations en général est un modèle de bienveillance. Pour ma part, j'y travaille encore beaucoup, mais je ne suis manifestement pas rendu à son niveau encore.

139. Biro, *supra* note 11.

140. *Supra* note 4.

141. *Supra* note 3.

142. Une erreur que la Cour d'appel du Québec, toutefois, n'a pas faite dans sa décision du 29 février 2024, relativement à la *Loi 21 sur la laïcité*, dans l'affaire *Organisation mondiale sikhe*, *supra* note 12, où les paragraphes 8 à 10 de l'arrêt *Québec inc* sont cités aux paragraphes 434 et 435 des motifs et, surtout, où la juge en chef Savard et les juges Morissette et Bich suivent les enseignements des juges Brown et Rowe dans leur exercice d'interprétation constitutionnelle. Mais il faut noter que ladite référence à *Québec inc* est faite dans la partie du jugement de la Cour d'appel portant sur l'argument concernant l'article 28 de la *Charte* (égalité de garantie des droits pour les deux sexes) et non là où il est question de l'opportunité de revoir l'arrêt *Ford*, *supra* note 29, et la lecture de l'article 33 que fait la Cour suprême.

143. *Supra* note 5.

144. *Supra* note 31.

145. Leckey, « Legislative Choices », *supra* note 23 à la p 126, n 18.

(cet argumentaire est rejeté durement par l'École de Sherbrooke<sup>146</sup>) qui, encore ici, demeure axée de façon excessive sur le libellé de l'article 33, à savoir la clause crépusculaire (en anglais, « *sunset clause* »), que l'on trouve aux paragraphes 3, 4 et 5 de la disposition. En effet, à l'image d'un comptable cette fois, on prend le chiffre de cinq ans, qui est le délai maximum de la dérogation, prévu en toutes lettres dans la clause, on cherche ailleurs dans les articles de la *Charte canadienne* et, sans effort, on trouve le même délai de cinq ans à l'article 4, relativement à la durée des mandats des assemblées parlementaires<sup>147</sup>.

Le but de ce parallèle, on le comprend, est d'injecter dans l'analyse le principe constitutionnel non écrit relatif à la démocratie, mais les cinq ans comme porte d'entrée, c'est assez peu convaincant<sup>148</sup>. Formaliste, littéraliste, voire gauchement comptable (!), tout ça étant incompatible avec les enseignements de la Cour suprême dans sa trilogie de 2020 : oui, on réhabilite et revigore le texte dans *Québec inc.*, mais ces éléments doivent être relativisés (ne pas en faire une obsession, cela dit avec égard) et, surtout, ils doivent être considérés dans le cadre de l'approche téléologique, qui demeure axée résolument sur la détermination de l'objectif des droits et libertés, et plus largement sur le régime de la *Charte canadienne*.

## CONCLUSION : L'ÉCOLE DE MONTRÉAL

Après les critiques de McGill et de Sherbrooke, qu'est-ce que l'École de Montréal propose comme compréhension de la clause de dérogation, s'appuyant sur la métaméthodologie recalibrée venant de la trilogie d'arrêts du tournant des années 2020 ? Précisément, qu'en est-il de la question de savoir si les tribunaux peuvent exercer leur pouvoir judiciaire de contrôle de la constitutionnalité, et ce, même suivant l'utilisation de l'article 33 de la *Charte canadienne* ? Les généralités tout d'abord, s'agissant de la macro-interprétation de la *Charte*.

---

146. St-Hilaire, Focroulle Ménard et Dutrisac, *supra* note 27 aux pp 153–58.

147. Cet argument est développé dans Leckey et Mendelsohn, *supra* note 24 aux pp 203 et s.

148. Sans vouloir faire un traitement élaboré de cet aspect (avec l'espace limité ici), mentionnons simplement que la norme au pays est de quatre ans, et non de cinq ans, comme en témoignent toutes les lois relatives aux élections à date fixe ; voir par exemple au Québec, la *Loi modifiant la Loi électorale afin de prévoir des élections à date fixe*, LQ 2013, c 13. Plus important encore, à ma connaissance, aucun élément interprétatif, tiré par exemple des travaux préparatoires de la *Charte canadienne*, ne permet de voir logiquement un lien entre les cinq ans de l'article 33 et les cinq ans de l'article 4, un parallèle qui est tiré par les cheveux, dirait-on en français au Québec.

Selon les enseignements de la Cour suprême, l'expression qui sans doute résume le mieux l'exercice de macro-interprétation de notre régime sous la *Charte canadienne* est « interprétation textuelle téléologique », venant des motifs majoritaires dans *Cité de Toronto*<sup>149</sup>. Reprenons aussi l'ajout fait par le juge en chef Wagner et le juge Brown dans cet arrêt, selon lesquels l'approche téléologique quant aux droits et libertés protégés doit « commencer par le texte et s'y enraciner » [mon soulignement]<sup>150</sup>. Il en est ainsi, pour reprendre les mots du juge McIntyre dans *Re PSERA*<sup>151</sup> en 1987, comme cité par la majorité dans *Québec inc*<sup>152</sup>, parce que la Constitution « ne saurait être considérée comme un simple contenant, à même de recevoir n'importe quelle interprétation qu'on pourrait vouloir lui donner »<sup>153</sup>.

En même temps, cet exercice d'interprétation textuelle téléologique doit demeurer résolument axé sur la détermination de l'objet de la disposition de la *Charte*, ici l'article 33, tout en étant compris aussi à la lumière de ce que vise le régime en général, c'est-à-dire de procurer une protection juridique supralégislative en faveur des droits et libertés de la personne. À cet égard, le mot d'ordre est : interprétation téléologique ainsi que large et libérale, oui ; mais comme la juge Martin (majoritaire) le rappelle dans l'arrêt *Poulin*, ces deux pôles ne « peuvent être confondu[s] à tort »<sup>154</sup>. « Une pareille interprétation », en outre, expliquaient les juges Brown et Rowe dans l'arrêt *Québec inc*, « ne doit pas aller au-delà (ni, d'ailleurs, rester en deçà) de l'objet véritable »<sup>155</sup>. Et vu que, dans une large mesure, l'un alimente l'autre, il faut ajouter que la prédominance du texte « permet d'éviter d'aller au-delà de l'objet du droit »<sup>156</sup>. Par extension, cet aspect est important par rapport à n'importe quelle disposition de la *Charte canadienne*, y compris la clause de dérogation qui vise à faire exception à son application (en vertu de l'article 32), une dimension qui est cruciale, justement, pour bien comprendre l'objet somme toute limité de l'article 33, on le verra dans un moment.

---

149. *Supra* note 5 au para 53.

150. *Ibid* au para 14.

151. *Supra* note 108.

152. *Supra* note 3 au para 9.

153. *Re PSERA*, *supra* note 108 à la p 394.

154. *Poulin*, *supra* note 4 au para 53.

155. *Québec inc*, *supra* note 3 au para 10.

156. *Ibid*.

Maintenant, les spécificités de l'exercice, c'est-à-dire la micro-interprétation de la *Charte*. Le juge Dickson, dans *Big M Drug Mart*<sup>157</sup>, retenait plusieurs éléments, on le sait, pour déterminer quels sont les objectifs visés par la protection des droits de la personne. Ils méritent d'être énumérés de nouveau : (i) les « termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté », (ii) « la nature et les objectifs plus larges de la *Charte* elle-même », (iii) les « origines historiques des concepts enchâssés », (iv) si opportuns, « le sens et [...] l'objet des autres libertés et droits », et enfin (v) la *Charte* devant en outre « être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés »<sup>158</sup>. En ce qui concerne la clause de dérogation à l'article 33, bon nombre de ces éléments convergent vers la même chose, on le verra dans un moment ; d'autres, mais que je n'examinerai pas (comme le rôle nouvellement accru des arguments historiques en interprétation constitutionnelle), ajouteraient à la démonstration, dans le même sens sans doute<sup>159</sup>.

Tout d'abord, le mot-clé dans le texte de la *Charte*, soulignons-le à l'encre foncée, est « dérogation », comme dans l'expression « clause de dérogation », qui a toujours été celle favorisée justement par la Cour suprême, dès la première fois en fait qu'elle a traité de l'article 33, dans l'affaire *Protestant School Boards*<sup>160</sup> en 1984. Toutefois, le terme « dérogation » ne se trouve nulle part, en réalité, dans le libellé des cinq paragraphes de la disposition comme telle. Cela étant, le vocable ne tombe évidemment pas du ciel, inventé par les magistrats canadiens ; il vient clairement de la note marginale des deux premiers paragraphes de l'article 33, qui parlent respectivement de « dérogation par déclaration expresse », à l'article 33(1), et d'« effet de la dérogation » [mes soulignements], à l'article 33(2).

En interprétation législative, rappelons-le, même si les notes marginales n'ont pas la cote<sup>161</sup>, car elles ne font pas formellement partie de la loi — même chose pour la *Charte canadienne* —, on a toujours vu la Cour suprême se permettre d'utiliser l'information qui s'y trouve à titre

---

157. *Supra* note 65.

158. *Ibid* au para 117.

159. Pour une discussion sur le possible retour en force de l'argument historique en interprétation constitutionnelle, voir MacDonnell, *supra* note 116 aux pp 379 et s.

160. *Supra* note 31 à la p 68.

161. Voir Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4<sup>e</sup> éd, Toronto, LexisNexis Canada, 2002 aux pp 309–11.

d'argument<sup>162</sup>, quand cela s'y prête. En ce qui concerne l'interprétation de la *Charte canadienne*, on a accepté dans l'affaire *R c Wigglesworth*<sup>163</sup> l'argument fondé sur la note marginale de l'article 11, qui parle d'« affaires criminelles et pénales », pour aider à interpréter la portée des garanties juridiques prévues, qui visent à procurer des protections procédurales dans les affaires pouvant entraîner des conséquences pénales, mais pas au-delà de cet objectif (excluant les affaires privées, internes ou disciplinaires). Après avoir posé les nuances qui s'imposent, la juge Wilson exprime l'opinion suivante : « 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 »<sup>164</sup>.

Encore plus pertinent pour interpréter la clause de dérogation est de remarquer que le mot-clé « dérogation » dans la note marginale de l'article 33 se trouve sous une rubrique de la *Charte canadienne* intitulée « application de la *Charte* ». Beaucoup plus que les notes marginales, l'argument tiré des rubriques d'un texte normatif est vu comme ayant une force persuasive certaine, car l'information se trouvant dans ces intertitres fait partie intégrante de l'instrument comme tel<sup>165</sup>. C'est le cas de la *Charte*, comme la juge Wilson l'a souligné d'ailleurs dans cet arrêt *Wigglesworth*<sup>166</sup>. À vrai dire, depuis aussi loin que *Skapinker*<sup>167</sup> en 1984, un arrêt classique en interprétation constitutionnelle, on comprend que ces « rubriques ont été ajoutées de façon systématique et délibérée de manière à faire partie intégrante de la *Charte* », et que les tribunaux doivent « à tout le moins, en tenir compte pour déterminer le sens et l'application des dispositions de la *Charte* »<sup>168</sup>. Le juge Estey ajoute dans *Skapinker* que la force persuasive de cet argument pourra varier, en fonction de plusieurs facteurs, dont « la difficulté d'interpréter l'article à cause de son ambiguïté ou de son obscurité »<sup>169</sup>.

En ce qui a trait à l'article 33, comme les vifs débats doctrinaux en ont témoigné au cours des dernières années, nul doute peut-on dire

---

162. Voir par exemple : *Bell c Ontario Human Rights Commission*, [1971] RCS 756 à la p 759, 1971 CanLII 195 (CSC); et plus récemment, *Cie pétrolière impériale Itée c Canada; Inco Itée c Canada*, 2006 CSC 46 au para 57.

163. [1987] 2 RCS 541, 1987 CanLII 41 (CSC) [*Wigglesworth*].

164. *Ibid* au para 19.

165. Voir Sullivan, *supra* note 162 aux pp 305–06.

166. *Supra* note 163 au para 19.

167. *Supra* note 63.

168. *Ibid* à la p 376.

169. *Ibid*.

que cette disposition est ambiguë — à moins évidemment que l'on ne retombe dans une lecture formaliste et littéraliste des mots qu'on y trouve —, ce qui justifie de reconnaître beaucoup de poids à l'argument tiré de l'intertitre « application de la *Charte* ». Il permet d'ailleurs de valider le sens usuel du terme « dérogation » puisque, par définition, une dérogation se fait par rapport à quelque chose. Ici, on parlerait logiquement de dérogation à l'« application de la *Charte* », bien entendu. La version anglaise de cette rubrique, quant à elle, est intitulée « *application of the Charter* » ; dans les notes marginales des paragraphes 1 et 2 de l'article 33, le terme clé n'est pas « *derogation* » en anglais, mais plutôt « *exception* ». Cela semble aller dans le même sens qu'en français, c'est-à-dire qu'il serait question de faire « exception » (de faire « dérogation ») *to the* « *application of the Charter* » (à l'« application de la *Charte* »).

D'ailleurs, autres éléments hautement pertinents dans l'interprétation du régime de droits de la personne au pays, on le rappelait dans la synthèse de *Big M Drug Mart* plus haut, concernent la nature et les objectifs de la *Charte* dans son ensemble, ainsi que le sens et l'objet dans les autres dispositions. En ce qui concerne la clause de dérogation, de toute évidence, cela comprend au premier chef la seule autre disposition sous la rubrique « application de la *Charte* », la disposition très certainement la plus névralgique et certes des plus structurantes, à savoir l'article 32, dont la note marginale parle aussi de la même chose, soit l'« application de la *Charte* » / « *application of the Charter* ». Cette dernière disposition doit être au cœur de l'interprétation de l'article 33 parce qu'elle chevauche du coup plusieurs éléments de micro-interprétation répertoriés dans *Big M Drug Mart* : (i) elle fait partie intégrante de l'économie de la *Charte canadienne*, s'intéressant donc aux objectifs plus larges de son application en général ; (ii) l'article 32 est sous la même rubrique que la clause de dérogation (il y a seulement deux articles, à vrai dire) ; et (iii) vu que les articles 32 et 33 s'intéressent à l'application de la *Charte*, et non à des droits et libertés en particulier, ou qu'en substance, ils sont clairement des éléments d'interprétation contextuels, et ce, on ne peut plus immédiats, voire intrinsèques. C'est ce qui, selon une analyse micro-interprétative rigoureuse, devrait montrer logiquement que, pour bien comprendre l'article 33, il est beaucoup plus important d'inclure l'article 32 que de se référer aux dispositions en matière de redressements/réparations aux articles 24(1)

et 52(1), ou encore d'essayer de tracer des liens avec les droits démocratiques à l'article 4 de la *Charte* (comme les écoles de McGill et de Sherbrooke ont tenté de le faire).

\* \* \*

Quel est le rôle de l'article 32 comme élément de contexte important pour aider, dans la cadre d'une interprétation téléologique de la clause de dérogation, à déterminer le ou les objectifs visés par l'article 33 de la *Charte*? Quels pourraient être précisément les points à tirer de la disposition visant l'application de la *Charte* pour amener à mieux comprendre la disposition permettant la dérogation à la *Charte*? Ici, je n'ai pas plus que quelques pistes de réflexion, mais qui peuvent quand même s'avérer utiles. Elles sont le fruit d'une première analyse, qui demeure encore sommaire toutefois, des toutes récentes affaires à la Cour suprême portant, entre autres, sur des questions relatives à l'article 32 et à l'application de la *Charte*: l'arrêt *Dickson c Vuntut Gwitchin First Nation*<sup>170</sup> en matière autochtone, rendu en mars 2024, et l'arrêt *Power*<sup>171</sup>, concernant la réparation en dommages-intérêts sous la *Charte*.

*Vuntut Gwitchin*, tout d'abord. Loin de moi l'idée de faire un résumé exhaustif de cette décision de plus de 350 pages en quelques paragraphes de conclusion au présent texte. Il suffira de dire que cette affaire soulevait des questions de discrimination fondée sur le statut de non-résident au sein d'une communauté autochtone du territoire du Yukon, qui jouit maintenant d'une autonomie gouvernementale. Est-ce que l'exigence d'un statut de résidence pour se porter candidat aux élections porte atteinte au droit à l'égalité prévu à l'article 15 de la *Charte canadienne*? Mais aussi, qu'en est-il de l'article 25, qui souhaite maintenir certains droits et libertés des peuples autochtones, notamment ancestraux, par rapport aux enjeux de ce droit garanti? Outre ces aspects substantiels, toutefois, la question initiale du pourvoi concernait l'article 32 et l'application de la *Charte* au litige. Pour la majorité de quatre juges (dissidents en partie, les juges Martin et O'Bonsawin ensemble; dissident seul, le juge Rowe aussi), les juges Kasirer et Jamal ont donné les explications suivantes quant à l'interprétation de l'article 32 de la *Charte*:

---

170. 2024 CSC 10 (28 mars 2024) [*Vuntut Gwitchin*].

171. *Supra* note 81.

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. 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 [références omises et mon soulignement]<sup>172</sup>.

Suivent cet énoncé, qui voit la Cour suprême pour la première fois (à ma connaissance) invoquer l'approche téléologique pour interpréter l'article 32 de la *Charte canadienne*, les renvois habituels aux classiques relatifs à la métaméthodologie, c'est-à-dire *Big M Drug Mart* et *Hunter*, de même que des références à la doctrine.

Pour sa part, l'arrêt *Power* de juillet 2024, dont j'ai discuté brièvement plus haut, quoiqu'il concerne les dispositions de redressements/réparations (en anglais, « *remedies* »), traite aussi de l'application de la *Charte*, accessoirement. En effet, il fallait savoir comment concilier l'immunité (restreinte) de l'État — à la lumière de nos principes constitutionnels, dont la souveraineté parlementaire (que l'on distingue de la suprématie du Parlement britannique), la suprématie de la Constitution, la séparation des pouvoirs et le privilège parlementaire<sup>173</sup>, mais aussi le constitutionnalisme et la primauté du droit<sup>174</sup> — avec l'idée générale du régime de protection des droits de la personne en vertu de la *Charte*. D'où le lien que l'on fait entre l'application de la *Charte* (on se réfère à l'article 32, mais on aurait aussi bien pu inclure l'article 33 et les possibles dérogations) et les dispositions relatives aux redressements/réparations.

Pour la majorité de cinq juges (les juges Jamal et Kasirer, dissidents en partie ; les juges Rowe et Côté, aussi dissidents), le juge en chef Wagner et la juge Karakatsanis — après les incantations et références habituelles quant à l'approche téléologique<sup>175</sup> — font le lien entre « application » et « redressements/réparations », écrivant ceci : « 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 gou-

---

172. *Vuntut Gwitchin*, *supra* note 170 au para 45.

173. *Power*, *supra* note 81 aux para 48–52.

174. *Ibid* au para 53.

175. *Ibid* au para 27.

vernement responsable des violations de la Charte» [références omises, mon soulignement]<sup>176</sup>. En fait, cette idée avait été exprimée de façon puissante en ouverture du jugement, dans le tout premier paragraphe de leurs motifs : « Notre ordre constitutionnel repose notamment sur le principe fondamental selon lequel les tribunaux ont l'obligation de protéger les droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* d'une atteinte par l'État » [mon soulignement]<sup>177</sup>.

Sur la question précise qui nous occupe, de savoir si les tribunaux peuvent toujours jouer le rôle de gardien de la primauté du droit par le truchement de leur pouvoir de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, et ce, même si la clause de dérogation à l'article 33 de la *Charte* a été invoquée, le passage suivant des motifs du juge en chef Wagner et de la juge Karakatsanis est particulièrement intéressant : « 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 » [mon soulignement]<sup>178</sup>. Cette affirmation de la majorité dans *Power* suit des références aux arrêts de principe en matière de principes constitutionnels : le *Renvoi sur la sécession*, qui expliquait que ces principes « sont à la base de notre système de gouvernement »<sup>179</sup> ; et l'affaire *Doucet-Boudreau*, qui soulignait que les tribunaux ont pour fonction « de veiller attentivement au respect des droits garantis par la Constitution et au maintien de la primauté du droit »<sup>180</sup>.

La « table est mise », j'aurais le goût de mentionner pour terminer, surtout si l'on croit, comme moi, que l'article 32 de la *Charte* a toutes les raisons de devenir un élément fort important pour aider (dans le cadre d'un exercice recalibré, métaméthodologiquement) à faire une interprétation téléologique de la clause de dérogation à l'article 33. Mais au-delà de cet élément de micro-interprétation, ce que propose l'École de Montréal se résume à ceci : de suivre les enseignements de l'arrêt *Québec inc.*, notamment (et principalement) avec la nouvelle orientation macro-interprétative relativement à la *Charte canadienne*, et ce, pour mieux répondre à plusieurs questions entourant la clause de dérogation. Celle de savoir si les tribunaux peuvent toujours exercer

---

176. *Ibid* au para 30.

177. *Ibid* au para 1.

178. *Ibid* au para 56.

179. *Supra* note 31 au para 70.

180. *Supra* note 79 au para 110.

leur pouvoir de contrôle judiciaire de la constitutionnalité, suivant l'invocation de l'article 33, est l'une de ces grandes questions, qui devront à terme être tranchées par la Cour suprême<sup>181</sup> (il y a sans doute d'autres questions aussi, comme l'utilisation maximaliste faite dans les dossiers de la *Loi 21 sur la laïcité* et de la *Loi 96 sur le français*, on verra).

J'espère que le présent texte pourra faire œuvre utile à cet égard et que le professeur Jean-Denis Archambault en sera fier, de là-haut.

---

181. S'agissant du dossier de la contestation de la *Loi 21 sur la laïcité*, on sait maintenant que la Cour suprême s'y penchera, justement, dans les prochains mois. Permission d'appel accordée, voir *Commission scolaire English-Montréal, et al c Québec (PG), et al*, 2025 CSC, demande de pourvoir à la CSC accordée, 41231 (23 janvier 2025).