

## Rapport Canada/Québec

### Le constitutionnalisme à la croisée des chemins : Passé, présent et avenir du modèle canadien

Lise Brun et Patrick Taillon<sup>1</sup>

#### Avis aux lecteurs

**Le présent résumé n'a pas vocation à être cité ou publié. Il ne s'agit que d'une réponse préliminaire au questionnaire qui vise à aider, en temps utile, les rapporteurs de la Table ronde. Ce rapport de recherche permet de recenser et de synthétiser les informations pertinentes. Certains passages sont en caractère gras afin d'être repérés plus rapidement par le lecteur. Les notes de bas de page ont, la plupart du temps, été omises pour l'instant. De plus, certains exemples sont manquants, d'où la mention « à venir [...] » qui termine parfois les développements.**

Certains États sont plus « jeunes » que d'autres. Or, sous réserve des cultures et traditions orales autochtones, le Québec et le Canada n'ont connu ni le *protoconstitutionnalisme* de l'antiquité gréco-romaine ni le *préconstitutionnalisme* décrits avec brio par notre collègue Massimo Luciani dans sa contribution introductive de la présente table ronde. À cet égard, le Québec et le Canada appartiennent à ce que l'on appelle communément le « Nouveau monde ». Néanmoins, les entités qui composent la fédération canadienne comptent parmi les plus vieilles traditions parlementaires. Par exemple, l'Assemblée nationale du

---

<sup>1</sup> Les auteurs sont professeur et chercheuse postdoctorale (FRQSC) au Centre d'études en droit administratif et constitutionnel (CEDAC) de l'Université Laval.

Québec, créée à un moment où la Révolution française n'avait pas encore trouvé son dénouement, siège en continu, sans discontinuité, depuis 1792<sup>2</sup>.

En fait, les colonies britanniques du nord de l'Amérique se sont établies au moment où se dessinait ce troisième temps du constitutionnalisme que Massimo Luciani désigne comme étant le « constitutionnalisme proprement dit ». Par le développement et la consolidation de la démocratie parlementaire, notamment à travers le combat pour le gouvernement responsable, par la création d'une union fédérale ayant vocation à regrouper des colonies britanniques de plus en plus autonomes ainsi que par la consécration constitutionnelle de certains droits spécifiques dédiés à la protection linguistique et confessionnelle des communautés politiques franco-catholique et anglo-protestante, le Québec et le Canada ont contribué à ce constitutionnalisme classique ou moderne des XVIIIe et XIXe siècles.

Rejoignant le paradigme dominant de l'après-Seconde Guerre mondiale<sup>3</sup>, le fédéralisme canadien a évolué par la suite vers un choix encore plus résolu en faveur de la primauté des droits fondamentaux garantis par la Constitution et par son juge. L'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de la *Charte canadienne des droits et libertés* a consolidé à bien des égards le passage « de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle »<sup>4</sup>.

Néanmoins, en 1982, faute de consensus autour de l'ampleur de cette nouvelle mutation du constitutionnalisme canadien et peut-être déjà par crainte inconsciente de l'émergence concomitante de ce que Massimo Luciani nomme le « néo-constitutionnalisme », un compromis, au moins provisoire, a été trouvé afin

---

<sup>2</sup> *Acte constitutionnel, 1791*, [... REF]

<sup>3</sup> Lorraine E. WEINRIB, « Canada's *Charter*: Comparative Influences, International Stature », dans Debra M. McALLISTER et Adam M. DODEK (dir.), *The Charter at Twenty. Law and Practice 2002*, Toronto, Ontario Bar Association, 2002, p. 491.

<sup>4</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 72 (motifs unanimes de la Cour).

de préserver des formes résiduelles de souveraineté parlementaire héritées du modèle britannique<sup>5</sup>.

Bien que résolument engagé dans la primauté de la Constitution, des choix plus ou moins assumés, des compromis politiques négociés et un attachement aux racines britanniques amènent le constitutionnalisme canadien à cumuler des procédés, jugés par certains, incohérents avec le principe de primauté de la Constitution. Il en résulte une forme de constitutionnalisme qui, par attachement à la tradition de Westminster, préserve des formes résiduelles de souveraineté du parlement. Il s'ensuit que le constitutionnalisme canadien s'avère à bien des égards inclassable. Or, ce constitutionnalisme, propre au Canada, est aujourd'hui à la croisée des chemins. Dans son rapport introductif, notre collègue Massimo Luciani parle d'une nouvelle étape (la cinquième à son avis) dans l'évolution du constitutionnalisme. Cette étape, qui ne montre présentement que quelques signes avant-coureurs, il la nomme *constitutionnalisme reconstitutif* et il la définit comme une tentative de « récupérer, tout en les adaptant à la condition juridico-politique actuelle, les vénérables catégories du constitutionnalisme classique » à l'intérieur du cadre offert par le nouveau constitutionnalisme. Vu ainsi, le *constitutionnalisme reconstitutif* de Massimo Luciani apparaît, à certains égards, comme un retour du balancier ou une correction apportée au *nouveau constitutionnalisme*. D'autres cependant préféreront y voir une forme de synthèse entre ce dernier et le *constitutionnalisme classique*.

Dans le cas particulier de la fédération canadienne, de nombreuses ambiguïtés ont forgé l'histoire de la spécificité de son constitutionnalisme [*Titre 1 – son passé*] et alimentent aujourd'hui des clivages divisant profondément la communauté juridique canadienne, au premier chef les membres de la Cour suprême, et ce, sur des questions relatives aux rapports entre juges et politiques [*Titre 2 – son présent*]. Loin de s'estomper, ces débats sont appelés à culminer dans les

---

<sup>5</sup> Mark S HARDING, « Lament for “the Canadian Way”? Political Constitutionalism at the Special Joint Committee on the Constitution, 1980-81 », (2024) 28 *Review of Constitutional Studies* 147.

prochains mois à l'occasion d'un important litige dont l'objet central est la disposition de dérogation à *Charte canadienne des droits et libertés* [Titre 3 – son avenir]. Si, depuis ses origines, le constitutionnalisme canadien a toujours été à la croisée du *constitutionnalisme proprement dit* et du *néo-constitutionnalisme*, de plus en plus, il semble être à un tournant de son histoire. Par là même, il offre un terreau pour le moins fertile, au Canada et ailleurs dans le monde, à ceux qui souhaitent promouvoir ou critiquer les contours d'un possible constitutionnalisme reconstitutif.

## 1. Les ambiguïtés successives du constitutionnalisme canadien

S'ajoutant les uns aux autres bien avant la naissance officielle de la Confédération et jusqu'à aujourd'hui, les textes constitutionnels canadiens ne se sont jamais démarqués pour leur cohérence théorique et conceptuelle<sup>6</sup>. Loin d'avoir été inspirés par des théoriciens ou des philosophes, les responsables politiques qui ont négocié ces textes ont davantage été portés par la recherche de compromis politiques précis et ponctuels, laissant en quelque sorte le reste de la Constitution épouser la forme d'une constitution non écrite reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni<sup>7</sup>. Ainsi, à chaque étape de son évolution, l'ordre constitutionnel canadien cultive différentes ambiguïtés, souvent tirées de son attachement à la tradition de Westminster, qui tempère la portée du constitutionnalisme juridique porté par les deux grandes lois constitutives que sont le *British North America Act, 1867* [A] et la *Loi constitutionnelle de 1982* [B].

---

<sup>6</sup> Jean-Charles BONENFANT, « Le Canada et les hommes politiques de 1867 », *Revue d'histoire de l'Amérique française*, vol. 21, n° 3, 1967, p. 571, reproduit dans Amélie BINETTE, Patrick TAILLON et Guy LAFOREST (dir.), *Jean-Charles Bonenfant et l'esprit des institutions*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2018, p. 201.

<sup>7</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), préambule [...] REF : <https://www.sqrc.gouv.qc.ca/relations-canadiennes/institutions-constitution/codifications/loi-constitutionnelle-1867.asp>

## A. Un constitutionnalisme classique tempéré par un attachement à l'Empire britannique

La période de la Conquête britannique de 1760 à la création de l'union fédérale de 1867 a donné lieu à l'adoption de diverses réformes législatives du Parlement de Westminster qui peuvent aujourd'hui s'analyser comme autant de constitutions préconfédératives<sup>8</sup>. De cette période, il ressort une forme de participation du Québec et des colonies appelées à former la fédération canadienne à l'essor du constitutionnalisme moderne ou classique.

Toutefois, à la différence du constitutionnalisme né de la Révolution américaine, de la Révolution française et des différents printemps des peuples qui ponctuent l'histoire européenne du XIXe siècle, les colonies britanniques de l'Amérique du Nord ont durant cette période pratiqué un constitutionnalisme à la fois plus modeste et davantage précurseur. Autrement dit, l'ordre constitutionnel mis en place en 1867 par le *British North America Act* apparaît, à certains égards, en « recul » par rapport aux idéaux de liberté, de démocratie et d'égalité véhiculés à l'époque par d'autres constitutions, et ce, tout en épousant déjà, à d'autres égards, les traits du néo-constitutionnalisme qui caractérisent la seconde moitié du XXe siècle.

La fédération canadienne de 1867 pratique en effet un constitutionnalisme timide ou tempéré par de multiples facteurs. Parmi ceux-ci, on compte notamment l'attachement à la Couronne, à l'Empire britannique, aux institutions mixtes, etc. Il en résulte une démocratisation lente qui, à bien des égards, ne repose encore aujourd'hui que sur des usages qualifiés de conventions constitutionnelles. Conséquemment, les textes constitutifs de ce « dominion » britannique fondent ou confirment davantage les prérogatives d'une monarchie que le rôle du peuple ou de la nation. Ainsi, le contraste est vif avec les constitutions des États-Unis et

---

<sup>8</sup> Josée W. et Jacques-Yvan Morin [... REF]

d'autres États en Europe qui posent le peuple ou la nation en titulaire de la souveraineté et en bénéficiaire de la Constitution.

De plus, conceptuellement, le Canada de 1867 s'inspire du modèle de Westminster : il est pour l'essentiel organisé par des lois « ordinaires » du Parlement britannique et les règles de *common law*. À l'époque, il n'a officiellement pas de Constitution formelle, du moins il faut convenir que le législateur britannique ne raisonne pas en ces termes. Ainsi, l'ordre constitutionnel qui se met en place par la création de l'union fédérale de 1867 se revendique de l'héritage britannique de souveraineté du Parlement (ou suprématie législative).

Cela dit, l'Union fédérale de 1867 comporte, à plusieurs autres égards, des aspects avant-gardistes qui annoncent déjà le néo-constitutionnalisme. D'abord, la primauté des lois du parlement impérial sur les lois des colonies introduit une hiérarchisation des normes et rend possible, bien avant l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982, le contrôle par le juge de la constitutionnalité des lois. À l'instar de ce qu'on a observé avant la Déclaration d'indépendance dans les treize colonies américaines, il s'agit à l'époque d'un contrôle de la conformité des lois des parlements des entités fédérale et fédérés au contenu des lois impériales hiérarchiquement supérieures. Autrement dit, le Canada de 1867 se réclame d'un héritage britannique de souveraineté du parlement qui, en pratique, connaît déjà de multiples exceptions découlant de la primauté des lois impériales, du fédéralisme et de la protection de droits fondamentaux destinés à protéger la langue et la religion des deux communautés nationales (franco-catholiques et anglo-protestants) ayant consenti à cette union.

Les responsables politiques de la fédération canadienne, à l'intérieur de la marge d'autonomie politique que leur concèdent les autorités impériales britanniques, se sont également appuyés sur cette hiérarchisation des normes pour enchâsser des choix institutionnels qui reposent en vérité sur une forme de primauté de la Constitution. En effet, le fédéralisme commande un partage supralégislatif des compétences garantissant une autonomie, sans subordination, à chacun des

partenaires de la fédération. De même, la protection des deux communautés nationales qui négocient l'union fédérale de 1867, soit les franco-catholiques et les anglo-protestants, s'accompagne de la consécration d'une série de droits fondamentaux. Bien avant l'adoption en 1982 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le pouvoir judiciaire exerçait donc déjà un contrôle de la conformité des lois des entités fédérale et fédérés au regard des exigences du fédéralisme et des droits linguistiques et confessionnels garantis par le *British North America Act 1867*.

Du reste, le Canada de 1867 jette aussi les bases du nouveau constitutionnalisme qui caractérise les États de droit de l'après-Deuxième Guerre mondiale de par la confiance investie dans la figure du juge. En fait, la tradition juridique de *common law* a été depuis longtemps un terreau fertile à la reconnaissance et à la consolidation du rôle « créateur » du juge ou, du moins d'un rôle supplétif dans l'interprétation du droit commun. Or, au regard des sources constitutives de la fédération canadienne, le choix du Parlement de Westminster de ne pas codifier l'ensemble des fondements juridiques de la fédération a eu pour effet de favoriser le développement d'un vaste ensemble de sources constitutionnelles non écrites sur lesquels le juge a évidemment une emprise considérable. Partant, les tribunaux se sont appuyés à maintes reprises sur la mention du préambule à l'effet que le Canada dispose d'une « constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni<sup>9</sup> » afin de poser l'existence d'une Constitution non écrite qui représente la véritable « toile de fond » de l'ordre constitutionnel canadien.

## **B. Un nouveau constitutionnalisme tempéré par des reliquats de souveraineté parlementaire**

En 1982, le Canada s'est éloigné encore davantage du modèle britannique de souveraineté parlementaire par l'adoption de procédures spéciales de modification

---

<sup>9</sup> Dans sa version originale anglaise (la seule officiellement en vigueur : « ... with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom » : <https://www.sgrc.gouv.qc.ca/relations-canadiennes/institutions-constitution/codifications/loi-constitutionnelle-1867.asp>

de la Constitution et l'enchâssement d'un catalogue constitutionnel des droits : la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le constitutionnalisme juridique et la primauté de la Constitution en sont sortis renforcés à bien des égards, mais un reliquat de souveraineté parlementaire (et de constitutionnalisme politique) a malgré tout subsisté.

En ce qui concerne la modification des textes de la Constitution, la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* laisse coexister, d'un côté, plusieurs procédures complexes et multilatérales de révision de la Constitution (exigeant l'accord des chambres fédérales et d'un certain nombre d'assemblées législatives provinciales<sup>10</sup>) avec, d'un autre côté, des procédures unilatérales de modification de la Constitution. En fait, ces procédures unilatérales habilent les parlements de l'entité fédérale (article 44) ou des entités fédérées (article 45) à exercer une part résiduelle de la traditionnelle souveraineté du Parlement. Elles représentent une spécificité du constitutionnalisme canadien qui, de 1867 à aujourd'hui, a toujours permis la modification par voie législative de certains aspects des lois constitutives des pouvoirs exécutifs, législatifs et judiciaires. Or, que certains aspects de la Constitution formelle du Canada, telle que définie par l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>11</sup>, puissent être modifiables par une procédure parlementaire dite souple ou unilatérale peut apparaître, aux yeux de certains, comme une anomalie ou une incohérence du constitutionnalisme canadien. D'autres y verront, à l'inverse, l'expression de la spécificité d'un modèle canadien qui additionne, à sa manière, primauté de la Constitution et souveraineté du Parlement. En somme, alors que le constitutionnalisme suppose généralement la mise en place de procédure spéciale, complexe ou rigide de modification, l'héritage institutionnel britannique laisse subsister des modes de modification par

---

<sup>10</sup> Ce nombre varie selon le type de procédure : au moins les deux tiers des provinces représentant cinquante pour cent de la population à l'article 38, l'ensemble des assemblées législatives pour les matières mentionnées à l'article 41 et la ou les assemblées législatives concernées en ce qui concerne la modification des arrangements spéciaux de l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

<sup>11</sup> Et auparavant défini par l'article 7 du *Statut de Westminster, 1931*.

des lois matériellement constitutionnelles adoptées suivant la procédure législative habituelle des parlements des entités fédérale et fédérées.

Une part résiduelle de souveraineté parlementaire subsiste aussi en matière de protection des droits fondamentaux. En effet, la *Charte canadienne des droits et libertés* comporte une disposition de dérogation (article 33) grâce à laquelle les parlements des entités fédérale et fédérées peuvent faire échapper toute disposition législative au contrôle du juge pour une période, renouvelable autant de fois que nécessaire, de cinq ans, à l'exception de certains droits indérogeables. Dans une négociation qui s'enlisait depuis déjà plusieurs années, le compromis historique négocié qu'est la disposition de dérogation a permis de rallier la vaste majorité des provinces, attachées à la souveraineté parlementaire et opposées au projet initial de charte des droits.

Depuis, les avis divergent. Pour certains, la disposition de dérogation incarne la spécificité du modèle canadien de protection des droits marqué par la recherche d'un équilibre et d'un dialogue entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir politique. Pour d'autres, la dérogation reste une anomalie ou une entorse au principe du constitutionnalisme en réintroduisant une forme partielle de souveraineté parlementaire.

En embrassant depuis longtemps les bases de ce que plusieurs appellent le néo-constitutionnalisme, tout en conservant certains des traits qui caractérisent ce constitutionnalisme politique auquel le Royaume-Uni est attaché, l'évolution du constitutionnalisme canadien reste influencée par cette particularité des rapports entre primauté de la Constitution et souveraineté du Parlement. Il en résulte, au présent, de vifs débats au sein de la Cour suprême du Canada, sur des questions variées, mais qui se rattachent, de près ou de loin, à cette question des rapports interinstitutionnels entre juges et politiques et, par le fait même aux rapports entre constitutionnalisme proprement dit et néo-constitutionnalisme.

## 2. Les tiraillements contemporains au sein de la Cour suprême du Canada

Depuis 2020, les juges de la Cour suprême se sont engagés dans de virulents débats touchant à l'interprétation de la Constitution canadienne et, plus largement, aux limites de leur rôle dans le système constitutionnel du Canada. Relevant souvent de l'*obiter dictum*, ces discussions ont considérablement retenu l'attention de la littérature canadienne, peu habituée peut-être à observer chez eux des clivages judiciaires aussi prononcés, non seulement sur la résolution de litiges constitutionnels et l'interprétation de dispositions constitutionnelles spécifiques, mais aussi sur des questions constitutionnelles fondamentales.

À travers les motifs majoritaires et minoritaires se dessinent souvent les mêmes clivages, animés par les mêmes groupes de juges. Bien qu'il soit réducteur et encore prématuré de figer et de mettre des étiquettes sur ces différents positionnements, deux courants se dessinent au sein du plus haut tribunal canadien. D'un côté, on retrouve des juges plus « libéraux » et sûrement plus perméables aux idéaux du nouveau constitutionnalisme. Les juges Rosalie Silberman Abella, Sheilah L. Martin et Andromache Karakatsanis en font assurément partie. De l'autre, on observe l'arrivée à la Cour suprême de juges plus « conservateurs », plus déférents à l'endroit du politique et davantage sceptiques à l'égard d'un renforcement des pouvoirs des juges constitutionnels au nom d'une vision substantielle de la primauté du droit. Ces derniers sont plus « souverainistes », au sens européen du terme, dans la mesure où ils sont davantage attachés à la spécificité du modèle canadien. Ils sont aussi plus « souverainistes » par leur effort visant à préserver le pouvoir démocratique des élus et la part résiduelle de souveraineté parlementaire qui subsiste en droit canadien. Les honorables Malcolm Rowe, Russell Brown et Suzanne Côté sont incontestablement porteurs de ce courant<sup>12</sup>. Quant à eux, les juges Richard

---

<sup>12</sup> Ici, il est possible de noter que la couleur politique du Premier ministre, qui nomme les juges de la Cour suprême, n'est visiblement pas sans conséquence sur ces divisions observables aujourd'hui au sein du plus haut tribunal canadien. En effet, les juges Abella et Martin ont été toutes les deux nommées par des Premiers ministres appartenant au

Wagner, aujourd’hui juge en chef, Michael J. Moldaver, Nicholas Kasirer et, encore plus, les honorables Mahmud Jamal, Michelle O’Bonsawin et Mary Moreau, très récemment arrivés à la Cour suprême, semblent pour le moins tiraillés quant à leur positionnement au cœur de ces tendances de fond agitant l’évolution prétorienne du constitutionnalisme canadien<sup>13</sup>.

Ces nombreux clivages qui ponctuent la jurisprudence contemporaine de la Cour suprême du Canada offrent peut-être les signes avant-coureurs de ce *constitutionnalisme restructif* que Massimo Luciani appelle de ses vœux. Du moins, on peut se demander si la critique du néo-constitutionnalisme porté par les juges dits conservateurs de la Cour suprême du Canada n’est pas, à certains égards, animée par une volonté de tempérer dès à présent les conséquences et suites qui pourraient être données au néo-constitutionnalisme cher à l’aile plus libérale de la Cour. D’une autre perspective, il est sûrement aussi nécessaire de s’interroger sur les risques de trop contraindre la possibilité de continuer à tirer profit de certains développements du néo-constitutionnalisme en vue de bâtir un constitutionnalisme restructif plus axé sur la pleine et entière garantie des droits et libertés.

Chose certaine, entre ces deux camps, il se joue – au bras de fer des débats judiciaires – une série de nouveaux équilibres dans les rapports interinstitutionnels entre juge et politique. Certes, il faudra attendre encore longtemps avant de savoir

---

Parti libéral du Canada tandis que les juges Brown et Côté ont été choisis par le Premier ministre conservateur Stephan Harper. Or il n’est un secret pour personne que les libéraux ont toujours évité de nommer à la Cour suprême des juges connus pour leur scepticisme à l’égard de plusieurs idées phares du nouveau constitutionnalisme, notamment la célèbre métaphore de l’arbre vivant qui permet une interprétation dynamique de la Constitution, tandis que les conservateurs ont quant à eux au contraire favorisé des juristes a priori plus sensibles à l’importance de la déférence judiciaire à l’égard du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif et, encore plus, du pouvoir constituant canadien. Les juges Malcolm Rowe et Andromache Karakatsanis, respectivement nommés par le parti libéral et par le parti conservateur, ont quant à eux été choisis en raison d’autres considérations, notamment géographiques, ce qui peut expliquer que ces juges aient développé à la Cour suprême du Canada des positionnements plus inattendus au regard des Premiers ministres qui les ont portés à siéger au plus haut tribunal canadien.

<sup>13</sup> Notons simplement qu’à la date du présent prérapport les juges Abella, Moldaver et Brown ont tous les trois pris leur retraite de la Cour suprême.

si ces débats sont le signe avant-coureur d'une nouvelle étape du constitutionnalisme canadien ou s'ils ne sont finalement que ponctuels et passagers. Il n'en demeure pas moins que ces nouveaux clivages semblent pousser les membres de la Cour à choisir entre deux conceptions distinctes du rôle du juge. Or, ces deux conceptions embrassent des aspects fondamentaux, notamment en ce qui concerne les sources [A] et les sanctions [B] à la disposition du juge gardien de la primauté de la Constitution. Ils sont donc incontournables à toute réflexion sur les nouvelles frontières du constitutionnalisme.

### **A. Les sources : à la recherche d'un nouvel espace pour le juge constitutionnel**

Des clivages importants se sont manifestés ces dernières années au sein de la Cour suprême sur des questions relatives à l'influence de certains types de sources dans l'interprétation de la Constitution, en général, et de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en particulier.

Parmi ces clivages, deux thèmes sont particulièrement importants : la portée des principes constitutionnels non écrits et le rôle des sources tirées du droit international et du droit comparé<sup>14</sup>. Tous deux suscitent la controverse en ce qu'ils pourraient être porteurs d'un approfondissement du néo-constitutionnalisme au détriment, selon certains, de l'importance devant être accordée au texte de la Constitution et du respect de la séparation des pouvoirs. Pour les autres, au contraire, le recours aux principes non écrits et aux sources de droit international est indispensable afin de réduire la promesse de garanties des droits au cœur de l'idéal qu'est le constitutionnalisme.

---

<sup>14</sup> Par souci de concision, ce prérapport n'abordera pas la question de la fonction des valeurs constitutionnelles, elle aussi vigoureusement débattue par les juges actuels de la Cour suprême du Canada et identifiée par Massimo Luciani comme une autre facette controversée du néo-constitutionnalisme. Se référer ici notamment aux discussions survenues dans *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, 2018 CSC 32 et *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32.

Ces dernières années, des juges comme Malcolm Rowe, Suzanne Côté, Russell Brown, Michael J. Moldaver et le juge en chef Richard Wagner n'ont eu de cesse de rappeler les limites associées à l'exercice du pouvoir judiciaire et l'importance de la sécurité juridique. En particulier, en 2021, dans l'arrêt *Toronto c. Ontario*<sup>15</sup>, ces cinq juges ont explicité de nouveau que l'interprétation de la Constitution devait « être réalisée d'abord et avant tout par référence [au] texte [constitutionnel], et être circonscrite par celui-ci<sup>16</sup> ». À leur avis, les principes constitutionnels non écrits ne sauraient être utilisés autrement qu'à titre d'appui limité dans l'analyse téléologique d'une garantie constitutionnelle écrite ou en vue d'« élaborer des doctrines structurelles [pouvant] combler des lacunes et répondre à des questions importantes sur lesquelles le texte de la Constitution est muet<sup>17</sup> ».

Alors qu'un certain essor des principes sous-jacents à la Constitution avait marqué la jurisprudence de la Cour suprême de la fin des années 1990 et des années 2000, les motifs de la majorité dans l'arrêt *Toronto*<sup>18</sup> de 2021 marquent une forme de « cran d'arrêt »-en rappelant soudainement l'importance des sources écrites de la Constitution.

À l'opposé et témoignant de leur envie d'accroître l'utilité des principes constitutionnels non écrits, les juges plus libéraux, notamment Rosalie Silberman Abella, Sheilah L. Martin, Andromache Karakatsanis et Nicholas Kasirer, ont soutenu – dans des motifs dissidents – que les « principes non écrits peuvent être utilisés [y compris] pour invalider un texte de loi », en particulier « lorsque la loi échappe à la portée d'une disposition constitutionnelle expresse, mais est

---

<sup>15</sup> *Toronto (cité) c. Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 34, par. 170 (j. Abella, motifs diss.).

<sup>16</sup> *Toronto (cité) c. Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 34, par. 65 citant *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32, par. 9.

<sup>17</sup> *Toronto (cité) c. Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 34, par. 55 et 56. S'agissant des doctrines structurelles non expressément énoncées par la Constitution écrite, les juges majoritaires citent par exemple la possibilité pour le juge de s'attribuer le pouvoir de suspendre provisoirement l'effet d'une déclaration d'invalidité ou encore d'encadrer l'éventuelle sécession d'une province au sein de la fédération.

<sup>18</sup> *Toronto (cité) c. Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 34, par. 170 (j. Abella, motifs diss.).

fondamentalement incompatible avec l’“architecture interne” de la Constitution ou avec sa “structure constitutionnelle fondamentale” »<sup>19</sup>. En 2022, les juges Sheilah L. Martin et Andromache Karakatsanis ont explicité plus clairement que, pour elles, la défense de la structure constitutionnelle canadienne impliquait « de prévenir la conduite arbitraire de l’État<sup>20</sup> ». En somme, pour ces juges, la priorité doit toujours être donnée à la garantie des droits, quitte à encore renforcer le pouvoir des juges face aux autres pouvoirs de l’État.

Or, à travers ce clivage entre juges majoritaires et juges dissidents se dessine un débat plus large sur l’ampleur de la marge discrétionnaire du juge dans l’exercice du contrôle de constitutionnalité. Sans surprise, le même clivage s’est par conséquent aussi manifesté dans d’autres pans méthodologiques de l’interprétation de la Constitution canadienne, notamment la question du rôle du droit international et du droit comparé.

Ayant déjà agité plusieurs pays dans le monde, mais totalement inédit au sein du plus haut tribunal canadien, ce désaccord quant au rôle du droit comparé et du droit international dans l’interprétation constitutionnelle, en particulier celle de la *Charte*, s’est manifesté de manière spectaculaire en novembre 2020. En effet, alors que leurs collègues les juges Abella, Karakatsanis et Martin ont profité de l’affaire *Québec inc.* pour réitérer leur attachement à une méthode d’interprétation pragmatique et évolutive des dispositions textuelles de la *Charte canadienne des droits et libertés* permettant la prise en compte des obligations internationales du Canada, mais aussi d’une multitude de sources internationales non contraignantes et de droit comparé, les juges majoritaires Malcolm Rowe et Russell Brown, soutenus par les honorables Suzanne Côté, Richard Wagner et Michael J. Moldaver ont affiché pour la première fois leur préférence pour une forme de résistance à l’égard du recours à des sources non canadiennes. Puisqu’« en tant que document constitutionnel [...] “fait au Canada” [...], la *Charte* et ses

---

<sup>19</sup> *Toronto (cité) c. Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 34, par. 170 (j. Abella, motifs diss.).

<sup>20</sup> *R. c. McGregor*, 2023 CSC 4, par. 54 (j. Karakatsanis et j. Martin, motifs conc.).

dispositions sont interprétées avant tout au regard du droit et de l'histoire du Canada »<sup>21</sup>, le droit international et le droit comparé ne peuvent à leurs yeux, comme les principes constitutionnels non écrits, n'avoir qu'un « rôle limité d'appui ou de confirmation »<sup>22</sup> de l'analyse téléologique effectuée par le juge.

En somme, l'utilisation de ces sources « non-nationales », plus particulièrement la question du degré d'influence persuasive de ces sources dans l'interprétation des droits constitutionnels, oppose deux visions du constitutionnalisme. Il y a, d'un côté, les tenants d'un constitutionnalisme plus substantiel, axé sur l'accroissement de la garantie des droits, et ce, grâce à des « emprunts » sélectifs aux raisonnements et solutions juridiques provenant de l'extérieur du Canada. D'un autre côté, on retrouve des juges davantage attachés à une interprétation typiquement « canadienne » des droits ayant le mérite de préserver à la fois l'intégrité du droit constitutionnel du Canada, mais aussi la sécurité juridique et un respect strict de la séparation des pouvoirs.

Qu'ils aient touché au rôle que peuvent jouer des principes constitutionnels non écrits dégagés de manière prétorienne par le juge ou des sources internationales ou étrangères sélectionnés discrétionnairement par les tribunaux, ces désaccords survenus au sein de la Cour suprême témoignent de plus en plus de l'urgence de débattre plus franchement, au Canada, la question des limites et correctifs à apporter au néo-constitutionnalisme. Ces récentes discussions montrent deux chemins concurrents pour le constitutionnalisme reconstructif proposé par Massimo Luciani. Sans se dispenser totalement d'une réflexion sur les limites de la fonction judiciaire, le premier, celui proposé par les juges plus libéraux de la Cour suprême du Canada, accorde un plus grand pouvoir aux tribunaux et met l'accent sur la nécessité d'assurer une garantie pleine et entière des droits inscrits dans la Constitution. Le second, promu par les juges plus conservateurs du plus haut tribunal canadien, met l'accent sur la nécessité pour le constitutionnalisme d'encadrer, y compris le pouvoir des juges, en vue que soit respectée la volonté

---

<sup>21</sup> *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32, par. 20.

<sup>22</sup> *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32, par. 23.

politique exprimée par les autres branches de l'État tant qu'elles ne violent pas clairement les limites posées par le texte constitutionnel.

Or, si en matière d'interprétation constitutionnelle au Canada tout semble encore à être à construire en vue de continuer à trouver la voie la plus satisfaisante afin d'émerge cette voie du constitutionnalisme reconstitutif, les options semblent tout aussi nombreuses en ce qui concerne les sanctions que le juge peut s'octroyer en vue de remédier à un constat d'inconstitutionnalité.

### **B. Les remèdes à l'inconstitutionnalité : l'ampleur des sanctions judiciaires à imposer aux institutions politiques**

Le choix du remède ou de la sanction lors d'une inconstitutionnalité met directement en cause les rapports interinstitutionnels entre le juge et les institutions politiques.

Traditionnellement au Canada, on observe différentes tendances. D'un côté, différentes formes de retenue se sont manifestées :

- simple effet déclaratoire<sup>23</sup> [...];
- suspension de l'entrée en vigueur du jugement dans le temps pour laisser un délai au législateur [...].

D'un autre côté, le recours à des procédés nettement plus activistes ou, du moins, reconnaissant au juge une marge de manœuvre telle qu'il puisse lui-même interpréter la loi à la lumière d'un exercice de réécriture judiciaire :

- Reading in [...];
- Reading out [...];
- Ordonnance de faire [...].

---

<sup>23</sup> Arrêt *Kadhr*, **REF**

Cette variété de remèdes du modèle canadien de contrôle concret et *a posteriori* contraste fortement avec le remède unique associé, traditionnellement, au contrôle abstrait et *a priori* : soit celui qui consiste à empêcher la promulgation de la loi.

Or, ces dernières années, ces tensions quant au degré de retenue ou d'activisme associé à cette question du choix du remède a amené la Cour suprême à réévaluer les balises qui encadrent ce choix.

Dans *Ontario c. G*<sup>24</sup>, la Cour suprême dresse un bilan de ses pratiques en matière de sanction et de remède [...] La Cour énonce par la même occasion des critères à évaluer par les tribunaux canadiens au moment de choisir le remède approprié.

À bien des égards, ces critères s'inspirent d'une analyse de la proportionnalité. N'empêche que dans son analyse, la Cour mentionne un certain nombre de considérations qui témoignent de la recherche d'un complexe équilibre entre déférence et activisme judiciaire. [...] Plus récemment encore, à l'été 2024, à l'occasion de l'affaire *Power* la Cour s'est à nouveau divisée sur la question des remèdes et sanctions.

Il s'agissait de trancher la question de savoir si [...] la sanction déclaratoire de l'article 52 qui permet au juge de déclarer l'inconstitutionnalité de la loi pouvait être combinée avec les remèdes de l'article 24, soit l'octroi de dommages et intérêts aux individus à qui l'on a imposé l'application d'une loi s'étant à terme avérée inconstitutionnelle.

Pour les juges Andromache Karakatsanis, Sheilah L. Martin, Michelle O'Bonsawin, Mary Moreau et le juge en chef Richard Wagner, l'octroi de dommages et intérêts doit pouvoir s'ajouter à une déclaration d'inconstitutionnalité de la loi, du moins dans certaines circonstances.

---

<sup>24</sup> [Ontario \(Procureur général\) c. G](#), 2020 CSC 38, [2020] 3 R.C.S. 629, par. 79 à 159 (motifs de la juge Karakatsanis pour la majorité).

S'agissant d'une première au Canada, les juges de la majorité dans l'arrêt *Power* ont certes cherché à circonscrire un tel cas de figure à certains cas rares. Ainsi, selon eux, les juges canadiens détiennent le pouvoir de condamner l'État (autrement dit la Couronne) à verser des dommages-intérêts, mais uniquement lorsque les droits et libertés des requérants ont été limités par l'adoption d'une loi « clairement inconstitutionnelle ou participa[nt] d'un comportement de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir<sup>25</sup> ».

À l'inverse, pour les juges dissidents [...]

Critiquée par certains<sup>26</sup>, saluée par d'autres, la décision de la Cour suprême dans *Power* a pour effet de consolider davantage le pouvoir des tribunaux (*judicial empowerment*) de « punir » et de sanctionner le non-respect de la Constitution, du moins lorsque le législateur manifeste une intention [...] claire.

Là où les juges dissidents tentaient de préserver les droits, privilèges et immunités des assemblées parlementaires, les motifs majoritaires invitent désormais le pouvoir judiciaire à juger des motivations politiques et morales qui orientent les intentions du législateur afin de déterminer si nous sommes en présence d'une faute caractérisée (mauvaise foi ou abus de pouvoir).

### **3. L'avenir du pouvoir de dérogation : anomalie, compromis ou spécificité canadienne**

À ces différents litiges, où juges majoritaires et dissidents se divisent sur des visions concurrentes du rôle du juge et du politique, s'ajoutera bientôt une audition très attendue sur l'avenir de la disposition de dérogation de la *Charte canadienne*. Pour bien cerner l'importance de ce débat, il faut d'abord revenir sur les origines et le fonctionnement de cette disposition [A] avant d'examiner les options qui

---

<sup>25</sup> *Canada (Procureur général) c. Power*, 2024 CSC 26, par. 116.

<sup>26</sup> Stéphane SÉRAFIN, « Legal activists put the “notwithstanding clause” at risk », *National Post*, 24 juillet 2024, en ligne : « <https://nationalpost.com/opinion/stephane-serafin-legal-activists-put-the-notwithstanding-clause-at-risk>. Ces inquiétudes semblent aussi transparaitre en filigrane de l'opinion dissidente des juges Malcolm Rowe et Suzanne Côté. **Se référer à** : *Canada (Procureur général) c. Power*, 2024 CSC 26, par. 370 et 374.

seront plaidées devant la Cour suprême et le choc des visions du constitutionnalisme qui s'opposent dans ce débat [B] qui porte sur le recours à la dérogation dans la *Loi sur la laïcité de l'État* adoptée par le législateur québécois en 2019.

Au-delà de l'enjeu de la constitutionnalité de cette loi, ce litige à venir porte plus généralement sur l'avenir des rapports interinstitutionnels entre pouvoir judiciaire et pouvoir politique, du moins sur les questions relatives aux droits et libertés garantis par la *Charte*. En effet, la primauté des droits fondamentaux par le juge (article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) et la capacité des parlementaires de répliquer ou de se soustraire à la jurisprudence de la Cour suprême (article 33) sont au cœur de ce litige. La variété des arguments en présence ainsi que les contrastes des solutions soumises à la Cour par les parties au litige témoignent d'une certaine polarisation des points de vue et préfigure, au-delà des spécificités locales canadiennes, les tensions contemporaines que l'on observe partout entre, d'un côté, les partisans d'un approfondissement ou d'une consolidation du *néo-constitutionnalisme* et, de l'autre, ceux davantage favorables à une forme de *constitutionnalisme restructif* à l'instar de ce que propose Massimo Luciani en ouverture de cette table ronde.

### **a) Un reliquat de souveraineté parlementaire : le compromis politique de la *Loi constitutionnelle de 1982***

L'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés* confère aux parlements des entités fédérale et fédérées le pouvoir de déroger à certaines protections garanties par la *Charte*. Communément appelé disposition de dérogation ou « clause nonobstant<sup>27</sup> », [...]

---

<sup>27</sup> En français, outre les termes dérogation et nonobstant, certains préfèrent utiliser l'expression « disposition de souveraineté parlementaire ». En anglais, les expressions *notwithstanding clause*, *notwithstanding declaration*, *notwithstanding act*, *notwithstanding mechanism*, *override clause*, *legislative override*, *non-obstante clause* sont fréquemment utilisés de même que l'expression *parliamentary supremacy clause*. Stéphane Sérafin, [...REF, Ottawa]

Introduit lors de l'adoption de la *Charte* en 1982, l'article 33 permet à une législature de promulguer une loi qui échappe au contrôle de constitutionnalité, du moins au regard des dispositions de la *Charte* auxquelles cette loi déroge. La loi s'applique alors « nonobstant » l'interprétation des droits habituellement élaborée par les tribunaux.

La dérogation a été ajoutée dans le projet de *Charte* comme une solution de compromis lors des négociations fédérales-provinciales qui ont précédé l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle visait à répondre aux préoccupations des huit provinces qui s'opposaient fermement à la perte d'autonomie législative qu'impliquait l'élargissement du contrôle de constitutionnalité des lois.

Cette réforme constitutionnelle, le fédéral et les provinces la négociaient depuis la fin des années 1920. En marge de l'adoption du *Statut de Westminster 1931*, la question du rapatriement de la Constitution, c'est-à-dire de la canadianisation du pouvoir constituant, était à l'ordre du jour des relations fédérales-provinciales. À la fin des années 1970, Pierre Trudeau, Premier ministre fédéral et ancien professeur de droit constitutionnel à l'Université de Montréal, propose d'ajouter une charte constitutionnelle des droits et libertés à ce projet de rapatriement. Un front commun de huit provinces se forme alors afin de s'opposer à cette charte qui apparaît comme une limitation de l'autonomie des provinces et, plus globalement, comme une rupture avec l'héritage constitutionnel britannique.

Après avoir tenté d'imposer unilatéralement son projet de charte des droits malgré le désaccord de la vaste majorité des entités fédérées, Pierre Trudeau fut rappelé à l'ordre par la Cour suprême du Canada qui en septembre 1981 donne raison aux provinces qui s'étaient lancées dans une contestation judiciaire du projet de rapatriement<sup>28</sup>. Suivant l'avis de la Cour, les négociations avec les provinces sont conventionnellement obligatoires. Un consensus fédéral-provincial est donc nécessaire avant de modifier l'équilibre des pouvoirs au sein de la fédération.

---

<sup>28</sup> *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

Devant cette impasse des négociations, la disposition de dérogation s'est imposée comme un compromis de dernière minute. Dans les négociations de la nuit du 4 au 5 novembre 1981, des négociations auxquelles les représentants du Québec n'ont pas participé, l'ajout d'une dérogation est apparu comme un compromis permettant de sauvegarder – au besoin – la souveraineté parlementaire à laquelle la majorité des provinces étaient fermement attachées, tout en dotant le Canada de l'instrument constitutionnel de protection des droits auquel Pierre Trudeau tenait tant. Le contrôle des droits par le juge, qui existait par ailleurs déjà en vertu d'instruments quasi constitutionnels de protection des libertés, se trouvait ainsi consolidé par ce nouveau catalogue des droits, enchâssé dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais les parlementaires allaient conserver le pouvoir de se soustraire, ponctuellement, à ce contrôle.

Même s'il n'a pas fait l'objet initialement d'une longue réflexion théorique, ce compromis négocié a permis le développement accéléré de la protection des droits par le juge, tout en préservant un espace résiduel de souveraineté parlementaire. Il en résulte un modèle institutionnel où la protection des droits relève principalement de la responsabilité des juges, mais aussi accessoirement des politiques. De cette façon, le pouvoir constituant canadien a tenté à la fois d'embrasser le *néo-constitutionnalisme* (en élargissant le contrôle de constitutionnalité au regard d'une charte des droits), tout en maintenant un contre-pouvoir politique au contrôle des droits par le juge via la disposition de dérogation. Depuis, cette particularité du constitutionnalisme canadien suscite la curiosité de plusieurs comparatistes<sup>29</sup> qui saluent ou s'inquiètent de ce compromis mis en

---

<sup>29</sup> Parmi la littérature étrangère récente, consulter en particulier : Rosalind DIXON, *Responsive Judicial Review. Democracy and Dysfunction in the Modern Age*, coll. « Oxford Comparative Constitutionalism », Oxford, Oxford University Press, 2023, p. 206 et suiv. Voir aussi toujours en langue anglaise : « The Constrained Override: Canadian Lessons for American Judicial Review », (2024) 137 *Harvard Law Review* 1725. Finalement se référer en langue française notamment à : Victor FERRERES COMELA, « Chapitre I : Est-il légitime de contrôler la constitutionnalité des lois ? », dans Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome 3, coll. « Traités Dalloz », Paris, Dalloz, à la p.99 et suiv. ; Marie-Claire PONTHEAUX, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, 2<sup>e</sup> éd., coll. « Corpus. Droit public », Paris, Economica, 2021, p. 456 et suiv.

place par la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'exercice du pouvoir de dérogation est encadré, du moins, par des conditions de formes et de procédures.

Premièrement, la dérogation n'est possible que par l'adoption d'une loi. Outre le respect de l'ensemble des étapes du processus législatif, une loi dérogeant à la *Charte* doit comporter une *mention expresse*, soit une déclaration claire et explicite de la volonté du législateur de se soustraire à une ou plusieurs des dispositions de la *Charte*.

Deuxièmement, son domaine d'application est réservé aux droits garantis aux articles 2 et 7 à 15. Cela comprend l'ensemble des droits et libertés individuels, dont les droits de l'accusé, les libertés fondamentales et les droits à la vie, à la sécurité, etc. En vérité, seuls les droits linguistiques (articles 16 à 23), les libertés de circulation et les droits démocratiques (droit de vote et droit de se porter candidat des articles 3 à 5) sont indérogeables. En somme, ce sont l'essentiel des droits qui sont situés à l'extérieur à l'extérieur du périmètre de l'article 33.

Enfin, troisièmement, la dérogation connaît des limites temporelles. Prise isolément, une dérogation est temporaire. Elle a une durée de vie maximale de 5 ans. Après cette période, elle doit être explicitement renouvelée par une nouvelle législature. Cette limite temporelle vise indirectement à assurer un contrôle politique ou démocratique par les électeurs, en obligeant les législatures à réexaminer l'usage de cette disposition à un intervalle régulier qui tient compte des échéances électorales. Cela dit, dans la mesure où les débats d'une élection générale portent sur une grande variété de questions, ce contrôle politique et démocratique des électeurs demeure, dans les faits, bien relatif.

Ces conditions d'exercice du pouvoir de dérogation ont vite fait l'objet d'une contestation judiciaire. Dans une affaire qui a connu son dénouement en 1988 (l'arrêt *Ford*<sup>30</sup>) les requérants contestaient le recours à la dérogation dans une loi omnibus, c'est-à-dire dans une loi modifiant plusieurs lois. En effet, le Québec, qui

---

<sup>30</sup> *Ford c. Québec (procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

avait été écarté des négociations de dernière minute entourant le rapatriement de la Constitution, ne s'est jamais rallié à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Même encore aujourd'hui, et peu importe la couleur politique de la majorité au pouvoir, l'Assemblée nationale du Québec dénonce régulièrement l'adoption de cette nouvelle Constitution pour le Canada sans l'accord de la seule province majoritairement francophone. Ainsi, peu après l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le Québec a marqué son opposition à ce projet en insérant dans chacune de ses lois une disposition de dérogation<sup>31</sup>.

Or, à l'occasion de l'arrêt *Ford* de 1988, la Cour suprême a confirmé – à l'unanimité – la constitutionnalité de la loi omnibus de dérogation. En tranchant en faveur de cette utilisation préventive et systématique du pouvoir de dérogation, la Cour écrit : Il n'y a aucune raison d'exiger davantage en vertu de l'art. 33<sup>32</sup>. » Depuis, aucun tribunal n'a exercé à ce jour un contrôle substantiel de la raisonnable du recours à la dérogation.

---

<sup>31</sup> Le Québec a, dès le 23 juin 1982 et jusqu'en 1987, décidé d'adopter de nouveau toutes les lois en vigueur dans sa juridiction le 17 avril 1982, date d'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés, en insérant dans toutes ses lois une dérogation à la Charte canadienne. *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L. Q. 1982, c. 21. Par la suite et jusqu'en décembre 1985, les parlementaires québécois ont systématiquement inséré une dérogation globale à la Charte dans toutes les nouvelles lois adoptées dans la province. Cette pratique du parti québécois a pris fin en raison de l'élection d'un gouvernement libéral au Québec.

<sup>32</sup> *Ford c. Québec (procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, par 33 : « Avec égards pour le point de vue contraire, la Cour est d'avis qu'une déclaration faite en vertu de l'art. 33 est suffisamment explicite si elle mentionne le numéro de l'article, du paragraphe ou de l'alinéa de la Charte qui contient la disposition ou les dispositions auxquelles on entend déroger. Bien entendu, si l'on entend ne déroger qu'à une partie de la disposition ou des dispositions d'un article, d'un paragraphe ou d'un alinéa, il faut que des mots indiquent clairement ce qui fait l'objet de la dérogation. Pour autant que les exigences tenant au processus démocratique soient pertinentes, telle est la méthode employée dans la rédaction des lois pour renvoyer aux dispositions législatives à modifier ou à abroger. Il n'y a aucune raison d'exiger davantage en vertu de l'art. 33. Un renvoi au numéro de l'article, du paragraphe ou de l'alinéa contenant la disposition ou les dispositions auxquelles il sera dérogé suffit pour informer les intéressés de la gravité relative de ce qui est envisagé. Il n'est pas possible que par l'emploi du mot "expressément", l'on ait voulu obliger le législateur à alourdir une déclaration faite en vertu de l'art. 33 en y reproduisant textuellement la disposition ou les dispositions de la Charte auxquelles il entend déroger, ce qui, dans le cas de la disposition dérogatoire type en cause, l'obligerait à être particulièrement prolix. »

## **b) L'avenir du pouvoir de dérogation : un carrefour de propositions**

La disposition de dérogation de la Charte canadienne s'inscrit dans la tradition de Westminster : constitutionnalisme politique, attachement à la souveraineté parlementaire, contrôle de constitutionnalité « faible », etc.

Elle se distingue à plusieurs égards des dispositions de dérogation que l'on retrouve parfois dans les instruments internationaux de protection des droits. [...]

Assimilé à l'enclenchement d'une arme constitutionnelle nucléaire, le recours à l'article 33 de la Charte canadienne des droits et libertés était dit abandonné, voire tabou<sup>33</sup>. Il occupe pourtant aujourd'hui de nouveau une place importante dans les débats juridiques au Canada. Depuis 2018, d'un bout à l'autre de la fédération, des dérogations aux droits des Canadiens sont fréquemment envisagées et, parfois, certaines sont incorporées dans des textes législatifs<sup>34</sup>. Les controverses entourant ces dérogations sont vives. La pratique constitutionnelle au Canada laisse observer des tensions entre un système canadien de souveraineté parlementaire » et la « suprématie constitutionnelle » consolidée en 1982 par l'adoption de la Charte canadienne des droits et libertés<sup>35</sup>.

Quantitativement, selon certains, les parlementaires usent aujourd'hui de manière plus fréquente de leur faculté de déroger à la Charte<sup>36</sup>.

Surtout, plusieurs changements d'ordre qualitatif dans le maniement de la dérogation laissent à penser que cette fréquence pourrait encore augmenter. Les

---

<sup>33</sup> Adam DODEK, « The Canadian Override: Constitutional Model or *Bête Noire* of Constitutional Politics? », (2016) 49 *Israel Law Review* 45, 62.

<sup>34</sup> Nous faisons ici référence et pour le reste du texte à l'intégration d'une dérogation aux droits et libertés constitutionnels dans tout texte législatif, que celui-ci ait été finalement voté et soit entré en vigueur ou non.

<sup>35</sup> Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 RCS 217, par. 72.

<sup>36</sup> Voir par exemple : Caitlin Salvino, « A Tool of the "Last Resort": A Comprehensive Account of the Notwithstanding Clause Political Use from 1982-2021 », (2022) 16 *Journal of Parliamentary and Political Law* 11 et Tsvi Kahana, « The Notwithstanding Clause in Canada: The First Forty Years », (2023) 60 *Osgoode Hall Law Journal* 1.

premiers concernent l'identité des autorités envisageant de recourir à l'article 33 de la Charte. Jusqu'à très récemment, seuls le Québec, le Yukon, la Saskatchewan et l'Alberta avaient déjà tenté de recourir au moins une fois à la disposition de dérogation. Récemment, les partis désormais majoritaires en Ontario et au Nouveau-Brunswick ont témoigné eux aussi pour la première fois de leur volonté d'y recourir. De la même manière, alors qu'aucune dérogation n'a jamais été introduite dans un texte législatif d'origine fédérale<sup>37</sup>, plusieurs dirigeants du Parti conservateur du Canada, dont le chef et sûrement futur Premier ministre Pierre Poilievre<sup>38</sup>, se sont prononcés en faveur d'utilisations futures de l'article 33 de la Charte au niveau fédéral, notamment en vue de contourner certaines décisions de la Cour suprême du Canada faisant peser un risque d'inconstitutionnalité sur plusieurs de leurs promesses électorales en matière de répression de la criminalité<sup>39</sup>.

Le caractère désormais décomplexé du recours à l'article 33 se reflète aussi dans l'objet des dérogations envisagées ou effectuées. Entre 1982 et 2001, bien que toujours importantes, la grande majorité des dérogations à la Charte canadienne demeuraient somme toute d'ordre symbolique, voire peu controversée<sup>40</sup>. C'est le

---

<sup>37</sup> Une telle utilisation n'a jamais été évoquée publiquement, y compris par la majorité de l'ancien Premier ministre conservateur Stephen Harper, dont plusieurs lois phares ont pourtant été déclarées inconstitutionnelles par les juges de la Cour suprême du Canada. Voir : Adam DODEK, « The Canadian Override: Constitutional Model or *Bête Noire* of Constitutional Politics? », (2016) 49 *Israel Law Review* 45, 64.

<sup>38</sup> Joël-Denis BELLAVANCE, « Un naufrage libéral à l'horizon », *La Presse*, 7 avril 2024, en ligne : « <https://www.lapresse.ca/contexte/justin-trudeau-a-t-il-un-avenir-politique/2024-04-07/un-naufrage-liberal-a-l-horizon.php> ». La prochaine élection fédérale est prévue pour octobre 2025.

<sup>39</sup> Pour plus de détails, consulter : Stuart THOMSON, « Pierre Poilievre prepares to embrace the notwithstanding clause – and all its controversy », *National Post*, 1 mai 2024, en ligne : « <https://nationalpost.com/news/canada/pierre-poilievre-embraces-notwithstanding-clause> ».

<sup>40</sup> Au regard des objectifs du présent texte, nous ne ferons référence qu'à certaines dérogations pour illustrer notre propos. Nous aurions pu néanmoins faire des développements similaires avec d'autres recours à l'article 33 de la *Charte*. Pour des analyses détaillées entourant toutes les dérogations effectuées dans les trois premières décennies d'existence de la *Charte*, consulter : Caitlin SALVINO, « A Tool of the “Last Resort”: A Comprehensive Account of the Notwithstanding Clause Political Use from 1982-2021 », (2022) 16 *Journal of Parliamentary and Political Law* 11 et Tsvi KAHANA,

Québec qui en a le plus fait usage. Dans une autre perspective, les parlementaires québécois ont aussi dérogé à de nombreuses reprises à la Charte canadienne, notamment à son article 15 protégeant le droit à l'égalité, en vue d'éviter des poursuites à l'encontre de plusieurs législations instaurant des systèmes de pension particuliers, notamment accessibles aux femmes ou aux enseignants publics ayant quitté un ordre religieux en cours de fonction, afin de corriger les effets de certaines politiques, parfois discriminatoires, ayant été mises en œuvre par le passé<sup>41</sup>.

Or, depuis 2018, la quasi-totalité des dérogations débattues ou adoptées porte sur des sujets extrêmement sensibles au regard de la culture des droits de la personne. À ce titre, elles ont d'ailleurs suscité de vives discussions en raison de leur impact sur la garantie des droits et libertés de minorités, dont certaines n'ont pas le droit de vote, ainsi que sur la stabilité des règles du jeu démocratique. Ainsi, ces dernières années, le recours à l'article 33 de la Charte a été envisagé ou concrétisé lors de l'adoption de mesures aussi diverses que des changements quant aux limites des quartiers électoraux durant une campagne électorale municipale, l'encadrement des dépenses préélectorales, la suppression d'exemptions non médicales à une obligation de vaccination des enfants scolarisés dans le secteur public, l'interdiction du port de signes religieux par certains fonctionnaires en position d'autorité, le renforcement de la protection de la langue française, en particulier par de nouvelles obligations à l'endroit des entreprises québécoises, le financement public à destination de la scolarisation d'élèves non catholiques dans des écoles catholiques ou encore l'obligation d'obtention du consentement des parents avant une transition sociale de genre d'un élève de moins de 16 ans.

---

« The Notwithstanding Clause in Canada: The First Forty Years », (2023) 60 *Osgoode Hall Law Journal* 1.

<sup>41</sup> Caitlin SALVINO, « A Tool of the "Last Resort": A Comprehensive Account of the Notwithstanding Clause Political Use from 1982-2021 », (2022) 16 *Journal of Parliamentary and Political Law* 11.

Certes, entre 1982 et 2001, plusieurs recours à la disposition de dérogation ont été eux aussi particulièrement critiqués en raison de leur impact sur les droits fondamentaux de minorités ou en situation de vulnérabilité. Ainsi, en 1988, le Québec dérogea à la Charte canadienne en réponse à une décision de la Cour suprême du Canada déclarant contraires à la liberté d'expression certaines dispositions de la Charte de la langue française, plus couramment connue comme étant la « loi 101 », prohibant totalement l'utilisation de l'anglais dans toute publicité commerciale extérieure, ce qui fut fortement décrié non seulement dans le reste du Canada, mais aussi parmi une partie de la population québécoise notamment anglophone<sup>42</sup>. Dans le même ordre d'idées, en Alberta, l'article 33 de la Charte a permis l'adoption de lois limitant le montant des dommages-intérêts pouvant être obtenus par des personnes ayant été contraintes par l'État de subir une stérilisation ou encore ayant tenté de restreindre la définition du mariage à l'union entre un homme et une femme. Par ailleurs, en Saskatchewan en 1986, une dérogation a été insérée dans un texte de loi afin de forcer le retour au travail de travailleurs laitiers en grève.

Néanmoins, les discours justifiant de telles utilisations aussi controversées au regard des promesses du constitutionnalisme juridique ont évolué depuis l'entrée en vigueur de la Charte. De manière générale, depuis 1982, qu'ils aient été préventifs, en réponse à une décision de justice, ciblés ou globaux, les recours à la disposition de dérogation ont somme toute peu souvent été accompagnés d'une défense politique d'une interprétation poussée des droits et libertés constitutionnels devant prévaloir face à celle des tribunaux<sup>43</sup>. Pour autant, jusque

---

<sup>42</sup> Cette décision de recourir à l'article 33 a été d'autant plus critiquée que les juges de la Cour avaient estimé que l'obligation d'un contenu en français plus prééminent aurait été quant à elle constitutionnelle. Cette voie moins radicale a d'ailleurs été suivie dès 1993 afin de ne pas renouveler la première dérogation de 1988.

<sup>43</sup> Lorsqu'elle existe, une telle interprétation concurrente reste souvent très embryonnaire. Par exemple, le gouvernement du Québec a tenté de justifier le recours à l'article 33 de la *Charte* en vue de sauvegarder le droit des Québécois à défendre leur identité distincte au sein du Canada, notamment en ce qui concerne la laïcité et la question linguistique. Ce discours justificateur est néanmoins souvent critiqué en raison de sa faiblesse. Voir par exemple : Noura KARAZIVAN et Jean-François GAUDREULT-DESBIENS, « Rights

dans les années 2000, de nombreux commentaires insistaient toujours sur le caractère exceptionnel de l'utilisation de l'article 33 de la Charte<sup>44</sup>. Désormais, l'usage de la disposition de dérogation est presque présenté comme anodin par les gouvernements et les parlementaires choisissant d'y avoir recours<sup>45</sup>.

Bien plus, ces discours justificateurs frôlent parfois une forme de populisme constitutionnel<sup>46</sup>. Ainsi, le recours à la dérogation a déjà permis des attaques frontales aux tribunaux soulignant à l'envi l'illégitimité des juges à contrôler les décisions de parlementaires élus. Au Canada, le Premier ministre de l'Ontario, Doug Ford, est particulièrement connu pour de telles sorties. En 2018, après qu'un juge n'ait déclaré inconstitutionnelle la loi de sa majorité qui modifiait en pleine élection municipale les limites des quartiers de la ville de Toronto, il fut on ne peut plus clair quant à la manière dont il entendait recourir à la disposition de dérogation : « je ne serai pas timide » car « si vous voulez faire de nouvelles lois en Ontario ou au Canada, vous devez d'abord obtenir un mandat de la population et être élu [...] J'ai été élu par 2,3 millions de personnes [le juge Belobaba] a été nommé par un seul homme<sup>47</sup> ». En somme, puisque l'utilisation actuelle de

---

Trivialization, Constitutional Legitimacy Deficit, and Derogation Clauses : the Example of Quebec's *Laïcité Act* », (2020) 99 *Supreme Court Law Review* (2<sup>nd</sup>) 487, 503 et suiv.

<sup>44</sup> Par ses recherches où elle expose l'existence, du moins dans le reste du Canada, d'une « norme politique d'usage rare de la disposition de dérogation », Caitlin Salvino en a fait la nette démonstration. Se référer à : Caitlin SALVINO, « A Tool of the "Last Resort": A Comprehensive Account of the Notwithstanding Clause Political Use from 1982-2021 », (2022) 16 *Journal of Parliamentary and Political Law* 11.

<sup>45</sup> Caitlin SALVINO, « A Tool of the "Last Resort": A Comprehensive Account of the Notwithstanding Clause Political Use from 1982-2021 », (2022) 16 *Journal of Parliamentary and Political Law* 11, 58.

<sup>46</sup> Jan-Werner Müller, certainement le théoricien du populisme le plus réputé, définit le populisme constitutionnel comme une tolérance des institutions tant que celles-ci ne s'opposent pas aux vues de ceux qui prétendent être les seuls à représenter adéquatement le peuple et une utilisation des outils établis par la Constitution aux fins d'assoir coûte que coûte ce qui est estimé comme étant l'unique voie politique désirable. Voir notamment : Jan-Werner MÜLLER, « Populism and Constitutionalism », dans Cristóbal ROVIRA KALTWASSER, Paul TAGGART et Paulina OCHOA ESPEJO et Pierre OSTIGUY (dir.), *The Oxford Handbook of Populism*, coll. « Oxford Handbooks », Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 590.

<sup>47</sup> Caitlin SALVINO, « A Tool of the "Last Resort": A Comprehensive Account of the Notwithstanding Clause Political Use from 1982-2021 », (2022) 16 *Journal of Parliamentary and Political Law* 11, 49.

l'article 33 de la Charte canadienne ne soulève a priori peu, voire aucune sanction dans les urnes, surtout car il permet le plus souvent de restreindre les droits fondamentaux de minorités sans restreindre ceux de la majorité de la population, cet outil constitutionnel apparaît de plus en plus utilisé, car il laisse espérer la possibilité de faire des gains électoraux.

Tous ces éléments démontrent bien qu'une « banalisation/dramatisation » du débat sur la dérogation aux droits. Pour autant, il est sûrement encore trop tôt pour savoir si cette période constitue une parenthèse ou un tournant décisif dans l'histoire constitutionnelle canadienne<sup>48</sup>. Ces utilisations plus récurrentes de la disposition de dérogation ont au moins le mérite de susciter des débats vigoureux sur l'orientation à donner au modèle canadien de constitutionnalisme. Même pour ceux qui sont davantage attachés à son versant juridique, il peut y avoir dans ce moment troublé une occasion de réactiver le sentiment d'adhésion à la Charte et l'attachement des Canadiens à la garantie juridictionnelle de la Constitution.

Une discussion autour de la légitimité du recours à la disposition de dérogation sur la place publique a néanmoins été jugée insuffisante par beaucoup. Sans grande surprise, le débat quant au rôle de l'article 33 de la Charte ainsi que des équilibres à maintenir entre constitutionnalisme politique et constitutionnalisme juridique au Canada s'est déplacé devant les tribunaux.

Au Canada, dans le cadre des débats relatifs à la possibilité pour les législateurs de déroger aux droits et libertés, les juges de la Cour suprême sont de plus en plus ouvertement pressés de s'engager dans un tel renforcement du pouvoir judiciaire. Afin de mettre un coup d'arrêt à la banalisation du recours à l'article 33 de la Charte, la communauté juridique canadienne ne manque pas d'imagination. Les propositions peuvent être rangées en deux grandes catégories.

---

<sup>48</sup> De cet avis également : Richard MAILEY, « The Notwithstanding Clause and the New Populism », (2019) 28 *Constitutional Forum* 9 ; Caitlin SALVINO, « A Tool of the “Last Resort”: A Comprehensive Account of the Notwithstanding Clause Political Use from 1982-2021 », (2022) 16 *Journal of Parliamentary and Political Law* 11, 58.

D'une part, plusieurs souhaiteraient voir le plus haut tribunal canadien exiger que les parlementaires, pour déroger aux droits et libertés, démontrent que des conditions renforcées, de forme, voire de fond, soient remplies. Entre autres est évoquée la possibilité de prohiber les dérogations préventives, de requérir la démonstration de la raisonnable, au regard de la norme de la « société libre et démocratique », du recours à l'article 33 ou encore d'accroître la liste des droits indérogables.

D'autre part, prônant une voie moins frontale, certains aimeraient qu'une forme de contrôle judiciaire aux effets strictement consultatifs ou déclaratoires puisse s'exercer tout en préservant *in fine* aux législateurs le pouvoir de détenir le dernier mot en ce qui concerne l'étendue de la protection des droits dont peuvent bénéficier les Canadiens. Plus précisément, ici, est envisagée l'éventualité pour le juge d'opérer, nonobstant le recours à l'article 33, un jugement constatant la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité du texte législatif dérogeant aux droits et libertés, sans priver la loi de ses effets, mais en octroyant des réparations individuelles de type dommages-intérêts dans certains cas.

Loin de faire l'unanimité, de telles propositions visant à défendre le versant judiciaire du modèle canadien de constitutionnalisme sont rejetées, voire virulemment dénoncées, en particulier par ceux qui redoutent que le principe constitutionnel de la souveraineté parlementaire, mais aussi celui de la primauté du droit, ne soient bafoués par une réécriture prétorienne illégitime de la Loi constitutionnelle de 1982.

Peu importe que l'on soit un fervent défenseur d'une garantie plutôt politique ou, au contraire, davantage juridictionnelle de la Constitution, force est d'admettre que tout ajout par les juges de la Cour suprême du Canada aux motifs rendus en 1988 dans l'arrêt *Ford* ne pourrait être perçu autrement que comme un acte flagrant de *judicial empowerment*. En effet, le pouvoir judiciaire canadien s'octroierait ainsi une nouvelle compétence non inscrite formellement dans le texte constitutionnel, en rupture totale avec la tradition canadienne de dérogation aux droits, mais aussi

rejetée explicitement et clairement de manière prétorienne dès les premières années d'interprétation de la Charte. Par-là, ils abandonneraient toute forme de retenue pour privilégier une posture purement activiste.

Néanmoins, tout comme le risque d'un recours toujours plus décomplexé à l'article 33 de la Charte par les parlementaires, une telle perspective est à ce jour encore très, si ce n'est plus, hypothétique. Dans le contexte actuel, il serait pour le moins hasardeux d'avancer avec certitude un quelconque pronostic sur la manière dont les juges du plus haut tribunal canadien aborderont les arguments qui leur seront présentés en vue de renverser l'un de leurs précédents et de revisiter leur interprétation de l'article 33 de la Charte<sup>49</sup>.

À plus d'un égard, les appels insistants lancés aux juges canadiens en vue qu'ils s'octroient un pouvoir prétorien d'encadrement du recours à l'article 33 de la Charte apparaissent encore aujourd'hui voués à l'échec. Pour autant, ils témoignent d'un profond malaise pouvant aujourd'hui mettre en péril le constitutionnalisme canadien. Érigé par beaucoup en modèle, ce dernier n'en demeure pas moins le fruit d'un compromis permettant de suspendre provisoirement le dialogue de sourds qui opposait au Canada en 1982 les adeptes du constitutionnalisme juridique aux défenseurs du constitutionnalisme politique. Plutôt que s'interrompre après l'adoption de la Charte, il aurait certainement été plus sage de tenter de poursuivre la discussion engagée. En effet, plus de quarante ans après l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'impasse apparaît à première vue intacte. Pour certains, le recours de plus en plus décomplexé à la disposition de dérogation relève de la seule responsabilité des excès supposés des juges canadiens tandis que, pour plusieurs, le risque de voir le Canada à son tour aux prises avec une forme de populisme constitutionnel ne laisse d'autres options à la Cour suprême que de s'engager dès à présent dans

---

<sup>49</sup> Il est certainement toujours difficile de faire des prédictions assurées sur les jugements que rendront les tribunaux, mais peut-être encore davantage en ce qui concerne la probabilité que des juges accroissent ouvertement leur pouvoir face aux autres branches de l'État sur des sujets politiquement controversés (Yvonne TEW, « Strategic Judicial Empowerment », (2024) 20 *The American Journal of Comparative Law* 1, 59).

un vaste et complètement inédit *judicial empowerment*. Au milieu de ces positions, toutes deux bien insatisfaisantes au regard de l'idéal de limitation du pouvoir qu'est le constitutionnalisme, il s'agit sûrement de rappeler que la Constitution canadienne contient déjà toutes les dispositions constitutionnelles permettant à la fois aux parlementaires d'agir pour le bien commun, y compris en recourant de manière justifiée à la disposition de dérogation, et aux juges de s'assurer que les Canadiens continuent de jouir effectivement de leurs droits et libertés. Heureusement, ni la pratique actuelle du recours à la disposition de dérogation aux droits ni la politique jurisprudentielle de la Cour suprême n'ont encore entraîné une « perturbation importante de l'équilibre constitutionnel »<sup>50</sup> au Canada. Il est par conséquent encore temps pour les juges, les parlementaires et, plus largement, l'ensemble des acteurs du système constitutionnel d'exprimer leur adhésion, cette fois sincère et entière, aux bienfaits conjoints que l'on peut tirer tout à la fois du constitutionnalisme juridique et du constitutionnalisme politique.

En outre, pour un auteur comme Stephen GARDBAUM l'insertion d'une disposition de dérogation (article 33) dans une charte des droits de rang constitutionnel comporte certains avantages. Elle offre à tous les parlements de la fédération la faculté de soustraire toute disposition législative d'un contrôle de conformité à de très nombreuses garanties de la *Charte*. Les parlementaires peuvent ainsi, reprendre, à tout moment, le dernier mot en ce qui concerne l'étendue et le développement de la protection des droits au Canada<sup>51</sup>. Par cette disposition de dérogation, le Canada tente de répondre à la fois aux craintes suscitées par l'absence de contrôle de l'action législative au regard des droits et libertés, mais aussi de la justice constitutionnelle.

---

<sup>50</sup> Yvonne TEW, « Strategic Judicial Empowerment », (2024) 20 *The American Journal of Comparative Law* 1, 60.

<sup>51</sup> Stephen GARDBAUM, « The New Commonwealth Model of Constitutionalism », (2001) 49 *The American Journal of Comparative Law* 707, 719. Consulter aussi : Stephen GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

Pourtant, si la déclinaison canadienne du nouveau modèle de constitutionnalisme en émergence dans plusieurs pays du Commonwealth peut immédiatement sembler séduisante dans l'optique du *constitutionnalisme restructif*, le rapport Québec/Canada ne peut passer sous silence les nombreux et virulents débats que soulève encore aujourd'hui *coast to coast* la mise en pratique d'un tel système de séparation des pouvoirs et de protection des droits.