

INFIRMER *FORD*

Noura Karazivan*

RÉSUMÉ

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

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

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

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

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

* * *

ABSTRACT

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

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

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

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