

Suprématie législative ou suprématie judiciaire

Le 9 décembre 2004, la Cour suprême du Canada rend son avis consultatif dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe* (ci-après le *Renvoi*)¹ et présente ses motifs unanimes. Le *Renvoi* porte sur des questions longuement débattues au sein de la population canadienne. L'avis de la Cour était donc attendu avec grand intérêt. En outre ce *Renvoi* oppose deux principes fondamentaux de notre régime juridique, soit la suprématie législative et la suprématie judiciaire.

Les questions posées dans le *Renvoi* sont les suivantes :

1. La *Proposition de loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil* (ci-après la *Loi proposée*) relève-t-elle de la compétence exclusive du Parlement du Canada? Dans la négative, à quel égard et dans quelle mesure?
2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'article 1 de la proposition, qui accorde aux personnes du même sexe la capacité de se marier, est-il conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*? Dans la négative, à quel égard et dans quelle mesure?
3. La liberté de religion, que garantit l'alinéa 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, protège-t-elle les autorités religieuses de la contrainte d'avoir à marier deux personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses?
4. L'exigence, sur le plan civil, selon laquelle seules deux personnes de sexe opposé peuvent se marier, prévue par la common law et, pour le Québec, à l'article 5 de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, est-elle conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*? Dans la négative, à quel égard et dans quelle mesure?²

Les dispositions clés de la *Loi proposée* sont rédigées comme suit :

1. Le mariage est, sur le plan civil, l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne.
2. La présente loi est sans effet sur la liberté des autorités religieuses de refuser de procéder à des mariages non conformes à leurs croyances.

Afin de répondre à la première question, la Cour procède à une analyse du partage constitutionnel des compétences législatives. En l'espèce, le « caractère véritable » de l'article 1 de la *Loi proposée* vise la capacité de contracter mariage. L'article fixe les exigences requises pour l'institution

¹ [2004] 3 R.C.S. 698.

² Voir les paragraphes 2 à 4 du *Renvoi*. Il est intéressant de noter que la quatrième question constitue un ajout aux premières questions formulées par le gouverneur en conseil.

Suprématie législative ou suprématie judiciaire

civile du mariage. Puisque le paragraphe 91(26) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde au Parlement du Canada l'autorité législative en ce qui concerne « [l]e mariage et le divorce », l'article 1 de la *Loi proposée* relève effectivement de la compétence du Parlement.

L'article 2 de la *Loi proposée* relève pour sa part de la compétence des provinces puisque son « caractère véritable » porte sur la « célébration du mariage » visée au paragraphe 92(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Afin de répondre à la deuxième question, la Cour procède à une analyse de l'objet et de l'effet de la loi. La *Loi proposée* a pour objet d'accorder aux couples du même sexe le droit de se marier civilement. Avant de conclure que « l'objet de la loi, loin de contrevenir à la *Charte*, découle de celle-ci », la Cour souligne que la loi a été rédigée afin de répondre directement, par voie législative, aux décisions judiciaires qui ont confirmé que la définition actuelle du mariage viole le droit à l'égalité garanti par le paragraphe 15(1) de la *Charte*. (au par. 41)

Pour ce qui est de l'effet de la loi, la Cour conclut que :

Il n'a pas été démontré dans le cadre du renvoi que le risque de collision des droits engendrés par l'art. 1 de la *Loi proposée* porte atteinte à la liberté de religion garantie par la *Charte*. Il n'a pas été démontré que des conflits inadmissibles – qui ne peuvent être résolus par l'application de l'al. 2a) – surgiront. (au par. 54)

La troisième question touche la liberté de religion garantie à l'alinéa 2a) de la *Charte*. La *Charte* protège-t-elle les autorités religieuses qui ne voudraient pas marier deux personnes du même sexe? Selon la Cour, les provinces sont les seules à pouvoir légiférer relativement à la « célébration du mariage ». Toutefois, la Cour ajoute que si une loi obligeait les autorités religieuses à célébrer des mariages qui vont à l'encontre de leurs croyances, « elle serait presque assurément contraire à la liberté de religion garantie par la *Charte*, compte tenu de la protection étendue accordée à la liberté de religion par l'al. 2a) de la *Charte* ». (au par. 56)

Avant d'entreprendre une analyse des principes juridiques qui sous-tendent la dernière question, la Cour se demande si elle devrait même répondre à la question 4.

La Cour réitère son pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser de répondre à une question posée dans un renvoi. Elle note que ce pouvoir a rarement été exercé. Toutefois, la Cour est d'avis que :

Suprématie législative ou suprématie judiciaire

Une combinaison unique de facteurs est en jeu en ce qui a trait à la Question 4. Le gouvernement a exprimé son intention d'agir relativement au mariage entre personnes du même sexe en présentant un projet de loi, peu importe l'avis que nous exprimerions sur cette question. Les parties aux instances antérieures ont agi en se fondant sur la finalité des jugements qu'elles avaient obtenus et ont acquis des droits qui, à notre avis, doivent être protégés. Enfin, non seulement une réponse à la Question 4 ne permettrait pas d'assurer l'uniformité du droit, mais elle pourrait compromettre cet objectif. Ces circonstances, appréciées en regard de l'avantage hypothétique que le Parlement pourrait tirer d'une réponse, convainquent la Cour qu'elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser de répondre à la Question 4. (au par. 71)

Il est évident que les questions posées dans le *Renvoi* ainsi que leurs réponses s'inscrivent dans un contexte hautement politique. Certains intervenants étaient même d'avis que la Cour aurait dû refuser de répondre à toutes les questions et remettre le débat entre les mains du Parlement et de ses représentants élus. Tout en reconnaissant le fondement politique des questions, la Cour a décidé que celles-ci étaient néanmoins justiciables.

Cet échange entre la Cour et certains intervenants met en évidence deux pierres angulaires de notre système juridique, soit le principe de la souveraineté parlementaire et le rôle légitime de nos institutions judiciaires.

Ces principes opposent d'une part la notion de la légitimité du Parlement élu qui représente le peuple et d'autre part le rôle légitime des institutions judiciaires en tant que gardiennes de nos droits et libertés.

Le constitutionnaliste britannique Dicey fut le premier à énoncer le principe de la souveraineté parlementaire. Selon lui, ce principe de common law signifie que le Parlement est « omnipuissant » – qu'il peut en tout temps adopter ou abroger n'importe quelle loi. Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* confirme que la fédération canadienne repose sur les mêmes principes constitutionnels que ceux du Royaume-Uni. Nous avons donc hérité de la souveraineté parlementaire. Toutefois, il faut faire une distinction entre le contexte britannique et le contexte canadien.

De fait, la réalité canadienne impose des limites importantes à la souveraineté parlementaire, notamment en raison du fédéralisme et de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Selon le principe du fédéralisme,

Suprématie législative ou suprématie judiciaire

le Parlement et les assemblées législatives provinciales et territoriales sont les autorités suprêmes à l'intérieur des sphères de compétence que leur attribue la Constitution. Elles doivent par conséquent respecter le partage des pouvoirs établi lors de la Confédération. De fait, les tribunaux déclarent inconstitutionnelles les lois qui dérogent à ce partage.

La *Charte canadienne des droits et libertés* inscrite dans la Constitution établit sans doute la limite la plus importante au principe de la souveraineté parlementaire. Toutes les règles de droit au pays doivent être compatibles avec la Constitution, loi suprême du Canada. De fait, la Cour suprême du Canada note que « dans une large mesure, l'adoption de la *Charte* avait fait passer le système canadien de gouvernement de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle. »³

Les juges devraient-ils limiter leur tâche à l'application de la loi et laisser au législateur le soin d'apporter les réformes législatives?

Le débat existe depuis fort longtemps et il a pris encore plus d'ampleur depuis l'« enchâssement » de la *Charte*. De fait, depuis 1982, la constitutionnalisation du droit a entraîné de nombreuses conséquences. Quel est le rôle légitime du juge par opposition au rôle exclusif du législateur?

Pour certaines personnes, le simple fait que le législateur soit élu et le juge nommé met fin au débat. Elles estiment que les choix importants de politique publique dans une société démocratique devraient être laissés entre les mains des assemblées législatives dont les membres sont élus plutôt qu'être confiés aux tribunaux dont les juges sont nommés. D'autres jugent la question plus complexe et estiment qu'il faut peser le pour et le contre. Ainsi, le juge décide en fonction du cas qui lui est soumis; il est donc limité aux faits qui lui sont présentés et à la qualité de la preuve et des arguments juridiques qui lui sont soumis. Le législateur a une vue d'ensemble de la situation et peut choisir dans quel domaine il entend intervenir. Le juge se penche sur des cas réels qui entraîneront des conséquences concrètes. Le travail du législateur est sans contexte factuel.

En général, les gens jugent que l'idéal se situe au niveau d'un partenariat entre le législateur et les tribunaux. Ainsi, ils rejettent la suprématie législative tout comme la suprématie judiciaire. Ils croient qu'il faut atteindre un certain équilibre entre la retenue judiciaire et l'activisme judiciaire. Selon cette approche, il incombe à chaque intervenant de jouer le rôle qui lui revient dans une société juste et démocratique.

³ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 au par. 72.

Suprématie législative ou suprématie judiciaire

POINT DE LANGUE

Avis

Ce que l'on pense, ce que l'on exprime sur un sujet, dans une délibération (sentiment). Opinion que l'on donne à quelqu'un touchant la conduite qu'il doit avoir (conseil). Ce que l'on porte à la connaissance de quelqu'un (renseignement, avertissement).

(notification, advice, advisory, opinion, notice, warning, statement)

Demander un avis à un avocat, à un juriste, c'est lui demander une consultation ou un rapport sur une question particulière.

(legal opinion, opinion of counsel, opinion)

On ne dit pas [à son opinion], mais à son avis.
On ne donne pas [une notice] à quelqu'un, mais un avis.
Un subordonné [n'avise pas] son supérieur de quelque chose, mais il porte quelque chose à sa connaissance.
Ce n'est pas un avis [légal] que l'on demande à un avocat, mais un avis juridique.

Contredire, demander, donner, exprimer, formuler, partager **un** avis;
écouter, négliger, rejeter, retenir, solliciter, suivre l'avis **de** quelqu'un;
se conformer, se rallier, songer à l'avis de quelqu'un;
tenir compte **d'un** avis;
s'incliner **devant** un avis;
être **de** l'avis de quelqu'un;
être d'avis **que** (...);
changer **d'**avis.

Avis consultatif

Opinion émise sur une question de droit par un tribunal, à l'issue d'une procédure judiciaire, par exemple un renvoi, et n'ayant pas l'autorité de chose jugée.

(advisory opinion)

Suprématie législative ou suprématie judiciaire

Opinion

Manière de penser, de juger; assertion que l'esprit accepte ou rejette (généralement en admettant une possibilité d'erreur).

Point de vue, position intellectuelle, idée ou ensemble des idées que l'on a dans un domaine déterminé.

(opinion, view, point of view, contention, belief)

On n'obtient pas une [opinion légale], mais un avis juridique.

(legal opinion, opinion of counsel, opinion)

L'opinion est le contenu de la décision d'un juge, qui comprend l'exposé de sa perception des faits, son argumentation et les conclusions auxquelles il est parvenu.

Opinion dissidente

Opinion émise par un ou plusieurs juges qui s'avère contraire, en totalité ou en partie, à celle exprimée par la majorité des juges qui ont participé à la décision.

(dissent, dissenting opinion, differing opinion, separate opinion)

Accepter, admettre, attaquer, avancer, corroborer, défendre, désavouer, développer, émettre, énoncer, épouser, exposer, exprimer, faire connaître, faire valoir, formuler, imposer, justifier, lancer, partager, réfuter, solliciter, soutenir, **une** opinion;
acquiescer, adhérer, renoncer, se rallier, souscrire **à** une opinion;
sympathiser **avec** une opinion;
s'ancrer, s'entêter, s'obstiner **dans** une opinion;
ne pas démordre **d'**une opinion;
déchoir, remonter **dans** l'opinion de quelqu'un;
changer, différer **d'**opinion.
Une opinion domine, prévaut.
L'opinion est, veut que (...).

Suprématie législative ou suprématie judiciaire

NOTA : Plusieurs outils électroniques et ouvrages ont servi d'inspiration au point de langue notamment pour les définitions et les cooccurrences. Citons entre autres : **Le Petit Robert - CD-ROM**; **Collins**; **Termium Plus** et ses outils d'aide à la rédaction dont le **Juridictionnaire** réalisé pour le compte du Centre de traduction et de terminologie juridiques (CTTJ) de la Faculté de droit de l'Université de Moncton par Jacques Picotte, jurilinguiste-conseil et Jacques Beauchesne, **Dictionnaire des cooccurrences**, Montréal, Guérin, 2001; **TransSearch**; Marie-Éva de Villiers, **Multidictionnaire de la langue française**, 4^e éd., Montréal, Éditions Québec Amérique, 2003; Jean-Claude Gémard et Vo Ho-Thuy, **Difficultés du langage du droit au Canada**, 2^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1997.

Institut Joseph-Dubuc, capsule juridique 2004-2005