

LA LOI SUR LE MARIAGE CIVIL ET LA CLAUSE DÉROGATOIRE

Luc B. Tremblay*

Dans ce texte, l'auteur soutient que le recours à la clause dérogatoire afin d'immuniser une éventuelle loi du Parlement restreignant l'accès au mariage civil aux seuls couples de sexe opposé n'est ni nécessaire juridiquement ni opportun politiquement. D'une part, il n'est pas nécessaire puisque la constitutionnalité des règles de droit ne dépend pas tant de leur forme ou de la nature empirique des actes qu'elles réglementent, mais des raisons qui les justifient. Les règles de droit sanctionnant le mariage hétérosexuel invalidées par les tribunaux reposaient fondamentalement sur des considérations illégitimes, notamment le moralisme juridique conservateur et le perfectionnisme religieux. Or, une nouvelle loi sur le même sujet pourrait reposer sur des considérations distinctes et légitimes. L'auteur examine la nature de ces autres considérations en insistant plus particulièrement sur le sens à donner à l'argument « symbolique » fondé sur la valeur intrinsèque de la procréation naturelle. D'autre part, le recours à la clause dérogatoire n'apparaît pas opportun. Non seulement priverait-il les citoyens d'un débat judiciaire éclairé sur la compatibilité d'une telle loi avec le droit constitutionnel canadien, mais il les priverait d'un débat démocratique substantiel sur la force normative des arguments avancés au soutien de l'une ou l'autre des conceptions concurrentes du mariage. En fait, un tel recours ferait porter le débat sur la légitimité même d'utiliser la clause dérogatoire.

In this article, the author submits that using the notwithstanding clause to « immunize » a law restricting marriage to opposite-sex couples is neither necessary from a legal standpoint nor timely from a political standpoint. He first argues that the constitutionality of a law does not depend on its form or on the empirical nature of the acts it regulates, but on the reasons that justify it. The laws endorsing heterosexual marriage were invalidated by the courts because they fundamentally rested on illegitimate considerations, notably conservative legal moralism and

* Luc B. Tremblay. Professeur à l'Université de Montréal. Une version antérieure de ce texte a été présentée au Colloque « Religion droit et société » organisé par le CRÉUM (Centre de recherche en éthique de l'Université de Montréal) et tenu à l'Université de Montréal en mars 2005. Je remercie les participants au Colloque de leurs commentaires. Plusieurs personnes ont aussi eu la gentillesse de la lire et de me faire parvenir des commentaires très pertinents. En particulier, je tiens à remercier Stéphane Beaulac, Jean-François Gaudreault-DesBiens, Robert Leckey et Jean Leclair. J'ai tenté de tenir compte de leurs remarques et critiques dans le présent texte là où j'en étais capable.

religious perfectionism. A new law on the same issue could be founded on distinct and legitimate considerations. The author examines the nature of these other considerations, focussing on the interpretation that should be given to the « symbolic » argument founded on the intrinsic value of natural procreation. Secondly, the use of the notwithstanding clause does not appear timely. Not only would citizens be deprived of an informed legal debate on the constitutionality of such a law, they would also be deprived of a substantial democratic debate on the arguments in favour or against competing definitions of marriage. In fact, in such a case, the debate might well focus on the legitimacy of using the notwithstanding clause.

Introduction

Entre 2002 et 2005, des tribunaux de huit provinces canadiennes et d'un territoire¹ ont affirmé que les règles de droit qui restreignaient l'accès au mariage civil aux seuls couples de sexe opposé étaient incompatibles avec le droit à l'égalité, tel que garanti à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après « la Charte »)². Le 28 juin 2005, la Chambre des communes adoptait le projet de loi C-38 intitulé la *Loi sur le mariage civil*³. Cette loi définissait le mariage civil de manière à conférer aux conjoints de même sexe l'égalité d'accès à cette institution traditionnellement réservée aux couples hétérosexuels⁴.

¹ Les provinces sont le Québec, *Hendricks c. Québec (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 2506 (C.S.) [*Hendricks*]; l'Ontario, *Halpern c. Canada (Procureur général)* (2003), 65 O.R. (3d) 201 (C.A.) [*Halpern*]; la Colombie-Britannique, *EGALE Canada Inc. c. Canada (Attorney General)* (2003), 225 D.L.R. (4th) 472, 2003 BCCA 251 [*EGALE*]; le Manitoba, *Vogel c. Canada (Attorney General)*, [2004] M.J. No. 418 (B.R.) (QL) [*Vogel*]; la Nouvelle-Écosse, *Boutillier c. Nova Scotia (Attorney General)*, [2004] N.S.J. No. 357 (C.S.) (QL) [*Boutillier*]; et la Saskatchewan, *N.W. c. Canada (Attorney General)*, [2004] S.J. No. 669 (QL), 2004 SKQB 434. Terre-Neuve et Labrador, ainsi que le Nouveau-Brunswick, étaient les dernières provinces à le faire avant l'adoption du projet de loi C-38. Le territoire est le Yukon, *Dunbar c. Yukon*, [2004] Y.J. No. 61 (QL), 2004 YKSC 54 [*Dunbar*].

² Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [*Charte canadienne*]. L'article 15 s'énonce comme suit : « 15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. (2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques ».

³ Lois du Canada : 2005, ch. 33. La loi est entrée en vigueur le 20 juillet 2005, au moment où elle a reçu la sanction royale.

⁴ Son article 2 énonce que « le mariage est, sur le plan civil, l'union légitime de deux

Au moment de l'adoption du projet de loi, les Canadiens et les parlementaires étaient profondément divisés sur la légitimité, la nécessité et l'opportunité d'élargir la définition du mariage⁵. Soutenu par divers groupes sociaux, le chef du Parti conservateur, M. Stephen Harper, s'est engagé à soumettre de nouveau la question à un vote libre, si son parti prenait le pouvoir⁶. Il est raisonnable de penser que son intention la plus probable était de proposer un amendement à la *Loi sur le mariage civil* inspiré de celui qu'il avait présenté lors du dépôt du projet de loi C-38 en février 2005⁷. Cette proposition d'amendement, que je nommerai désormais la « proposition Harper », comporterait au moins deux volets⁸ :

- 1/ définir le mariage en termes traditionnels, c'est-à-dire, comme l'union d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toute autre personne;

personnes, à l'exclusion de toute autre personne ». L'article 3 a pour objet de protéger la liberté de conscience et de religion des autorités religieuses : « les autorités religieuses sont libres de refuser de procéder à des mariages non conformes à leurs convictions religieuses ». La *Loi sur le mariage* comporte un long préambule et 15 articles. De ces derniers, 11 articles ont pour objet de modifier huit lois fédérales.

⁵ En février 2005, selon un sondage réalisé par la firme Ekos pour le compte du Toronto Star, 42 % des Canadiens appuyaient le concept du mariage gai contre 40 % qui s'y opposaient. À la Chambre des communes, le projet de loi a été adopté à 158 voix contre 133. Trente-deux députés libéraux se sont opposés au projet de loi, dont un membre du cabinet, le ministre Joe Comuzzi, qui a quitté son poste afin de pouvoir voter librement sur la question. Tous les députés conservateurs, sauf trois, ont voté contre le projet de loi. Cinq députés bloquistes se sont opposés au projet de loi et six se sont absentés le jour du vote. Enfin, une députée néo-démocrate a aussi voté contre le projet C-38. Pour leur part, les sénateurs ont adopté le projet de loi par 47 voix contre 21.

⁶ Lors de la campagne électorale 2005-06, M. Harper a réaffirmé cette intention, tout en s'engageant à maintenir la validité des mariages entre conjoints de même sexe déjà reconnus. Selon un sondage mené en juillet 2005 par la firme Strategic Council pour le compte de CTV-News et du *Globe and Mail*, 39 % des sondés estimaient que le prochain gouvernement devrait rouvrir la question. Par ailleurs, 55 % des Canadiens s'opposaient à tout futur amendement du projet de loi C-38.

⁷ P.L. C-38 : *Loi concernant certaines conditions de fond du mariage*, 1^{re} sess., 38^e lég., 2004-2005 (Chambre des communes du Canada, Première lecture le 1^{er} février 2005). Aux fins de ce texte, je présupposerai que la proposition de M. Harper prendrait une forme semblable à celle qu'il avait présentée à la suite du dépôt du projet de loi C-38. 38^e Législature, Hansard 058 (16 février 2005) 1635. Il va de soi que nous ne pouvons avoir aucune certitude quant à la forme spécifique que prendrait la proposition Harper, le cas échéant. Néanmoins, ma présupposition permet de discuter adéquatement des enjeux soulevés.

⁸ La proposition contiendrait probablement d'autres aspects juridiques, notamment sur le maintien de la validité des mariages entre conjoints de même sexe déjà reconnus. Voir, par exemple, *supra* note 6. Aux fins de ce texte, les deux volets mentionnés sont suffisants.

- 2/ reconnaître à toutes les formes d'union civile ou autres, établies par les lois provinciales aux bénéfices des conjoints de même sexe, les mêmes droits, avantages sociaux et obligations que le mariage.

La proposition Harper soulève au moins trois questions relativement à la clause dérogatoire énoncée à l'article 33 de la Charte (aussi connue sous le nom de « clause nonobstant »). La clause dérogatoire autorise le Parlement à adopter une loi incompatible avec certains droits constitutionnels garantis, à la condition de déclarer expressément que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de la Charte, dont l'article 15⁹.

- 1/ La première question est juridique : compte tenu des décisions judiciaires jugeant inconstitutionnelle la définition traditionnelle du mariage, serait-il nécessaire d'utiliser la clause dérogatoire afin d'immuniser un éventuel amendement à la Loi sur le mariage civil fondé sur la proposition Harper contre une éventuelle déclaration judiciaire d'invalidité fondée sur l'article 15? En d'autres mots, un Parlement qui édicterait la proposition Harper serait-il tenu d'utiliser la clause dérogatoire pour agir conformément à la Charte?
- 2/ La seconde question est plutôt politique : quelle que soit la réponse à la première question, serait-il désirable ou opportun, dans les circonstances, d'utiliser la clause dérogatoire afin d'immuniser un amendement édictant la proposition Harper contre une éventuelle contestation judiciaire fondée sur les droits de la Charte?
- 3/ La troisième question est plutôt morale : serait-il moralement légitime, en principe ou dans les circonstances, d'utiliser la clause dérogatoire et, dans l'affirmative, à quelles conditions?

Dans ce qui va suivre, je répondrai uniquement aux deux premières

⁹ Voici le texte intégral : « 33. (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte. (2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte. (3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur. (4) Le Parlement ou une législature peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1). (5) Le paragraphe (3) s'applique à toute déclaration adoptée sous le régime du paragraphe (4). », *Charte canadienne*, *supra* note 2.

questions. Dans une première partie, je soutiendrai que le recours à la clause dérogatoire n'est pas nécessairement requis pour qu'un amendement législatif conforme à la proposition Harper puisse résister à une éventuelle contestation judiciaire fondée sur les droits constitutionnels garantis. La raison fondamentale est la suivante : la constitutionnalité d'une règle de droit ne dépend pas de sa forme, mais de la qualité des raisons avancées à son soutien. Dans une seconde partie, je soutiendrai qu'il ne serait ni désirable ni opportun, dans les circonstances, d'utiliser la clause dérogatoire afin d'immuniser une loi édictant la proposition Harper contre une éventuelle contestation judiciaire fondée sur la Charte. L'utilisation de cette clause à titre préventif aurait pour effet, non seulement d'empêcher les tribunaux de se prononcer sur la force normative des raisons avancées à son soutien, mais de soustraire le Parlement d'une responsabilité démocratique fondamentale : évaluer rationnellement la qualité des justifications avancées au soutien des conceptions concurrentes du mariage.

Mon but, au fond, est de rappeler une vérité toute simple : la délibération publique sur la force normative des justifications avancées au soutien des mesures gouvernementales controversées qui affectent les intérêts, les vues et les représentations ultimes des citoyens constitue une vertu cardinale de toute société libre et démocratique soumise à la primauté du droit. Lorsque la question met en cause des représentations identitaires opposées ou des questions morales, religieuses et philosophiques enracinées profondément et dont la portée dépasse tant le Canada que l'interprétation ponctuelle de quelques tribunaux, comme c'est le cas avec le mariage, elle pourrait même constituer une condition de légitimité. Puisqu'il semble approprié que les Canadiens connaissent, le plus possible, les prétentions, les vues et les perspectives concurrentes de chaque groupe affecté par une définition publique du mariage et qu'ils soient éclairés sur la force normative des raisons qui les soutiennent, il pourrait être judicieux et responsable de mandater un groupe de travail, un comité spécial ou une commission d'enquête pour étudier la question, écouter les parties et comprendre les significations concurrentes, présenter les positions de façon systématique, vérifier la vérité ou la probabilité des diverses allégations et formuler des recommandations¹⁰.

¹⁰ De tels mandats font partie de la tradition politique canadienne, notamment lorsque la question soulève des représentations identitaires ou des enjeux moraux, religieux et philosophiques controversés. En l'espèce, le mandat pourrait être large et inclure, non seulement une réflexion sur l'opportunité de maintenir une conception juridique du mariage, mais aussi l'examen d'autres questions, telles que la polygamie et la bigamie. Il est probable que ces dernières questions seront à l'ordre du jour politique tôt ou tard. Voir, par exemple, les rapports sur la polygamie financés par le Fonds de recherche en matière de politiques de Condition féminine Canada, dont les suivants : Nicholas Bala et al., « An International Review of Polygamy : Legal and Policy Implications for Canada »

1. Le recours à la clause dérogatoire serait-il nécessaire ?

La validité constitutionnelle d'un amendement à la *Loi sur le mariage civil* fondé sur la proposition Harper dépendrait-elle nécessairement de l'utilisation de la clause dérogatoire, c'est-à-dire, d'une disposition législative énonçant que l'amendement s'applique nonobstant l'article 15 de la Charte? En d'autres mots, l'édiction de la proposition Harper serait-elle inconstitutionnelle, à moins d'avoir recours à la clause dérogatoire énoncée à l'article 33 de la Charte? Telle est la première question.

Les réponses avancées jusqu'à maintenant varient indépendamment de la position respective des parties sur la légitimité de restreindre l'accès au mariage aux seuls conjoints de sexe opposé. Ainsi, tant des personnes contre le mariage entre conjoints de même sexe, telle que la Conférence des Évêques catholiques du Canada¹¹, que des personnes qui y sont favorables, tels que le chef du Parti libéral du Canada de l'époque, M. Paul Martin¹² et 134 professeurs signataires d'une lettre publique à cet effet¹³, ont soutenu que le recours à la clause dérogatoire serait nécessaire. Leur argument est simple : 1/ les tribunaux canadiens qui se sont explicitement prononcés sur la constitutionnalité de règles de droit dont l'objet ou l'effet est de réduire l'accès au mariage civil aux seuls conjoints de sexe opposé ont généralement jugé qu'elles étaient inconstitutionnelles; 2/ ces décisions sont bien fondées en droit; 3/ par conséquent, à moins d'être immunisé par une clause dérogatoire, tout amendement à la *Loi sur le mariage civil* sanctionnant la définition traditionnelle du mariage serait jugé inconstitutionnel par les tribunaux.

En revanche, des personnes opposées au mariage entre conjoints de même sexe, dont M. Stephen Harper¹⁴, de même que des personnes qui y sont plutôt favorables, dont le professeur de droit Alan Brudner¹⁵, estiment

(novembre 2005), en ligne : < http://www.swc-cfc.gc.ca/pubs/pubspr/0662420683/index_e.html >; Martha Bailey et al., « Expanding Recognition of Foreign Polygamous Marriages : Policy Implications for Canada » (novembre 2005), en ligne : < http://www.swc-cfc.gc.ca/pubs/pubspr/0662420683/200511_0662420683-3_5_e.html >.

¹¹ Voir, par exemple, Organisme catholique pour la vie et la famille, « Faut-il redéfinir le mariage au Canada? De bonnes raisons de s'opposer au projet de loi C-38 et de préserver la définition naturelle du mariage » (15 mars 2005), en ligne : <<http://ocvf.cccb.ca/Files/Flashes-Mariage.html>>.

¹² Voir Le Premier ministre Paul Martin Allocution sur le projet de loi C-38 (*Loi sur le mariage civil*), 38^e Législature, *Hansard* 058 (16 février 2005) 1520.

¹³ Voir Sujit Choudhry et al., « Des professeurs de droit signent une lettre ouverte à l'honorable Stephen Harper concernant sa position sur le mariage des conjoints de même sexe », en ligne : <<http://www.law.utoronto.ca/lettrememesex.html>>.

¹⁴ Voir l'Allocution de l'honorable Stephen Harper, *supra* note 7.

¹⁵ Alan Brudner, « 'Notwithstanding' not needed on marriage » *The Globe and Mail*

que le recours à la clause dérogatoire ne serait pas nécessaire. Deux considérations ont été avancées au soutien de cette position. D'une part, la Cour suprême du Canada ne s'est pas prononcée directement sur la constitutionnalité des règles de droit qui définissaient le mariage en termes traditionnels. Non seulement les litiges n'ont pas été portés en appel devant la Cour suprême mais cette dernière a expressément refusé d'y répondre dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*¹⁶. D'autre part, sauf pour une décision de la Cour supérieure du Québec¹⁷, les tribunaux se sont prononcés sur la constitutionnalité d'une règle de common law, et non pas sur la validité d'une loi. Or, la Cour suprême a déjà affirmé que le contrôle judiciaire des règles de common law faisait intervenir des considérations différentes de celles qui s'appliquent à la contestation d'une disposition législative. Puisque les premières ont été formulées par des juges, plutôt que par les élus, les tribunaux pourraient les modifier directement sans qu'il ne soit nécessaire de faire preuve de retenue judiciaire¹⁸. Par conséquent, les tribunaux pourraient maintenir la validité d'une loi fédérale sanctionnant la proposition Harper.

Le recours à la clause dérogatoire serait-il nécessaire ou pas? Mon point de vue est qu'il ne l'est pas nécessairement. Ceux qui soutiennent le contraire présupposent, à tort selon moi, que les tribunaux canadiens auraient réglé une fois pour toutes la question constitutionnelle de l'accès au mariage civil. Mon argument n'est pas que la Cour suprême du Canada ne s'est jamais prononcée sur la constitutionnalité des règles de droit restreignant l'accès au mariage civil aux seuls conjoints de sexe opposé. Mon argument n'est pas, non plus, que les tribunaux contrôlant la validité d'une mesure législative soutenant le mariage traditionnel devraient faire preuve de retenue judiciaire. Mon argument est que les tribunaux canadiens ne se sont pas (encore) prononcés sur la validité d'un amendement à la *Loi sur le mariage civil* qu'édicterait le Parlement s'il décidait, au terme d'un débat parlementaire, de sanctionner les deux volets de la proposition Harper. Ils ont évalué la constitutionnalité de deux règles de droit existantes : une règle de common law et l'article 5 de la *Loi d'harmonisation n° 1* fédérale édictée en 2001¹⁹. La règle de common law avait été clairement reconnue en 1866 dans l'affaire *Hyde c. Hyde and*

(1er février 2005).

¹⁶ [2004] 3 R.C.S. 698, para. 72 [*Renvoi*].

¹⁷ *Hendricks*, *supra* note 1.

¹⁸ Voir, par exemple, *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933 aux pp. 978 et 983 tel que cité par Stephen Harper, «Address» à la Chambre des communes sur le projet de loi C-38 (*Loi sur le mariage civil*). 38e Législature, 1re Session, Hansard, le mercredi 16 février 2005 et dans *Brudner*, *supra* note 15.

¹⁹ L.C. 2001, c. 4, art. 5. L'article 5 se lit ainsi : « Le mariage requiert le consentement libre et éclairé d'un homme et d'une femme à se prendre mutuellement pour époux ».

*Woodmansee*²⁰ en Grande-Bretagne. L'article 5 de la *Loi d'harmonisation* n° 1 applicable au Québec reconduisait formellement une conception du mariage inférée de diverses dispositions du *Code civil du Bas-Canada*, dont l'article 115, adopté lui aussi en 1866²¹.

Les tribunaux canadiens ont donc examiné deux règles de droit existantes. Ils n'ont pas nécessairement décidé, contrairement à ce qu'on pourrait penser, que *toutes* les règles de droit possibles qui pourraient concevoir le mariage comme l'union entre conjoints de sexe opposé exclusivement étaient inconstitutionnelles. Pourquoi? Parce que, en droit constitutionnel canadien, la constitutionnalité d'une règle de droit n'est pas simplement une affaire de forme déterminée par les mots du texte utilisé pour l'exprimer ou par la nature empirique des actes qu'elle régit. Elle est aussi conditionnée par la nature des raisons qui la justifient²². C'est pourquoi une règle de droit qui ordonnait, sous peine de sanction pénale, la fermeture des commerces le dimanche pour le motif que tous les citoyens canadiens devaient respecter le jour du Seigneur conformément aux préceptes de la religion chrétienne a été jugée inconstitutionnelle en

²⁰ (1866), L.R. 1 P. & D. 130 [*Hyde*]. Cette affaire britannique a été généralement considérée comme la source de la définition traditionnelle du mariage en common law canadienne. Voir, par exemple, *North v. Matheson* (1974), 24 R.F.L. 112 (Man.C.c.); *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)* (1993), 104 D.L.R. (4th) 214 à la p. 219 (Ont. Gen. Div.).

²¹ L'article 115 C.c.B.C. s'énonçait comme suit : « L'homme, avant l'âge de quatorze ans révolus, la femme, avant l'âge de douze ans révolus, ne peuvent contracter mariage ».

²² Techniquement, l'évaluation des raisons avancées au soutien d'une mesure gouvernementale qui affecte les droits constitutionnels garantis peut contribuer à déterminer la constitutionnalité de la mesure aux deux étapes de la méthode analytique fondée sur la Charte. D'une part, elle peut contribuer à déterminer si une mesure porte atteinte à l'un des droits garantis. Voir, par exemple, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 [*Big M Drug Mart*] : « il me paraît suffisant d'affirmer que, quels que soient les autres sens que peut avoir la liberté de conscience et de religion, elle doit à tout le moins signifier ceci : le gouvernement ne peut, *dans un but sectaire*, contraindre des personnes à professer une foi religieuse ou à pratiquer une religion en particulier. Je ne me prononce pas ici sur la question de savoir dans quelle mesure, s'il y a lieu, le gouvernement peut, en vue de réaliser un intérêt ou un objectif essentiel, exercer une coercition qui pourrait par ailleurs être interdite par l'al. 2a) », p. 347 [mes italiques]. D'autre part, elle peut contribuer à déterminer si une telle atteinte, le cas échéant, est justifiée au sens de l'article premier de la Charte. L'article premier de la Charte énonce : « *La Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Aux fins de ce texte, je laisserai de côté cet aspect plus technique du droit constitutionnel canadien, savoir si les justifications sont ou doivent être évaluées par les tribunaux lors de la première étape, aux fins de l'article 15 par exemple, ou lors de la seconde étape, aux fins de l'article premier. À mon avis, elles pourraient être évaluées aux deux étapes de l'analyse.

principe par les tribunaux²³, alors qu'une loi ordonnant en des termes semblables la fermeture des commerces le dimanche pour le motif *laïque* que les travailleurs de ce secteur économique sont peu syndiqués et doivent bénéficier d'un jour de repos hebdomadaire a été jugée constitutionnelle en principe²⁴. Selon la Cour suprême, « la *Charte* édicte que toute loi visant à maintenir le repos dominical doit avoir un caractère laïque »²⁵. C'est aussi pourquoi une règle de droit qui criminaliserait l'obscénité pour le motif que le matériel obscène porte atteinte à la morale des personnes qui pourraient le voir et, en conséquence, menace la morale publique serait jugée inconstitutionnelle en principe par les tribunaux, alors qu'une loi qui criminalise l'obscénité pour le motif que le matériel obscène cause un préjudice à la société a été jugée constitutionnelle²⁶.

De ce point de vue, le droit constitutionnel n'est pas fondamentalement distinct de la morale politique, du moins dans la tradition libérale. Au moins depuis les travaux de John Locke sur la séparation de l'Église et l'État, il est généralement admis que la légitimité des interventions gouvernementales pouvait directement dépendre du caractère des raisons qui les justifient. Dans sa *Lettre sur la tolérance*, par exemple, Locke introduisait une distinction capitale entre des justifications « religieuses » et des justifications « laïques ». Il soutenait que si un magistrat ne pouvait empêcher, pour des raisons religieuses, un groupe religieux d'immoler un veau, il pouvait légitimement interdire ce même acte pour des motifs économiques ou autres motifs laïques, tels que la protection de l'espèce. Car dès lors, écrivait-il, « la loi ne regarde pas la religion mais la politique, et qu'elle ne défend pas d'immoler un veau mais de le tuer »²⁷. Dans *De la liberté*, John Stuart Mill reprenait ce même principe, en l'élargissant au-delà de la distinction « raison religieuse » / « raison laïque ». Il soutenait que si l'État pouvait légitimement forcer les individus à faire ou ne pas faire une chose pour le motif qu'un acte risque de causer un préjudice à autrui, il ne pouvait légitimement forcer ces mêmes individus à faire ou ne pas faire cette même chose pour le motif que ce serait meilleur pour eux, que cela les rendrait plus heureux ou que, dans l'opinion des autres, ce serait sage, juste ou simplement conforme à la morale²⁸.

²³ Voir, *Big M Drug Mart*, *supra* note 22.

²⁴ *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, (1986) 2 R.C.S. 713.

²⁵ *Big M Drug Mart*, *supra* note 22 à la p. 351.

²⁶ *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452 aux pp. 492-93.

²⁷ J. Locke, *Lettre sur la tolérance*, trad. par Jean Leclerc, Paris, Flammarion, 1992.

²⁸ J. S. Mill, *De la liberté*, Paris, Gallimard, 1990 à la p. 74 [Mill].

A. La justification des règles de droit invalidées par les tribunaux

Une même règle de droit ou une même loi peut avoir plusieurs justifications et viser divers objectifs²⁹. Dans ces cas, il importe de déterminer quelles justifications ou quels buts sont dominants. En l'espèce, la question qui se pose est la suivante : quels types de considérations justifiaient, en toute probabilité, les règles de droit qui, au Canada, en 1866, sanctionnaient explicitement ou implicitement la conception traditionnelle du mariage?

(a) Le perfectionnisme religieux et le moralisme juridique conservateur

Il y a de bonnes raisons de croire que les règles de droit définissant le mariage en termes traditionnels étaient principalement fondées sur l'une ou l'autre de deux considérations, voire les deux : le « perfectionnisme religieux » et le « moralisme juridique conservateur ». En vertu du perfectionnisme religieux, un État peut légitimement se servir du droit afin de perfectionner les individus et les conduire vers le bien conformément aux préceptes d'une religion. Dans un contexte chrétien inspiré de la tradition du droit naturel, cela signifiait que les lois pouvaient, par leurs enseignements et leurs sanctions, légitimement perfectionner l'excellence du caractère et la vertu des individus de sorte qu'ils puissent accéder au bonheur éternel. En vertu du moralisme juridique conservateur, un État peut légitimement se servir du droit afin de protéger l'ensemble des valeurs morales que partagent les membres de la communauté, c'est-à-dire la morale publique conventionnelle, car toute atteinte à ce code moral constituerait une menace à la survie ou à l'intégrité de la communauté.

Au milieu du 19^{ième} siècle, ces deux types de considérations étaient généralement admis comme légitimes. Dans l'affaire *Hyde*³⁰, par exemple, les considérations avancées par Lord Penzance au soutien de la définition du mariage semblaient explicitement procéder du perfectionnisme religieux et du moralisme juridique conservateur :

Quelle est donc la nature de cette institution, telle que la conçoit la chrétienté? Ses éléments accessoires peuvent varier d'un pays à l'autre, mais quelles en sont les constituantes essentielles et les caractéristiques invariables? Pour exister partout et pour être communément acceptée, elle doit nécessairement posséder (aussi différents que puissent être ses éléments accessoires d'un pays à l'autre) des attributs immuables et des propriétés universelles. Je pense que le mariage, tel que le conçoit

²⁹ Voir, par exemple, *Big M Drug Mart*, *supra* note 22 aux pp. 316-21.

³⁰ *Supra* note 20 à la p. 133.

la chrétienté, peut à cette fin être défini comme l'union volontaire pour la vie d'un homme et d'une femme, à l'exclusion de toute autre personne³¹.

Dans le *Renvoi*³², il est significatif que la Cour suprême du Canada commente ce passage en ces termes : « La mention de la « chrétienté » est révélatrice. L'arrêt *Hyde* s'adressait à une société aux valeurs sociales communes, dans laquelle le mariage et la religion étaient perçus comme indissociables »³³.

Il est plus difficile d'identifier les motifs qui ont justifié la sanction juridique de la conception traditionnelle du mariage au Québec, puisque ni les lois fédérales, ni le *Code civil du Bas-Canada* n'avaient expressément défini le mariage avant l'adoption de l'article 5 de la *Loi d'harmonisation N^o 1* en 2001. La proposition selon laquelle le mariage constituait l'union d'un homme et d'une femme a plutôt été inférée par les juristes de l'ensemble des dispositions du *Code civil du Bas-Canada*³⁴. Dans *Hendricks*³⁵, le juge Lemelin affirme que lors de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*, tant en vertu de la common law ou du *Code civil du Bas-Canada*, le mariage était conçu comme l'union d'un homme et d'une femme. Elle ajoute : « comment aurait-il pu en être autrement alors que notre droit criminalisait la relation homosexuelle jusqu'en 1969 »³⁶? Cependant, le contexte socio-culturel dans lequel baignaient les juristes québécois au 19^{ième} siècle rend hautement probable l'hypothèse selon laquelle le législateur avait l'intention et était présumé avoir l'intention de se conformer aux préceptes religieux dominant de l'époque et de protéger la morale publique³⁷.

D'une part, la société canadienne-française du milieu du 19^{ième} siècle adhérait à un système de valeurs traditionnelles et catholiques soutenu par les ultramontains, dont l'influent Mgr Ignace Bourget à la tête du diocèse de Montréal, par la plupart des leaders politiques et juridiques et par l'Église de Rome. Les débats politiques faisaient régulièrement intervenir la religion et l'autorité divine. Même les intellectuels libéraux qui plaidaient en faveur de la séparation entre l'Église et l'État soutenaient que leur conception politique était parfaitement compatible avec le christianisme et les valeurs d'une nation catholique³⁸. Comme le soutient Brian Young,

³¹ *Renvoi*, *supra* note 16 au para. 21.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.* au para. 22.

³⁴ Voir, par exemple, *Hendricks supra* note 1 aux para. 89-94.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.* au para. 94.

³⁷ *Ibid.* au para. 95.

³⁸ Cette idéologie dominante ne sera véritablement abandonnée qu'un siècle plus tard,

In a society in which 84.8 per cent of the population was Roman Catholic, values of the Catholic elite were fundamental to this perspective. Cartier, Morin, and Caron all had close ties to the hierarchy. [...] Adding to this perception of law and society in the 1860s was the expanding political influence of ultramontanist with its insistence on conservative social values and subordination of the secular to the religious. [...] Sanctity of the marriage sacrament and male authority within the family were central elements in this ethic³⁹.

The social conservatism of the two Catholic codifiers was strongly echoed by their Protestant colleague [...] Day's attitudes largely merged with the conservatism of his fellow Catholic codifiers giving consensus on the biological determinism of gender, the centrality of the patriarchal family, and the nature of motherhood, marriage, and domesticity⁴⁰.

La controverse suscitée par le rapport des codificateurs sur le chapitre du mariage, à partir de 1864, illustre bien ce qui précède⁴¹. Dans une série d'articles influents, Édouard Lefebvre de Bellefeuille, juriste, soutenait que le *Code Napoléon* ne constituait pas un guide valable pour « une population aussi catholique et aussi attachée à ses traditions religieuses et nationales que l'est la population du Bas-Canada »⁴². En réponse, le codificateur Augustin-Norbert Morin, juge à la Cour supérieure, affirma explicitement que le projet de Code civil n'avait pas pour effet de modifier la situation et les droits de l'Église, mais que, si tel était le cas, il faudrait le corriger⁴³. Sous la pression de Mgr Bourget, le clergé s'en est mêlé et Rome s'est assuré de la conformité entre le projet de Code civil et les intérêts de l'Église⁴⁴. Ultimement, le *Code civil du Bas-Canada* fut soumis à l'opinion d'un canoniste romain qui conclut qu'il constituait un « bon code pour une nation catholique »⁴⁵. Cette controverse, qui ne concernait

avec la révolution tranquille dans les années '60.

³⁹ Brian Young, *The Politics of Codification : the Lower Canadian Civil Code of 1866*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1994, aux pp. 148-49.

⁴⁰ *Ibid.* à la p. 150.

⁴¹ Voir, par exemple, André Morel, « La codification devant l'opinion publique de l'époque » dans Jacques Boucher et André Morel (dir.), *Le droit dans la vie familiale. Livre du centenaire du Code civil (I)*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970 aux pp. 27-45 [Morel]; Young, *supra* note 39 aux c. 5-7. Je remercie mon collègue Jean Leclair d'avoir attiré mon attention sur l'existence de cette controverse.

⁴² Édouard de Bellefeuille, « *Code civil du Bas-Canada. Législation sur le mariage* » (1864) *Revue canadienne*, t.I, 602, 604-605, tel que cité dans Morel, *ibid.* aux pp. 40-41. Pour les autres articles, voir « *Code civil du Bas-Canada. Législation sur le mariage* », *Revue canadienne*, t. I, 1864, aux pp. 654-72, 731-48 et t. II, 1865, aux pp. 30-44. Voir aussi Young, *ibid.* aux pp.113-120.

⁴³ Voir Morel, *ibid.* à la p. 42; Young, *ibid.* à la p. 118.

⁴⁴ Voir Morel, *ibid.* à la p. 43.

⁴⁵ *Ibid.*

évidemment pas les conjoints de même sexe, montre que les juristes et les membres du clergé de l'époque tenaient à ce que le *Code civil du Bas-Canada* soit compatible avec les valeurs catholiques et ne porte pas préjudice aux intérêts de la religion et de l'Église⁴⁶. Certains traités de droit civil de l'époque appuient aussi cette hypothèse. Par exemple, dans ses cours de droit civil, dont la publication en 1905 résumait « un enseignement de plus de trente ans »⁴⁷, François Langelier soutenait que « notre loi ne suppose pas qu'il puisse exister des gens sans religion, ni, en général, qu'il puisse y avoir une religion autre qu'une religion chrétienne »⁴⁸. Or, ajoutait-il, « chez tous ceux qui professent une religion chrétienne, le mariage est considéré comme un acte religieux, en même temps qu'un acte civil »⁴⁹. Ainsi, bien que la loi civile ne considère le mariage qu'au point de vue civil, elle « adopte comme des règles civiles les règles qui sont établies par toutes les dénominations religieuses reconnues chez nous »⁵⁰.

D'autre part, dans *Hendricks* même, le juge Lemelin affirme que « [n]ul ne conteste que les religions ont joué un rôle important dans le mariage, leurs croyances et leurs rites ont présidé à l'encadrement de l'institution »⁵¹. De plus, la Procureure générale du Canada a soutenu explicitement que l'un des buts de l'article 5 de la *Loi d'harmonisation N° 1* était de préserver le mariage traditionnel qui « rappelle un aspect de notre histoire et de nos origines »⁵². Le juge Lemelin répond que le « respect de la conception traditionnelle du mariage ne peut suffire à nier le droit à l'égalité ». Citant la Cour suprême dans une autre affaire, elle affirme que la question « n'est pas de savoir si la mesure est populaire ou compatible avec les sondages d'opinion publique » : elle est de savoir si la mesure attentatoire est « justifiable par application de la raison et de la rationalité »⁵³.

⁴⁶ En pratique, par exemple, la célébration du mariage au Québec est demeurée sous la compétence exclusive des religions organisées jusqu'en 1969. La compétence d'officiers civils pour célébrer les mariages a été reconnue dans S.Q. 1969, c. 74. Je remercie Robert Leckey de m'avoir rappelé ce fait.

⁴⁷ François Langelier, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1905 à la p. xii.

⁴⁸ *Ibid.*, à la p. 235.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.* Voir aussi, Pierre-Basile Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, C. Théoret, 1895 aux pp. 332-34; Thomas-Jean-Jacques Loranger, *Commentaire sur le Code civil du Bas-Canada*, t. 1, Montréal, La minerve, 1873 aux pp. iv, 28-29; Thomas-Jean-Jacques Loranger, *Commentaire sur le Code civil du Bas-Canada*, t. 2, 1879 aux pp. iii-viii, et le chapitre préliminaire, particulièrement aux pp. 54-55, 57-58.

⁵¹ *Hendricks*, *supra* note 1 au para. 164.

⁵² *Ibid.* au para. 159.

⁵³ *Ibid.* au para. 160. Elle cite, à cet égard, le juge McLachlin dans *RJR - MacDonald*

Il est vrai que, dans *Hendricks*, les procureurs ont avancé d'autres raisons au soutien de la sanction juridique du mariage traditionnel. Par exemple, on a invoqué l'objectif de « souligner la complémentarité des sexes » liée à la « capacité de procréer »⁵⁴, et on a avancé que le mariage traditionnel servait des intérêts publics majeurs tels que la procréation et l'éducation des enfants. Cependant, en général, ces autres raisons semblaient constituer un raffinement, une spécification ou un incident de la justification fondée sur le perfectionnisme religieux et le moralisme juridique conservateur, plutôt que des arguments conceptuellement distincts. Elles semblaient conçues pour donner un poids aux raisons qui procédaient d'une conception religieuse perfectionniste ou morale conservatrice du bien commun. Cela ne signifie pas que ces autres considérations ne puissent jamais être détachées de leurs sources ou origines religieuses et de la morale publique traditionnelle (je montrerai plus bas la forme que pourrait prendre une telle argumentation), mais le contexte rend improbable l'hypothèse que c'était le cas en droit québécois en 1866⁵⁵ : la valeur des objectifs que permettaient de réaliser le mariage semblait indissociable conceptuellement et pratiquement des considérations religieuses et moralistes qui les appuyaient.

Par ailleurs, il aurait été illégitime d'avancer ces autres raisons comme des justifications nouvelles. De telles raisons auraient constitué des rationalisations *a posteriori* destinées à modifier les justifications originales des règles de droit, contrairement à la doctrine constitutionnelle de « l'objet changeant » que la Cour suprême a clairement rejetée⁵⁶. De plus, il semble généralement admis que l'article 5 de la *Loi d'harmonisation No 1* n'a pas créé du droit nouveau⁵⁷. Son objet était de

c. *Canada (P.G.)* [1995] 3 R.C.S. 199.

⁵⁴ *Ibid.* au para. 143.

⁵⁵ *Ibid.* au para. 145.

⁵⁶ Dans une série de décisions, la Cour suprême du Canada a rejeté la doctrine américaine de « l'objet changeant » selon laquelle « l'objet d'une loi peut changer ou se transformer avec le temps en fonction de l'évolution des conditions sociales ». *Big M Drug Mart*, *supra* note 22 à la p. 334. En droit constitutionnel canadien, la Cour « doit examiner quelle était l'intention du législateur au moment de l'adoption ou de la modification de l'article. Elle ne peut pas attribuer d'objectifs ni en inventer de nouveaux selon l'utilité, telle qu'elle est perçue actuellement, de la disposition contestée » : *ibid.* à la p. 334; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731 à la p. 761. Cette position ne signifie évidemment pas qu'en pratique les juges ne modifient jamais l'objet d'une loi. La détermination de l'objet original d'une loi est une affaire d'interprétation et, dans certains cas, requiert des connaissances historiques et théoriques que les tribunaux n'ont pas. Par exemple, Robert Leckey m'a fait remarquer les difficultés que soulève à ce sujet, l'affaire sur le châtiment corporel, *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)* [2004] 1 R.C.S. 76, dans laquelle le but de l'exemption était probablement de sanctionner le pouvoir patriarcal et non la capacité d'éduquer raisonnablement les enfants.

⁵⁷ *Hendricks*, *supra* note 1 au para. 100.

préserver l'uniformité du mariage partout au Canada et de mettre fin à l'incertitude quant au droit relatif aux conditions de fond du mariage qui pouvait surgir de l'abrogation du *Code civil du Bas-Canada*⁵⁸. Il s'ensuit que les justifications des conditions de fond du mariage sont demeurées inchangées : elles demeurent celles de 1866, c'est-à-dire, en toute probabilité, des justifications procédant du perfectionnisme religieux et du moralisme juridique conservateur.

(b) La force normative des deux types de justification

Une justification des lois qui en appellent exclusivement au perfectionnement des individus et de la société conformément aux préceptes d'une religion donnée ou à la protection de la morale publique, telle qu'elle existe empiriquement, a généralement très peu de poids, si tant est qu'elle en ait, dans l'argumentation constitutionnelle fondée sur la Charte⁵⁹. C'est pourquoi les règles de droit qui ordonnent, permettent ou interdisent, sous peine de sanction pénale, une action pour le motif que tous les citoyens canadiens doivent respecter les préceptes d'une religion donnée sont inconstitutionnelles en principe⁶⁰. Selon la Cour suprême, « [u]ne majorité religieuse, ou l'État à sa demande, ne peut, pour des motifs religieux, imposer sa propre conception de ce qui est bon et vrai aux citoyens qui ne partagent pas le même point de vue »⁶¹. De même, les règles de droit qui criminaliseraient une conduite ou une pratique pour le seul motif qu'elle porterait atteinte à la morale publique conventionnelle seraient jugées inconstitutionnelles en principe par les tribunaux⁶². Selon la Cour suprême,

Imposer une certaine norme de moralité publique et sexuelle, seulement parce qu'elle reflète les conventions d'une société donnée, va à l'encontre de l'exercice et de la jouissance des libertés individuelles qui forment la base de notre contrat social. [...] La prévention de "l'obscénité pour l'obscénité" ne constitue pas un objectif légitime qui justifierait la violation de l'une des libertés les plus fondamentales consacrées dans la Charte⁶³.

Plusieurs raisons peuvent expliquer et justifier pourquoi le perfectionnisme juridique religieux et le moralisme juridique conservateur n'ont pas beaucoup de poids, si tant est qu'ils en aient, dans le processus de justification des règles de droit qui portent atteinte à des droits

⁵⁸ *Ibid.* aux para. 99 et 101.

⁵⁹ Voir, par exemple, *Big M Drug Mart*, *supra* note 22; *R. c. Butler*, *supra* note 26.

⁶⁰ Voir *ibid.*

⁶¹ *Ibid.* à la p. 337.

⁶² *R. c. Butler*, *supra* note 26 aux pp. 492-93.

⁶³ *Ibid.* aux pp. 492-93.

fondamentaux⁶⁴. Mais l'une d'elles me semble suffisante. Une considération donnée ne peut compter comme « justification » d'une règle de droit qu'à la condition de constituer une « raison valable »⁶⁵. Or, les considérations qui procèdent du perfectionnisme juridique religieux ou du moralisme juridique conservateur ne peuvent constituer une raison valable d'accepter les règles de droit qu'elles sont censées soutenir. Pour qu'une considération puisse constituer une raison valable, les prémisses qui la constituent doivent soutenir rationnellement la règle de droit qu'elles sont censées appuyer. Ces prémisses doivent être telles qu'un agent qui les considère puisse être rationnellement poussé à accepter la règle de droit qu'elles sont censées justifier. Au minimum, cela implique qu'elles doivent elles-mêmes avoir un fondement rationnel et qu'elles ne doivent pas être invraisemblables. Des prémisses dénuées de fondement rationnel ou invraisemblables seraient arbitraires et des prémisses arbitraires ne peuvent rationnellement pousser un agent qui les considère à accepter ce qu'elles sont censées soutenir.

Or, les justifications qui procèdent du perfectionnisme religieux comportent toujours au moins une prémisse dénuée de fondement rationnel. Par exemple, les prémisses de ce genre : « Dieu a ordonné telle chose », « tel livre sacré incarne la parole de Dieu », « Dieu a révélé ses volontés à tel prophète », « Dieu seul réalise les conditions du vrai bonheur », « la destinée de l'être humain est surnaturelle », « Dieu veut le maintien de l'ordre qui existe de toute éternité », « Dieu est un être très sage », « le plan de Dieu dans l'univers n'accepte pas le mariage entre conjoints de même sexe », etc., sont toujours enfouies quelque part dans l'argumentation religieuse, en ce qu'elles sont nécessaires à la validité du raisonnement. Or, elles expriment des jugements de fait qui n'ont de sens que dans le cadre de présupposés ou théories théologiques qui, en principe, ne sont pas vérifiables ou acceptables par des moyens rationnels. Un agent rationnel qui les considère ne peut donc pas être poussé par la raison à accepter la règle de droit qu'elles sont censées justifier, bien qu'il puisse l'être par d'autres moyens, tels que la foi. Les justifications qui comportent des prémisses de ce genre ne constituent donc pas des « raisons valables ».

De même, les justifications qui procèdent du moralisme juridique conservateur ne constituent pas des raisons valables, puisqu'elles

⁶⁴ Dans *Big M Drug Mart*, *supra* note 22, par exemple, la Cour suprême a fait appel à la liberté de religion elle-même, ainsi qu'au principe d'égalité. Dans *R. c. Butler*, *ibid.* à la p. 492, la Cour suprême en appelle directement aux « libertés individuelles qui forment la base de notre contrat social ».

⁶⁵ Voir Luc B. Tremblay, « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement rationnel » (1999) 44 R.D. McGill 39.

comportent au moins une prémisse invraisemblable. Le raisonnement des moralistes juridiques conservateurs est le suivant : 1/ les sociétés ont le droit de se protéger contre toutes formes de menace à leur survie et à leur intégrité; 2/ tous les actes qui dérogent à la morale publique, c'est-à-dire, au code moral de la communauté, aux pratiques et institutions qui la structurent, menacent la survie même de la société et conduisent à sa désintégration; 3/ les sociétés ont le droit de protéger l'ensemble des valeurs morales que partagent leurs membres. La faiblesse du raisonnement réside dans le caractère invraisemblable de la seconde prémisse. Que signifie l'idée que toute dérogation à la morale publique constitue une menace à la survie de la société ou à son intégrité? Cette prémisse pourrait exprimer un jugement analytique ou un jugement empirique. Si elle exprimait un jugement analytique, il s'ensuivrait qu'elle postulerait *a priori* qu'une société est identique à sa morale publique, de sorte que tout changement à la morale publique constituerait une destruction de la société⁶⁶. Mais cela serait invraisemblable. Comme le soutenait H.L.A. Hart : « [t]aken strictly, it would prevent us saying that the morality of a given society has changed, and would compel us instead to say that one society has disappeared and another one taken its place »⁶⁷. Si, par ailleurs, elle exprimait un jugement de fait, elle pourrait constituer une raison valable, à la condition d'avoir un soutien empirique. Patrick Devlin, par exemple, a soutenu que « history shows that the loosening of moral bonds is often the first stage of desintegration »⁶⁸. Malheureusement, une proposition aussi générale est invraisemblable. Comme l'a souligné H.L.A. Hart, aucune preuve empirique ne l'appuie, aucun historien ne l'a jamais maintenue et « there is indeed much evidence against it »⁶⁹. Une prémisse exprimant un jugement causal entre la baisse de moralité de ses membres et la désintégration de la société ou son extinction doit être plus spécifique et pointer vers des faits historiques plus précis. Il s'ensuit que, dans les deux hypothèses, la prémisse est invraisemblable. Elle ne peut donc pas contribuer à la constitution d'une raison valable.

Par conséquent, si le Parlement édictait la proposition Harper en se fondant principalement ou exclusivement sur des considérations qui procédaient du perfectionnisme juridique religieux ou du moralisme juridique conservateur, la loi serait très probablement invalidée par les tribunaux⁷⁰.

⁶⁶ Voir H.L.A. Hart, *Law, Liberty, and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1963 à la p. 51.

⁶⁷ *Ibid.* aux pp. 51-52.

⁶⁸ P. Devlin, *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965 à la p. 13.

⁶⁹ Hart, *supra* note 66 à la p. 50.

⁷⁰ Voir, par exemple, Hendricks, *supra* note 1 aux para. 164-66; EGALÉ, *supra* note

(c) *La retenue judiciaire*

M. Stephen Harper a néanmoins soutenu que si le Parlement amendait la *Loi sur le mariage civil* conformément à sa proposition, les tribunaux devraient faire preuve de retenue judiciaire pour le motif que les lois du Parlement expriment la volonté des représentants élus démocratiquement, contrairement aux règles de common law élaborées par les juges eux-mêmes⁷¹. Pourrait-on invoquer la doctrine de la retenue judiciaire pour inviter les juges à s'incliner devant une loi justifiée par des considérations qui procéderaient du perfectionnisme religieux et du moralisme juridique conservateur? La réponse est non. Dans le cadre du processus de contrôle judiciaire fondé sur la Charte, la doctrine de la retenue judiciaire s'applique lorsque les tribunaux ne possèdent aucun critère rationnel ou suffisamment objectif pour déterminer si les *raisons* avancées par le gouvernement au soutien d'une loi qui porte atteinte à des droits constituent de « bonnes raisons ». Elle ne s'applique pas pour inciter les juges à s'incliner devant des lois dénuées de raison. La retenue judiciaire s'impose pour prévenir les décisions judiciaires arbitraires ou qui ne refléteraient que les préférences personnelles ou les intuitions des juges. Elle ne s'impose pas pour maintenir la validité de lois arbitraires. La retenue judiciaire s'applique lorsqu'il est impossible d'évaluer rationnellement et objectivement la force normative des « raisons » avancées au soutien des lois. Encore faut-il que la loi ait un fondement rationnel. Par exemple, les juges font preuve de déférence lorsque la preuve scientifique des faits sociaux est crédible, mais non concluante, ou lorsque plusieurs mesures possibles semblent raisonnablement porter le moins possible atteinte à un droit garanti et qu'il n'existe aucun critère rationnel ou suffisamment objectif permettant de distinguer laquelle est la moins attentatoire⁷². Il s'ensuit que la doctrine de la retenue judiciaire ne peut s'appliquer que dans les cas où les restrictions aux droits sont soutenues par des « raisons valables ».

1 aux para. 132.

⁷¹ Voir, par exemple, *R. c. Swain*, *supra* note 18 aux pp. 978 et 983.

⁷² Cette forme de déférence, le cas échéant, ne doit pas être confondue avec le fait qu'un débat démocratique qui précède l'adoption de la loi (débat qui inclut les discours des parlementaires, les travaux préparatoires, les énoncés de politiques, les critiques publiques dans les journaux, etc.) puisse faire surgir des compréhensions de l'équilibre acceptable entre des valeurs concurrentes que la règle de common law ne permettait pas de saisir au moment où elle a été reconnue par les tribunaux. Voir, par exemple, *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668 aux para. 17, 20, 55 : « Notre Cour a abordé cette question dans *R. c. O'Connor* [...]. À la suite de cet arrêt et d'un long processus de consultation, le législateur a examiné la question et a rédigé le projet de loi C-46 [...]. Il s'agit en l'espèce de savoir si la loi C-46 est constitutionnelle. [...] Il est cependant important de se rappeler que cet arrêt n'est pas nécessairement définitif sur ce point. L'évolution du droit passe par le dialogue entre

Or, puisqu'elles comportent toujours au moins une prémisse dénuée de fondement rationnel ou une prémisse invraisemblable, les considérations qui procèdent du perfectionnisme religieux et du moralisme juridique conservateur ne constituent pas des raisons valables. Par voie de conséquence, si l'amendement à la *Loi sur le mariage civil* édictant la proposition Harper était justifié sur la base du perfectionnisme juridique religieux ou du moralisme juridique conservateur, les tribunaux ne seraient pas tenus de faire preuve de retenue judiciaire. Soutenir le contraire signifierait que les tribunaux doivent reconnaître la validité des règles de droit qui restreignent les droits garantis, même si ces règles de droit étaient adoptées sans raison.

B. Les justifications possibles de la proposition Harper

Un amendement à la *Loi sur le mariage civil* sanctionnant la proposition Harper justifié sur la base du perfectionnisme juridique religieux ou du moralisme juridique conservateur serait donc, en toute probabilité, invalidé par les tribunaux. Il ne s'ensuit pas que tous les amendements possibles édictant la proposition Harper devraient être jugés inconstitutionnels. Comme on l'a dit, le seul fait d'édicter une loi sanctionnant la définition traditionnelle du mariage ne permet pas de conclure à sa validité ou à son invalidité. Il importe de déterminer le caractère des raisons avancées pour la justifier. Par conséquent, si un tel amendement puisait sa justification dans des considérations laïques ou dans des valeurs morales fondamentales, telles que celles que reconnaît la Charte elle-même, il pourrait être jugé valide, à la condition de rencontrer certains critères moyen-fin, tels que l'efficacité minimale, la nécessité et la proportionnalité⁷³.

les tribunaux et le législateur. [...] Le législateur peut s'inspirer de la décision de la Cour et concevoir un régime différent pourvu que celui-ci demeure constitutionnel. Tout comme le législateur doit respecter les décisions de la Cour, *la Cour doit respecter la décision du législateur que le régime qu'elle a créé peut être amélioré*. Insister sur une conformité servile irait à l'encontre du respect mutuel qui sous-tend les rapports entre les tribunaux et le législateur et qui est si essentiel à notre démocratie constitutionnelle » [mes italiques]. En ce sens, le débat démocratique peut avoir une valeur épistémique que le processus judiciaire n'a pas. Il n'en découle pas, cependant, que les tribunaux doivent faire preuve de plus de déférence envers une loi du Parlement qui restreindrait un droit pour des motifs religieux qu'envers une règle de common law fondée sur les mêmes motifs religieux.

⁷³ En droit constitutionnel canadien, ces critères expriment le deuxième volet du « test de Oakes » formulé en 1986 par la Cour suprême dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 aux pp. 138-39. Le premier volet énonce que l'objectif législatif que la restriction vise à promouvoir doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution et doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Le second volet énonce que les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être

À cet égard, tous les tenants de la proposition Harper ont le droit de faire valoir leurs points de vue, même ceux dont la motivation la plus profonde repose sur des considérations religieuses. Par exemple, sans occulter ses croyances religieuses, la Conférence des évêques catholiques du Canada a fait valoir un certain nombre de considérations laïques⁷⁴. Elle soutient en outre que des conséquences civiles et sociales indésirables pourraient découler d'une redéfinition du mariage, sans que nous en connaissions suffisamment la portée à long terme. Certes, au terme d'un examen critique, ces arguments laïques pourraient bien, ne pas être acceptables ou suffisants au mérite. Mais il serait injuste de ne pas les considérer au mérite pour le seul motif que les évêques devraient s'en tenir à un discours religieux. Ce point mérite d'être rappelé, car on objecte parfois que les religieux qui avancent des arguments laïques manquent d'authenticité ou de sincérité : ils instrumentaliserait les arguments laïques à des fins religieuses. Cette objection ne devrait pas être maintenue. D'une part, il n'est pas acceptable d'exclure un groupe de citoyens du débat public en présumant sa mauvaise foi. Dans une démocratie, chacun a le droit à ce que ses prétentions soient évaluées rationnellement au mérite. D'autre part, il est très probable que les religieux croient sincèrement à la force normative des arguments laïques qu'ils avancent. Le cas échéant, leurs convictions religieuses profondes ne pèseraient pas tant sur la *justification* de leur position sur le mariage; elles pèseraient sur leur *motivation* à s'engager profondément dans le débat public et à identifier les meilleurs arguments laïques au soutien de leur conception du mariage.

proportionnels ou appropriés à ces fins : cela signifie que les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif, qu'elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et que leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits.

⁷⁴ Voir, par exemple, Organisme catholique pour la vie et la famille, « Faut-il redéfinir le mariage au Canada? De bonnes raisons de s'opposer au projet de loi C-38 et de préserver la définition naturelle du mariage », *supra* note 11 : « Le mariage doit demeurer ce qu'il a toujours été et il n'est pas nécessaire de faire appel à la foi pour expliquer cela. Qu'ils croient en Dieu ou non, les citoyens canadiens ont d'abord des motifs purement humains et naturels de refuser qu'on ouvre la porte aux mariages entre personnes de même sexe ». Voir aussi le Message de la Conférence des évêques Catholiques du Canada, « Le mariage dans les circonstances actuelles » (10 septembre 2003), en ligne : <<http://www.cecc.ca/Files/CECC-Mariage-Sept2003.html>>; Brenda n M. O'Brien, Archevêque de St. John's et Président de la Conférence des évêques catholiques du Canada, « Lettre pastorale aux catholiques du Canada sur la redéfinition du mariage » (9 février 2005), en ligne : <<http://www.cecc.ca/PublicStatements.htm?CD=452&ID=1623>>; voir, en particulier, la lettre du Cardinal Ambrozic, archevêque de Toronto, au Premier ministre Paul Martin au sujet du projet de loi C-38, le 18 janvier 2005.

Quels types de considérations pourrait-on légitimement avancer au soutien de la proposition Harper et quel serait leur poids relatif, compte tenu des intérêts des gais et des lesbiennes qui revendiquent l'accès à l'institution du mariage civil? On pourrait légitimement avancer quatre types d'arguments⁷⁵. Alors que les trois premiers types font appel à des considérations empiriques assez classiques, le quatrième type de considérations fait appel à des considérations qu'on pourrait qualifier de « symboliques ». À mon avis, les principales mécompréhensions dans le débat gravitent autour d'un argument de type « symbolique ». Puisqu'il est probablement le plus obscur et le plus mal compris, je prendrai quelques pages à le clarifier.

(a) Le préjudice à autrui

Premièrement, on pourrait avancer que le maintien de la conception traditionnelle du mariage est requis en vue de prévenir qu'un préjudice soit causé à certains individus et groupes dans la société. C'est le sens, par exemple, des arguments suivants : 1/ la redéfinition du mariage porterait atteinte aux intérêts ou aux droits des enfants, tel qu'au droit d'avoir la meilleure des chances dans la vie : les enfants se développeraient mieux, psychologiquement, dans un milieu avec des parents hétérosexuels mariés, que dans des milieux où le père ou la mère est absent ou, vraisemblablement, dans un milieu où les parents sont du même sexe; 2/ la redéfinition du mariage porterait atteinte aux intérêts ou aux droits de Néo-Canadiens, par exemple leur droit de ne pas être marginalisés, stigmatisés, voire exclus *de facto* du statut de citoyen puisque cette redéfinition menacerait leurs traditions culturelles et leurs croyances religieuses les plus profondes; 3/ la redéfinition du mariage porterait atteinte aux intérêts ou aux droits des groupes religieux, tel qu'au droit de ne pas procéder à des mariages entre conjoints de même sexe, au droit d'enseigner leurs croyances sur le mariage et l'homosexualité et au droit de ne pas être contraint de prêter ou de louer leurs locaux; 4/ la redéfinition du mariage porterait atteinte aux intérêts ou aux droits des parents, tels que le droit effectif de transmettre leurs valeurs morales à leurs enfants.

Ces arguments sont légitimes en principe. Néanmoins, ils ne peuvent justifier la proposition Harper qu'à deux autres conditions. D'une part, les allégations factuelles doivent être fondées empiriquement. Il faut examiner si les faits permettent de conclure, avec un degré suffisant de probabilité, que les intérêts des enfants, des Néo-Canadiens, des groupes religieux ou des parents sont réellement menacés par une loi qui reconnaît aux conjoints

⁷⁵ Ces arguments se retrouvent tous, plus ou moins implicitement, dans la littérature relative à la question du mariage entre conjoints de même sexe. Voir aussi les arguments avancés par le Chef de l'opposition, M. Stephen Harper, *supra* note 7.

de même sexe un accès au mariage civil. Les allégations ne peuvent faire état de simples possibilités ou hypothèses vraisemblables sur un plan théorique, mais non étayées par les faits. D'autre part, il importe de montrer que les préjudices que l'on tente de prévenir atteignent un degré d'intensité au moins égal au degré de restriction que subiraient les valeurs concurrentes du fait de la proposition Harper. Ce jugement de proportionnalité pourrait être complexe : il exige un jugement plus abstrait sur la valeur ou l'importance relative des intérêts concurrents, dont le second volet de la proposition Harper, volet proposant de reconnaître les unions civiles, en tant qu'option constituant, potentiellement, une atteinte minimale aux intérêts des conjoints de même sexe.

(b) L'offense à autrui

Deuxièmement, on pourrait avancer que le maintien de la conception traditionnelle du mariage est requis en vue de prévenir que des actes publics puissent profondément offenser les sentiments religieux de certains groupes sociaux. Un acte profondément offensant pour une personne ou un groupe de personnes peut être tel qu'il pourrait être conçu comme une forme de préjudice, c'est-à-dire comme une atteinte aux intérêts de cette personne, auquel cas la justification de la proposition Harper procéderait du premier type de raisons. Cependant, il arrive que nous distinguions entre les « offenses aux sentiments » et les « atteintes aux intérêts »⁷⁶. Dans ce cas, un acte profondément offensant ou choquant (désagréable, déplaisant, inconfortable, dégoûtant, détestable, irritant, gênant, humiliant) pourrait être si inacceptable, qu'il pourrait justifier une intervention étatique même lorsqu'il ne porte pas atteinte aux intérêts de la personne offensée⁷⁷. Les arguments selon lesquels la redéfinition du mariage au bénéfice des conjoints de même sexe est profondément offensante pour les canadiens et les Néo-Canadiens qui attribuent au mariage traditionnel une signification profondément religieuse pourraient être de ce type.

Un argument semblable avait été avancé par H.L.A. Hart, en réponse à une thèse de Patrick Devlin, pour justifier la règle de droit criminalisant la bigamie. Selon Devlin, bien que l'État ne puisse pas légitimement protéger le mariage monogame traditionnel pour des motifs religieux, il pourrait le faire pour le motif que cette institution constituait l'une des valeurs morales fondamentales de la société dans laquelle il vivait : le mariage monogame « has got there because it is Christian, but it remains there because it is built into the house in which we live and could not be

⁷⁶ Voir Mill, *supra* note 28, c.4; Hart, *supra* note 66 aux pp. 38-48; Joel Feinberg, *Social Philosophy*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall inc., 1997 aux pp. 28-29.

⁷⁷ Voir Joel Feinberg, *Offense to Others*, Oxford, Oxford University Press, 1985 au c. 7.

removed without bringing it down »⁷⁸. Pour lui, la règle de droit prohibant la bigamie procédait donc d'un moralisme juridique conservateur. Pour Hart, l'affaire n'était pas aussi simple. Les tenants de cette règle de droit disposaient d'autres arguments raisonnables, dont le suivant : « in a country where deep religious significance is attached to monogamous marriage and to the act of solemnizing it, the law against bigamy should be accepted as an attempt to protect religious feelings from offence by a public act of desecrating the ceremony »⁷⁹. Dans cette hypothèse, la loi intervient pour protéger les sensibilités religieuses de l'outrage que pourrait causer un acte public : si les bigames sont punis, ce n'est donc pas pour le motif qu'ils sont antireligieux ou immoraux, mais pour le motif qu'ils constituent une « nuisance »⁸⁰.

Dans une société fondée sur le respect mutuel et l'égalité, ce type de considérations constitue certainement une raison légitime de promouvoir certaines politiques au détriment d'autres politiques. Il serait légitime, par exemple, pour le Parlement du Canada d'adopter une loi décrétant le « flocon de neige » comme symbole national, plutôt que la « croix gammée », pour le motif que cette dernière offenserait profondément certains groupes de citoyens⁸¹. La tolérance requiert de l'État un respect

⁷⁸ Devlin, *supra* note 68 à la p. 9.

⁷⁹ Hart, *supra* note 66 à la p. 41.

⁸⁰ Hart, *ibid.* aux pp. 41-42. Le concept de « nuisance » signifie diverses choses selon les contextes. Dans le contexte criminel relatif à la bigamie, il est probable que Hart donnait au concept une portée suffisamment large pour inclure des actes « profondément offensants ». Sur la distinction entre les simples « nuisances » et les actes profondément offensants, voir Feinberg, *supra* note 77 au c. 9.

⁸¹ Cette thèse est généralement acceptée dans la tradition libérale et démocratique. Pour une position apparemment contraire, voir Jean-François Gaudreault-DesBiens, « From Sisyphus's Dilemma to Sisyphus's Duty? A Meditation on the Regulation of Hate Propaganda in Relation to Hate Crimes and Genocide » (2000) 46 R.D. McGill 121, en part. 135-36. L'auteur soutient qu'il serait « antithetical to the idea of democracy to uphold the right not to be offended », *ibid.* à la p. 136. Son argumentation portait toutefois sur l'équilibre à atteindre entre la liberté individuelle d'exprimer des idées « offensantes » (par exemple, le roman de Salman Rushdie, *Les versets sataniques*) et le respect de l'égalité, aux fins de déterminer l'espace légitime réservé à la prohibition de la propagande haineuse; elle ne portait pas sur la légitimité d'actes publics « offensants » que sanctionnerait l'État. Or, il y a une distinction à faire entre des actes offensants commis par des individus (un voisin exhibe le drapeau Nazi dans sa fenêtre) et des actes offensants commis par l'État (le Parlement canadien adopte le drapeau Nazi comme symbole national). Dans ce dernier cas, le principe d'égalité intervient à un niveau plus fondamental, notamment en tant que principe moral d'impartialité auquel l'État lui-même devrait se soumettre pour maintenir sa légitimité politique. Je note cependant que Gaudreault-DesBiens fait une distinction entre l'expression « offensante » (dont le contenu confronte les valeurs des autres) et l'expression « abusive » (dont le contenu soutient que certains groupes sont inférieurs, qu'ils peuvent ou doivent être exclus ou dégradés, voire éliminés).

des sensibilités les plus profondes des groupes particuliers de citoyens à qui les lois s'appliquent : elle ne justifie pas seulement l'attribution de droits. Bien entendu, dans le cas du mariage, cette considération serait avancée au soutien d'un amendement qui pourrait offenser les sensibilités d'autres groupes sociaux, notamment, les gais et les lesbiennes. Il s'ensuit qu'il faudrait montrer que les offenses que l'on tente de prévenir en sanctionnant les deux volets de la proposition Harper seraient au moins aussi intenses que celles que l'amendement produirait sur les sentiments des gais et des lesbiennes. Par ailleurs, comme pour le premier type de considérations, il faudrait montrer que les prétentions sont fondées empiriquement et qu'elles satisfont aux critères complexes de proportionnalité.

(c) Les intérêts publics majeurs

Troisièmement, on pourrait avancer que le mariage traditionnel constitue un bien collectif unique et que sa protection est requise en vue de protéger un ou plusieurs intérêts publics majeurs. Cette argumentation pourrait prendre diverses formes. Cependant, elle ne doit pas constituer une forme

Cette distinction conceptuelle, que j'estime très féconde, n'est pas nécessairement incompatible avec mon argumentation. D'une part, il peut y avoir des expressions « abusives » telles qu'elles sont profondément « offensantes » et, pour cette raison, justifier une forme de censure. Ainsi, l'offense à autrui pourrait constituer une raison de juger illégitime l'expression « abusive ». D'autre part, il peut y avoir des expressions « abusives » telles qu'elles sont profondément « offensantes » et, pour cette raison, avoir pour effet d'exclure ou de marginaliser les groupes offensés. C'est probablement là le sens de l'argument avancé par certains groupes religieux. Dans *Hendricks*, *supra* note 1 au para. 29 par exemple, M. Abdalla Idris Ali, directeur du *Centre of Islamic Education in North America* a prétendu que si l'État « were to redefine marriage to include same sex unions, I believe there would be a detrimental impact on the Islamic community in Canada. Essentially, this redefinition of marriage would result in a situation where the state would impose acceptance of same sex unions on its citizens through a law which would be directly contrary to, and invalidate our religions [sic] beliefs. A law that would invalidate some [sic] sex marriage in the public sphere would be inconsistent with our religious teachings [sic] and beliefs. It would become harder for Muslims to participate in Canadian society if that society insisted on acceptance of unions that our religion teachers [sic] are an affront to Allah. » Dans le *Renvoi*, *supra* note 16 aux para. 45-48, la Cour suprême du Canada ne considère pas cet argument au mérite, se contentant d'affirmer que la définition élargie du mariage n'imposait « aucun fardeau sur le fondement d'une différence » et que la simple reconnaissance d'un droit à un groupe « ne peut, en soi, porter atteinte aux droits d'un autre groupe. L'avancement des droits et valeurs consacrés par la Charte profite à l'ensemble de la société et l'affirmation de ces droits ne peut à elle seule aller à l'encontre des principes mêmes que la Charte est censée promouvoir. » Je ne crois pas que cette réponse puisse être satisfaisante pour ceux qui estiment sincèrement que l'avancement des droits des uns pourrait avoir pour effet d'exclure ou de marginaliser d'autres groupes de la société canadienne.

de moralisme juridique conservateur : on ne pourrait soutenir, par exemple, que toute atteinte au mariage traditionnel cause un tort irréparable à la société, menace sa survie ou l'entraîne dans la voie de la désintégration, sans spécifier la nature même des risques et sans appuyer ces allégations de considérations empiriques susceptibles de vérification par des moyens rationnels⁸². On ne pourrait simplement affirmer que la décadence, voire la ruine, de certaines nations, comme leur progrès et prospérité, ont toujours été la suite naturelle et inévitable des baisses et des hausses de la moralité des familles; cela est peut-être vrai, mais sans autre preuve, cela n'aurait pas plus de force que l'affirmation gratuite que le divorce des parents fait des enfants des êtres insubordonnés et malheureux. L'argumentation devrait montrer, par exemple, que le mariage traditionnel exerce des fonctions sociales spécifiques essentielles au bien-être de la collectivité et que celles-ci sont sérieusement affectées par sa redéfinition favorable aux conjoints de même sexe.

Les arguments empiriques qui appuient la thèse selon laquelle le mariage hétérosexuel constituerait un « bien unique pour toute la société » par les rôles ou les fonctions sociales qu'il exerce seraient de ce type – par exemple, que le mariage traditionnel construirait les sociétés et les civilisations, contribuerait à l'avenir de la société, notamment par la procréation et l'éducation, assurerait la stabilité de la famille, cellule de base de la société, fournissant ainsi le milieu le plus stable et le plus propice à la prise en charge d'enfants, à l'éducation des générations futures, à la transmission de valeurs morales et à la socialisation des enfants. Plusieurs arguments avancés par la Conférence des évêques catholiques du Canada prennent cette forme⁸³. De même, certains juges de la Cour suprême du Canada qui se sont prononcés sur la nature du mariage ont fait valoir ce type d'arguments. C'est le cas, par exemple, du juge Gonthier dans *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh* :

⁸² Voir, par exemple, l'arrêt *Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190 (1888) aux pp. 205 et 211, dans lequel la Cour suprême des États-Unis a affirmé que le mariage est une institution dont le public a un intérêt profond à conserver l'intégrité, puisqu'il constitue le fondement même de la famille et de la société, sans lequel il n'y aurait ni civilisation ni progrès.

⁸³ Voir les documents produits par et pour la Conférence des évêques catholiques du Canada dont plusieurs sont postés au site internet suivant: <<http://www.cccb.ca/Backgrounders.htm?NL=2&CD=&ID=1342>>. En particulier voir : Mémoire déposé par la CECC devant la Cour Suprême du Canada dans le cadre du renvoi sur le mariage, (9 juin 2004); Message de la Conférence des évêques catholiques du Canada, « Le mariage dans les circonstances actuelles » (10 septembre 2003); Mémoire présenté par la Conférence des évêques catholiques du Canada au Comité permanent de la justice et des droits de la personne sur le document de travail intitulé « Mariage et reconnaissance des unions de conjoints de même sexe » (13 février 2003); Organisme catholique pour la vie et la famille, « Faut-il redéfinir le mariage au Canada? De bonnes raisons de s'opposer au projet de loi C-38 et de préserver la définition naturelle du mariage », *supra* note 11.

Le mariage et la famille existent depuis bien avant qu'un législateur quelconque décide de les réglementer. Depuis des siècles, ils jouent un rôle primordial dans la société en contribuant à sa cohésion et à sa structure fondamentale [...]. Selon le professeur J. Pineau, « [l']État ne peut pas se désintéresser du mariage, car celui-ci assure la stabilité nécessaire à la vie d'une famille : 'Pour qu'une république soit bien ordonnée, les principales lois doivent être celles qui règlent le mariage', disait Platon » [...] . Le mariage et la famille favorisent le bien-être psychologique, social et économique de tous les membres de l'unité familiale. [...] Le préambule de la *Loi sur le Conseil de la famille et de l'enfance*, [...] reconnaît la famille comme le « premier milieu de vie, d'apprentissage et de socialisation » et affirme également que « le bien-être de la famille et des individus qui la composent est la base du bien-être de la société » [je souligne]. Le mariage, un engagement qui est conclu sur la base de son caractère permanent et irrévocable, donne une structure à la famille et lui procure la stabilité qui convient le mieux à l'éducation des enfants. En fait, les concepts de mariage et de famille sont étroitement liés. L'article 16 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, [...] illustre le lien qui existe entre ces institutions ainsi que le rôle primordial qu'elles jouent dans notre société. [...] De même, dans *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, p. 848, la Cour fait les remarques suivantes : 'Le mariage et la famille constituent un magnifique environnement pour élever et éduquer les jeunes de notre société en leur fournissant le premier milieu de développement des capacités d'interaction sociale. Ces institutions constituent, en outre, le moyen de transmettre les valeurs que nous jugeons essentielles à notre sens de la collectivité'. [...] L'importance fondamentale du mariage réside, entre autres, dans son rôle primordial dans la procréation humaine et dans sa capacité d'offrir aux enfants et aux parents un cadre favorable pour le développement des valeurs au sein de la famille. La vie familiale et l'éducation des enfants dans ce contexte sont fondamentales dans notre société. [...]»⁸⁴

À moins de montrer que les intérêts mentionnés ne constituent pas des intérêts publics majeurs, les considérations avancées à leur soutien sont certainement légitimes en principe. Elles expriment des jugements de fait susceptibles de vérifications empiriques, et non pas des jugements théologiques ou métaphysiques. Elles ne sauraient donc justifier la proposition Harper qu'à la condition d'être fondée sur des jugements de fait suffisamment probables. Est-il vrai, par exemple, que le mariage traditionnel exerce l'une ou l'autre des fonctions sociales alléguées? Est-il vrai que le maintien du mariage traditionnel est « essentiel » ou

⁸⁴ [2002] 4 R.C.S. 325 aux para. 192-194. L'article 16 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., p. 71 (1948), s'énonce comme suit : « 1. À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. 2. Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux. 3. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État ».

« nécessaire » à la stabilité des familles, à la procréation, l'éducation, au bien-être des enfants ou à la transmission des valeurs? Est-il vrai que la redéfinition du mariage au bénéfice des conjoints de même sexe affecte ces fonctions? Le cas échéant, est-il vrai que cette redéfinition cause un tort irréparable à l'intérêt public? Ces considérations empiriques sont contestées en sciences sociales. Par ailleurs, elles ne sauraient justifier les deux volets de la proposition Harper que si le degré auquel les intérêts publics majeurs sont réalisés est proportionné au degré d'atteinte aux autres valeurs, dont l'inclusion, le respect de chacun, l'égalité et la tolérance.

(d) Les valeurs intrinsèques

Les trois premiers types de justification en appellent à des considérations empiriques. Les arguments sont sérieux, mais ils doivent être démontrés. Dans la mesure où ces arguments ont été considérés par les tribunaux, ils ont été généralement repoussés. On pourrait penser en conséquence qu'ils sont relativement faibles. Cependant, il y a des raisons de croire que les tribunaux ne les ont pas suffisamment examinés. D'une part, tous les arguments empiriques n'ont pas été soumis aux tribunaux et ceux qui le furent n'ont pas tous été examinés au mérite. D'autre part, les arguments soumis aux tribunaux étaient avancés au soutien de règles de droit qui, comme je l'ai mentionné, procédaient en toute probabilité du perfectionnisme religieux et du moralisme juridique conservateur. Cela a probablement coloré leur signification, leur poids et leur crédibilité. Enfin, compte tenu de leur nature, la force normative des arguments dépend nécessairement des faits sociaux empiriques tels qu'ils sont ou tels que nous les comprenons aujourd'hui à la lumière des meilleures théories et méthodologies disponibles en sciences sociales. Il serait pour le moins inadéquat que ces questions soient réglées par des décisions judiciaires qui ne les ont pas considérés au mérite ou qui les ont considérés sur la base d'une preuve défailante ou incomplète.

Le quatrième type d'arguments en appelle à des considérations de nature plus symbolique. On pourrait avancer que le maintien du mariage traditionnel est justifié pour le motif que cette institution incarne, représente, symbolise ou célèbre quelque chose dont la valeur fondamentale résiderait dans ses propriétés intrinsèques. J'estime qu'au moins un argument qui associe le mariage à la « procréation naturelle » est de ce type. Devant les tribunaux, les considérations qui associaient le mariage traditionnel à la « procréation naturelle » ont été généralement comprises comme des arguments empiriques du troisième type. Elles cherchaient généralement à établir la « signification sociale » du mariage à la lumière de l'intérêt public que servait cette institution, tel que

l'indiquait sa « raison d'être », ses « buts » ou ses « finalités » empiriques⁸⁵. L'argument plus symbolique auquel je réfère est apparu en arrière-plan de ces discussions. Je vais l'expliciter puisqu'il est souvent mal compris et qu'on le confond souvent avec des arguments empiriques du troisième type⁸⁶.

En vertu du quatrième type d'argument, la valeur du mariage traditionnel ne serait pas *instrumentale*, fixée par son caractère utilitaire ou fonctionnel, ni *subjective*, fixée par sa capacité à satisfaire les désirs ou les préférences de chacun. Sa valeur ou importance serait plutôt *intrinsèque*,

⁸⁵ Voir, par exemple, *Hendricks*, *supra* note 1 aux pp. 144-49; *Halpern*, *supra* note 1 aux para. 116-18, 120-22; *EGALE*, *supra* note 1 aux para. 85-92, 117-24; *Vogel*, *supra* note 1; *Boutillier*, *supra* note 1; *N.W. c. Canada (Attorney General)*, *supra* note 1; *Dunbar*, *supra* note 1.

⁸⁶ Comme nous le verrons, l'argument symbolique que j'examinerai n'a rien à voir avec les raisons pour lesquelles le type d'arguments qualifié de « symbolique » par cinq juges de la Cour suprême du Canada a été rejeté dans l'affaire *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519 aux para. 22-24. Pour la majorité, ce type d'arguments était illégitime en l'espèce, non pas pour le motif qu'il était « symbolique », mais pour le motif qu'il constituait des considérations « rhétoriques », « générales » et « abstraites » : « [i]l reste à déterminer si l'objectif d'accroître le respect de la règle de droit et celui d'infliger une sanction appropriée sont valides du point de vue constitutionnel et suffisamment importants pour justifier une atteinte à des droits. Des objectifs généraux et symboliques comme ceux-là garantissent presque une réponse affirmative à cette question. Qui peut soutenir que le respect de la règle de droit n'a pas un caractère urgent? Qui peut prétendre qu'il n'est pas important d'infliger une peine appropriée? Qui peut affirmer que l'un ou l'autre de ces buts, en soi, est contraire à des principes démocratiques? Cependant, *c'est précisément parce qu'ils laissent si peu place à la contestation que les objectifs généraux et symboliques rendent l'analyse de la question de la justification plus difficile*. Les termes qui les traduisent comportent plusieurs sens, mais ne nous éclairent pas vraiment sur la raison qui rend la restriction du droit nécessaire et sur ce que l'on espère accomplir concrètement. *Plus les objectifs sont généraux et abstraits, plus ils risquent de prendre des sens différents selon les contextes et, par conséquent, de subir une déformation ou de faire l'objet d'une manipulation. [...]* Comme la Cour l'a affirmé, l'objectif « doit être défini avec exactitude et précision, de manière à établir un cadre qui permet d'en apprécier l'importance et d'évaluer la précision avec laquelle les moyens nécessaires à sa réalisation ont été élaborés » [...]. *Le tribunal appelé à se prononcer sur des objectifs généraux peut très bien conclure, [...] que [TRADUCTION] « le caractère hautement symbolique et abstrait de [l']objectif [...] en réduit l'importance en matière de justification de la violation d'un droit protégé par la Constitution »*. Si le législateur peut porter atteinte à un droit aussi important que le droit de vote simplement en invoquant des motifs symboliques et abstraits, alors l'examen judiciaire devient ridiculement entravé ou se réduit à un concours où les concurrents prétendent que 'nos symboles sont meilleurs que vos symboles'. Ni l'un ni l'autre de ces résultats n'est compatible avec l'analyse rigoureuse exigée par la Charte en matière de justification. *Le caractère rhétorique des objectifs que fait valoir le gouvernement en l'espèce les rend suspects.* » [mes italiques].

c'est-à-dire en elle-même. La valeur du mariage traditionnel existerait indépendamment de ce à quoi il peut servir ou faire pour le bien-être général de la société ou pour promouvoir les intérêts des individus. En l'occurrence, la valeur du mariage traditionnel serait établie par *association* avec quelque chose d'autre que le mariage lui-même : sa valeur serait fixée par celle de ce qu'il est censé représenter, la « procréation naturelle ». En vertu de l'argument, ce serait cette valeur associative qui donnerait au mariage traditionnel sa pleine signification.

Le concept de valeur intrinsèque peut sembler étrange aux juristes : comment une chose pourrait-elle valoir intrinsèquement, indépendamment de ce à quoi elle peut servir ou faire pour le bien-être général de la société ou les intérêts des individus? Pourtant, notre environnement éthique montre que les êtres humains reconnaissent que certaines choses qui appartiennent au monde naturel ou social sont importantes pour des raisons autres que les bénéfices sociaux ou individuels (intérêts, plaisirs, satisfaction des préférences, excitations, richesse, par exemple) qu'elles peuvent causer⁸⁷. Par exemple, quand un État décide de protéger à des coûts astronomiques une espèce animale ou une forêt millénaire menacée de disparition, indépendamment des bénéfices, du plaisir, de l'intérêt scientifique ou des profits que les êtres humains peuvent en tirer, il indique que certains aspects de la nature possèdent une valeur en vertu de caractéristiques ou de propriétés qui leur sont propres et que cette valeur est tellement grande qu'ils méritent d'être protégés ou reconnus par le droit. Lorsqu'un État se dote d'un drapeau, il indique que certains aspects du monde social, tels que la nation ou l'unité de la patrie, ont une valeur en eux-mêmes et que cette valeur est telle qu'ils méritent de faire l'objet d'une représentation symbolique. Dans certains cas, les choses intrinsèquement désirables apparaissent si importantes que nous les qualifions même de « sacrées » ou d'« inviolables » : pensons aux affirmations selon lesquelles « la dignité de chaque être humain est inviolable » ou « la vie humaine est sacrée ».

La procréation naturelle constitue un fait empirique de la nature : c'est un aspect de la « réalité biologique » qui permet à la vie humaine de se perpétuer sans aucun artifice. Or, depuis des temps immémoriaux, les êtres humains, religieux ou non, ont valorisé ce fait en vertu de ce qu'il est, le commencement de la vie humaine et l'engendrement d'êtres humains. On

⁸⁷ Voir, par exemple, T. Nagel, « Symposium on the Public Benefits of the Arts and Humanities », (1984) 9 *Columbia Journal of Art and the Law* 236; Joel Feinberg « 'Not With my Tax Money' : The Problem of Justifying Government Subsidies for the Arts » (1994) 8 *Public Affairs Quarterly* 101; Ronald Dworkin, *Life's Dominion*, N.Y., Vintage Books, 1994. Voir aussi, au Canada, pour une opinion judiciaire qui réfère à cette idée : *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519 à la p. 585.

pourrait probablement expliquer cela en termes anthropologiques : là où la survie d'un groupe, d'un clan ou d'une famille dépend directement de la procréation, par exemple, là où les regroupements humains isolés les uns des autres vivent dans des conditions précaires, l'union de l'homme et la femme peut apparaître fondamentalement désirable. On pourrait même poser l'hypothèse que ces conditions expliquent pourquoi tant de religions et de traditions ont valorisé le mariage hétérosexuel. Mais il n'est pas nécessaire de vérifier ces hypothèses. L'argument que j'examine est indépendant de ses origines anthropologiques. Il ne reposerait pas non plus sur des considérations religieuses ou moralistes au sens conservateur du terme. Il n'aurait pas à postuler la validité des explications ou des justifications théologiques ou métaphysiques de la nature élaborées par les philosophes et les civilisations. Il ne ferait même pas appel à la valeur instrumentale ou subjective du mariage. L'argument repose sur l'idée que la procréation naturelle possède une valeur intrinsèque en vertu de ce qu'elle constitue, la vie humaine. La valeur intrinsèque du mariage, conçu comme l'union de l'homme et de la femme, procéderait donc de son association à la procréation naturelle d'êtres humains. Ce serait même cette association qui donnerait à l'institution tout son sens.

Les thèses qui affirment l'existence d'un lien nécessaire entre le mariage et la procréation naturelle présupposent généralement un argument de ce type, même lorsqu'elles semblent fonder ce lien sur la base d'arguments plus empiriques comme ceux du troisième type. L'argument avancé dans l'affaire *Hendricks*, par exemple, selon lequel le mariage viserait à « souligner la complémentarité des sexes » liée à la « capacité de procréer » pourrait être compris en ces termes⁸⁸. Cet argument apparaît aussi dans le passage suivant de Margaret Somerville :

Marriage is, and has been for millennia, the institution that forms and upholds for society, the cultural and social values and symbols related to procreation. That is, it establishes the values that govern the transmission of human life to the next generation and the nurturing of that life in the basic societal unit, the family. [...] By institutionalizing the relationship that has the inherent capacity to transmit life — that between a man and a woman — marriage symbolizes and engenders respect for the transmission of human life. [...] To change the definition of marriage to include same-sex couples would destroy its capacity to function in the ways outlined above, because it could no longer represent the inherently procreative relationship of opposite-sex pair-bonding. It would be to change the essence and nature of marriage as the principal societal institution establishing the norms that govern procreation. Marriage involves public recognition of the spouses' relationship and commitment to each other. But that recognition is for the purpose of institutionalizing the procreative relationship in order

⁸⁸ *Hendricks*, *supra* note 1 au para. 143. Voir aussi *Halpern c. Canada (Procureur général)*, [2002] O.J. No. 2714 au para. 147, juge LaForme.

to govern the transmission of human life and to protect and promote the well-being of the family that results. It is not a recognition of the relationship just for its own sake or for the sake of the partners to the marriage, as it would necessarily become were marriage to be extended to include same-sex couples⁸⁹.

À mon avis, il est légitime pour une communauté humaine d'affirmer qu'un aspect du monde naturel ou social est tellement important intrinsèquement qu'il mérite d'être reconnu et protégé juridiquement. Il devrait donc être légitime, en principe, pour une communauté humaine d'affirmer que le fait biologique qui permet à l'espèce humaine de se perpétuer sans artifice possède une telle valeur. Cependant, pour que ce type de considération puisse justifier la proposition Harper, il faudrait rencontrer deux conditions. Il faudrait d'abord montrer que la procréation naturelle possède une valeur intrinsèque telle qu'elle mérite d'être reconnue et protégée juridiquement. Ensuite, le cas échéant, il faudrait montrer que le maintien de l'institution traditionnelle du mariage est adéquat et proportionné à l'objectif de la reconnaître, l'incarner, la représenter, l'honorer ou la célébrer.

On pourrait soutenir que la première condition n'est pas ou plus rencontrée. D'une part, la culture hautement technologique et scientifique dans laquelle nous sommes immergés paraît maintenant expliquer scientifiquement le « mystère » de la procréation. De plus, elle permet la procréation médicalement assistée. Enfin, elle privilégie un discours épistémologique positiviste qui a rendu suspecte, voire inintelligible, l'idée même que des faits naturels puissent valoir intrinsèquement. D'autre part, contrairement à nos ancêtres, nous savons que l'espèce humaine n'est pas menacée de disparition par un manque de fécondité; bien au contraire, elle pourrait être menacée de surpopulation. Enfin, les changements d'attitude et de croyances à l'égard de la sexualité, notamment en ce qui concerne la

⁸⁹ Margaret A. Somerville, « The Case Against Same-Sex Marriage », (29 avril 2003), Mémoire présenté au Comité permanent de la justice et des droits de la personne. De même, dans *Egan c. Canada* [1995] 2 R.C.S. 513 à la p. 536, le juge La Forest a exprimé la « véritable raison d'être » du mariage en des termes qui pourraient procéder du type d'argument plus symbolique que j'examine ici : « Qu'il suffise de dire que le mariage est depuis des temps immémoriaux fermement enraciné dans notre tradition juridique, qui elle-même est le reflet de traditions philosophiques et religieuses anciennes. Mais la véritable raison d'être du mariage les transcende toutes et repose fermement sur la réalité biologique et sociale qui fait que seuls les couples hétérosexuels ont la capacité de procréer, que la plupart des enfants sont le fruit de ces unions et que ce sont ceux qui entretiennent ce genre d'union qui prennent généralement soin des enfants et qui les élèvent. Dans ce sens, le mariage est, de par sa nature, hétérosexuel. On pourrait le définir sur le plan juridique de façon à y inclure les couples homosexuels, mais cela ne changerait pas les réalités biologiques et sociales qui sous-tendent le mariage traditionnel » [mes italiques].

contraception et l'avortement, ont probablement contribué à diminuer la valeur de la procréation naturelle. On pourrait donc croire que la procréation naturelle ne possède plus qu'une valeur instrumentale, mesurée, par exemple, en termes démographiques, ou subjective, mesurée par l'intensité des désirs des individus d'avoir des enfants. Mais on pourrait aussi se tromper et, après réflexion, réaliser qu'elle possède toujours une telle valeur intrinsèque. Les tenants de la proposition Harper doivent donc repousser ces hypothèses et montrer que la procréation naturelle possède une valeur en elle-même qui mérite d'être reconnue et promue par le droit. Quant à la seconde condition, on pourrait invoquer divers types de considérations que l'absence de débat rend difficile à évaluer d'avance. Une chose est toutefois certaine. On ne pourrait réfuter un argument symbolique du quatrième type en avançant les considérations que les tribunaux canadiens ont généralement utilisées pour repousser les justifications du maintien de la conception traditionnelle du mariage fondées sur la procréation naturelle.

Devant les tribunaux, les discussions concernant l'existence d'un lien nécessaire entre le mariage et la procréation naturelle avaient principalement pour objet d'établir le « sens » contemporain de l'institution du mariage, c'est-à-dire la façon dont « on » définit le mariage dans la société contemporaine. Le sens du mariage devait permettre de comprendre sa « nature »⁹⁰. Mais que faut-il entendre par le « sens » d'une institution sociale? Il ne semble pas approprié de l'associer à sa « définition ». Il existe une distinction fondamentale entre le sens d'une institution donné par sa « définition » et le sens de cette même institution donné par les « représentations » plus abstraites et symboliques que s'en fait une communauté. Alors que le sens d'une chose, en tant que définition, est une affaire linguistique de sémantique ou de critères d'application correcte, le sens d'une chose, en tant que représentation commune, est une affaire de « signification sociale ». Les juges semblent admettre cette distinction, puisqu'ils n'ont pas cherché à déterminer le sens du mariage de manière circulaire par un recours à sa définition, disons l'union d'un homme et d'une femme à l'exclusion de tout autre. Ils ont plutôt tenté d'établir sa « signification sociale » contemporaine et, sur la base de cette signification, de « définir » adéquatement l'institution⁹¹. Mais qu'est-ce qu'une

⁹⁰ Voir, par exemple, *Hendricks*, *supra* note 1 au para. 149 : « on ne définit plus nécessairement le mariage par les enfants qui naissent de l'union ». Les discussions relatives au sens ou à la nature du mariage pouvaient avoir lieu aussi bien aux fins de l'article 15 de la Charte : voir, par exemple, *ibid.* aux para.144-49; *Halpern*, *supra* note 1 au para. 89; *EGALE*, *supra* note 1 aux para. 85-92; qu'aux fins de l'article premier : voir, par exemple, *Hendricks*, *supra* note 1 au para. 161; *Halpern*, *supra* note 1 aux para. 120-22; *EGALE*, *supra* note 1 aux para. 117-24.

⁹¹ La démarche des juges de la Cour d'appel de l'Ontario, à cet égard, est particulière.

« signification sociale »? Comment doit-on procéder pour l'identifier ou la déterminer?

La détermination ou l'identification de la « signification sociale » d'une institution soulève des problèmes épistémologiques bien connus dans les sciences sociales, notamment dans les sciences de type « herméneutique » ou « interprétatif »⁹². Pour les tribunaux, la détermination ou l'identification du sens du mariage devait procéder d'une épistémologie qu'on pourrait qualifier d'« empiriste ». Cette signification devait être établie, inférée ou construite uniquement à partir de données sociales empiriques vérifiables, telles que des faits physiques et des faits psychologiques. Les faits physiques incluaient, par exemple, les règles institutionnelles qui énoncent les conditions d'accès au mariage et de son annulation, les fonctions sociales du mariage, les comportements des gens, mariés ou non, relativement à la procréation, aux biotechnologies, aux modes d'éducation des enfants, à la vie commune, au soutien mutuel, à la séparation et aux divorces et les divers modèles de famille. Les faits psychologiques incluaient, par exemple, les intentions, les buts, les croyances, les désirs et les valeurs de ceux qui se marient ou pas, notamment à l'égard de la décision d'avoir des enfants ou pas. Il est vrai qu'on a tenu compte de considérations téléologiques : on s'est demandé,

Les juges semblent avoir décrété dès le départ une définition/conception du mariage, comme si elle allait de soi, comme s'il existait un consensus social ou juridique sur cette question. Ce postulat réglait par stipulation ce qui était en cause, savoir la signification sociale du mariage. En outre, en stipulant que le sens de cette institution est de reconnaître publiquement la légitimité de l'amour et l'engagement entre deux personnes, les termes mêmes de la définition/conception réglaient d'avance la question de la discrimination et de l'égalité : elle impliquait nécessairement, si je puis dire, que les couples de même sexe en étaient exclus « *simply on the basis of their sexual orientation* » [mes italiques]. Aux paragraphes 5 et 6 de leur opinion, les juges énoncent ce qui suit : « Marriage is, without dispute, one of the most significant forms of personal relationships. For centuries, marriage has been a basic element of social organization in societies around the world. Through the institution of marriage, individuals can publicly express their love and commitment to each other. Through this institution, society publicly recognizes expressions of love and commitment between individuals, granting them respect and legitimacy as a couple. This public recognition and sanction of marital relationships reflect society's approbation of the personal hopes, desires and aspirations that underlie loving, committed conjugal relationships. This can only enhance an individual's sense of self-worth and dignity. The ability to marry, and to thereby participate in this fundamental societal institution, is something that most Canadians take for granted. Same-sex couples do not; they are denied access to this institution simply on the basis of their sexual orientation. » *Halpern, supra* note 1 aux para. 5-6. Je ne soutiens pas que cette définition/conception est mauvaise (peut-être devrions-nous l'accepter), mais je soutiens qu'elle devrait résulter d'une argumentation. Voir, par exemple, l'opinion du juge Blair, *ibid.* aux para. 59-84, particulièrement les paragraphes 62, 79-81.

⁹² Voir, par exemple, C. Taylor, *La liberté des modernes*, Paris, PUF 1997, c. 5.

par exemple, « quelle est la raison d'être du mariage? », « la procréation est-elle le seul but du mariage? », « quelles sont les finalités de l'institution? ». Mais ces questions, destinées à établir le « sens » de l'institution du mariage, étaient aussi comprises dans les termes d'une épistémologie empiriste, de sorte que les réponses procédaient des mêmes faits physiques et psychologiques.

Cette approche épistémologique est problématique. D'une part, elle tend à produire des significations sociales qui accommodent ou réconcilient *formellement* l'ensemble des faits physiques et psychologiques pertinents. La signification devient ainsi une affaire synthétique, réduisant le sens social des choses à un « plus petit dénominateur commun », là où c'est possible. Par exemple, si les faits empiriques révélaient que certains citoyens concevaient le mariage en termes de procréation naturelle, de durée et d'amour, que d'autres en termes de durée et d'amour et encore d'autres uniquement en termes d'amour, le sens social du mariage devrait être associé à l'amour. Si les faits empiriques révélaient que pour les uns le mariage est une affaire de procréation naturelle uniquement et que pour les autres une affaire d'amour uniquement, le mariage n'aurait dès lors pas de sens social. Le pluralisme des conceptions subjectives empêcherait de les réconcilier dans une signification minimale commune. Ce point est important puisqu'il n'est pas facile d'identifier un sens social commun uniquement à partir des significations subjectives plurielles des citoyens. Si nous ajoutons à cela les règles institutionnelles, qui n'exigent ni preuve de fertilité, ni preuve de durée, ni preuve d'amour, et les diverses fonctions sociales du mariage, il n'est pas garanti que l'on puisse identifier un sens social à partir d'une réconciliation ou de l'accommodement des faits empiriques. C'est peut-être pourquoi, dans *Hendricks*, le Juge Lemelin donne au mariage un sens qui correspond à peu près formellement aux règles institutionnelles énoncées à l'article 392 C.c.Q. qui établissent, non pas le sens du mariage, mais les « *effets du mariage* ». Le juge Lemelin écrit que le mariage ne se « définit » plus nécessairement par les enfants qui naissent de l'union : le mariage est « une relation exclusive, intime et durable de deux personnes qui s'engagent à faire vie commune et à se supporter mutuellement »⁹³. L'article 392 C.c.Q. énonce que les époux, en mariage, « se doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance. Ils sont tenus de faire vie commune ». Le juge semble avoir été incapable de donner au mariage un sens social distinct de ses « effets juridiques », tels qu'énoncés au *Code civil du Québec*.

D'autre part, même si cette signification était conçue plus largement, elle ne pourrait aller au-delà des significations *fonctionnalistes*, c'est-à-

⁹³ *Hendricks*, *supra* note 1 au para. 149.

dire de sens inférés ou qui rendent compte des fonctions sociales que réalisent ces institutions dans les faits, et/ou de significations *subjectives*, c'est-à-dire de ce qu'elles signifient pour un ou plusieurs sujets individuels. Par exemple, si les raisons subjectives pour lesquelles les gens se marient étaient de procréer, alors le sens social du mariage serait de procréer. Ce serait là le but, la raison d'être et la signification de l'institution. Bien entendu, cette hypothèse présuppose l'existence d'un certain consensus ou d'une convergence de significations subjectives. Dans l'hypothèse où les significations subjectives sont plurielles (la procréation, la durée, l'intimité, la reconnaissance sociale, le respect des traditions, les bénéfices économiques, les bourses étudiantes, le soutien mutuel, l'amour romantique, la robe blanche ou la domination patriarcale, par exemple) et où le mariage exerce plusieurs fonctions sociales, on pourrait penser que le mariage n'a pas ou plus de signification sociale.

Pourtant, il existe bien des choses dans la société dont la signification semble dépasser l'ensemble des significations fonctionnalistes et subjectives plurielles qu'elles peuvent avoir par ailleurs. Un drapeau national, par exemple, semble posséder une telle signification – par exemple, représenter la vie de la nation ou symboliser l'unité de la patrie. Cette signification existe indépendamment de sa matière physique, de ses fonctions sociales et de nos significations subjectives. C'est pourquoi le fait qu'il ne soit qu'une pièce d'étoffe colorée, que certaines personnes puissent l'utiliser pour s'en faire des nappes, des rideaux, des vêtements ou des tapis sur lesquels ils s'essuient les pieds ou qu'un gouvernement puisse stratégiquement s'en servir pour faire élire les candidats de son parti, pour discréditer une option politique adverse, pour maintenir l'ordre ou pour galvaniser les troupes, ne l'affecterait pas. Le sens social d'un drapeau dépasse et transcende (cela dit dans un sens non religieux et non métaphysique) l'ensemble des significations fonctionnalistes et subjectives inférées ou construites uniquement à partir de considérations empiriques.

Il en va de même des institutions sociales. Une institution parlementaire, par exemple, possède une signification sociale qui dépasse la somme des considérations empiriques qui s'y rapportent. Par exemple, elle peut signifier que la société est libre et démocratique, c'est-à-dire, que le peuple est souverain, qu'il a le droit de s'autogouverner par des représentants qu'il contrôle, que ces derniers sont tenus de justifier publiquement leurs politiques en termes de bien commun et d'intérêt de chacun, que les individus sont des citoyens libres et égaux qui ont le droit de prendre une part active à la vie politique de la nation et qui sont, en quelque sorte, les auteurs des lois qui les lient. Certes, plusieurs députés siègent au Parlement uniquement pour l'honneur, l'argent, le prestige ou l'intérêt privé des amis, certains citoyens le conçoivent comme un lieu de

médiocrité ou de corruption et sa fonction sociale peut être de canaliser la domination ou éviter la guerre de tous contre tous. Cependant, cela n'affecte en rien la signification plus abstraite et symbolique de l'institution parlementaire. On pourrait continuer : l'institution de l'esclavage possède un sens que ne pourraient pas modifier les significations fonctionnalistes et subjectives – par exemple, la domination dans ce qu'elle a de plus abjecte, que certains êtres humains sont réduits à l'état d'animal ou de chose, dépossédés complètement de leur dignité et de leur humanité. Que des propriétaires d'esclaves aient pu traiter leurs esclaves avec compassion et générosité, en refusant de les battre, en les nourrissant et les logeant décentement, en leur permettant de se reposer et de s'instruire, qu'ils aient pu être amoureux de leur esclave, qu'ils aient pu les acheter pour les libérer d'un maître cruel, que des citoyens assimilent à l'esclavage toutes formes d'exploitation de la force du travail d'autrui, voire toute forme de relation de subordination, ou que l'esclavage ait contribué positivement à l'économie et la richesse collective, n'affecte en rien la signification sociale de l'esclavage. Le sens social des institutions manifeste une certaine indépendance par rapport aux motivations personnelles des individus qui s'en servent, à ce que les gens en font d'un point de vue subjectif, aux règles institutionnelles et procédurales qui les réglementent, et aux fonctions sociales et économiques qu'elles exercent.

Le type de signification sociale auquel je réfère pourrait bien correspondre à ce que certains philosophes nomment les « significations communes » et les « significations intersubjectives »⁹⁴. Selon Charles Taylor, par exemple, les significations communes constituent des points de référence pour les membres d'une même communauté (la survivance d'une identité nationale, l'American way of life, par exemple). De telles significations sont « communes » puisqu'elles « appartiennent au monde commun de référence »⁹⁵ : « ce n'est que par les significations communes que ce monde commun auquel chacun se réfère contient des actions, des célébrations, des émotions communes significatives »⁹⁶. Par ailleurs, il existe aussi des significations « intersubjectives », c'est-à-dire un ensemble d'idées et de normes « constitutives de la matrice sociale dans laquelle les individus se situent et agissent »⁹⁷. Les significations intersubjectives sont formées par les visions ou les images que nous avons de nous-mêmes et de nos relations aux autres et à la société, telles que notre conception de nous-mêmes comme êtres autonomes et rationnels, de la société comme entreprise de production, de la solidarité comme mode relationnel, et les normes constitutives de nos pratiques, telles que les

⁹⁴ Voir, par exemple, *Taylor, supra* note 92.

⁹⁵ *Ibid.* à la p. 169.

⁹⁶ *Ibid.* à la p. 169.

⁹⁷ *Ibid.* à la p. 165.

normes de rationalité et de bonne foi. Ces idées et ces normes ne sont pas la propriété d'un ou plusieurs individus : ils sont la propriété commune de la société elle-même.

L'idée n'est pas simplement que les gens, dans notre société, ont tous, ou la plupart, un certain ensemble d'idées dans la tête et souscrivent à un certain ensemble de buts. Les significations et les normes implicites dans leurs pratiques ne sont pas seulement dans l'esprit des acteurs mais aussi dehors, dans les pratiques elles-mêmes, en tant que ces pratiques ne peuvent être conçues comme des sommes d'actions individuelles, car elles sont essentiellement des formes de relations sociales, d'action mutuelle. [...] Il ne s'agit donc pas de significations subjectives [...]⁹⁸.

Ces deux types de significations sont étroitement mêlés : les significations intersubjectives sont nécessaires aux significations communes et il résulte de ces dernières, surtout si elles sont puissantes, un développement de significations intersubjectives⁹⁹.

Les approches empiristes du monde social ne peuvent pas rendre compte des significations communes et des significations intersubjectives. Comme le soutient Taylor, ces dernières n'ont pas de place dans leurs catégories. Les approches empiristes ne font pas de place à la « possibilité du commun ». Ses catégories sont incapables de comprendre « l'idée même de quelque chose situé dans le monde commun »¹⁰⁰. Or, les significations communes et les significations intersubjectives appartiennent au monde commun. Ces significations ne sont pas assimilables aux « consensus » ou aux « convergences de croyances ou de valeurs » : elles constituent l'arrière-plan conceptuel qui rend les consensus et les désaccords possibles. Par conséquent, elles peuvent exister même sans consensus. Ces significations sociales ne sont pas des énoncés que l'on pourrait formellement identifier en tant que données empiriques observables ou inférer de telles données. Elles transcendent ce que vous, moi, mes voisins peuvent en penser. Dans la mesure où le sens social d'une institution est déterminé par ses « buts », ses « finalités » ou sa « raison d'être », ces considérations téléologiques ne doivent pas être conçues uniquement en termes fonctionnalistes ou en termes subjectifs. Référer au but, aux finalités ou à la raison d'être d'une institution aux fins de déterminer sa signification sociale consiste généralement à comprendre ce qu'elle représente symboliquement ou, plus précisément, ce qu'elle représente dans le cadre des significations communes et intersubjectives de la communauté. En général, il s'agit de valeurs, telles que le caractère libre

⁹⁸ *Ibid.* à la p. 165.

⁹⁹ *Ibid.* à la p. 170.

¹⁰⁰ *Ibid.* à la p. 171.

et démocratique de la société, la dignité humaine ou l'unité de la patrie, qui indiquent pourquoi l'institution sociale est digne ou indigne d'exister, d'être maintenue, honorée ou célébrée. C'est ainsi que les considérations téléologiques peuvent contribuer à lui donner son sens.

Comprendre la signification sociale de certaines institutions sociales requiert donc une *interprétation* du monde commun. Le processus d'interprétation de ce monde commun exige d'aller au-delà des données empiriques. L'interprète doit chercher à rendre compte, de manière cohérente, des idées et des normes communes et intersubjectives qui habitent l'institution, qui la constituent et qui la rendent intelligible à la lumière de l'ensemble d'idées et de normes communes et intersubjectives. L'interprète doit donner un sens à l'institution qui rende compte de l'importance que notre société y donne. Dans la mesure où l'institution participe d'une signification sociale plus globale ou universelle, l'interprète doit donner un sens à l'institution qui rende compte de l'importance que la communauté humaine plus universelle y donne¹⁰¹. L'interprète doit expliquer, par exemple, pourquoi tant de civilisations célèbrent et ont célébré publiquement un acte qui pourrait autrement être purement privé? De telles significations ne peuvent se formuler en des termes exclusivement descriptifs. Puisqu'elles comportent des aspects évaluatifs qui expriment ce qui est important pour nous ou pour les êtres humains en général, elles doivent utiliser des termes normatifs qui renvoient à des valeurs – par exemple, le caractère libre et démocratique de la société, la dignité humaine, l'unité de la patrie.

En vertu du quatrième type d'argument, la valeur de l'institution du mariage serait établie par association à quelque chose d'important dont la valeur résiderait dans ses propriétés intrinsèques. Le mariage tirerait sa signification sociale de ce qu'il incarnerait, représenterait, symboliserait ou

¹⁰¹ À une époque où le relativisme culturel est influent, il est difficile de concevoir qu'il puisse exister des significations communes ou intersubjectives plus globales ou universelles. Mais le relativisme n'est pas un phénomène nouveau. Hérodote rapporte que Darius, le roi des Perses, manifestait une certaine tolérance devant la diversité culturelle ou morale, notamment devant les diverses pratiques des Grecs, des Callatie (une tribu indienne) et des Perses : les uns brûlant le corps des morts, les autres les mangeant et les autres les laissant dévorer par des oiseaux de proie en haut de tours. Or, chaque groupe est convaincu que la pratique sociale de son groupe est sacrée, tant elle est la seule bonne et moralement juste, et que les autres pratiques sont profondément choquantes, erronées ou immorales. Voir Hérodote, *Histoires*, Paris, Les Belles Lettres, 1956, livre III. Néanmoins, chaque pratique participait d'une signification plus fondamentale que ce que les faits empiriques laissaient entrevoir, notamment que les morts méritent le respect et doivent être honorés. Cette signification transcendait les diverses pratiques locales empiriques et les significations subjectives : elle participait de significations communes et intersubjectives plus globales et plus universelles.

célébrerait, la procréation naturelle. Même si cette signification ne correspondait pas exactement aux significations communes ou intersubjectives décrites par Taylor, elle ne constituerait pas une simple signification subjective, appartenant à un ou plusieurs individus, ou une simple signification fonctionnaliste. Elle serait la propriété commune de la société, voire même de l'humanité entière de par son caractère universel et millénaire. Elle ferait partie de l'ensemble d'idées et de normes enracinées dans les pratiques sociales constitutives du mariage lui-même.

L'approche empiriste retenue par les juges ne permet pas de saisir le caractère plus symbolique et abstrait du lien allégué entre le mariage et la procréation naturelle. De plus, en vertu de cette approche, la valeur du mariage ne peut pas être conçue comme « intrinsèque », soit en elle-même ou par association à quelque chose qui a de l'importance en vertu de ses propriétés intrinsèques. Une valeur intrinsèque ne peut être inférée uniquement des considérations sociales empiriques ou de la raison d'être, des buts et des finalités fondés exclusivement sur des considérations fonctionnalistes et subjectives. C'est pourquoi, pour les tribunaux, la valeur du mariage ne pouvait être qu'*instrumentale*, mesurable par son utilité ou sa nécessité en vue de certaines fins sociales, dont la procréation, et/ou *subjective*, mesurable par l'intensité des désirs personnels qu'il permet de satisfaire, notamment le désir de procréer.

Selon les juges, le mariage ne doit plus être défini par la procréation naturelle et les considérations avancées au soutien de cette thèse appuient les assertions qui précèdent. Le sens social du mariage est construit ou inféré de certaines données sociales empiriques – par exemple, le fait que la potentialité de procréation et l'intention subjective de procréer ne sont pas des conditions au lien matrimonial, qu'on ne demande pas de preuve de fertilité avant de se marier, que des femmes très âgées peuvent se marier, que l'impuissance n'est plus un motif d'annulation du mariage, que plusieurs couples qui se marient choisissent de ne pas avoir d'enfants, qu'on peut se marier pour des tas d'autres raisons, telles que l'intimité, les bénéfices économiques, la reconnaissance sociale, le soutien mutuel, etc., que des enfants naissent dans des unions de fait, que des gais et des lesbiennes peuvent avoir des enfants par procréation médicalement assistée ou par adoption ou qu'ils les éduquent¹⁰². Ces considérations expriment des jugements de faits physiques et psychologiques : ils réfèrent, par exemple, aux règles institutionnelles (juridiques), aux comportements individuels, aux désirs, aux préférences personnelles et aux significations subjectives. Par conséquent, la nature des buts, des finalités ou de la raison d'être du mariage qu'elles permettent d'identifier

¹⁰² Hendricks, *supra* note 1 aux para. 145-49. Voir aussi : Halpern, *supra* note 1 aux para. 94, 121-22; EGALÉ, *supra* note 1 aux para. 121, 126-27.

est conçue en termes fonctionnalistes et subjectifs et la valeur de l'institution du mariage ne peut être qu'instrumentale et/ou subjective. Cela pose le problème suivant. Puisqu'il n'y a de place, dans ce raisonnement, ni pour les significations communes et intersubjectives, ni pour les valeurs intrinsèques, le raisonnement manque complètement la cible. Les tenants de la proposition Harper pourraient donc admettre la vérité de toutes les considérations empiriques avancées par les juges, sans être tenus d'abandonner leur thèse selon laquelle il existerait un lien fondamental, symbolique et abstrait, entre le mariage et la procréation naturelle¹⁰³.

Les pages qui précèdent n'ont pas pour objet de prouver que la signification du mariage est nécessairement liée à la valeur intrinsèque que constitue la procréation naturelle. Mon but était de clarifier la nature d'un argument qui le soutient. Cet argument peut avoir une origine anthropologique, religieuse ou métaphysique enfouie, par exemple, dans la théorie du droit naturel¹⁰⁴. Cependant, tel que je le comprends, l'argument participe d'une éthique laïque et non métaphysique. C'est en ces termes qu'il doit être examiné. De plus, cet argument ne peut être intelligible que si nous admettons qu'il puisse exister des choses dont la signification dépasse la somme des considérations empiriques (faits physiques et psychologiques) qui s'y rapportent, ses fonctions sociales et leur valeur instrumentale et subjective. Il ne peut être intelligible que si cette signification sociale tient compte de considérations interprétatives qui font une place aux termes évaluatifs d'arrière-plan qui rendent compte de ce

¹⁰³ Cela pourrait peut-être aussi contribuer à donner un sens au passage suivant énoncé par le juge Pitfield, dans *EGALE*, *supra* note 1 aux para. 206-07, qui par ailleurs semblait concevoir le mariage en termes instrumentaux : « I accept the petitioners' submission that same-sex couples create family units and discharge child-rearing responsibilities much as opposite-sex couples do. Perhaps the best evidence of that is the fact adoption laws in this and other provinces have been amended to recognize the needs and capabilities of same-sex couples. I also accept the fact that numerous alternatives to heterosexual intercourse have evolved and continue to evolve in Canadian society to facilitate procreation. At the same time, whatever view one holds of its other aspects, it cannot be denied that marriage remains the primary means by which humankind perpetuates itself in our society. I reject the petitioners' submissions that this is a recent rationalization of the origin and essential importance of marriage. The state has a demonstrably genuine justification in affording recognition, preference, and precedence to the nature and character of the core social and legal arrangement by which society endures ».

¹⁰⁴ Les théories du droit naturel faisaient les distinctions entre les « buts » d'une institution ou d'une pratique sociale et ses « finalités » naturelles qui lui donnaient son « sens ». Cette distinction était reconnue par les juristes au 19^{ième} siècle. Un exemple parmi d'autres : après avoir rappelé que le *Code civil du Bas-Canada* ne définissait pas le mariage, François Langelier reprenait la définition de Portalis qui, selon lui, n'était pas « d'une exactitude rigoureuse », bien qu'elle puisse donner « une idée suffisante du

pourquoi ces choses méritent ou pas d'être reconnues, protégées, promues ou célébrées publiquement. Au terme de l'examen, on pourrait bien conclure que le sens social du mariage n'est pas lié à la procréation naturelle, mais autre chose — par exemple, manifester la durée ou l'amour entre deux personnes (d'où son caractère exclusif, intime et durable)¹⁰⁵. Alternativement, on pourrait conclure que le pluralisme contemporain a fait perdre au mariage toute signification sociale commune, que les désaccords sociaux, éthiques ou autres, sont si profonds qu'il existe maintenant « des » significations sociales du mariage, chacune étant interne aux significations communes et intersubjectives de groupes sociaux « séparés ». Mais, quel qu'il soit, le résultat de l'interprétation aura le mérite d'émerger d'une argumentation qui aura évalué la force du quatrième type d'arguments à son mérite.

Conclusion de cette partie

Je ne sais pas si l'un ou l'autre des quatre types de considérations énoncés justifierait ultimement un amendement à la *Loi sur le mariage civil* fondé sur la proposition Harper (il est possible qu'aucun ne le puisse). Bien entendu, à la lumière du débat juridique et politique tel qu'il s'est déroulé jusqu'à maintenant, il existe des raisons de croire que les tribunaux seraient probablement peu enclins à nier aux conjoints de même sexe le droit de se marier. Mais un tel jugement sur la probabilité d'une opinion judiciaire éventuelle constitue un jugement de fait; ce n'est pas un jugement de droit sur la constitutionnalité d'une nouvelle règle de droit édictée à la suite d'un débat public hypothétique dont on ne connaît pas précisément la teneur. Mon opinion est que tous les tribunaux canadiens n'ont pas considéré tous les arguments à leur mérite. La Cour suprême a explicitement décliné d'évaluer la constitutionnalité des règles de droit affirmant la conception traditionnelle du mariage. Au Québec, la Cour d'appel ne s'est pas prononcée non plus sur la question, de sorte que seule une opinion de la

mariage ». Selon Portalis, le mariage était la « société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à supporter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée ». Langelier précise : « [s]i la procréation des enfants n'est pas le but essentiel du mariage, elle en est la fin naturelle ». C'est pourquoi, soutenait-il, ceux qui étaient présumés incapables de procréer, tels que les hommes âgés de moins de quatorze ans et les filles âgées de moins de douze ans, ne pouvaient pas se marier. Langelier, *supra* note 47 à la p. 235. Voir, dans le même sens, Mignault, *supra* note 50 aux pp. 61-63.

¹⁰⁵ Dans l'hypothèse où le mariage devait être conçu comme une affaire d'amour et d'engagement, il serait manifestement très difficile de maintenir l'exclusion des conjoints de même sexe de l'institution du mariage. Par contre, si la signification du mariage était liée à la procréation naturelle, il serait plus difficile de conclure que la distinction est discriminatoire. Voir, par exemple, l'opinion du juge Blair dans *Halpern*, *supra* note 1 aux para. 62-65, 80-81; *EGALE*, *supra* note 1 aux para. 89-90.

Cour supérieure fait autorité. De plus, les tribunaux qui se sont prononcés sur la question ne se sont pas prononcés sur tous les arguments qui pourraient soutenir un amendement législatif conforme aux deux volets de la proposition Harper. Ils n'ont évalué que la force normative des justifications avancées par les plaideurs au soutien des règles de droit du 19^{ième} siècle consacrant la définition traditionnelle du mariage. Enfin, ni ces règles de droit ni les significations du mariage n'avaient fait l'objet d'un débat public ou parlementaire sérieux avant les contestations judiciaires (dans une très large mesure, le débat public a résulté des décisions judiciaires). Les tribunaux ont été ainsi privés de l'éclairage qu'aurait pu apporter une délibération parlementaire et collective. Pour ces raisons, il n'est pas vrai qu'un éventuel amendement à la *Loi sur le mariage civil* conforme à la proposition Harper devrait nécessairement être accompagné d'une clause dérogatoire afin de résister à une éventuelle contestation judiciaire fondée sur la Charte.

2. Le recours à la clause dérogatoire serait-il opportun?

Serait-il désirable ou opportun, dans les circonstances, d'utiliser la clause dérogatoire pour immuniser un éventuel amendement à la *Loi sur le mariage civil* édictant la proposition Harper contre toute contestation judiciaire potentielle fondée sur les droits de la Charte? Mon point de vue est que ce ne le serait pas. L'utilisation de cette clause aurait pour effet d'empêcher les tribunaux de se prononcer sur la constitutionnalité de l'amendement et, dans l'hypothèse où les justifications n'apparaissent pas suffisamment pesantes, de l'invalidier. Bien entendu, un jugement d'inconstitutionnalité n'aurait pas pour effet d'empêcher le Parlement d'édicter à nouveau la même loi en utilisant, cette fois, la clause dérogatoire, mais il aurait pour effet de fournir aux Canadiens un certain nombre de considérations dont ils pourraient évaluer le mérite.

Il est donc étonnant que les opposants à la proposition Harper, que ce soit Paul Martin ou les 134 professeurs de droit signataires de la lettre collective à cet effet, aient pu faire pression sur le Chef du Parti conservateur pour qu'il ait recours à la clause dérogatoire. Quelles pouvaient donc être leurs raisons? Ce n'était certainement pas pour immuniser la proposition Harper : ils n'en voulaient pas et estimaient que, dans l'éventualité d'une contestation judiciaire, il est certain que les tribunaux l'invalideraient. Pour quelles raisons, alors, insistaient-ils tant pour que la clause dérogatoire soit utilisée? On peut en identifier au moins deux. Premièrement, il est probable que, pour au moins certains d'entre eux, les motifs étaient « stratégiques ». Pour les Canadiens, en général, le recours à la clause dérogatoire symbolise et entraîne nécessairement la négation de leurs droits fondamentaux enchâssés dans la Constitution. Les Canadiens n'aiment pas la clause dérogatoire. Si un gouvernement

proposait d'utiliser la clause dérogatoire pour immuniser la proposition Harper, cette dernière s'en trouverait immédiatement affaiblie : il admettrait publiquement que sa proposition constituerait, en toute probabilité, une violation des droits des Canadiens et des minorités garantis par la Charte. Cela « délégitimerait » la proposition et, par voie de conséquence, renforcerait la position actuelle qui pourrait, dès lors, l'emporter plus facilement. Bref, les motifs pouvaient être stratégiques : en postulant le caractère inconstitutionnel de la proposition Harper, le débat porterait sur l'engagement des politiciens envers la Charte des droits. Cela pourrait aussi expliquer en partie pourquoi M. Stephen Harper affirmait haut et fort que l'adoption de sa proposition ne constituerait pas une violation des droits constitutionnels et, par conséquent, qu'il n'avait pas l'intention d'avoir recours à la clause dérogatoire.

Deuxièmement, il est probable que, pour certains d'entre eux, le recours à la clause dérogatoire était désirable pour des motifs « démocratiques ». Selon les signataires de la lettre collective, par exemple, le refus d'utiliser la clause dérogatoire ferait assumer aux tribunaux une responsabilité politique qui incombe aux politiciens et protégerait de la controverse politique les tenants de la proposition Harper. En revanche, le recours à la clause dérogatoire favoriserait un débat démocratique puisqu'il forcerait le gouvernement de M. Harper à justifier publiquement sa volonté de déroger aux droits des Canadiens garantis par la Charte¹⁰⁶. Cependant, il existe des raisons de croire exactement le contraire. La volonté d'utiliser la clause dérogatoire pourrait plutôt avoir pour effet de conférer aux tribunaux la responsabilité de définir le mariage et d'atténuer la responsabilité politique qui incombe aux politiciens de débattre démocratiquement des enjeux sociaux controversés. D'une part, le recours à la clause dérogatoire préjugerait la réponse à la question de savoir si un amendement législatif édictant la proposition Harper constitue ou pas une violation des droits constitutionnels garantis par la Charte. D'autre part, il déplacerait le débat de fond relatif à la définition du mariage et sa conformité aux droits à l'égalité vers un débat sur la légitimité morale et politique d'avoir recours à la clause dérogatoire. La question des droits d'accès des conjoints de même sexe au mariage civil serait tenue pour résolue et le Parlement n'aurait pas à en débattre

¹⁰⁶ Cet argument démocratique s'inscrit dans le cadre des théories constitutionnelles qui tentent de justifier la légitimité de la clause dérogatoire par un appel au concept de « dialogue institutionnel » entre les cours et les législatures. Voir, par exemple, Kent Roach, « Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures » (2001) 80 R. du B. can 481 aux pp. 528 et s. J'ai critiqué les théories du dialogue dans Luc. B. Tremblay, « The Legitimacy of Judicial Review : The Limits of Dialogue Between Courts and Legislatures » (2005) 3 *Int J Constitutional Law* aux pp. 617 - 648.

sérieusement. La seule question politique pertinente serait de savoir si le recours à la clause dérogatoire est légitime ou pas ou est conforme ou pas à ce que signifie « être un canadien », un « démocrate », un citoyen « tolérant » envers les minorités.

Les propos du Premier Ministre Paul Martin dans son allocution lors du dépôt du projet de loi C-38 illustrent bien ces assertions. Selon lui, l'enjeu primordial que soulevait ce projet de loi n'était pas la définition du mariage : c'était de décider si le Parlement allait utiliser la clause dérogatoire ou non :

Le débat d'aujourd'hui ne porte pas sur la question de savoir si on devrait modifier la définition du mariage – elle a déjà été modifiée. Alors le débat se résume à savoir si nous devrions passer outre à un droit déjà établi. Le débat se résume à la Charte, à la protection des droits des minorités et à savoir si le gouvernement devrait invoquer la disposition de dérogation¹⁰⁷.

Une telle position est carrément contraire à l'idée qu'on peut se faire d'un débat public sur un enjeu social et moral important. Elle signifie que le Parlement n'aurait pas à débattre ou réfléchir à la question normative de savoir ce que signifie ou devrait signifier le mariage au Canada : les tribunaux l'auraient déjà tranchée. La cause aurait été entendue et l'affaire serait donc classée. Contrairement à ce qu'on voudrait penser, ce serait donc le recours à la clause dérogatoire qui ferait porter aux tribunaux la responsabilité politique ultime de décider ce que le mariage civil doit signifier ou ne pas signifier. En cherchant à faire porter le débat sur la légitimité d'un recours à la clause dérogatoire, la position de Paul Martin n'encourage ni la délibération publique ni la responsabilité des politiciens envers la réponse à donner à la question sociale controversée. Un gouvernement qui ne voudrait pas répondre politiquement de la conception du mariage qu'il propose de faire sanctionner par la loi n'agirait pas autrement.

On pourrait répliquer que le processus de justification de l'utilisation de la clause dérogatoire lui-même forcerait les tenants de la proposition Harper à justifier leur conception du mariage et ses opposants à avancer des raisons qui appuient au mérite le jugement judiciaire selon lequel les règles de droit qui conçoivent le mariage en termes traditionnels sont discriminatoires. En ce sens, un débat sur l'opportunité d'utiliser la clause dérogatoire pourrait stimuler un débat de fond sur la question du mariage. Mais on peut en douter. Pour certains, dont Paul Martin, la clause dérogatoire ne doit *jamais* être utilisée par le Parlement. Lors de la campagne électorale 2005-06, M. Martin a même promis d'amender la

¹⁰⁷ Le Premier ministre Paul Martin, *supra* note 12.

Constitution canadienne pour mettre fin au pouvoir du Parlement fédéral d'avoir recours à la clause dérogatoire¹⁰⁸. Le débat démocratique sur le fond de la question du mariage pourrait donc ne pas avoir lieu à l'occasion d'un débat sur l'opportunité d'avoir recours à la clause dérogatoire, en tout cas, pas avec toutes les parties concernées : pour certains, dès que les tribunaux se sont prononcés, la question de fond est tenue pour réglée.

La position de Paul Martin mérite qu'on s'y attarde. Loin d'être fondée sur des considérations démocratiques, même entendues dans un sens substantiel, elle exprime une conception « légaliste » de la primauté du droit. Sa position présuppose que la légitimité morale de l'action législative est ultimement conditionnée par la conformité des lois aux droits constitutionnels garantis par la Charte; par conséquent, le Parlement doit toujours agir conformément aux droits fondamentaux enchâssés dans la Constitution. C'est pourquoi, selon lui, l'article 33 est un intrus dans la Charte : cette disposition discrédite l'idée même que les minorités puissent avoir des droits et son utilisation contredit ce que signifie « être un canadien ». Lors du dépôt du projet de loi C-38, il affirmait que « [n]os droits doivent être éternels »¹⁰⁹. Voici un extrait de son allocution :

Allez-vous supprimer un droit garanti par la Charte? [...] Je vais y répondre clairement. Non. La disposition de dérogation fait partie de la Charte des droits. Mais si aucun Premier ministre ne l'a encore appliquée, c'est pour cause. Qu'un Premier ministre se serve des pouvoirs qui lui sont conférés par sa fonction pour nier explicitement, plutôt que d'affirmer, un droit inscrit dans la Charte lancerait à toutes les minorités le message suivant : qu'elles ne peuvent plus se tourner vers le dirigeant du pays et vers la Constitution pour assurer leur protection, leur sécurité et la garantie de leurs libertés. Le Canada risquerait alors de devenir un pays où la défense des droits est soupesée, calculée et débattue en fonction de considérations électorales ou autres. [...] Ma responsabilité en tant que Premier ministre, mon devoir envers le Canada et les Canadiens sont de défendre la Charte intégralement. Non pas de choisir les droits que nos lois protégeront et ceux qui ne seront pas respectés. Non pas de décréter qui sera égal et qui ne le sera pas. Mon devoir est de protéger la Charte, étant donné que d'autres refusent de le faire. [...] Lorsque nous agissons en tant que pays pour protéger les droits des minorités, c'est notre nature multiculturelle que nous protégeons. Nous renforçons le Canada qui nous est cher. Nous affirmons, fièrement et sans broncher, que la défense des droits – non seulement de ceux qui s'appliquent justement à nous, non seulement de ceux que tous approuvent, mais la défense de tous les droits fondamentaux – est au cœur même de ce qu'être un Canadien signifie. [...] Qu'en est-il alors? Nous nous retrouvons devant la Charte des droits et libertés, et nous n'avons qu'une décision à prendre : Allons-nous nous conformer à la Charte et défendre les droits des minorités, oui ou non? J'aimerais encourager ceux et celles qui s'opposeraient au projet de loi à prendre en

¹⁰⁸ M. Paul Martin a fait cette promesse lors d'un débat télévisé, lundi 9 janvier 2006.

¹⁰⁹ Le Premier ministre Paul Martin, *supra* note 12.

considération l'idée suivante, c'est-à-dire que la question fondamentale qui nous intéresse aujourd'hui est à savoir si les droits de tous les Canadiens doivent être respectés. Je crois que oui¹¹⁰.

On pourrait objecter que la position de Paul Martin n'est pas légaliste. D'une part, le droit constitutionnel autorise formellement le Parlement à déroger aux droits garantis conformément aux conditions énoncées à l'article 33 de la Charte. Il s'ensuit que le recours à la clause dérogatoire ne serait pas incompatible avec une position légaliste. D'autre part, Paul Martin refuse catégoriquement d'y avoir recours. Il s'ensuit que sa position reconnaît l'autorité de principes *non* juridiques qui confèrent une priorité morale aux droits fondamentaux sur les intérêts de la majorité ou du plus grand nombre. Sa position ne serait donc pas légaliste; la légitimité morale de l'action législative serait conditionnée par des considérations morales, en l'occurrence, les droits fondamentaux. Mais cette objection se méprendrait sur la nature de son argument. Selon Paul Martin, la réponse politique que doivent donner les parlementaires à la question du mariage ne doit pas être distincte de celle donnée par les juges à la même question. Une loi du Parlement ne doit jamais déroger aux droits énoncés dans le texte de la Constitution. Cela présuppose que la sphère légitime d'intervention législative est formellement délimitée par les textes constitutionnels, notamment la Charte, tels qu'interprétés par les tribunaux. À aucun moment, Paul Martin ne soulève l'hypothèse que le sens et la portée des droits constitutionnels garantis puissent faire l'objet de désaccords raisonnables, d'erreurs d'interprétation, d'interprétations inacceptables ou d'interprétations fondées sur des considérations mal comprises des tribunaux, incomplètes ou fondées sur une preuve défailante. Il s'ensuit que toute interprétation judiciaire, quelles que soient la nature et la force des raisons pour lesquelles les tribunaux l'ont retenue, quel que soit le nombre de juges qui y ont souscrit et quel que soit le niveau des tribunaux qui l'ont établie dans la hiérarchie judiciaire, met toujours un point final à la question politique substantielle qui a occasionné l'interprétation, dès lors que la décision qui l'a retenue a l'autorité de la chose jugée. Par conséquent, la sphère légitime d'intervention gouvernementale relativement aux questions sociales controversées est exclusivement conditionnée par le texte constitutionnel, tel qu'interprété par les tribunaux. Cette position constitue une forme de légalisme.

Mais c'est une position assez faible. La sphère légitime d'intervention législative soulève fondamentalement une question de morale politique, et non une question exclusivement juridique fondée sur le droit constitutionnel positif. Pour que la position de Paul Martin puisse être acceptable, il faudrait rencontrer deux conditions. Premièrement, il

¹¹⁰ *Ibid.*

faudrait présupposer que la portée de la sphère *morale*ment légitime de l'action législative (autrement illimitée) est conditionnée par le respect d'un certain nombre de droits, entendus comme « droits moraux » (peu importe pour le moment le sens que recouvrerait ce concept). Les droits moraux génèreraient, corrélativement, un devoir moral de ne pas interférer avec ce qui fait l'objet du droit. Dans la sphère politique, cela signifierait que le Parlement ne peut *morale*ment porter atteinte à ce qui fait l'objet de droits moraux; d'où les limites à sa sphère d'activités *morale*ment légitime. Deuxièmement, il faudrait présupposer que tous les droits constitutionnels garantis, tels qu'interprétés par les tribunaux, constituent ou correspondent à de tels droits moraux. Cela signifierait que le respect des droits constitutionnels garantis, quels qu'ils puissent être, énoncerait *ipso facto* une condition de légitimité morale de l'action législative puisqu'il équivaudrait à exiger le respect de droits moraux. Par conséquent, toute loi qui violerait un droit constitutionnel garanti porterait atteinte à un droit moral et toute loi incompatible avec les droits constitutionnels garantis serait immédiatement *morale*ment illégitime. Dans cette hypothèse, on aurait raison de soutenir que tout recours à la clause dérogatoire est *morale*ment illégitime¹¹¹.

Cependant, tous les droits constitutionnels garantis ne représentent pas, ne correspondent pas ou ne reflètent pas des droits moraux fondamentaux. Il existe des droits constitutionnels garantis qui n'ont qu'un lien ténu avec les droits moraux, quels qu'ils puissent être par ailleurs. Pensons, par exemple, à certains droits linguistiques (tel que le droit d'utiliser la langue officielle de son choix avec l'administration fédérale). De plus, les modes d'interprétation constitutionnelle reconnus par les tribunaux ont permis de creuser un écart entre les droits moraux fondamentaux et les droits constitutionnels garantis. Par exemple, la règle selon laquelle la Charte doit recevoir une interprétation large et libérale¹¹², de sorte que les citoyens puissent bénéficier du plus possible de la protection des droits constitutionnels énoncés, a pu justifier la reconnaissance de droits constitutionnels qui vont bien au-delà de ce que les principes de la morale politique pourraient exiger. Le droit de publiciser des produits à des fins commerciales reconnu comme un aspect de la liberté d'expression garantie à la Charte semble difficile à justifier en tant que droit moral¹¹³. Il en est probablement de même du droit de chacun de

¹¹¹ Mentionnons que l'opposition de Brian Mulroney à la clause dérogatoire présupposait que cette hypothèse était vraie : selon lui, toute constitution qui ne protège pas les « droits individuels inaliénables et imprescriptibles des canadiens ne vaut pas le papier sur lequel elle est écrite ».

¹¹² Voir, par exemple, *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Big M Drug Mart*, *supra* note 22.

¹¹³ Voir *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

publier volontairement une déclaration, une histoire ou une nouvelle que l'on sait fausse et qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à l'intérêt public¹¹⁴.

La position légaliste de Paul Martin est donc faible : la sphère légitime d'intervention législative est formellement délimitée par des considérations juridiques formelles, notamment les droits constitutionnels garantis, tels qu'interprétés par les tribunaux, sans tenir compte du fait que de tels droits ne représentent pas ou ne correspondent pas nécessairement à des droits moraux, que leur sens et portée peuvent faire l'objet de désaccords raisonnables, d'erreurs d'interprétation, d'interprétations inacceptables ou d'interprétations fondées sur des considérations mal comprises, incomplètes ou soutenues par une preuve défaillante. Cette position fait jouer aux droits constitutionnels garantis, tels qu'interprétés par les tribunaux, un rôle que pourraient légitimement jouer les droits moraux fondamentaux dans une argumentation morale et politique sur les conditions de légitimité d'un recours à la clause dérogatoire. Il s'ensuit, puisque le législateur ne peut *jamaï*s utiliser la clause dérogatoire, quel que soit le contexte, que le Parlement pourrait être formellement empêché d'agir sur des sujets qui, par ailleurs, relèvent moralement et politiquement de sa sphère d'intervention légitime. Cela n'est pas conforme au principe démocratique, même compris dans un sens substantiel.

Pour ces raisons, j'estime qu'il n'est pas opportun d'avoir recours à la clause dérogatoire pour immuniser un éventuel amendement à la *Loi sur le mariage civil* fondé sur la proposition Harper.

Conclusion

Dans ce texte, j'ai soutenu que le recours à la clause dérogatoire afin d'immuniser une éventuelle loi du Parlement édictant le contenu de la proposition Harper relative au mariage n'est ni nécessairement requis ni opportun. Il n'est pas nécessairement requis puisque la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité des règles de droit ne dépend simplement ni de la forme même du texte ou des mots utilisés ni de la nature empirique des actes qu'elles réglementent. La constitutionnalité des règles de droit est aussi conditionnée par la nature des raisons qui les justifient. Or, les considérations légitimes que le Parlement peut avancer au soutien des deux volets de la proposition Harper peuvent être de divers types et totalement étrangères à celles qui ont traditionnellement justifié les règles de droit sanctionnant le mariage hétérosexuel. J'ai tenté d'identifier la nature de quelques-uns de ces arguments. Puisque seul un débat public large nous permettrait de déterminer la nature spécifique de ces arguments et d'en

¹¹⁴ *R. c. Zundel*, *supra* note 56.

évaluer la force normative, j'ai laissé entendre qu'il pourrait être judicieux de mandater un groupe de travail, un comité spécial ou une commission d'enquête pour étudier la question du mariage, écouter les parties et comprendre les significations concurrentes, présenter les positions de façon systématique, vérifier la vérité ou la probabilité des diverses allégations et formuler des recommandations. De plus, le recours à la clause dérogatoire n'apparaît pas opportun. D'une part, il priverait les citoyens d'un débat judiciaire éclairé sur la compatibilité de la proposition Harper et le droit constitutionnel canadien. D'autre part, il les priverait d'un débat démocratique substantiel sur la nature ou le sens du mariage et sur la force normative des arguments qui pourraient justifier la proposition Harper en le faisant porter sur la légitimité d'un recours à la clause dérogatoire.