

Le rôle du législateur : la loi peut-elle encore être limitée aux seules normes d'application générale et impersonnelle ?

Martin CAUCHON*

Merci Monsieur le Juge pour votre aimable présentation. Il m'est particulièrement agréable d'être ici aujourd'hui et de participer à votre congrès annuel.

Depuis quelques années, j'ai prononcé plusieurs conférences un peu partout au Canada, aux États-Unis et ailleurs dans le monde, conférences qui ont porté sur des thèmes variés passant du développement économique régional à la protection et à la promotion des droits et libertés dans le contexte d'une société libre et démocratique comme la nôtre.

Aujourd'hui, sur la base de mes différentes expériences politiques, notamment alors que j'étais ministre de la Justice et procureur général du Canada, je vous ferai part de mes réflexions sur l'exercice du pouvoir législatif et je discuterai de la relation particulière et nécessaire qui existe entre le législateur et les tribunaux dans un contexte d'interprétation des lois.

D'entrée de jeu, à la question principale visant à savoir si la loi peut ou doit être limitée aux seules normes d'application générale et impersonnelle, je répondrai que c'est, selon mon expérience, l'objectif que devrait rechercher le législateur.

La *Charte canadienne*, de même que les *Human Rights Act* et les chartes des provinces, en sont de beaux exemples puisqu'elles reconnaissent à tous de façon égale des droits fondamentaux qui sont le reflet de nos valeurs sociales.

Toutefois, dans la préparation et la rédaction de lois d'application générale, il se trouvera toujours des situations particulières où

* Notes d'allocation de l'honorable Martin Cauchon, associé, Gowling Lafleur Henderson S.E.N.C.R.L., Montréal, Québec et ancien ministre de la Justice et procureur général du Canada. Présentée dans le cadre du Congrès annuel de l'Institut canadien d'administration de la justice 2008, le vendredi 26 septembre 2008, Hôtel Loews Le Concorde, Québec.

l'application de la loi causera des distorsions ou des injustices. C'est ici que nos tribunaux jouent un rôle crucial pour assurer dans ces situations particulières, les mêmes droits et privilèges à tous les Canadiens.

Si je prends à titre d'exemple le droit à l'égalité, droit fondamental reconnu par la *Charte canadienne*,¹ les tribunaux, dans l'appréciation d'une loi, d'une ordonnance de nature administrative, etc., peuvent, il me semble, adopter deux attitudes.

La première est celle de l'accommodement au cas par cas où les tribunaux vont corriger l'effet de l'application d'une loi de façon à régler une situation bien précise et ponctuelle. Ce remède de l'exemption constitutionnelle est accessible aux tribunaux grâce à l'article 24 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Ce fut le cas dans l'affaire *Multani*² concernant le droit d'un jeune étudiant de religion sikhe orthodoxe de porter sur lui un kirpan (objet religieux) à l'école. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada est venue permettre cette pratique religieuse sous certaines conditions de sécurité bien définies. Selon la Cour suprême que je paraphrase, la décision de la Commission scolaire d'interdire à cet élève de porter son kirpan portait atteinte à sa liberté de religion et une telle atteinte ne pouvait pas être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne* puisque l'atteinte n'était pas minimale. La Cour a en effet tranché que les effets préjudiciables de l'interdiction totale surpassaient ses effets bénéfiques.

La seconde approche adoptée par nos tribunaux, particulièrement lorsqu'il s'agit d'une législation, est celle de l'interprétation large permettant ainsi le respect, à titre d'exemple, des droits de minorités *a priori* lésées.

L'interprétation large est applicable lorsque la discordance qui existe entre une loi et les exigences de la Constitution découle du fait que la loi exclut à tort un groupe de personnes. Ainsi, une décision d'un tribunal à l'encontre de cette discordance aurait pour effet logique d'inclure le groupe exclu dans le texte législatif.

¹ *Charte canadienne des droits et libertés*, 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*].

² *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256.

Lorsqu'ils examinent s'il convient d'adopter une interprétation large, les tribunaux doivent tenir compte de deux principes, à savoir le respect du rôle du législateur et le respect des objectifs de la *Charte canadienne*.

La Cour suprême du Canada a eu recours à l'interprétation large dans l'arrêt *Vriend*.³ Dans cette affaire, un employé a été congédié du collège où il travaillait en Alberta pour le seul motif qu'il ne respectait pas la directive administrative concernant l'homosexualité. L'employé visé ne pouvait pas formuler de plainte puisque l'orientation sexuelle ne figurait pas au nombre des motifs de distinction illicites de l'*Individual's Rights Protection Act*.⁴ La Cour suprême a conclu que cette loi portait atteinte au droit à l'égalité prévu à l'article 15(1) de la *Charte canadienne* et que cette violation n'était pas justifiable en vertu de l'article premier. À titre de mesure corrective, la Cour a inclus les mots « orientation sexuelle » dans les motifs de distinction interdits par la loi. En fait, la Cour s'en est remise à l'économie générale de la loi.

Tout ceci me fait penser à mon expérience alors que j'étais jeune avocat plaideur. À l'époque, on disait qu'il y avait deux sortes de juges. Les juges en droit qui s'en tiennent à appliquer la loi telle qu'elle est de façon stricte et les juges en équité qui trouvaient toujours une façon subtile d'analyser la loi pour être favorable à une personne lésée.

Idéalement, les tribunaux devraient, lorsqu'applicable, utiliser le remède de l'interprétation large, de façon à favoriser toutes les personnes d'un groupe minoritaire dont les droits sont atteints.

By way of illustration, I should mention the *Civil Marriage Act*.⁵

As Minister of Justice and Attorney General of Canada, I prepared jointly with my team, the bill on same-sex marriage with the view of sending it to Parliament for a free vote. As a result of this bill applicable to all, the definition of marriage and the right to be married were both broadened, including thus same-sex couple.

The context of the drafting and the adoption of the bill was rather fascinating.

³ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

⁴ R.S.A. 1980, c. I-2.

⁵ L.C. 2005, c. 33.

In late 2001, the British Columbia Supreme Court held that the opposite-sex requirement of marriage in B.C. violated the equality guarantees of gay and lesbian individuals under the *Charter*. But in enforcing Section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, they went on to conclude that this exclusion was justified in a free and democratic society.

This was followed, however, in the summer of 2002 by an Ontario Divisional Court decision that the opposite-sex requirement was an unjustifiable breach of equality guarantees. The Québec Superior Court made a similar conclusion two months later, and it gave Parliament two years to address the issue.

Therefore with conflicting lower court opinions on the constitutionality of opposite-sex-only marriage, the Justice Committee of the House of Commons had received a mandate to consult with Canadians on the different options that were presented to us as a country. The options, which can be found in a discussion paper prepared by the Department of Justice in November 2003, ranged from the full recognition of gay marriage to the federal government's actual withdrawal from this jurisdiction, where its responsibility is confined to the definition of marriage according to Section 91(26) of the Constitution.

At this point, the goal of giving this mandate was not only to begin the consultation process with the Canadian people; it was also to initiate the thinking process within my own political party. Indeed, our party in April 2000, in voting on an Act to modernize benefits and obligations, had explicitly reaffirmed the traditional definition of marriage as "the lawful union of one man and one woman to the exclusion of all others."

Et alors, comme c'est si souvent le cas en politique, nous avons dû élaborer notre position rapidement à cause de la décision unanime de la Cour d'appel de l'Ontario au printemps 2003. Le plus haut tribunal de l'Ontario a déclaré la définition du mariage à l'époque « Inconstitutionnelle » et a autorisé le mariage entre conjoints de même sexe. Cette décision a tout déclenché puisqu'elle était applicable dès le jour de son dépôt. À titre de ministre de la Justice et de procureur général, j'ai dû rapidement rendre publique la position du gouvernement fédéral. J'ai senti que le temps était venu de faire la bonne chose. Il n'était plus possible d'ignorer ce qui était évident : pour moi, empêcher les gais et les lesbiennes de se marier équivalait à les priver de leur droit fondamental à l'égalité.

Lentement, les tribunaux prenaient position et envoyaient des signaux on ne peut plus clairs au législateur. De plus, l'enjeu était à ce point important pour la société. Je pensais qu'il était important que les politiciens jouent leur rôle.

Yet, that role wasn't easy to play since our own Liberal Caucus had voted a few years before to reaffirm the traditional definition of marriage, at the same time as we were taking the progressive step to extend equal benefits in federal programs to same-sex couples.

We, as a government, decided to take an historic stand: to draft a bill which would change the definition of civil marriage while at the same time protecting the right of religious officials to refuse to hold same-sex ceremonies if it were against their religious beliefs.

The draft bill was pretty straightforward. Essentially, we strove to find an appropriate balance between the constitutional protections of equality despite differences in race, language, or sexual orientation and the freedom of religious belief and practice.

It states that "marriage for civil purposes is the union of two persons to the exclusion of all others." But it also states that "nothing in this Act affects the freedom of officials of religious groups to refuse to perform marriages that are not in accordance with their religious beliefs."

Le projet de loi a ensuite été soumis à la Cour suprême du Canada en vertu de l'article 53, parce que nous voulions avoir son opinion sur l'équilibre que nous tentions d'atteindre entre deux droits fondamentaux; celui du droit à l'égalité et celui de la liberté de religion.

Aujourd'hui, quand je relis l'opinion de la cour et que je vois le processus que nous avons choisi, je suis très satisfait. Je crois sincèrement qu'au sein des démocraties modernes comportant une charte des droits et libertés, le devoir de protéger les droits et les libertés fondamentales est une responsabilité partagée. En effet, le devoir de mettre de l'avant le respect des droits fondamentaux n'incombe pas seulement aux tribunaux comme les critiques de la *Charte canadienne* le laissent entendre. C'est un devoir partagé des tribunaux, du Parlement et des citoyens.

Such an issue speaks to the fundamental values of our society and, when well handled, contributes to the enlightenment of society. However, the role that political actors should play must not exclude the role of the courts or abolish the necessary dialogue between the legislator, the

judicial community and the Canadian people. I believe that when these three components interact, when they play their roles effectively, that is when society is best served.

Interprétation au cas par cas, interprétation large, invalidation d'un article de loi, tout ceci fait partie de la relation particulière qui existe entre le législateur et les tribunaux. D'ailleurs, certains utilisent la métaphore de « dialogue » pour qualifier cette interaction. Mais attention! Le mot « dialogue », qui est utilisé pour désigner ce que j'appelle une « grande conversation sociétale », semble méconnaître et sous-estimer le rôle des participants autres que les tribunaux et le législateur.

Ici, soulignons que l'origine de cette théorie du « dialogue » provient d'un texte publié en 1997⁶ dans lequel Peter W. Hogg et Allison A. Bushell ont présenté leur vision de la relation qui existe entre les tribunaux et le législateur. Selon eux, en présence d'une loi inconstitutionnelle, les tribunaux ne dictent pas les solutions, mais dialoguent avec les assemblées législatives, ce qui permet de promouvoir un débat public sur les valeurs fondamentales garanties par la *Charte*.

On a parfois l'impression que cette métaphore du « dialogue » veut dire que le législateur ne fait que réagir aux décisions rendues par les tribunaux. Je ne partage pas ce point de vue. En ce qui me concerne, au risque de me répéter, la tâche de préserver les droits et les libertés fondamentales au Canada n'est pas un attribut exclusif des tribunaux; elle revient aussi au législateur et ajoutons même les citoyens qui souvent se font entendre à travers les élus.

De fait, il m'apparaît évident que cette « grande conversation sociétale », entre les Canadiens, le législateur et les tribunaux est non seulement souhaitable, mais indispensable dans une démocratie constitutionnelle moderne. Elle favorise l'équilibre des pouvoirs et permet une meilleure administration de la justice en validant régulièrement des objectifs législatifs. À vrai dire, vous l'aurez compris, j'estime que cette « grande conversation sociétale » est garante de l'État de droit. Or, dans un État de droit, chacun a son rôle et doit le jouer.

Le processus d'adoption de la *Loi sur le mariage civil* tel que je l'ai décrit plus tôt illustre bien la mise en pratique de cette théorie du

⁶ P.W. HOGG & A.A. BUSHELL, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter Isn't Such a Bad Thing After All) » (1997) 35 Osgoode Hall L. J. 75, développé dans P.W. HOGG & A.A. THORNTON, « Reply to "Six Degrees of Dialogue" » (1999) 27 Osgoode Hall L.J. 529.

dialogue. Il a permis d'adopter une loi reflétant l'évolution de nos valeurs en tant que citoyens canadiens et permettant de cesser de porter atteinte aux droits d'une minorité.

Il faut tout de même reconnaître qu'une victoire légale ou législative comme ce fut le cas avec la *Loi sur mariage civil* n'est pas nécessairement le signe d'une victoire sociale. Malgré l'évolution de notre droit à l'égard des mariages entre conjoints de même sexe, selon moi il faudra davantage d'interventions, d'éducation et de discussion pour en arriver à ce que j'appelle l'égalité réelle, c'est-à-dire une victoire légale combinée à une large acceptation sociale.

Si chacun fait bien son travail, le législateur en adoptant des lois inclusives reconnaissant le droit à l'égalité de tous et les tribunaux, en appliquant la loi dans le respect de l'intention du législateur, mais de façon équitable, nous aurons des lois qui nous ressemblent, qui respectent nos valeurs et qui respectent les différences de chacun.

Ce sont tous ces efforts combinés qui détermineront vers quelle société nous nous dirigeons.

Mesdames et messieurs, je tiens à remercier les organisateurs pour leur invitation me permettant d'être avec vous aujourd'hui.

Merci.