

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-012719-027
(500-05-059656-007)

DATE : 19 mars 2004

Régie de l'énergie
DOSSIER: R-3595-2006
PIÈCE NO: C-1.10-Corporation
Date: 20/06/2006

CORAM: LES HONORABLES J.J. MICHEL ROBERT J.C.Q.
PAUL-ARTHUR GENDREAU J.C.A.
LOUISE MAILHOT J.C.A.
FRANCE THIBAUT J.C.A.
ANDRÉ ROCHON J.C.A.

LA LIGUE CATHOLIQUE POUR LES DROITS DE L'HOMME
APPELANTE – INTIMÉE INCIDENTE – intervenante
c.

MICHAEL HENDRICKS

Et

RENÉ LEBOEUF

INTIMÉS – APPELANTS INCIDENTS – requérants

Et

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

INTIMÉ – intimé

Et

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC

MIS EN CAUSE – intimé

Et

**LA COALITION POUR LA RECONNAISSANCE DES CONJOINTS ET CONJOINTES
DU MÊME SEXE**

INTERVENANTE – intervenante-requérante

Et

LA COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE

INTERVENANTE

ARRÊT

[1] Les intimés, Michael Hendricks et René LeBoeuf, présentent une requête en rejet de l'appel interjeté par l'appelante, la Ligue catholique pour les droits de l'homme, contre un jugement de la Cour supérieure du district de Montréal rendu le 6 septembre 2002 (l'honorable Louise Lemelin), qui a déclaré inopérants l'article 5 de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*¹ (*Loi d'harmonisation*), l'article 1(1) de la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*², la partie de l'alinéa 2 de l'article 365 C.c.Q., indiquant que le mariage ne peut être célébré qu'entre un homme et une femme, et qui a suspendu ces déclarations d'invalidité pour une période de deux ans;

[2] Pour conclure au rejet de l'appel, les intimés invoquent deux moyens. D'abord, l'appelante n'aurait pas l'intérêt juridique suffisant parce qu'elle n'est pas affectée personnellement par le jugement de première instance ou parce qu'elle ne remplit pas les conditions du test développé par la Cour suprême pour agir dans l'intérêt public³. Ensuite, l'appel serait devenu théorique ou inutile, en raison des faits qui se sont produits depuis le jugement de première instance;

[3] La requête des intimés comporte aussi un volet alternatif dans lequel ceux-ci requièrent la permission de produire au dossier une preuve nouvelle et un mémoire amendé;

[4] Par ailleurs, les intimés demandent à la Cour d'accueillir leur appel incident en invoquant le consentement du Procureur général du Canada;

* * *

[5] Le débat entourant la question du mariage des homosexuels a fait l'objet, dans trois provinces du Canada, d'un processus judiciaire dont il est utile d'exposer le déroulement à grands traits;

Québec

[6] Le litige opposait les intimés au Procureur général du Québec et au Procureur général du Canada. Tant l'appelante que l'Alliance évangélique du Canada et la Coalition pour la reconnaissance des conjoints et conjointes du même sexe avaient été autorisées à intervenir au dossier⁴. Le jugement de première instance a endossé la thèse des intimés, conclu que les dispositions législatives empêchant le mariage des

¹ L.C. 2001, c. 4.

² L.C. 2000, c. 12.

³ *Conseil canadien des Églises c. Canada (M.E.I.)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342.

⁴ *Hendricks c. Québec (P.G.)*, C.S. Montréal, n° 500-05-059656-007, 12 juillet 2001, j. F. Rolland et 28 septembre 2001, j. R. Nadeau.

homosexuels contrevenaient à la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵ (la *Charte*) et suspendu l'effet des déclarations d'invalidité pour une période de deux ans;

[7] Le Procureur général du Québec n'a pas formulé d'appel contre ce jugement. Le Procureur général du Canada, qui s'était porté appelant, s'est désisté de son appel, le 14 juillet 2003. Deux jours plus tard, le 16 juillet 2003, il a saisi la Cour suprême du Canada d'un renvoi⁶ relativement à l'avant-projet de loi sur la *Proposition de loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil*, qui autorise le mariage de deux personnes de même sexe. Notons que l'appelante a été autorisée⁷ à intervenir dans le renvoi et que les questions qui y seront débattues recourent celles soulevées dans le renvoi soumis à la Cour suprême ;

[8] Le 22 janvier 2004, le Procureur général du Canada a renoncé à la suspension des déclarations d'invalidité décrétée par le jugement de première instance;

[9] Enfin, le 26 janvier 2004⁸, le gouvernement canadien modifie le décret C.P. 2003-1055 du 16 juillet 2003 en ajoutant une quatrième question de sorte que le renvoi comporte maintenant les quatre questions suivantes :

1. La *Proposition de loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil* [ci-jointe] relève-t-elle de la compétence exclusive du Parlement du Canada ? Dans la négative, à quel égard et dans quelle mesure ?

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'article 1 de la proposition, qui accorde aux personnes du même sexe la capacité de se marier, est-il conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés* ? Dans la négative, à quel égard et dans quelle mesure ?

3. La liberté de religion, que garantit l'alinéa 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, protège-t-elle les autorités religieuses de la contrainte d'avoir à marier deux personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses ?

4. L'exigence, sur le plan civil, selon laquelle seules deux personnes de sexe opposé peuvent se marier, prévue par la common law et, pour le Québec, à l'article 5 de la *Loi d'harmonisation no 1 du droit fédéral avec le droit civil*, est-elle conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés* ? Dans la négative, à quel égard et dans quelle mesure ?

⁵ Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (1982, R.-U., c. 11)].

⁶ Décret C.P. 2003-1055, 16 juillet 2003.

⁷ (Elle fait partie de «The Catholic Civil Rights League and the Evangelical Fellowships of Canada ») *In the matter of a reference by the Governor in Council concerning the proposal for an act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes*, Cour suprême du Canada, 29866, 23 janvier 2004, j. Iacobucci.

⁸ Décret C.P. 2004-28, 26 janvier 2004.

[10] L'appelante a produit son inscription en appel le 1^{er} octobre 2002 et demeure la seule interlocutrice des intimés;

Colombie-Britannique

[11] Le 1^{er} mai 2003, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que la définition donnée en *common law* au mariage – «the voluntary union for life of one man and one woman to the exclusion of all others» – contrevenait à la *Charte*. Elle a redéfini cette notion comme étant – «the lawful union of two persons to the exclusion of all others» – et suspendu l'effet de son arrêt jusqu'au 12 juillet 2004⁹;

[12] Ni le Procureur général de la Colombie-Britannique ni le Procureur général du Canada n'ont fait appel de cet arrêt. Par ailleurs, le 8 juillet 2003, la Cour d'appel a levé la suspension qu'elle avait décrétée avec le consentement exprès du Procureur général du Canada et sans opposition de la part du Procureur général de la Colombie-Britannique¹⁰;

[13] En conséquence, depuis le 8 juillet 2003, les homosexuels peuvent se marier dans cette province et, de fait, selon les informations livrées à l'audience, plusieurs mariages y ont été célébrés;

Ontario

[14] Le 10 juin 2003, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la définition du mariage en *common law* contrevenait aux dispositions de la *Charte*. Elle a reformulé la définition du mariage comme – «the voluntary union for life of two persons to the exclusion of all others» – et a donné un effet immédiat à cette définition¹¹;

[15] Ni le Procureur général du Canada ni le Procureur général de l'Ontario n'ont interjeté appel de cet arrêt;

[16] Un intervenant devant la Cour d'appel de l'Ontario, *The Interfaith Coalition on Marriage and Family* – dont l'appelante dans le présent dossier fait partie –, a présenté à la Cour suprême une requête pour permission d'appeler du jugement de la Cour d'appel de l'Ontario. Le Procureur général du Canada y a répliqué avec une requête pour annuler la requête pour permission d'appeler;

[17] Le 9 octobre 2003, la Cour suprême du Canada accueillait la requête pour annuler la requête pour permission d'appeler, sans donner de motifs¹²;

[18] En conséquence, les homosexuels peuvent se marier en Ontario et, de fait,

⁹ *EGALE Canada inc. v. Canada (Attorney General)*, 2003 B.C.C.A. 251.

¹⁰ *EGALE Canada inc. v. Canada (Attorney General)*, 2003 B.C.C.A. 406.

¹¹ *Halpern v. Canada (Attorney General)*, 172 O.A.C. 276.

¹² *Halpern v. Canada (Attorney General)*, [2003] S.C.C.A. N° 337.

selon les informations fournies à l'audience, de nombreux mariages y ont été célébrés;

* * *

[19] De ces différents éléments se dégage une situation juridique complexe, inusitée voire inédite¹³, qui résulte principalement de la nature de la règle de droit en cause (le mariage) et de la notion de *res judicata* et son application en droit public canadien;

[20] Quelle que soit sa source – *common law* ou législation fédérale – la règle de droit attaquée est la même, partout au Canada : le mariage est l'union libre d'un homme et d'une femme à l'exclusion de tout autre. Le fondement de l'attaque constitutionnelle est également le même, partout au Canada : l'interdiction du mariage civil aux conjoints de même sexe serait inconstitutionnelle et inopérante en raison de son caractère discriminatoire prohibé par la *Charte*;

[21] Lorsque la Cour d'appel de l'Ontario prononce son arrêt (10 juin 2003), le délai d'appel à la Cour suprême du Canada de celui de la Cour d'appel de Colombie-Britannique (1^{er} mai 2003) n'était pas encore expiré et le Procureur général du Canada n'avait pas annoncé ses intentions à ce sujet;

[22] À défaut d'appel, l'arrêt de la Colombie-Britannique acquiert l'autorité de la chose jugée dès l'été 2003;

[23] L'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario acquiert la même autorité, le 9 octobre 2003, à la suite de la décision de la Cour suprême du Canada de rejeter la seule requête pour permission d'appeler présentée par The Interfaith Coalition on Marriage and Family;

[24] Il est important de bien saisir les conséquences de cette trame judiciaire. Le gouvernement fédéral était une partie à ce débat judiciaire. Par la voix du Procureur général du Canada, il défendait la constitutionnalité d'une règle de droit qui relève de la compétence du Parlement fédéral. Il a sciemment décidé de ne pas porter en appel les arrêts des cours d'appel qui ont invalidé la définition traditionnelle du mariage;

[25] En droit public, la notion de la *res judicata* est celle de la *common law*¹⁴. Sa portée peut être considérable si trois éléments sont réunis : (1) un débat judiciaire qui met en cause le gouvernement; (2) une déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par un tribunal compétent; (3) l'absence d'appel du jugement ou de l'arrêt. Les auteurs Brun et Tremblay donnent l'exemple suivant :

¹³ Ni la Cour ni les avocats n'ont pu relever de précédents tirés du contentieux constitutionnel canadien.

¹⁴ Henri BRUN, Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 2002, p. 21.

Par exemple, si le gouvernement concerné était partie au litige, un jugement de la Cour supérieure du Québec qui prononce la nullité d'un règlement vaudra par la suite *erga omnes*, à l'égard de tous, à défaut d'appel.¹⁵ [Nous soulignons]

[26] Hogg écrit, également :

«Once the Supreme Court of Canada has held that a law is unconstitutional, there can be no doubt about the status of the law: it is invalid, and need not be obeyed. The same result follows from a holding of invalidity by a lower court. Moreover, it is unlikely that the government would succeed in obtaining a stay of judgment, or an injunction compelling obedience to the law, pending an appeal. Of course, the holding of unconstitutionality might be reversed on appeal, in which case the theory would be that the law had always been constitutional. Anyone disobeying a law, in reliance on the judgment of a lower court that the law is unconstitutional, does take the risk that the law will ultimately be held to be constitutional. However, it is unlikely that such a person would be exposed to criminal liability by the retroactive effect of the appellate court's reversal of the holding of unconstitutionality.»¹⁶

et plus loin :

«Once a law has actually been held to be unconstitutional, even if the holding is under appeal, the public interest in the continued enforcement of the law is enormously diminished. The government is therefore usually unsuccessful in obtaining a stay of judgment to keep the law in force pending the decision on appeal.»¹⁷

[27] Dès lors se pose la question de la *res judicata* à l'égard d'une règle de droit fédérale déclarée inconstitutionnelle dans deux provinces canadiennes. Par exemple, peut-on imaginer qu'une disposition du *Code criminel*, déclarée inconstitutionnelle à la suite d'un débat judiciaire dans une province impliquant le Procureur général du Canada qui n'interjette pas appel de la décision, soit valide dans une autre province où la question n'aurait pas été débattue ? Règle générale, le Procureur général, à titre de représentant de l'intérêt public, évite ce genre de situation en portant le débat jusqu'à la Cour suprême du Canada ou en demandant au Parlement de légiférer, ce qui, dans l'un ou l'autre cas, a pour effet d'harmoniser la règle de droit à l'échelle du pays;

[28] S'il est vrai que, en règle générale, les jugements des tribunaux d'une province n'ont pas d'effet extraterritorial, il n'en reste pas moins qu'il serait juridiquement inacceptable que, dans une matière constitutionnelle impliquant le Procureur général du Canada relativement à une matière relevant de la compétence du Parlement fédéral, une disposition soit inapplicable dans une province et en vigueur dans toutes les autres.

[29] Au-delà de ces questions juridiques, il faut constater que la position habituelle

¹⁵ *Id.*, p. 21

¹⁶ Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, vol. II, 2001, § 55-2.

¹⁷ *Id.*, § 55-6.

des parties devant la Cour est inversée. En effet, suivant le patron judiciaire traditionnel, toute attaque constitutionnelle implique, d'une part, la présence d'une ou plusieurs parties qui recherchent une déclaration d'invalidité de la règle de droit et, d'autre part, la présence du Procureur général qui défend cette même règle de droit. En l'espèce, depuis la décision du Procureur général du Canada de se désister de son appel contre le jugement entrepris, il n'existe plus de litige entre les parties initiales, ce qui constitue une situation inhabituelle. Le Procureur général, représentant formel de l'intérêt public, ne défend plus la règle de droit. C'est une partie privée qui veut poursuivre le débat et soutenir la validité de la définition traditionnelle du mariage;

[30] Qui plus est, cette même partie privée veut poursuivre le débat devant la Cour sur une question identique à celle posée à la Cour suprême du Canada par l'amendement récent au renvoi fédéral. Dans ce dernier cas, force est de constater que le gouvernement du Canada pose à la Cour suprême une question identique à celle qui aurait pu faire l'objet d'un appel contre des arrêts des cours d'appel de la Colombie-Britannique et de l'Ontario;

* * *

[31] C'est dans ce contexte juridique particulier qu'il convient de se placer pour analyser la position de l'appelante. Celle-ci est une intervenante au sens de l'article 208 du *Code de procédure civile*, ce qui lui confère le statut de partie au litige¹⁸ et, conséquemment, le droit de se pourvoir devant la Cour¹⁹. Ainsi, en accueillant sa requête pour l'autoriser à participer au débat, la Cour supérieure lui a reconnu un intérêt juridique suffisant pour appuyer le Procureur général dans la défense de la loi attaquée par les intimés, sur la base de la violation de l'article 15 de la *Charte*. En réalité, l'appelante avait soutenu qu'elle pouvait « *apporter une contribution appréciable, particulièrement en ce qui concerne les aspects historiques et religieux du mariage* »²⁰ : c'est sur ce fondement que l'appelante obtint son autorisation de la Cour supérieure;

[32] Cela dit, les circonstances d'un procès sont quelquefois imprévisibles et elles peuvent évoluer de telle manière que l'intervenant perdra la qualité pour continuer le débat. Situation rare certes, mais néanmoins possible. C'est le cas en l'espèce;

[33] Avant l'examen de la présente affaire, le rappel de quelques prémisses s'avère nécessaire. D'abord, l'intérêt juridique pour agir dans un débat constitutionnel est une notion plus fluide que celle de l'intérêt dont une partie se réclame dans un litige de nature privée; il ne se confond pas totalement à celui du *Code de procédure civile*. Le juge LeBel (il n'était pas encore à la Cour suprême) en a décrit les différences et précisé les contours :

¹⁸ Art. 210 *C.p.c.*

¹⁹ Art. 492 *C.p.c.*

²⁰ Déclaration en intervention forcée, paragraphe 6d).

Cette notion de *standing*, du moins en matière constitutionnelle, ne s'identifie pas strictement au concept d'intérêt au sens du *Code de procédure civile du Québec*. Elle est souple, large, mais aussi comme nous le verrons à certains égards, plus étroite. Le «*standing*» constitutionnel recouvre une notion à la fois plus complexe et plus fuyante que l'intérêt strictement procédural. Il comporte à la fois la reconnaissance de la qualité de la partie, de son intérêt au sens procédural du terme et aussi l'opportunité même pour le tribunal de se prononcer, en raison de la nature de la question posée et des circonstances du cas.²¹

[34] En deuxième lieu, la Cour suprême a distingué l'intérêt du requérant en invalidité d'une loi ou d'une action de l'État et le rôle de l'intervenant en appui de la demanderesse ou défenderesse et, par conséquent, le niveau d'intérêt exigé. La participation de celui-ci au litige consiste à apporter à la Cour, par ses opinions et ses arguments, une aide à la solution des questions débattues. C'est l'avis exprimé par le juge Cory dans *Conseil canadien des Églises c. Canada (M.E.I.)*²² :

Des organismes de défense de l'intérêt public se voient souvent accorder, à bon droit, le statut d'intervenant. Les opinions et les arguments des intervenants sur des questions d'importance publique sont souvent d'une aide considérable pour les tribunaux. Cette aide est apportée en fonction de faits établis et dans des délais et suivant le contexte que déterminent les tribunaux.

[35] Troisièmement, la mission de représenter l'intérêt public est avant tout l'affaire du Procureur général. Toutefois, l'intérêt public «*comprend à la fois les intérêts de l'ensemble de la société et les intérêts particuliers de groupes identifiables*», ont écrit les juges Sopinka et Cory dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*²³. Dès lors, la qualité d'un requérant pour agir, suivant l'expression utilisée par le juge Cory dans *Conseil canadien des Églises c. Canada (M.E.I.)* (précité), ne se confond pas avec celle du Procureur général qui représente «*les intérêts de l'ensemble*». La jurisprudence a d'ailleurs développé des critères qu'un requérant doit satisfaire pour attaquer une loi ou un acte du gouvernement. À cet égard, le juge Martland, après une analyse des arrêts *Thorson c. Procureur général du Canada*²⁴ et *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*²⁵, les a énoncés en ces termes :

Selon mon interprétation, ces arrêts décident que pour établir l'intérêt pour agir à titre de demandeur dans une poursuite visant à déclarer qu'une loi est invalide, si cette question se pose sérieusement, il suffit qu'une personne démontre qu'elle est directement touchée ou qu'elle a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour.²⁶

²¹ *Paquet c. Mines SNA inc. & Al*, [1986] R.J.Q. 1257 (C.A.).

²² Précité, note 3.

²³ [1994] 1 R.C.S. 311, 344.

²⁴ Précité, note 3.

²⁵ *Id.*

²⁶ *Canada (ministre de la Justice) c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575.

[36] Les tribunaux se sont généralement montrés libéraux dans l'application de ces critères. Cela découle, entre autres, de la règle de la primauté du droit, une garantie fondamentale constitutionnalisée et l'un des piliers de notre régime politique²⁷. Si la Cour suprême a étendu le statut de requérant ou demandeur à des organismes de défense d'intérêt public, elle a par ailleurs exigé, dans cette occurrence, que le groupement ait démontré, selon la prépondérance des probabilités, qu'un particulier ne sera pas en mesure de contester l'action gouvernementale. Le juge Cory :

La reconnaissance de la qualité pour agir a pour objet d'empêcher que la loi ou les actes publics soient à l'abri des contestations. Il n'est pas nécessaire de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public lorsque, selon une prépondérance des probabilités, on peut établir qu'un particulier contestera la mesure. Il n'est pas nécessaire d'élargir les principes régissant la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public établis par notre Cour. La décision d'accorder la qualité pour agir relève d'un pouvoir discrétionnaire avec tout ce que cette désignation implique. Les demandes sans mérite peuvent donc être rejetées. Néanmoins, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, il faut interpréter les principes applicables d'une façon libérale et souple.²⁸

[37] Cela dit, même si l'appelante ne recherche pas une déclaration d'invalidité ou d'inopérance d'une loi ou de l'action gouvernementale, mais veut, au contraire, se substituer au Procureur général, maintenant absent du débat, pour défendre la législation à sa place, la Cour utilisera les critères dégagés par la jurisprudence pour décider de l'intérêt d'un requérant : une question sérieuse, un intérêt véritable et l'absence d'autres moyens efficaces de saisir un tribunal de la question;

[38] Il est indubitable que la définition du mariage est une question sérieuse. Mais cette question n'est plus, en réalité, celle que la Cour doit décider puisque, comme il a été démontré plus tôt, le Procureur général, en refusant d'attaquer les arrêts rendus en Ontario et en Colombie-Britannique et en se désistant de son pourvoi au Québec, a créé une situation juridique nouvelle.

[39] Cela dit, même si l'appelante satisfaisait au premier critère, qu'en est-il du second, celui dit de l'intérêt véritable ? Ici, elle échoue. L'appelante plaide que l'on ne doit pas qualifier son intérêt. Elle a tort pour plusieurs raisons. D'abord, elle a elle-même défini son champ d'intérêt dans sa procédure en Cour supérieure. Ensuite, comme nous

²⁷ Le juge Cory dans *Conseil canadien des Églises c. Canada (M.E.I.)*, précité, note 3 :

La primauté du droit est d'ailleurs reconnue dans le préambule de la *Charte*:

Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit:

La primauté du droit est donc reconnue comme la pierre angulaire de notre système démocratique. C'est la primauté du droit qui garantit au citoyen le droit d'être protégé contre toute mesure gouvernementale arbitraire et inconstitutionnelle. Ce même droit est confirmé au par. 52(1).

²⁸ Précité, note 3, p. 252.

l'avons vu plus tôt, la jurisprudence distingue l'intérêt de l'intervenant de celui du requérant. En troisième lieu, l'appelante n'a pas démontré, suivant le poids des probabilités, que son intérêt particulier est suffisant pour se substituer à celui de l'ensemble de la collectivité représentée par le Procureur général. Enfin, la qualité réclamée par l'appelante n'est que générale et n'affecte aucun de ses droits propres puisque, d'une part, la seule question en cause est celle du mariage civil et que, d'autre part, une disposition expresse de la loi permet à tout ministre du culte de refuser de célébrer un mariage contre lequel il existe un empêchement selon la religion²⁹;

[40] Enfin, l'appelante ne satisfait pas les exigences du troisième critère puisqu'il existe, en l'espèce, une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la Cour suprême du Canada : c'est le renvoi déjà formé pour lequel l'appelante s'est vu reconnaître le statut d'intervenante par la Cour suprême du Canada ;

[41] Les intimés prétendent aussi que le pourvoi est théorique et sans objet. Une telle question se décide en fonction des intérêts de l'appelante³⁰. Dans *Borowski c. Canada (Procureur général)*³¹, l'arrêt-clé pour la détermination du caractère théorique d'un appel, la Cour suprême propose une analyse en deux temps : l'examen du caractère théorique de l'affaire et la décision du tribunal d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour ne pas appliquer la règle générale de non-intervention et de juger du fond malgré l'absence d'objet. « *Le principe général, écrit le juge Sopinka, s'applique quand la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties* ». Il continue : « *Si la décision du tribunal ne doit avoir aucun effet pratique sur ces droits, le tribunal refuse de juger l'affaire. Cet élément essentiel doit être présent non seulement quand l'action ou les procédures sont engagées, mais aussi au moment où le tribunal doit rendre une décision* »;

[42] Si la Cour conclut à un pourvoi théorique, elle doit répondre à la seconde question : est-il approprié d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour décider de statuer malgré tout ? Trois facteurs doivent, à ce stade, être examinés : un débat contradictoire, l'économie des ressources judiciaires et le rôle des tribunaux dans l'élaboration du droit³²;

[43] Qu'en est-il en l'espèce? Le débat devant la Cour n'a aucune conséquence sur les droits de l'appelante, comme nous l'avons vu plus tôt. Or, le juge Sopinka, prenant appui sur *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*³³ a écrit : « ... *l'inapplicabilité d'une loi à celui qui en conteste la validité rend le litige théorique* ». En l'espèce, ce sont les droits des intimés, maintenant reconnus par la Cour supérieure au Québec et par les cours d'appel de deux autres provinces, qui seraient affectés. Le pourvoi, s'il était continué, ne viserait, en quelque sorte, qu'à contester le choix politique du

²⁹ Art. 367 C.c.Q.

³⁰ *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90.

³¹ Précité, note 3.

³² *Id.*

³³ [1984] 1 R.C.S. 357.

gouvernement puisque celui-ci accepte de ne pas attaquer les décisions prononcées et préfère recevoir l'avis de la Cour suprême du Canada avant de revoir sa législation ou de prendre toute autre décision;

[44] Si le litige est théorique, y a-t-il lieu d'exercer notre pouvoir discrétionnaire pour décider de l'entendre ?

[45] Le premier facteur d'examen est celui de l'absence de débat contradictoire. À ce propos, le juge Sopinka écrit :

La première raison d'être de la politique ou de la pratique en question tient à ce que la capacité des tribunaux de trancher des litiges a sa source dans le système contradictoire. L'exigence du débat contradictoire est l'un des principes fondamentaux de notre système juridique et elle tend à garantir que les parties ayant un intérêt dans l'issue du litige en débattent complètement tous les aspects. Il semble que cette exigence puisse être remplie si, malgré la disparition du litige actuel, le débat contradictoire demeure. Par exemple, même si la partie qui a engagé des procédures en justice n'a plus d'intérêt direct dans l'issue, il peut subsister des conséquences accessoires à la solution du litige qui fournissent le contexte contradictoire nécessaire.³⁴

[46] En l'espèce, il n'y a aucune crainte de l'absence d'un débat contradictoire. L'appelante entend prendre la place du Procureur général et agir comme tel;

[47] Le deuxième élément à considérer est celui de l'économie des ressources judiciaires vue dans la perspective suivante :

L'économie des ressources judiciaires n'empêche pas non plus d'entendre des affaires devenues théoriques dans les cas où la décision de la cour aura des effets concrets sur les droits des parties même si elle ne résout pas le litige qui a donné naissance à l'action.

(...)

On justifie également de façon assez imprécise, l'utilisation de ressources judiciaires dans des cas où se pose une question d'importance publique qu'il est dans l'intérêt public de trancher. Il faut mettre en balance la dépense de ressources judiciaires et le coût social de l'incertitude du droit.

[48] Ici, il est indiscutable que le pourvoi fait double emploi avec le renvoi non seulement annoncé, mais engagé. Au surplus, la procédure de consultation judiciaire initiée par le gouvernement a une portée plus large et sera débattue par plus d'intervenants – et au premier chef par le Procureur général du Canada lui-même – que l'appel dont la Cour est saisie;

³⁴ Précité, note 3.

[49] Le dernier facteur d'examen est celui de l'importance de l'élaboration du droit. Le juge Sopinka écrit :

La troisième raison d'être de la doctrine du caractère théorique tient à ce que la Cour doit prendre en considération sa fonction véritable dans l'élaboration du droit. La Cour doit se montrer sensible à sa fonction juridictionnelle dans notre structure politique. On pourrait penser que prononcer des jugements sans qu'il y ait de litige pouvant affecter les droits des parties est un empiétement sur la fonction législative.

[50] Dans l'affaire sous étude, la fonction juridictionnelle est quasi absente, car tout le débat s'est déplacé. Le gouvernement a décidé de tester la légalité de la définition du mariage auprès de la Cour suprême du Canada. Cette opinion débouchera-t-elle sur une nouvelle loi ou sur l'absence d'une nouvelle législation ? La réponse à cette question est politique; elle appartient donc au gouvernement et, ultimement, au Parlement. Pour l'heure, le gouvernement s'est engagé dans un processus de consultation auprès de la plus haute instance judiciaire du pays. C'est manifestement dans ce nouveau contexte que le droit sera élaboré et non par une décision de la Cour;

[51] En somme, la Cour estime que l'appelante ne satisfait que le premier des trois facteurs d'exercice de la discrétion judiciaire en faveur du maintien du débat. Aussi, elle refusera de rendre une décision sur le fond de l'appel et accueillera la requête en rejet d'appel;

* * *

[52] Dans leur appel incident, les intimés demandent à la Cour de modifier l'article 5 de la *Loi d'harmonisation* pour remplacer les mots «d'un homme et d'une femme» par «de deux personnes», d'infirmier la conclusion qui suspend les déclarations d'invalidité pour une période de deux ans et d'ordonner à un célébrant désigné, suivant l'article 366 du *Code civil du Québec*, de célébrer leur mariage;

[53] Dans une lettre du 22 janvier 2004, l'avocat du Procureur général du Canada écrit :

«About this cross-appeal, I will tell the Court of Appeal that the Attorney General of Canada do not request any longer that the Superior Court judgment be stayed for the period set by Justice Lemelin.»

[54] Puisque le bénéficiaire de la période de suspension des déclarations d'invalidité consent à ce qu'il y soit mis fin, il y a lieu de biffer la conclusion du jugement de première instance qui ordonne une telle suspension;

[55] Quant à la demande de modification de l'article 5 de la *Loi d'harmonisation*, compte tenu des principes dégagés par la Cour suprême dans *Schachter c. Canada*³⁵

³⁵ [1992] 2 R.C.S. 679.

et *Vriend c. Alberta*³⁶, et des motifs énoncés par la juge de première instance, nous sommes d'avis qu'il n'est pas opportun, dans les circonstances, de modifier le texte de la loi précitée. D'ailleurs, les intimés ont expressément renoncé à cette conclusion³⁷;

[56] Vu les déclarations d'invalidité, il n'existe plus d'obstacle à ce qu'un officier compétent célèbre le mariage des intimés et l'ordonnance requise à cet égard par les intimés sera prononcée. En conséquence, après publication de l'avis prévu à l'article 368 du *Code civil du Québec* et l'absence d'opposition valable, l'homosexualité n'étant pas un motif valable d'opposition, le mariage des intimés peut être célébré conformément à la Loi.

POUR CES MOTIFS, LA COUR :

[57] **ACCUEILLE** la requête en rejet d'appel, avec dépens;

[58] **REJETTE** l'appel principal, avec dépens;

[59] **ACCUEILLE** en partie l'appel incident, sans frais;

[60] **BIFFE** la 5^{ième} conclusion du dispositif du jugement de première instance;

[61] **ORDONNE** à tout officier compétent au sens de l'article 366 *C.c.Q.* d'obtempérer à toute demande de mariage des intimés, après publication de l'avis prévu à l'article 368 *C.c.Q.* et en l'absence d'opposition valable.

J.J. MICHEL ROBERT J.C.Q.

PAUL-ARTHUR GENDREAU J.C.A.

LOUISE MAILHOT J.C.A.

FRANCE THIBAUT J.C.A.

ANDRÉ ROCHON J.C.A.

³⁶ [1998] 1 R.C.S. 493.

³⁷ Voir la lettre de Me Martha A. McCarthy, déposée au dossier de la Cour, avec les lettres de toutes les parties impliquées dans l'appel incident.

Me Guy J. Pratte et Me Georges R. Thibaudeau
BORDEN, LADNER, GERVAIS
Pour l'appelante – intimée incidente;

Me Colin K. Irving et Me Catherine McKenzie
IRVING, MITCHELL & ASSOCIÉS et
Me Martha A. McCarthy
EPSTEIN, COLE
Pour les intimés appelants incidents;

Me Michel F. Denis
CÔTÉ, MARCOUX, JOYAL
Pour l'intimé le Procureur général du Canada;

Me Benoît Belleau (absent)
BERNARD, ROY & ASSOCIÉS
Pour le mis en cause le Procureur général du Québec;

Me Noël Saint-Pierre
SAINT-PIERRE, GRENIER
Pour l'intervenante la Coalition pour la reconnaissance
des conjoints et conjointes du même sexe;

Me Andrea Wright
Pour l'intervenante la Commission des droits de la personne.

Date d'audience : Le 26 janvier 2004.