

La longue marche vers l'égalité des conjoints de même sexe

Michel Morin*

| | |
|---|----|
| INTRODUCTION. | 65 |
| I. La transformation du mariage au fil des siècles. | 67 |
| A. Le droit romain | 67 |
| B. Le droit canonique | 69 |
| C. La perspective religieuse contemporaine | 73 |
| II. Le droit à l'égalité. | 75 |
| A. L'égalité pour les conjoints de fait | 75 |
| B. L'adoption, la procréation assistée et la garde des enfants | 82 |
| C. Le partage des compétences en matière de mariage | 85 |
| D. Le mariage des conjoints de même sexe | 88 |
| E. L'union civile | 91 |
| EN GUISE DE CONCLUSION | 96 |

* Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'université d'Ottawa. L'auteur tient à remercier ses collègues Alain-François Bisson, Jean-François Gaudreault-Desbiens, Michelle Giroux, Nicole LaViolette et Marie Pratte de leurs précieux commentaires. Il demeure évidemment le seul responsable des lacunes et des imperfections de la version définitive.

INTRODUCTION

Le 8 juin 2002, la *Loi sur l'union civile*¹ était sanctionnée. Cette réforme participe à un mouvement plus vaste de reconnaissance des conjoints de même sexe dans différents pays, quoique les modalités retenues par les législateurs varient énormément². Au Canada, les tribunaux ne sont pas demeurés en reste. En effet, le 12 juillet 2002, dans l'affaire *Halpern c. Canada (Attorney General)*³, la Cour divisionnaire de l'Ontario déclare que la règle de common law interdisant aux conjoints de même sexe de se marier constitue une atteinte injustifiée au droit à l'égalité garanti par l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴. Toutefois, le juge en chef associé Smith et le juge Blair décident de suspendre cette déclaration d'invalidité pour une période de deux années; pour sa part, le juge LaForme aurait modifié immédiatement la définition du mariage⁵. Le 6 sep-

1. L.Q. 2002, c. 6.

2. Voir notamment Daniel BORILLO, «Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités: la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union Européenne», (2001) 46 *R.D. McGill* 875-922; Donald G. CASSWELL, «Moving toward same-sex marriage», (2001) 80 *R. du B. can.* 810-856; Nicole LAVIOLETTE: «Waiting in a New Line at City Hall: Registered Partnership as an Option for Relationship Recognition Reform in Canada», (2002) 10 *R.C.D.F.* 115; Nicole LAVIOLETTE, *Les unions libres enregistrées: un modèle de reconnaissance des rapports personnels*, document préparé pour La Commission du droit, 5 août 2001 (disponible en ligne: <http://www.lcc.gc.ca/fr/themes/pr/cpra/laviolette/laviolette.pdf>); Benoît MOORE, «L'union homosexuelle et le mariage: de l'ignorance à la reconnaissance?», (2002) 81 *R. du B. can.* 121-152; Alain ROY, «Le partenariat civil, d'un continent à l'autre», (2002) 54 *R.I.D.C.* 759-786.

3. (2002) 215 D.L.R. (4th) 223.

4. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 (R.-U.), c. 11, ci-après «la Charte».

5. Le juge Blair aurait ajouté qu'à l'expiration du délai de deux ans, en l'absence d'une nouvelle loi fédérale, la règle de common law serait automatiquement modifiée de la manière proposée par le juge LaForme, mais le juge en chef associé Smith a refusé d'approuver cette solution. Au bout du compte, seule la suspension de la déclaration d'invalidité pour une période de deux ans a été acceptée par une majorité de deux juges: *Halpern c. Canada (Attorney General)*, précité, note 3, par. 3-20 (j. en chef associé Smith), par. 91-148 (j. Blair) et par. 267-309 (j. LaForme). En ce qui concerne l'invalidité proprement dite, les motifs du juge LaForme sont endossés par ses deux collègues (voir par. 1 et 20). Les trois juges déclarent donc que la règle de common law contrevient à l'article 15 de la Charte et qu'elle est inopérante et

tembre 2002, dans l'affaire *Hendricks c. Québec (Procureur général)*, la juge Lemelin, de la Cour supérieure du Québec, parvient à la même conclusion, en précisant que la possibilité de contracter une union civile ne peut servir à justifier la discrimination dont sont victimes les gais et les lesbiennes⁶. Ces jugements refusent de se rallier à l'opinion du juge Pitfield, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans l'affaire *EGALE Canada Inc. c. Canada (Attorney general)*⁷. En novembre 2001, celui-ci avait jugé discriminatoire la définition du mariage, bien qu'il ait considéré que cette restriction était raisonnable dans une société libre et démocratique, comme l'y autorise l'article premier de la Charte. Ces trois jugements ont toutefois été portés en appel.

Dans ces conditions, il convient d'examiner la portée du droit à l'égalité des conjoints de même sexe. Or, comme le juge Blair l'a judicieusement fait remarquer, dans ce débat, tout se ramène à la question de savoir si le mariage est indissolublement lié à la procréation résultant d'une relation sexuelle entre un homme et une femme, que j'appellerai ci-après la procréation hétérosexuelle⁸. Qui plus est, les experts du procureur général ont soutenu que ce fondement était primordial dans la civilisation occidentale, en insistant longuement sur l'influence du christianisme; d'un autre côté, les experts des requérants ont démontré que des unions de même sexe jouissaient d'une certaine reconnaissance dans plusieurs cultures⁹. Il est donc nécessaire d'examiner l'évolution du mariage au fil des siècles, afin de décrire certaines transformations subies par cette institution (I). Par la suite, il conviendra d'aborder les règles du droit constitutionnel canadien concernant les conjoints de même sexe, afin de présenter le contexte juridique et social dans lequel s'inscrit l'union civile (II).

invalide. À cet égard, le juge LaForme rappelle que les règles jurisprudentielles de droit privé doivent être conformes aux valeurs fondamentales protégées de la Charte (par. 141; *Hill c. Église de scientologie*, [1995] 2 R.C.S. 1130). En outre, dans cette affaire, le greffier de la ville de Toronto demandait des directives à la Cour à la suite de demandes de licence de mariage présentées par des conjoints de même sexe. On peut donc soutenir que la règle de common law en cause dicte la conduite d'un fonctionnaire habilité à agir par une loi provinciale. La Charte serait alors applicable (art. 32).

6. [2002] R.J.Q. 2506, par. 180-181.

7. (2001) 95 B.C.L.R. 122.

8. *Halpern c. Canada (Attorney General)*, précité, note 3, par. 83-86 et 100-101.

9. *Ibid.*, par. 61-78 et 96.

I. La transformation du mariage au fil des siècles

A. *Le droit romain*

Si l'on examine la situation à Rome du I^{er} siècle avant notre ère au III^e siècle après celle-ci, on constate que le mariage se forme par le seul consentement des parties¹⁰. L'intention d'avoir des enfants est considérée comme nécessaire par certains auteurs. Cette exigence ne constitue toutefois pas une condition de validité de l'union, pas plus que sa consommation, c'est-à-dire la première relation sexuelle des époux¹¹. Par ailleurs, chaque conjoint jouissant de ses droits peut divorcer en tout temps, en manifestant clairement son intention de mettre fin au mariage. Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire d'envisager la nullité pour cause d'impuissance, de non-consommation ou de stérilité. En ce qui concerne les relations sexuelles entre des citoyens de sexe masculin, elles sont punies d'amende, mais les dispositions de la loi en cause ne nous sont pas connues. En outre, leur inapplication devient assez vite notoire. Sénèque précise que si elles constituent un crime pour un homme libre, ces relations sont une nécessité pour l'esclave et un devoir de l'affranchi envers son ancien maître¹². En outre, les politiciens accusent régulièrement leur adversaire d'avoir été l'amant d'un autre citoyen alors qu'il était adolescent, ce qui constitue une violation du code d'honneur des membres de la Cité. Ainsi, Curion l'ancien dit de Jules César qu'il était le mari de toutes les femmes et la femme de tous les maris¹³. Cicéron affirme que Marc-Antoine aurait été «établi en mariage stable et régulier» par un certain Curion, comme si ce dernier lui avait donné une «robe de matrone»¹⁴. Quant à Octave, le futur empereur Auguste, il aurait été selon Lucius Antonius, l'amant de César et de Aulus Hirtius¹⁵. Bien entendu, ces orateurs cherchent à discréditer leur

10. Anne LEFEBRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996, n^{os} 77 et 80, p. 105-107 et 110-111. Notons que chacun des futurs époux doit obtenir le consentement de son *paterfamilias* s'il est encore soumis à sa puissance. Pour un aperçu de ces règles, voir Michel MORIN, «Les confins du droit civil et du droit pénal: l'avortement et les droits de l'enfant conçu», (1997) 42 *R.D. McGill* 199-280, 205-208.

11. Jean GAUDEMET, *Le droit privé romain*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1998, p. 43-44.

12. Sénèque, *Controverses*, 4, Préface, 10 («*Impudicitia in ingenuo crimen est, in servo necessitas, in liberti officium*»), cité par Florence DUPONT et Thierry ÉLOI, *L'Érotisme masculin dans la Rome antique*, s.l., Belin, 2001, p. 26.

13. *Ibid.*, p. 291.

14. *Ibid.*, p. 136.

15. Craig A. WILLIAMS, *Roman Homosexuality, Ideologies of Masculinity in Classical Antiquity*, New York et Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 129.

ennemi en associant le mariage et l'homosexualité. Néanmoins, ils nous apprennent que des relations de ce genre sont suffisamment notoires pour que de telles accusations soient plausibles.

Après la mort de son épouse, l'empereur Néron va même jusqu'à célébrer un mariage avec un affranchi qu'il a préalablement fait castrer. Par la suite, une nouvelle cérémonie a lieu avec un autre affranchi; dans ce deuxième cas, Néron lui-même joue le rôle de la mariée, en revêtant le voile rouge traditionnel¹⁶. Au début du troisième siècle, en plus d'avoir eu cinq épouses différentes, l'Empereur Élagabale (ou Héliogabale) aurait également joué le rôle de la mariée avec un affranchi, lors d'une cérémonie publique. Bien entendu, la valeur de ces unions peut difficilement être mise en question du vivant de ces empereurs; en outre, elles scandalisent leurs biographes. De même, au deuxième siècle, Juvénal et Martial sont horrifiés par les cérémonies de mariage entre hommes, qui ne semblent toutefois pas exceptionnelles. Juvénal meurt d'ailleurs sous le règne de l'Empereur Hadrien, qui a fait élever de nombreuses statues à la gloire de son défunt amant Antinouos. Celui-ci était probablement un affranchi ou un étranger; il n'était donc pas romain de naissance. En outre, Hadrien est demeuré marié à son épouse; c'est pourquoi sa réputation d'excellent empereur n'a pas été affectée par son orientation sexuelle¹⁷.

Dans l'état actuel des connaissances, il paraît certain que les cérémonies de mariage entre hommes n'ont aucune valeur juridique à Rome. Elles semblent toutefois avoir persisté. En effet, en 342, les empereurs Constantin et Constant édictent une constitution qui, selon une majorité de spécialistes, interdit à un homme de se marier comme une femme; toutefois, la signification exacte du texte qui nous est parvenu demeure mystérieuse¹⁸. Pour en finir avec le droit romain, rappelons simplement qu'une constitution de 438 impose la peine de mort à l'homme qui se fait pénétrer, tandis qu'en 559 l'empereur byzantin Justinien étend ce châtement aux deux partenaires. On soupçonne ici l'influence du christianisme, dont il nous faut maintenant parler.

16. Les informations données dans ce paragraphe proviennent de C.A. WILLIAMS, *ibid.*, p. 245-254; voir également John BOSWELL, *Same-Sex Unions in Premodern Europe*, New York, Vintage Books, 1994, p. 80-87 et Robert DEMERS, «De la *lex scantinia* aux récents amendements du Code criminel: homosexualité et droit dans une perspective historique», (1984) 25 *C. de D.* 777-800.

17. C.A. WILLIAMS, *op. cit.*, note 15, p. 60-61.

18. *Ibid.*, p. 362, note 5.

B. Le droit canonique

Les positions de l'Église concernant le mariage prennent forme au IV^e et au V^e siècle. La pensée d'Augustin d'Hippone joue un rôle déterminant dans cette évolution, à tel point qu'elle a été invoquée pas un expert du procureur général du Canada dans l'affaire *Halpern*¹⁹. En effet, pour Augustin, le mariage est un bien, car il permet la procréation des enfants, la fidélité conjugale et une société conjugale stable. Toute relation sexuelle qui ne vise pas la reproduction est répréhensible, quoique chaque époux doive se soumettre au désir de l'autre, pour éviter que celui-ci ne commette l'adultère, ou pire encore... C'est pourquoi les mariages entre personnes trop âgées pour enfanter sont valides et le renvoi de la femme stérile est interdit²⁰. Mais il est une valeur encore supérieure: la chasteté conjugale. En effet, pour Saint-Augustin, à l'époque des «saint patriarches», la procréation était «d'importance capitale en vue de la naissance et de la conservation du peuple de Dieu». Il poursuit: «aujourd'hui, cette nécessité n'existe plus», car «de toutes les nations, se présentent à la génération spirituelle, quelle que soit leur origine charnelle, une foule d'enfants». Il conclut que le temps «de l'abstention des étreintes» est venu²¹. Il semble donc clair que, pour cet auteur, la chasteté est préférable à la procréation. Dans ces conditions, il est difficile d'admettre que celle-ci soit le fondement du mariage, même si elle constitue sans doute la seule finalité acceptable après l'abstinence. Celle-ci est d'ailleurs valorisée par de nombreux autres penseurs de cette époque²². C'est pourquoi la consommation du mariage n'est pas une condition de sa validité: comme à l'époque romaine, le consentement des époux suffit.

À compter du V^e siècle, des peuples d'origine germanique fondent des royaumes en Europe occidentale et y vivent selon leurs traditions. Ils exigent notamment la consommation du mariage et acceptent le divorce. Sur ce dernier point, l'Église elle-même hésite un temps lorsque l'épouse est infidèle, car un passage de l'évangile de Mathieu semble permettre la dissolution de l'union dans cette hypothèse. Mais le principe de l'indissolubilité s'impose au XII^e siècle²³.

19. *Halpern c. Canada (Attorney General)*, précité, note 3, par. 76.

20. *De Bono Conjugali*, III, 3, dans *Œuvres de Saint Augustin, II. Problèmes moraux*, Paris, Desclée de Brouwer, 1948, p. 29 et *De conjugii adulteris*, XI, 11, *ibid.*, p. 205.

21. *De nuptiis et concupiscentia*, XIII, 14 dans *ibid.*, vol. 23, p. 87.

22. J. BOSWELL, *op. cit.*, note 16, p. 118-120.

23. A. LEFEBRE-TEILLARD, *op. cit.*, note 10, n° 87, p. 124 et n° 102, p. 142-143.

À la même époque, la question de la consommation du mariage oppose Gratien, qui la juge nécessaire, et Pierre Lombard, qui s'en tient au seul consentement des époux. Puis le pape Alexandre III distingue le consentement actuel des époux, qui est suffisant même en l'absence de cérémonie à l'Église, et les fiançailles. Bien que celles-ci doivent normalement être suivies d'une célébration publique, la consommation permet également de présumer l'existence d'un mariage valide²⁴. La non-consommation n'est donc pas une cause de dissolution, sauf lorsqu'elle est suivie de l'entrée en religion d'un des conjoints²⁵.

Au XII^e siècle, l'impuissance existant antérieurement au mariage devient toutefois un motif d'annulation²⁶, qui se substitue à la nécessité d'une union charnelle. Cet empêchement ne doit pas avoir été connu de l'autre conjoint lorsque le mariage a été contracté, car dans cette hypothèse les époux poursuivaient une autre fin que la procréation²⁷. Il en va de même des personnes qui sont trop âgées pour avoir des enfants, notamment parce que ce fait peut difficilement être établi avec certitude à cette époque²⁸. Le consentement ne peut dépendre d'une condition incompatible avec une qualité essentielle du mariage, telle que l'indissolubilité, la fidélité ou la possibilité d'avoir des relations sexuelles²⁹. Mais s'il est valide, les nouveaux mariés peuvent décider d'un commun accord de pratiquer l'abstinence. D'autre part, comme par le passé, la stérilité n'est pas une cause de dissolution.

De 1545 à 1563, le Concile de Trente effectue plusieurs réformes au sein de l'Église catholique. Parmi celles-ci, il impose aux époux l'obligation de faire célébrer leur mariage par le curé de la paroisse de l'un d'eux, devant deux témoins, sous peine de nullité, ainsi que la tenue de registres par les prêtres. En France, l'ordonnance de Blois de 1579 reprend ces règles, en obligeant de surcroît le curé à s'assurer

24. *Ibid.*, n^{os} 96-97, p. 133-136.

25. *Ibid.*, n^o 102, p. 143; Jean GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, Paris, Cerf, 1987, p. 258-259.

26. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, note 10, n^o 98, p. 136.

27. J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 25, p. 198-199.

28. Jean DAUVILLIER, *Le mariage dans le droit classique de l'Église depuis le décret de Gratien (1140) jusqu'à la mort de Clément V (1314)*, Paris, Recueil Sirey, 1933, p. 180; Adhémar ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, 2^e éd., mise à jour par R. GÉNESTAL, t. I, Paris, Recueil Sirey, 1929, p. 269-270.

29. J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 25, p. 182-183; Alain-François BISSON, «Sur un adage trompeur: «En mariage, il trompe qui peut»», dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le faux en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 155-180, à la page 167.

qu'un mineur de 25 ans a obtenu le consentement de ses parents. Cette exigence renforce un édit de 1556 qui permet aux parents de déshériter les fils âgés de 30 ans ou moins et les filles âgées de 25 ans ou moins qui se marient sans leur consentement. Avec le temps, les tribunaux royaux décrètent la nullité de tels mariages, rejetant ainsi une règle fondamentale du droit canonique³⁰. En effet, celui-ci autorise les garçons âgés de 14 ans et les filles âgées de 12 ans à contracter mariage seuls³¹. La première rupture entre le droit civil français ou québécois et celui de l'Église catholique date donc de cette époque. Dans le cas du Québec, il convient peut-être de rappeler qu'un arrêt du Comité judiciaire du Conseil privé rendu en 1921 a également consacré l'indépendance du droit civil et du droit canonique, ce qui lui valut des commentaires acerbes de la part des nombreux juristes catholiques. Dans cette affaire, le Comité a conclu que les empêchements de mariage reconnus par diverses religions ne constituaient pas un motif de nullité en droit civil³². Une telle opinion semble avoir été aussi choquante à cette époque, voire davantage, que l'idée d'un mariage entre personnes de même sexe³³.

Pour en revenir à l'impuissance, elle disparaît du droit français le 20 septembre 1792, avec l'adoption d'une loi obligeant les époux à faire célébrer leur mariage devant l'officier d'état civil, en l'occurrence le préposé de la commune³⁴. Au Québec, l'article 117 du *Code civil du Bas Canada* reprend cet empêchement, qui peut être invoqué

-
30. Ces règles ont été appliquées au Québec: «Arrêt du Conseil supérieur qui rend nuls les mariages des mineurs faits sans le consentement de leurs parents, et qui enjoint aux curés d'observer les Ordonnances canoniques concernant la publication des bans, du 12e juin, 1741», *Arrêts et Réglements du Conseil supérieur de Québec et Ordonnances et Jugements des Intendants du Canada*, Québec, E.R. Fréchette, 1855, p. 204; «Ordonnance qui défend à tous Notaires et Ecclésiastiques de prêter leur ministère au mariage projeté d'entre le sieur Berthelot avec la Dlle. Roussel jusqu'à ce que le dit Berthelot (mineur) ait fait apparoir le consentement de ses parens; du sixième février, mil sept cent vingt-sept», *ibid.*, p. 311. Il en va de même en Acadie: Jacques VANDERLINDEN, *Se marier en Acadie, XVII^e et XVIII^e siècles*, Moncton, Éditions d'Acadie et Chaire d'études acadiennes, 1998, p. 49-52.
31. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, note 10, n° 98, p. 136 et nos 123-125, p. 169-173.
32. *Despatie c. Tremblay*, [1921] 1 A.C. 702.
33. Alain-François BISSON, «Chronique de droit familial, 2. Empêchement religieux au mariage. Cinquantenaire d'un chiffon de papier», (1971) 2 *R.G.D.* 31-34; Sylvio NORMAND, «Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec: La sauvegarde de l'intégrité du droit civil», (1986-87) 32 *R.D. McGill* 559-601, 587-588.
34. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, note 10, n° 143, p. 194-195. En 1872, la cour de cassation refuse d'annuler un mariage avec une femme impropre à la procréation: D.P. 72.1.52.

uniquement par l'autre conjoint, dans un délai de trois ans, si cette condition est «apparente et manifeste»³⁵; il est abrogé en 1980³⁶. Par ailleurs, la non-consommation et la stérilité ne sont pas des causes d'annulation³⁷. Toutefois, la Cour supérieure a déjà considéré que l'erreur sur l'orientation sexuelle portait sur les qualités essentielles du conjoint, en qualifiant l'homosexualité de perversion; en effet, le mari a dissimulé son état à sa future épouse et n'a jamais eu l'intention de s'abstenir d'avoir des relations sexuelles avec d'autres hommes³⁸.

En ce qui concerne la common law, l'Église d'Angleterre a conservé de nombreuses règles du droit canonique³⁹. Ainsi, encore de nos jours, l'incapacité physique d'avoir des relations sexuelles ou une «répugnance invincible» à leur égard rendent le mariage annulable à la demande d'un conjoint⁴⁰. Dans une affaire récente, l'épouse soutenait d'ailleurs que son mari avait reconnu être gai, ce que celui-ci niait⁴¹. Dans ces conditions, on s'explique mieux que le juge Pitfield se soit demandé en quoi consisterait une preuve de consommation d'un mariage entre deux gais ou deux lesbiennes⁴²; mais cette diffi-

35. S.P.C. 1865, c. 41.

36. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39 (ci-après C.c.Q. (1980), art. 14, entré en vigueur le 2 avril 1981, (1981) 113 G.O. II, 1565. La validité de cette abrogation a été mise en doute: André MOREL, «Les dispositions préconfédérales du Code civil du Bas-Canada sur le mariage», dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, s.l., ministère de la Justice du Canada, 1997, p. 441-461, à la p. 455. Toutefois, les dispositions du Code civil du Bas Canada qui relevaient de la compétence fédérale ont été abrogées en 2001: *Loi sur le droit fédéral et le droit civil de la province de Québec*, dans *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, Partie I, L.C. 2001, c. 4, art. 3.

37. Édith DELEURY, «L'union homosexuelle et le droit de la famille», (1984) 25 C. de D. 751-775, 750.

38. *Piché c. Trottier*, [1978] C.S. 81. En revanche, le simple fait d'avoir dissimulé des désirs ressentis à l'adolescence n'est pas une cause de nullité si le mari découvre son homosexualité trois ans après le mariage: *Droit de la famille - 1284*, [1989] C.S. 668. Précisons que traditionnellement, le dol n'était pas une cause d'annulation du mariage; sous le Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après C.c.Q.), la situation n'est pas claire: A.-F. BISSON, *loc. cit.*, note 29.

39. J.H. BAKER, *Introduction to English Legal History*, Londres, Butterworths, 1990, p. 548-550. Il a fallu attendre jusqu'en 1753 pour que le Parlement britannique impose aux époux l'obligation de faire célébrer leur mariage à l'Église anglicane.

40. Voir *Heil c. Heil*, [1942] R.C.S. 160 et, pour des exemples récents, *Sangha c. Aujla*, [2002] B.C.J. n° 2388 (C.S.C.-B); *Juretic c. Ruiz*, (1999) 49 R.F.L. (4th) 299 (C.A.C.-B.); *C. (S.S.) c. C. (G.K.)*, (1999) 75 Alta. L.R. (3d) 105 (B.R.Alb.); *Falk c. Falk*, (1999) 72 Alta. L.R. (3d) 343 (B.R.Alb).

41. *Leung c. Liang*, (2001) 206 D.L.R. (4th) 380 (C.S.C.-B.).

42. *EGALE Canada inc. c. Canada (Attorney General)*, précité, note 7, par. 94.

culté n'a pas retenu l'attention de ses collègues ontariens⁴³. Le juge LaForme nous apprend toutefois que les tribunaux ont déjà refusé d'annuler un mariage si l'un des conjoints était impuissant en raison de son âge, s'il était capable d'avoir des relations sexuelles mais s'y refusait ou s'il exigeait l'utilisation de moyens contraceptifs⁴⁴.

En somme, en droit canonique et en droit civil québécois, l'impuissance a constitué longtemps un empêchement de mariage, tandis que la consommation de l'union n'était pas requise. En l'absence de divorce, la validité du mariage pouvait dépendre de la capacité d'avoir des relations sexuelles, mais pas de l'existence de telles relations ou de l'aptitude à procréer. Ces règles écartent donc la procréation comme fondement unique du mariage, afin de privilégier la stabilité de celui-ci⁴⁵.

C. *La perspective religieuse contemporaine*

De nos jours, le débat auquel ont été confrontés les tribunaux canadiens présente une dimension religieuse certaine. Plusieurs intervenants, ainsi que certains experts du procureur général du Canada, ont établi que la définition traditionnelle du mariage était considérée comme immuable par les catholiques, par les musulmans ainsi que par bon nombre de protestants et de juifs⁴⁶. Toutefois, le 14 janvier 2001, Kevin Bourassa et Joe Varnell ainsi que Anne et Elaine Vautour se sont mariés à l'Église métropolitaine communautaire de Toronto. Par la suite, le fonctionnaire responsable de l'état civil a refusé de reconnaître la validité de cette cérémonie. L'Église s'est alors adressée à la Cour divisionnaire de l'Ontario; il s'agit de l'une des requêtes à l'origine de la décision *Halpern*. Cette dénomination est rattachée à la Fédération universelle des églises métropolitaines

43. *Halpern c. Canada (Attorney General)*, précité, note 3.

44. *Ibid.*, par. 240-241; voir, à propos de l'impuissance due à l'âge, *Foster c. Foster*, [1953] 2 D.L.R. 318 (C.S.C.-B.); *Mason c. Mason*, [1960] O.J. n° 67 (QL Systems); *Norman c. Norman*, (1979) 9 R.F.L. (2d) 345 (U.F.C.); à propos de l'utilisation de préservatifs, voir *Baxter c. Baxter*, [1948] A.C. 274 (Ch. des lords). Notons que les tribunaux peuvent déclarer irrecevable une demande en nullité pour cause d'impuissance s'ils considèrent que l'autre partie a confirmé le mariage ou a trop tardé avant d'agir en justice: *B. c. B.*, [1935] R.C.S. 231.

45. Sur les règles actuelles du droit canonique, qui n'ont pas beaucoup changé, voir B. MOORE, *loc. cit.*, note 2, p. 147, note 145.

46. Bien entendu, la doctrine officielle de ces dénominations religieuses peut être contestée par certains groupes de croyants gais ou lesbiennes, comme c'est le cas aux États-Unis, y inclus chez les catholiques et les musulmans: Larry Cata BACKER, «Religion as the Language of Discourse of Same Sex Marriage», (2002) 30 *Capital University Law Review* 221-278, 249-252.

communautaires, qui compte 300 églises dans plus de 16 pays et célèbre des «unions saintes» (*holy unions*) entre conjoints de même sexe depuis plus de 30 ans⁴⁷. Messieurs Bourassa et Varnell et Mesdames Vautour s'étaient d'ailleurs unis de cette manière, à une époque où l'Église métropolitaine communautaire de Toronto ne célébrait pas de mariage entre conjoints de même sexe. Mais elle a reçu par la suite une opinion juridique soutenant que le refus du législateur de reconnaître ces cérémonies était contraire à la Charte; en outre, la loi concernant la publication des bans ne précisait pas que les futurs époux devaient être de sexe différent⁴⁸. Lors de la deuxième lecture des bans, un pasteur traditionaliste s'est d'ailleurs opposé au mariage projeté en déclarant que cette communauté chrétienne était «dépravée» et «hérétique», tandis qu'un autre l'accusait de violer les enseignements de Jésus et d'être illégitime⁴⁹...

D'autre part, en juin dernier, une «coalition de rabbins libéraux» a été autorisée à intervenir devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique afin de soutenir la position des appelants, qui contestent la définition traditionnelle du mariage⁵⁰. Il est donc clair que cette question divise les fidèles eux-mêmes. Comme le dit si bien la juge Lemelin: «[l]a sécularisation du mariage oblige le législateur à tenir compte que l'institution est civile et ne peut être définie par la religion»; elle ajoute: «les croyants ne peuvent seuls définir le mariage ou exiger le maintien du statu quo»⁵¹. Certes, la liberté de religion garantie par l'article 2a) de la Charte n'oblige pas le législateur à reconnaître la validité des mariages entre conjoints de même sexe, pas plus qu'elle ne lui impose l'obligation de rendre indissolubles les mariages entre catholiques ou d'admettre la polygamie⁵². En revanche, une loi qui interdirait des cérémonies purement religieuses

47. *Ibid.*, par. 34 et 77; L.C. BACKER, *loc. cit.*, note 46, p. 258, à la note 170.

48. Kevin BOURASSA et Joe VARNELL, *Just Married, Gay Marriage and the Expansion of Human Rights*, s.l., Doubleday, 2002, p. 3-12; «Quiconque a atteint l'âge de la majorité peut obtenir une licence ou contracter mariage après publication des bans, s'il n'existe aucun empêchement légal à la célébration du mariage»: *Loi sur le mariage*, L.R.O. 1990, c. M.3, art. 5(1). Aux termes de l'article 4, le célébrant est également tenu de s'assurer que les futurs époux ont obtenu une licence ou qu'ils ont fait procéder à la publication des bans.

49. K. BOURASSA et J. VARNELL, *op. cit.*, note 48, p. 94-95.

50. *EGALE Canada Inc. c. Canada (Attorney General)*, [2002] B.C.J. n° 1400 (QL Systems).

51. *Hendricks c. Québec (Procureur général)*, précité, note 6, par. 164 et 166.

52. *Halpern c. Canada (Attorney General)*, précité, note 3, par. 211-216. Les Canadiens sont d'ailleurs libres de condamner l'homosexualité pour des motifs religieux, à condition de ne pas poser un acte discriminatoire interdit par la Charte ou par une autre règle de droit: *University Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772.

unissant des conjoints de même sexe constituerait certainement une violation de cette liberté⁵³.

La condamnation de ces unions par les croyants traditionalistes et leur approbation par des minorités dissidentes n'en demeure pas moins pertinente dans le contexte de l'article 15 de la Charte, qui garantit le droit à l'égalité indépendamment de toute discrimination fondée sur la religion. En effet, cette hostilité persistante s'ajoute au bagage historique de persécution et de condamnation dont ont été victimes les gais et les lesbiennes. Dans une affaire récente, un conseil scolaire a refusé d'inclure dans la liste des ressources complémentaires approuvées des manuels destinés aux enfants de maternelle et de première année et qui présentaient des familles dont les parents sont de même sexe, en raison de l'opposition de certains parents qui réprouvaient les unions homosexuelles pour des motifs religieux ou moraux. La Cour suprême du Canada a jugé que cette décision était déraisonnable, car elle ne respectait pas la disposition législative imposant au conseil l'obligation de respecter les principes de laïcité et de tolérance. Cet organisme ne pouvait davantage «refuser d'approuver les manuels seulement parce que certains parents jugeaient que les relations qui y sont illustrées étaient controversées ou répréhensibles»⁵⁴. Par analogie, les principes de laïcité et de tolérance devraient conduire le législateur à reconnaître le mariage des conjoints de même sexe.

II. Le droit à l'égalité

A. L'égalité pour les conjoints de fait

En 1995, dans l'affaire *Egan c. Canada*⁵⁵, la Cour suprême doit décider si une loi est discriminatoire à l'endroit des conjoints de même sexe. À cette occasion, elle analyse pratiquement tous les arguments favorables et défavorables à la reconnaissance du mariage de ces derniers. James Egan et John Norris, qui forment un couple depuis 1948, contestent deux dispositions de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*⁵⁶. Celles-ci autorisent le versement d'une allocation aux

53. L'article 294 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46, réprime la célébration d'un mariage par une personne qui n'est pas habilitée à agir ainsi, tandis que l'article 295 incrimine la célébration d'un mariage «en violation des lois de la province» par une personne légalement autorisée à célébrer des mariages.

54. *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, par. 58.

55. [1995] 2 R.C.S. 513.

56. L.R.C. (1985), c. O-9, art. 2 et 19(1).

personnes âgées de plus de 60 ans et de moins de 65 ans, si elles vivent depuis au moins un an avec un conjoint de fait de sexe différent qui est âgé d'au moins 65 ans, à condition que les deux se soient présentés «publiquement comme mari et femme». En Cour suprême du Canada, cinq juges sur neuf déclarent cette règle discriminatoire, quoique l'un d'entre eux décide de ne pas la déclarer inopérante. À son avis, l'inaction du législateur dans ce domaine est raisonnable au sens de l'article premier de la Charte, car il doit disposer de temps pour donner effet à un concept nouveau tel que la reconnaissance des conjoints de même sexe dans le cadre de programmes sociaux aussi nombreux que coûteux⁵⁷.

Le désaccord entre les juges porte d'ailleurs sur des points fondamentaux, quoiqu'ils reconnaissent tous que l'orientation sexuelle est un motif analogue à ceux qui sont énumérés par l'article 15⁵⁸. Selon le juge La Forest, dont les motifs sont appuyés par trois autres juges, le mariage est le «reflet de traditions religieuses et philosophiques anciennes» et sa «véritable raison d'être» est la capacité de procréer des couples hétérosexuels. Le législateur peut donc lui apporter un soutien particulier, de même qu'aux couples hétérosexuels non mariés, car les «unités familiales hétérosexuelles» sont les seules qui consacrent «tous les jours et de façon constante des ressources au soin des enfants». Il n'est pas nécessaire que les couples ayant des enfants soient les seuls à pouvoir bénéficier de la loi, car cela supposerait la mise en place de procédures envahissantes et difficiles à administrer. En outre, cela restreindrait indûment la marge de manœuvre dont doit jouir le législateur. Le fait que les conjoints de même sexe adoptent ou élèvent des enfants «demeure exceptionnel et ne change aucunement le portrait d'ensemble». Il conclut que l'exclusion des conjoints de même sexe n'est pas discriminatoire, au terme d'une démarche qui établit un lien extrêmement ténu entre la formulation de la loi et les objectifs qu'elle est censée poursuivre⁵⁹.

Une majorité de juges rejette toutefois ces arguments⁶⁰. Selon la juge L'Heureux-Dubé, en déclarant les couples de même sexe inad-

57. *Egan c. Canada*, précité, note 55, par. 103-111 (j. Sopinka).

58. Les juges de la Cour suprême ne s'entendent pas davantage sur la démarche à suivre pour décider si l'article 15 de la Charte a été violé. Il faudra attendre l'arrêt *Law c. Canada (M.E.I.)*, [1999] 1 R.C.S. 497 pour qu'une décision unanime clarifie les choses: voir l'excellent article de Daniel PROULX, «Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law*: un pas en avant ou un pas en arrière?», (2001) 61 *R. du B.* 187-279.

59. *Ibid.*, par. 20-28.

60. L'opinion du juge Sopinka concernant l'article 1 de la Charte est approuvée par le juge La Forest (*ibid.*, par. 29); pour le reste, les motifs de ce dernier constituent

missibles à une prestation, le législateur envoie «presque inévitablement» un message négatif, soit que «de telles unions ne méritent pas le même intérêt, le même respect et la même considération» que les unions hétérosexuelles. En ce qui concerne l'article premier de la Charte, «il y a une première fois pour chaque plainte de discrimination», mais cela ne saurait justifier la continuation de celle-ci⁶¹. Le juge Cory souligne que la loi ne cherche pas à protéger ceux qui ont éduqué et élevé des enfants, car ses dispositions profitent à tous les époux, ainsi qu'aux conjoints de fait qui vivent ensemble depuis au moins un an, s'ils se sont présentés publiquement comme mari et femme. Elle ne vise pas davantage les femmes qui sont dépendantes financièrement, car elle emploie des termes neutres; en outre, celles-ci sont de plus en plus présentes sur le marché du travail.

Par ailleurs, le gouvernement soutient que les appelants n'ont pas été privés du bénéfice de la loi, car il aurait été plus avantageux pour eux de réclamer à titre individuel les prestations prévues par une loi provinciale. Mais le droit de décider d'être publiquement reconnu comme conjoint de fait par l'État peut avoir un caractère fondamental. En les privant de la possibilité de faire ce choix, la disposition en cause leur refuse le bénéfice de la loi et les stigmatise. Enfin, elle renforce des préjugés et des stéréotypes, à savoir que les couples de même sexe n'entretiennent pas des relations aussi durables que ceux qui sont hétérosexuels, où l'affection, le soutien et l'interdépendance financière ne se manifestent pas de la même façon⁶².

Pour sa part, le juge Iacobucci examine les arguments portant sur l'article premier de la Charte. À son avis, lorsqu'un membre d'un couple est retraité et que l'autre est âgé d'au moins 60 ans et d'au plus 64 ans, la loi vise à assurer un revenu équivalent à celui qu'ils recevraient si une pension de retraite leur était versée à tous les deux. Il signale que 87 % des prestataires sont des femmes. Toutefois, les hommes sont admissibles, tout comme les membres d'un couple qui n'a pas élevé d'enfants ou les femmes qui ont travaillé à l'extérieur du

une opinion minoritaire de quatre juges. En effet, ils concluent au rejet du pourvoi en raison de l'absence de discrimination. Sur cette dernière question, la conclusion des quatre juges dissidents portant sur la violation de l'article 15 est majoritaire, car elle est endossée par le juge Sopinka (*ibid.*, par. 103). Elle figure toutefois dans des motifs dissidents, car ces juges refusent d'appliquer l'article 1 de la Charte et concluent que le pourvoi devrait être accueilli.

61. *Ibid.*, par. 85-100; de manière générale, la juge L'Heureux-Dubé approuve l'analyse de ses collègues Cory et Iacobucci, tout comme la juge McLachlin (par. 232).

62. *Ibid.*, par. 141-180.

foyer. Un conjoint âgé de 60 ans qui vient de se marier avec un retraité de sexe différent ou qui cohabite depuis un an avec lui est également admissible. Dans ces conditions, «il n'existe aucun lien rationnel entre l'exclusion des partenaires de même sexe et l'objectif de la lutte à la pauvreté chez les couples âgés», car une partie de ces derniers sont privés du bénéfice de la loi. L'interdépendance financière des couples de même sexe ne diffère pas de manière significative de celle des couples de sexe différent. Le juge Iacobucci n'arrive d'ailleurs pas à comprendre en quoi l'octroi aux couples de même sexe des droits accordés aux conjoints de sexe différent «gêne, dissuade ou empêche de quelque façon la formation d'unions hétérosexuelles». Il prend toutefois soin de souligner, comme son collègue le juge Cory, qu'il n'entend pas se prononcer sur le droit des conjoints de même sexe de se marier ou d'adopter des enfants⁶³. Néanmoins, au vu de ces motifs, une conclusion semble inéluctable: la règle interdisant aux conjoints de même sexe de se marier est discriminatoire et n'est pas justifiée dans une société libre et démocratique.

En 1998, la Cour suprême conclut à l'unanimité qu'en omettant l'orientation sexuelle de la liste des motifs prohibés de discrimination, une loi de l'Alberta contrevient à la Charte⁶⁴. Vient ensuite l'arrêt *M. c. H.*⁶⁵. Cette fois, huit juges sur neuf déclarent inconstitutionnelle une disposition législative ontarienne qui prive les conjoints de même sexe du droit de réclamer des aliments en cas de séparation, alors même qu'elle accorde cette faculté aux conjoints de fait de sexe différent qui cohabitent depuis au moins trois ans⁶⁶. Même si les juges majoritaires prennent bien soin de préciser qu'ils n'entendent pas discuter du mariage⁶⁷, leur raisonnement permet de conclure que l'exclusion des gais et des lesbiennes de cette institution est également discriminatoire. Le juge Cory souligne que la disposition contestée est rédigée en termes non sexués et vise à corriger les situations de dépendance économique dans les relations intimes, sans imposer d'autres exigences, tel que le fait d'avoir élevé des enfants. En outre, les couples de même sexe forment des unions qui peuvent certainement être qualifiées de «conjugales» au sens de la loi, même en l'absence d'enfant ou de relations sexuelles. En refusant de reconnaître cette réalité, le législateur laisse entendre que les conjoints de même sexe sont incapables de former des unions caractérisées par

63. *Ibid.*, par. 182-216.

64. *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 421.

65. [1999] 2 R.C.S. 3.

66. *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F-3, art. 29.

67. *M. c. H.*, précité, note 65, par. 2, 52-55 et 134.

une interdépendance financière, sans égard à leur situation réelle, ce qui porte atteinte à leur dignité humaine et constitue une mesure discriminatoire⁶⁸.

Le juge Iacobucci examine l'application potentielle de l'article premier de la Charte. Pour ce faire, il faut déterminer aussi bien l'objectif de la loi que celui des omissions qu'elle contient. En l'espèce, le législateur cherche à assurer le règlement équitable des différents consécutifs à une rupture lorsque les membres d'un couple sont devenus interdépendants au plan financier, ainsi qu'à réduire le coût de l'aide sociale versée à ceux qui se retrouvent dans le besoin à cette occasion, indépendamment de leur sexe. L'exclusion des couples de même sexe nuit à l'atteinte de ces objectifs; il n'existe donc pas de lien rationnel entre les deux. De toute manière, cette règle ne pourrait être rationnellement liée à l'amélioration de la situation économique des femmes hétérosexuelles. Même si la protection des enfants était l'objectif visé, la loi serait trop limitative, car elle exclut les conjoints de même sexe qui ont des enfants à la suite d'une insémination artificielle, d'une adoption ou grâce à la collaboration d'une mère-porteuse; elle serait également trop large, car les couples de sexe différent n'ont pas à démontrer qu'ils ont eu des enfants, qu'ils peuvent ou même qu'ils souhaitent en avoir. La possibilité de conclure des contrats ou d'exercer certains recours particuliers devant les tribunaux ne constitue pas une solution de rechange valable, notamment parce que les conséquences morales et sociales de l'exclusion demeurent les mêmes. Pour cette raison, il importe peu de savoir si le nombre d'individus qui sont lésés financièrement est faible⁶⁹.

Dans une longue dissidence, le juge Gonthier soutient que la disposition contestée reconnaît la fonction sociale particulière des couples de sexe différent et la dynamique de dépendance propre à leurs membres, qui touche de façon particulièrement aiguë les femmes. Cette mesure reprend une obligation caractéristique du mariage et vise le milieu naturel et habituel de la procréation. Le fait que certains couples de sexe différent n'aient pas d'enfants et que des couples de même sexe en aient ne modifie pas ces conclusions. Il existe également des cas où l'homme devient dépendant financièrement de son épouse. Il n'en va pas de même des couples de même sexe: rien ne prouve qu'un nombre important de ces unions engendrent ce type de dépendance. Si cela se produit, cela ne correspond pas à un

68. *Ibid.*, par. 56-74.

69. *Ibid.*, par. 82-135.

schème largement répandu. Or, la validité constitutionnelle d'une loi doit être évaluée en fonction de la majorité des cas qu'elle règle, par opposition à la situation particulière de chaque individu. La non-inclusion n'a pas pour effet de rendre invisibles les conjoints de même sexe, car ils sont traités comme les personnes qui ne correspondent pas à la définition de la loi. En outre, ils peuvent conclure un contrat qui les oblige mutuellement à fournir des aliments à l'autre en cas de rupture. En l'absence de stéréotype et d'atteinte à la dignité humaine, il n'y a donc pas discrimination⁷⁰.

Le juge Bastarache est d'avis que l'exclusion des conjoints de même sexe donne à penser que leur union n'est pas digne d'être reconnue ni protégée, ce qui constitue une violation de leur droit à l'égalité. Il reconnaît que les objectifs de la loi sont ceux que décrit le juge Gonthier et que les unions de même sexe ne sont généralement pas caractérisées par une dépendance financière. Toutefois, «le fait de ne pas offrir aux couples de même sexe la possibilité d'obtenir par voie consensuelle une reconnaissance mutuelle et publique perpétue une invisibilité juridique qui est incompatible avec l'obligation morale d'inclusion dont est empreinte notre Charte». Par ailleurs, nombreux sont ceux qui considèrent le mariage comme une institution bénéfique qui vise typiquement les unions hétérosexuelles, où l'inégalité entre les sexes est prédominante. La Cour peut tenir compte de ces jugements de valeur. Mais si le gouvernement entend favoriser la formation de familles, il ne peut exclure celles qui sont non traditionnelles lorsque cela s'avère incompatible avec l'objectif poursuivi par la loi. En l'espèce, lors de l'adoption de celle-ci, il n'y a eu aucune discussion des droits des conjoints de même sexe. La disposition en cause exclut systématiquement certaines personnes qui sont confrontées à un déséquilibre économique systématique. Elle n'est donc pas justifiée aux termes de l'article 1⁷¹.

La législature ontarienne dispose alors d'un délai de six mois pour remédier à la situation, ce qu'elle fait d'assez mauvaise grâce, en modifiant un grand nombre de lois afin d'ajouter l'expression «partenaire de même sexe» à la suite du terme conjoint. Cette terminologie n'est pas innocente, car elle oppose carrément les conjoints mariés ou

70. *Ibid.*, par. 154-276. Pour un exemple d'une situation de dépendance financière particulièrement aiguë à la suite de la décision prise par une conjointe lesbienne de se consacrer à l'éducation de ses deux enfants, qui ont été conçus par insémination artificielle, voir *Anderson c. Luoma*, (1986) 14 D.L.R. (4th) 749 (C.S.C.-B.).

71. *Ibid.*, par. 285-357.

ceux qui vivent en union de fait et les partenaires de même sexe. Pour se convaincre de la réticence du législateur, il suffit de lire le titre de la loi: *Loi modifiant certaines lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H.*⁷². L'intimée M. a d'ailleurs demandé une nouvelle audience afin de déterminer si la loi ontarienne était conforme à l'arrêt de la Cour suprême, mais cette requête a été rejetée le 25 mai 2000⁷³. Au Québec, des changements semblables ont été effectués dès juin 1999⁷⁴.

Un an plus tard, le Parlement du Canada adopte à son tour une multitude d'amendements afin de reconnaître l'union de fait des personnes de même sexe ou de sexe différent⁷⁵. La terminologie anglaise est encore une fois tendancieuse, car elle oppose les époux (*spouses*) et les partenaires vivant en union de fait (*common law partners*). En français, l'expression «conjoint de fait» est plus neutre, car le premier de ces termes peut servir à désigner les époux⁷⁶. La professeure Lahey a estimé que, suite à ces modifications, l'augmentation des revenus fiscaux serait approximativement huit fois plus élevée que leur diminution⁷⁷. En effet, les couples de même sexe dont les ressources financières sont faibles ont été privés de prestations à compter du jour où le revenu de leur conjoint a été pris en compte. Ainsi, un couple de lesbiennes vivant au Québec en 1999-2000 avec deux enfants à charge, dont le revenu annuel total était de 40 000 \$, a subi une perte d'environ 6 100 \$, soit 15 %⁷⁸. En somme, l'égalité formelle pénalise fortement les gais et les lesbiennes les plus démunis au plan financier, ce qui ne manque pas de laisser songeur...

72. L.O. 1999, c. 6.

73. [1997] S.C.C.A. No. 161 (Ql Systems), p. 1; D.G. CASSWELL, *loc. cit.*, note 2, p. 815. Pour une critique de la loi de 1999, voir Kathleen A. LAHEY, *L'effet de la reconnaissance des unions sur les lesbiennes au Canada: encore distinctes et presque «équivalentes»*, Ottawa, Recherches en matière de politiques, Condition féminine Canada, 2001, p. 33-36.

74. *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, L.Q. 1999, c. 14. Notons que ce projet de loi a été présenté le 6 mai 1999, soit AVANT l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *M. c. H.*; celui-ci a été rendu le 20 mai suivant.

75. *Loi visant la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, c. 12.

76. Voir K. LAHEY, *op. cit.*, note 73, p. 51-52 (comparer p. 45-46 de la version anglaise).

77. *Ibid.*, p. 58-59.

78. Irene DEMCZUK, Michèle CARON, Ruth ROSE et Lyne BOUCHARD, *La reconnaissance des couples de lesbiennes: un droit sans équivoque*, Ottawa, Recherches en matière de politiques, Condition féminine, 2002, p. 71.

B. L'adoption, la procréation assistée et la garde des enfants

Le 24 mai 1995, soit la veille du jour où l'arrêt *Egan* a été rendu, la Cour provinciale de l'Ontario déclare inopérante la disposition ontarienne qui refuse aux couples de même sexe le droit de présenter une demande d'adoption, au motif qu'elle est discriminatoire et n'est pas justifiée par l'article 1. Le juge Nevins passe en revue une volumineuse preuve scientifique et conclut qu'il n'existe aucune différence significative dans les aptitudes parentales des hétérosexuels et celles des gais ou des lesbiennes. Il autorise donc les couples lesbiens requérants à présenter une demande d'adoption conjointe de l'enfant auquel l'une d'elles a donné naissance après une insémination artificielle⁷⁹. Par la suite, dans des affaires semblables, des tribunaux de l'Alberta et de la Nouvelle-Écosse parviennent à la même conclusion⁸⁰. Les recherches récentes ont d'ailleurs confirmé les premières études scientifiques portant sur cette question⁸¹. À cet égard, la situation au Canada est aux antipodes de la position adoptée par la Cour européenne des droits de l'Homme, ainsi que par certains tribunaux américains⁸².

À l'heure actuelle, dans quatre provinces et deux territoires, les lois provinciales n'interdisent pas aux conjoints de même sexe de présenter une demande d'adoption⁸³. En revanche, la Nouvelle-Écosse

79. *Re K.*, (1995) 125 D.L.R. (4th) 653. Depuis 1999, outre les conjoints de sexe différent, le tribunal peut autoriser d'«autres particuliers» à présenter une requête en adoption, «eu égard à l'intérêt véritable de l'enfant»: *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, c. C-11, art. 146(4). En 2001, pour la première fois, un couple gai a été autorisé à adopter dans la région de Toronto: «Gay adoption breaks new ground: Court rulings have forced most provinces to allow same-sex couples to adopt children», *Globe and Mail*, 9 juillet 2001.

80. *Re A.*, (1999) 181 D.L.R. (4th) 300 (B.R.Alb.); dans cette affaire, la Cour a considéré que la conjointe lesbienne pouvait adopter un enfant conçu par insémination artificielle en tant que «beau-parent» (*stepparent*); *Re Nova Scotia Birth certificate No. 1999-02-004200*, (2001) 202 D.L.R. (4th) 172 (C.S.N.-É.).

81. Voir le texte de la professeure Julien dans le présent ouvrage.

82. Nicole LAVIOLETTE, «L'importance de l'opinion publique: L'homoparentalité et la décision de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire Fretté c. France», (2002) *Annuaire canadien de droit international* (à paraître); «Constitutional Law – Equal protection and Due Process – Statutory Classifications Based on Sexuality – Florida District Court Upholds the Constitutionality of Statute that Prohibits Homosexuals from Adopting – *Lofton v. Kearney*, No. 99-10058, 2001 U.S. Dist. LEXIS 13425 (S.D. Fla. Aug. 30, 2001)», (2002) 115 *Harv. L.R.* 1259-1266; mais dans cette affaire, les demandeurs n'ont pas produit de preuve scientifique (*ibid.*, p. 1262, note 37).

83. *Child Welfare Act*, R.S.A. 2000, c. 12, art. 61; *Adoption Act*, R.S.B.C. 1996, c. 5, art. 5 (antérieurement S.B.C. 1995, c. 48); *Loi sur l'observation de la Charte*, L.M.

n'a pas modifié sa loi, en dépit d'un jugement défavorable, tout comme l'Île-du-Prince-Édouard et le Nouveau-Brunswick⁸⁴. Au Québec, depuis 1980, le Code civil prévoit que toute personne majeure peut adopter un enfant, «seule ou conjointement avec une autre personne»⁸⁵. En outre, jusqu'en 2002, un parent pouvait consentir à l'adoption de son enfant par son «concubin»⁸⁶. Sans trancher la question, la Cour d'appel du Québec avait indiqué que la conjointe lesbienne de la mère d'un enfant conçu par insémination artificielle aurait peut-être pu adopter celui-ci, car «les textes législatifs qui traitent de l'adoption n'excluent «a priori» aucune personne sur la base de son orientation sexuelle»⁸⁷. Certains s'étaient toutefois demandé si la mention récurrente des «père et mère» dans le Code civil ne faisait pas obstacle à cette possibilité⁸⁸. Or, une disposition législative rédigée en termes généraux ne saurait être appliquée plus sévèrement aux personnes dont l'orientation sexuelle est minoritaire⁸⁹. De manière analogue, celles-ci ne peuvent être empêchées de se prévaloir de certains droits parce que cette possibilité n'a pas été expressément prévue ou même parce qu'elle est implicitement exclue. En pratique, les autorités administratives ont toutefois attendu jusqu'en septembre 2001 pour se décider à évaluer les demandes soumises par des couples de même sexe⁹⁰.

2002, c. 24; *Adoption Act*, C.S.S. 1989-90, c. A-5.1, art. 2, 9, 10, 17(2) (la requête en adoption de personnes non mariées doit être autorisée par le tribunal) et 23 (adoption par un beau-parent); *Loi sur l'adoption*, L.T.N.-O. 1998, c. 9, tel que modifiée, art. 1 et 5; *Loi sur l'enfance*, S.R.Y. 1986, c. 22, art. 79 (le terme «conjoint» ne semble pas avoir été défini par le législateur).

84. *Adoption Act*, R.S.P.E.I 1988, c. A-4.1, art. 15; *Loi sur les services à la famille*, L.R.N.-B., c. F-2.2, art. 66; *Children and family Services Act*, R.S.N.S. 1990, c. 5, art. 72. À Terre-Neuve, un adulte peut adopter seul avec l'autorisation du tribunal, tandis qu'un couple marié peut adopter conjointement: *An Act respecting the Adoption of Children*, R.S.N.L. 1990, c. A-3, art. 3; toutefois, une nouvelle loi, qui n'est pas encore en vigueur, autorise deux adultes à présenter une demande d'adoption conjointe: *Adoption Act*, S.N.L. 1999, art. 20. Sur la situation en Ontario, voir *supra*, note 79.

85. Art. 546 C.c.Q.; art. 596 C.c.Q. (1980).

86. Art. 555 C.c.Q. (antérieurement à la *Loi sur l'union civile*).

87. *Droit de la famille - 3444*, [2000] R.J.Q. 2533, par. 31; la Cour avait également affirmé, en obiter, qu'un enfant pouvait avoir deux parents de même sexe: *Droit de la famille - 1704*, [1993] R.J.Q. 1, 5, autorisation de pourvoi refusée le 28-01-1993.

88. Alain ROY, «Partenariat civil et couple de même sexe: la réponse du Québec», (2001) 34 *R.J.T.* 663-696, 685.

89. *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (ministre de la Justice)*, [2002] 2 R.C.S. 1120, par. 119-125 (j. Binnie) et 204 (j. Iacobucci).

90. Benoît MOORE, «Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme de la filiation)», dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 75-112, p. 81.

La *Loi sur l'union civile* a tranché cette controverse. Aux termes de l'article 115 du *Code civil du Québec*, les parents de même sexe «sont désignés comme les mères ou les pères de l'enfant, selon le cas». En outre, l'article 578.1 C.c.Q. attribue les droits et obligations d'une mère à l'homme qui adopte l'enfant de son conjoint gai et ceux d'un père à la femme qui adopte l'enfant de sa conjointe lesbienne; lorsqu'aucun des parents adoptifs n'a de lien biologique avec l'enfant, le tribunal détermine les droits et obligations de chacun. Le premier alinéa de cette disposition est éminemment critiquable: on ne sache pas qu'une mère ait des droits et obligations différents de ceux d'un père⁹¹. En outre, il perpétue un stéréotype, celui voulant que les conjoints de même sexe jouent le rôle de «l'homme» ou de «la femme». Apparemment, il répond à la nécessité de déterminer la ligne paternelle ou maternelle en matière de succession, ainsi que le bénéficiaire de prestations familiales⁹². Il eût été si simple de modifier directement ces dispositions... Plus généralement, certains ont pu s'inquiéter du manque de vraisemblance de l'adoption par des conjoints de même sexe⁹³. Pourtant, en ce domaine, la vraisemblance est souvent malmenée, qu'il s'agisse d'une adoption par une personne seule ou d'un enfant de race différente, voire par des personnes trop âgées pour enfanter⁹⁴.

En Colombie-Britannique, une décision de première instance a déjà déclaré que le refus d'inséminer artificiellement une femme lesbienne vivant en couple constituait une forme de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la fourniture d'un service habituellement offert au public⁹⁵. Depuis un certain nombre d'années, certaines cliniques acceptent d'ailleurs ces clientes, même si la majo-

91. Voir art. 597-612 C.c.Q. Comme il s'agit d'adoption, il n'est pas question d'une présomption de paternité ou de parentalité. À cet égard, l'article 539.1 C.c.Q. est utile, car il attribue à la conjointe de la mère qui a accouché après une procréation assistée les droits et obligations du père, «là où ils se distinguent de ceux de la mère».

92. B. MOORE, *loc. cit.*, note 90, p. 86.

93. *Ibid.*, p. 79.

94. Rappelons que, en 1924, la première loi québécoise sur l'adoption a été violemment critiquée. De nombreux juristes affirmaient que la puissance paternelle, qui était réservée au père marié à la mère de l'enfant, relevait de principes «immuables». Par conséquent, l'État ne pouvait y mettre fin et son détenteur ne pouvait y renoncer. La loi a alors été modifiée pour que, dans le cas des enfants légitimes, seuls ceux qui étaient orphelins ou dont les parents étaient irrémédiablement privés de raison puissent être adoptés, à condition qu'ils n'aient pas été pris en charge par un ascendant: Dominique GOUBAU et Claire O'NEIL, «L'adoption, l'Église et l'État: les origines tumultueuses d'une institution légale», (1997) 38 *C. de D.* 769-804.

rité d'entre elles les s'y sont longtemps refusées⁹⁶. La *Loi sur l'union civile* prend acte de cette réalité nouvelle, tout comme des ententes conclues avec un géniteur qui n'entend pas assumer de responsabilité parentale⁹⁷, en introduisant un chapitre sur la procréation assistée, dont les dispositions ont été particulièrement critiquées⁹⁸. En terminant, signalons que les tribunaux ont reconnu depuis longtemps que l'orientation sexuelle d'un parent ne saurait influencer sur le choix du gardien; toutefois, dans les années quatre-vingt, plusieurs décisions se sont fondées malgré tout sur des considérations non pertinentes, telles que la réaction probable de rejet en région rurale, la «discrétion» dont devait faire preuve un parent gai ou lesbien ou son absence de militantisme⁹⁹.

C. *Le partage des compétences en matière de mariage*

Au Canada, la première tentative de faire reconnaître un mariage entre deux hommes date de 1974¹⁰⁰. Cette année-là, un ministre de l'église unitarienne de Winnipeg célèbre le mariage de Richard North et Chris Vogel, mais le fonctionnaire provincial responsable de l'état civil refuse de reconnaître cette cérémonie. Pourtant, la loi manitobaine édicte simplement les conditions requises pour que deux personnes puissent s'épouser, sans préciser leur sexe¹⁰¹. Le juge Philp, de la Cour de comté, refuse d'en déduire que le législateur avait l'intention de permettre aux conjoints de même sexe de se marier. Il ajoute que, si tel était le cas, cette définition serait

95. *Korn c. Potter*, (1996) 134 D.L.R. (4th) 437 (C.S.C.-B.).

96. Martha A. McCARTHY et Joanna L. RADBORD, «Family Law for Same Sex Couples: Chart(er)ing the Course», (1998) 15 *R.C.D.F.* 100-177, 132.

97. Apparemment ces accords sont assez fréquents: *ibid.*, p. 133-137.

98. Art. 538-542 C.c.Q. Voir B. MOORE, *loc. cit.*, note 90 et les contributions dans le présent ouvrage.

99. Susan BOYD, «Lesbian (and Gay) Custody Claims: What Difference Does Difference Make», (1997) 15 *R.C.D.F.* 131-152; E. DELEURY, *loc. cit.*, note 37, p. 763-774; Kathleen A. LAHEY, *Are We 'Persons' Yet Law and Sexuality in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1999, p. 162-163; Ann ROBINSON, «Lesbiennes, mariage et famille», (1994) 7 *R.C.F.D.* 393-414, 404-413; Ann ROBINSON, «Lesbiennes, conjointes et mères: les exclues du droit civil québécois», dans Irène DEMCZUK (dir.), *Des droits à reconnaître, Les lesbiennes face à la discrimination*, Montréal, Éditions du remue-ménage, 1998, p. 21-68; Au Québec, la décision la plus récente publiée sur le sujet semble être *Droit de la famille – 2568*, [1997] R.D.F. 73 (C.S.).

100. *Re North et al. and Matheson*, (1974) 52 D.L.R. (3d) 280 (C. de Comté).

101. «If duly authorized as herein provided, a person eighteen years of age or more [...] may solemnize the ceremony of marriage between any two persons non under legal disqualification to contract the marriage»: *Marriage Act*, R.S.M. 1970, c. M50, art. 2.

inconstitutionnelle. En effet, aux termes de l'article 91(26) de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰², la compétence législative en matière de «mariage et de divorce» est attribuée au Parlement fédéral, tandis que celle des provinces se limite à la «célébration du mariage»¹⁰³. En l'absence de loi fédérale sur cette question, il se tourne vers la common law. Il retient alors la définition formulée en 1866 par lord Penzance en Angleterre: «I conceive that marriage, as understood in Christendom, may for this purpose be defined as the voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others»¹⁰⁴. Après avoir cité divers dictionnaires, le juge Philp affirme que, de toute évidence, la cérémonie célébrée dans cette affaire ne saurait constituer un mariage¹⁰⁵.

MM. North et Vogel auront toutefois leur revanche après l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'arrêt *Egan c. Canada*¹⁰⁶. Quelques semaines après celui-ci, la Cour d'appel du Manitoba rend l'arrêt *Vogel c. Manitoba*¹⁰⁷. M. Vogel, celui-là même qui a épousé M. North en 1974, conteste l'exclusion de son conjoint du régime d'avantages sociaux de la fonction publique manitobaine. En se fondant sur l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Egan*, la Cour d'appel conclut que cette distinction est discriminatoire. Le juge Philp, celui-là même qui siégeait à la Cour de Comté en 1974¹⁰⁸ rue toutefois dans les brancards: il affirme que la Cour suprême n'a pas rendu une décision «conforme aux règles de droit» (*according to law*) et qu'elle a, par une majorité ténue, fondamentalement modifié les politiques sociales et les objectifs du pays, ainsi que les réalités biologiques et sociales qui ont été jusqu'alors considérées comme constituant le fondement du statut marital et familial¹⁰⁹.

En 2000, lorsqu'il modifie la législation fédérale afin de reconnaître les conjoints de fait de même sexe, le Parlement prend soin de

102. 1867 (R.-U.), c. 3 (intitulé à l'époque l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique*).

103. *Ibid.*, art. 92(12).

104. *Hyde c. Hyde*, (1866) L.R. 1 P. & D. 130; la définition de cet arrêt a été reprise dans des jugements qui annulent les mariages de transsexuels en refusant de prendre en considération leur nouvelle identité: *Corbett c. Corbett*, [1970] 2 All E.R. 33, 48 (Pr. Division); *C. (L.) c. C. (C.)*, (1992) 10 O.R. (3d) 254 (C. gén. de l'Ont.) (entre autres).

105. *Re North et al. and Matheson*, précité, note 100, p. 285.

106. Précité, note 55.

107. (1995) 126 D.L.R. (4th) 72.

108. Le juge Philp a été nommé juge en chef de la Cour de comté le 15 août 1973 et juge de la Cour d'appel le 5 mai 1983: <http://www.manitobacourts.mb.ca/CAJustices.htm>.

109. *Ibid.*, p. 75-76.

préciser que ces amendements «ne changent pas le sens du terme «mariage», soit l'union légitime d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toute autre personne»¹¹⁰. En Ontario et en Colombie-Britannique, les juges ont conclu que cette formulation constituait un simple renvoi à la common law plutôt qu'une définition législative du mariage¹¹¹. Par ailleurs, la Cour suprême de Colombie-Britannique a conclu que le Parlement fédéral n'a pas le pouvoir de modifier la signification donnée à ce terme en 1867¹¹². À son avis, des expressions telles que «les personnes», «les banques», «le droit criminel» ou «les entreprises inter-provinciales» sont ambiguës. Il n'en va de même du mariage, qui désigne «[traduction] une relation juridique créée par la common law»¹¹³. En acceptant cette théorie, qui était défendue par une coalition religieuse¹¹⁴, le juge Pitfield a précisé qu'une modification de la définition pertinente nécessiterait un amendement constitutionnel. Autant dire qu'elle ne verra jamais le jour. Mais la Cour divisionnaire et la Cour supérieure du Québec ont rejeté cet argument; en effet, la jurisprudence a constamment refusé de figer dans le temps la signification des chefs de compétence prévus par la Constitution¹¹⁵.

Dans le cas du Québec, dans les domaines de compétence fédérale, les règles qui étaient en vigueur le 30 juin 1867 sous le régime du Canada-Uni ne sont demeurées tant et aussi longtemps qu'elles n'ont pas été modifiées par le Parlement canadien¹¹⁶. Les articles du *Code civil du Bas Canada* concernant la capacité de se marier ont donc survécu à l'adoption du *Code civil du Québec*. Ils ne précisaient toutefois pas que les époux devaient être de sexe différent, bien que la doctrine ait été unanimement de cet avis¹¹⁷. En mai 2001, le Parlement a édicté trois nouvelles dispositions sur le sujet, en précisant que ces articles «s'appliquent uniquement dans la Province de Québec» et «s'interprètent comme s'ils faisaient partie intégrante du *Code civil*

110. *Loi visant la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, précitée, note 75, art. 1.1.

111. *ÉGALE Canada inc. c. Canada (Attorney General)*, précité, note 7, par. 71-74; *Halpern c. Canada (Attorney General)*, précité, note 3, par. 91-96 (j. LaForme).

112. *ÉGALE Canada inc. c. Canada (Attorney General)*, précité, note 7, par. 100-124.

113. *Ibid.*, par. 109-110.

114. Sarah LOOSEMORE, «*ÉGALE v. CANADA: The Case for Same-Sex Marriage*», (2002) 60 *U.T.F.L.R.* 43-63, 57; voir également Julie C. LLOYD, «*Defining Marriage, Step One: ÉGALE v. CANADA*», (2002) 39 *Alberta Law Review* 963-976.

115. *Halpern c. Canada (Attorney General)*, précité, note 3, par. 98-124 (j. LaForme); *Hendricks c. Québec (Procureur général)*, précité, note 6, par. 107-122.

116. *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 129; voir A. MOREL, *loc. cit.*, note 36.

117. Voir *Hendricks c. Québec (Procureur général)*, précité, note 6, par. 89-94.

*du Québec*¹¹⁸. L'article 5 de cette loi dispose: «le mariage requiert le consentement éclairé d'un homme et d'une femme»; l'article 6 fixe à 16 ans l'âge requis pour le contracter et l'article 7 rappelle que nul ne peut contracter un mariage si un mariage précédent n'a été dissous par le décès, le divorce ou encore frappé de nullité.

Dans ces conditions, l'article 365 alinéa 2 du *Code civil du Québec*, aux termes duquel les époux doivent être de sexe différent, faisait double emploi avec la nouvelle loi fédérale. En l'absence de celle-ci, il serait inconstitutionnel, car il imposerait une règle de fond en matière de mariage¹¹⁹. C'est pourquoi l'Assemblée nationale a préféré l'abroger purement et simplement¹²⁰. Or, la Cour supérieure du Québec a déclaré inconstitutionnelle la définition du mariage édictée par le Parlement fédéral en 2001. Si cette décision est confirmée en appel et si elle devient effective, ou encore si une loi fédérale autorise les mariages entre personnes de même sexe, aucune modification du Code civil ne sera nécessaire pour donner suite à ce changement.

D. Le mariage des conjoints de même sexe

En ce qui concerne le droit à l'égalité, en 1993, deux juges de la Cour divisionnaire de l'Ontario affirment que les gais et les lesbiennes ne sont pas victimes de discrimination, parce que rien ne les empêche d'épouser une personne de l'autre sexe¹²¹! Depuis lors, à la lumière de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, tous les juges qui se sont prononcés sur la question ont conclu que la règle accordant le droit de se marier uniquement aux personnes de sexe différent était discriminatoire. En effet, elle refuse le même bénéfice et la même protection de la loi aux conjoints de même sexe, en se fondant sur leur orientation sexuelle. Celle-ci constitue un motif analogue à ceux qui sont énumérés par le paragraphe (1) de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Enfin, cette distinction les prive d'un avantage et perpétue par le fait même l'idée qu'ils sont moins dignes de respect ou d'être reconnus et valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne¹²². Le juge Blair déclare ainsi, en parlant des requérants, que

118. *Loi sur le droit fédéral et le droit civil de la province de Québec*, précitée, note 36, art. 4.

119. *Hendricks c. Québec (Procureur général)*, précité, note 6, par. 185-187 et 212.

120. *Loi sur l'union civile*, précitée, note 1, art. 22.

121. *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*, (1993) 104 D.L.R. (4th) 214.

122. L'analyse la plus fouillée se trouve dans *Halpern c. Canada (Attorney General)*, précité, note 3, par. 175-210 (j. LaForme); voir également *ÉGALE Canada inc. c.*

«[traduction] le «mariage» constitue la forme la plus élevée d'acceptation de la valeur et de l'intégrité d'une relation de couple; il touche ainsi au cœur même de leur sentiment de dignité humaine»¹²³. Pour sa part, le juge LaForme applique au mariage les propos tenus en 1995 par la juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire *Egan*: «[é]tant donné la position marginale qu'occupent les homosexuels dans la société, le message général qui découle presque inévitablement de l'exclusion des couples de même sexe d'une institution sociale si importante est essentiellement que la société considère que de telles unions ne méritent pas le même intérêt, le même respect et la même considération que les couples de sexe opposé»¹²⁴.

D'autre part, en Colombie-Britannique, le refus de permettre aux conjoints de même sexe de se marier a été considéré comme une restriction raisonnable au droit à l'égalité. En effet, selon le juge Pitfield, le mariage constitue «[traduction] le moyen principal par lequel l'humanité se perpétue dans notre société». La «réalité biologique» ferait en sorte que les deux types d'union ne pourraient jamais être identiques, même si, récemment, les similitudes entre les deux se sont grandement accrues, notamment parce que des conjoints de même sexe peuvent élever des enfants issus d'une union précédente, conçus par insémination artificielle ou adoptés. Néanmoins, il serait impossible d'assimiler les relations de même sexe au mariage sans porter atteinte à l'importance fondamentale de cette institution, bien que la nature de cette menace ne soit aucunement précisée. En outre, il n'existerait pas de preuve que les conjoints de même sexe sont considérés moins dignes de se marier que les hétérosexuels¹²⁵.

En Cour divisionnaire de l'Ontario, le juge Blair rejette catégoriquement cette argumentation, en rappelant que la procréation n'a jamais été considérée comme une condition de validité du mariage. À son avis, celui-ci est caractérisé tant par le rôle fondamental qu'il joue dans l'éducation des enfants que par le soutien qu'il apporte à la relation conjugale. Au surplus, les couples de même sexe se conforment à deux des trois «biens» qui découlent selon Saint-Augustin du mariage, soit la fidélité et l'engagement ou le sacrement¹²⁶. Pour sa

Canada (Attorney General), précité, note 7, par. 157-179; *Hendricks c. Québec (Procureur général)*, précité, note 6, par. 125-155.

123. *Halpern c. Canada (Attorney General)*, précité, note 3, par. 83.

124. *Ibid.*, par. 208-209 et *Egan c. Canada*, précité, note 55, par. 90; voir également *Hendricks c. Québec (Procureur général)*, précité, note 6, par. 153.

125. *ÉGALE Canada inc. c. Canada (Attorney general)*, précité, note 7, par. 181-215.

126. *Halpern c. Canada (Attorney General)*, précité, note 3, par. 83-104.

part, le juge LaForme note que la définition traditionnelle retenue en common law ne mentionne pas la procréation hétérosexuelle. Au contraire, le refus d'avoir des relations sexuelles en l'absence d'incapacité, l'infertilité, l'impuissance due à l'âge ou l'usage de contraceptifs ne constituent pas un motif d'annulation. L'association des deux notions est plutôt apparue en réponse aux revendications des gais et des lesbiennes. À son avis, on peut raisonnablement soutenir que cette nouvelle conception vise à justifier la discrimination dont sont victimes les gais et les lesbiennes, et que «[traduction] son objectif réel, quoique inavoué, est de préserver le statut privilégié et exclusif dont bénéficient les relations conjugales hétérosexuelles dans la société». Si tel est le cas – mais le juge LaForme refuse d'en décider – l'objectif poursuivi par le législateur serait contraire à la Charte et ne pourrait être qualifié d'urgent et de substantiel, car il postulerait que les relations hétérosexuelles sont supérieures aux relations de même sexe¹²⁷. Au surplus, en supposant que le soutien de la procréation et de l'éducation des enfants constitue un objectif urgent et substantiel, il n'y a pas de lien rationnel entre celui-ci et la définition du mariage. En effet, celle-ci inclut les conjoints qui ne procréent pas et exclut les conjoints de même sexe qui ont l'intention de devenir parents¹²⁸. Pour sa part, la juge Lemelin estime que de nos jours le mariage n'est plus caractérisé par la présence d'enfants; il s'agit plutôt «d'une relation exclusive, intime et durable de deux personnes qui s'engagent à faire vie commune et à se supporter mutuellement», en célébrant leur union «avec une certaine solennité et publiquement»¹²⁹.

Compte tenu de la jurisprudence de la Cour suprême, il est difficile de voir comment les deux dernières décisions rendues sur cette question pourraient être cassées en appel. Elles ont démontré le caractère discriminatoire de la définition traditionnelle du mariage, en pulvérisant les arguments présentés par ses défenseurs. Il convient toutefois de mentionner que certains gais et certaines lesbiennes s'opposent à ce changement, notamment parce que cette institution patriarcale perpétue la subordination des femmes au plan économique¹³⁰. Néanmoins, à l'heure actuelle, un très large consensus semble s'être dégagé: la possibilité de se marier pour ceux ou

127. *Ibid.*, par. 406-414.

128. *Ibid.*, par. 416-418.

129. *Hendricks c. Québec (Procureur général)*, précité, note 6, par. 149.

130. Voir les opinions résumées dans Donald G. CASSWELL, *Lesbians, Gay Men, and Canadian Law*, s.l., Emond Montgomery, 1996, p. 225-227; I. DEMCZUK *et al.*, *op. cit.*, note 78, p. 23-27; K. LAHEY, *op. cit.*, note 99, p. 259-260.

celles qui le désirent est une condition indispensable à la pleine égalité¹³¹. À cet égard, une enquête effectuée en 1999 et en janvier 2000 auprès de 75 femmes lesbiennes francophones du Québec et de l'Ontario est particulièrement révélatrice. Environ 80 % d'entre elles ont déclaré qu'elles ne se prévaudraient pas des lois leur permettant d'être reconnues en tant que couple, par peur d'une indiscretion des fonctionnaires, pour éviter des conséquences financières négatives ou encore pour des raisons idéologiques. Néanmoins, elles ont été unanimes à réclamer le droit de se marier, à cause de son importance symbolique¹³². S'il existe encore des divergences de vues à ce sujet, elles sont le fait d'un petit nombre de gais ou de lesbiennes.

E. L'union civile

Compte tenu de la jurisprudence récente, l'union civile risque donc de demeurer un bref intermède dans la longue marche vers la reconnaissance du droit des gais et des lesbiennes de se marier avec la personne de leur choix. Toutefois, même si elle est célébrée de la même manière que le mariage et même si elle procure les mêmes droits et les mêmes obligations, des différences importantes subsistent entre cette nouvelle institution et le mariage. Bien entendu, elle n'a aucune conséquence dans les domaines de compétence fédérale, par exemple en matière d'immigration ou en droit de la preuve¹³³. À

-
131. K. BOURASSA et J. VARNELL, *op. cit.*, note 48, p. 253-255; D.G. CASWELL, *loc. cit.*, note 2, p. 847-854; COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *Au-delà de la conjugalité, La reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes*, Ottawa, ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2001, p. 143; K. LAHEY, *op. cit.*, note 99, p. 195 et *op. cit.*, note 73, p. 91; N. LAVIOLETTE, *loc. cit.*, note 2, p. 168 et *op. cit.*, note 2, p. 44; M.A. McCARTHY et J.L. RADBORD, *loc. cit.*, note 96, p. 123; Bruce MACDOUGALL, «The Celebration of Same-Sex Marriage», (2000-2001) 32 *R.D. Ottawa* 235-267; A. ROBINSON, *loc. cit.*, note 99; Robert WINTEMUTE, *Sexual Orientation and Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995; Alice WOOLLEY, «Excluded by Definition: Same-Sex Couples and the Right to Marry», (1995) 45 *U.T.L.J.* 471-524.
132. I. DEMCZUK *et al.*, *op. cit.*, note 78, p. 96, 108 et 112. Une enquête effectuée en Australie révèle que 80 % des couples de même sexe interrogés préfèrent le partenariat enregistré au mariage (N. LAVIOLETTE, *loc. cit.*, note 2, p. 138-140 et *op. cit.*, note 2, p. 17-18). Toutefois, cela ne signifie pas qu'ils ne souhaitent pas avoir la possibilité de choisir de se marier, comme les répondantes lesbiennes du Québec et de l'Ontario.
133. Voir *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5, art. 4, COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 131, p. 47-60; voir en outre *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, art. 12(1) et 13 (parainage des conjoints de fait dans la catégorie «regroupement familial»); *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, (2002) 136 *Gaz. Can. II* (édition spéciale), art. 1(1) (un conjoint de fait doit vivre avec une autre personne

cet égard, le problème du double standard reste entier¹³⁴. En outre, les conjoints unis civilement doivent être majeurs; or, les mineurs âgés d'au moins 16 ans peuvent se marier, avec l'accord du titulaire de l'autorité parentale¹³⁵, ce qui les émancipe de plein droit¹³⁶. Là encore, on constate une différence de traitement, même s'il est sans doute très peu sage de permettre à des mineurs de se marier. Cette distinction vient peut-être du Vermont¹³⁷, mais elle est justifiée par l'article 159 du Code criminel¹³⁸, aux termes duquel les relations sexuelles anales constituent un acte criminel si l'un des partenaires est âgé de moins de 18 ans, à moins qu'ils ne soient mariés et qu'ils n'aient tous les deux consenti à cette relation. Or, pour les autres types de relations sexuelles, l'âge de consentement est fixé à 14 ans¹³⁹. L'article 159 a donc été déclaré inconstitutionnel¹⁴⁰, ce qui n'a pas empêché le Parlement de faire la sourde oreille¹⁴¹.

Pour en revenir à l'union civile, il serait oiseux de prévoir la possibilité d'une séparation de corps, car celle-ci vise à répondre aux besoins des personnes qui ne peuvent se résoudre à dissoudre leur lien matrimonial, notamment pour des raisons religieuses. Il est difficile d'imaginer que les conjoints unis civilement souhaitent se prévaloir de cette possibilité¹⁴². Dans le même ordre d'idées, la distinction entre l'union civile et le mariage peut être intéressante pour les communautés religieuses qui acceptent de bénir les unions entre personnes de même sexe sans les qualifier pour autant de mariage, comme

dans une relation conjugale depuis au moins un an, indépendamment du sexe de celle-ci) et art. 2 (un «partenaire conjugal» doit entretenir une relation conjugale avec un répondant depuis au moins un an).

134. Voir par exemple *ÉGALE Canada inc. c. Canada (Attorney General)*, précité, note 7, par. 65-67.
135. Art. 373 C.c.Q.; *Loi sur le droit fédéral et le droit civil de la province de Québec*, précitée, note 36, art. 5.
136. Art. 175, 1^{er} al. C.c.Q.
137. David B. CRUZ, «The New «Marital Property»: Civil Marriage and the Right to Exclude?», (2002) 30 *Capital University Law Review* 279-313, 282, note 22.
138. L.R.C. (1985), c. C-46, ci-après C.cr.
139. Art. 150.1(1) C.cr.
140. *R. c. M. (C.)*, (1995) 98 C.C.C. (3d) 481 (C.A. Ont.); *R. c. Roy*, [1998] R.J.Q. 1044 (C.A.); *R. c. S. (A)*, (1999) 130 C.C.C. (3d) 320 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1999] 3 R.C.S. xi.
141. Par conséquent, un acte d'accusation fondé sur l'article 159 C.cr. est «une nullité». Il ne peut être modifié pour que le procès se continue sur une accusation d'agression sexuelle, même s'il est évident que celle-ci a été commise. Certes, la couronne peut porter une nouvelle accusation, mais le premier procès est une perte de temps et d'argent monumentale: *R. c. Roth*, [2002] A.J. n° 159 (B.R.Alb.).
142. Art. 493-515 C.c.Q.; voir également l'article 512.17, 2^e al. C.c.Q.

l'Église unie du Canada¹⁴³. On peut même imaginer que des prêtres catholiques célèbrent des unions civiles, car quelques-uns d'entre eux ont déjà béni des unions de même sexe dans le passé, en prenant bien soin de ne pas parler d'un mariage. Ce geste serait peut-être passible de sanctions ecclésiastiques, mais, du point de vue du droit civil, une union civile célébrée par un prêtre serait parfaitement valide¹⁴⁴.

En revanche, la procédure de dissolution de l'union civile semble plus avantageuse que les règles régissant l'obtention d'un jugement de divorce, notamment parce que les conjoints peuvent souscrire une déclaration commune notariée, sauf lorsque les intérêts des enfants sont en cause¹⁴⁵. Dans cette dernière hypothèse, contrairement à la *Loi sur le divorce*, le Code civil ne reconnaît aucun statut particulier au conjoint d'un parent dont l'enfant a été conçu dans une union antérieure, que ces personnes soient mariées, unies civilement ou qu'elles vivent en union de fait¹⁴⁶. D'autre part, la reconnaissance de l'union civile à l'étranger semble beaucoup plus aléatoire que celle du mariage¹⁴⁷.

Comme le signale le professeur Roy, l'interdiction de célébrer un mariage lorsque l'un des futurs conjoints est encore lié par une union civile pourrait empiéter sur la compétence fédérale en matière de mariage¹⁴⁸. Toutefois, pour déterminer s'il y a véritablement conflit, il faut rechercher le caractère véritable de la *Loi sur l'union civile*. Celle-ci instaure un état civil distinct pour les personnes qui ne peuvent pas ou qui ne veulent pas se marier, dont la portée est strictement limitée aux domaines de compétence provinciale. Si elles désirent se marier par la suite, le législateur exige qu'elles procèdent d'abord à la dissolution de leur union civile, afin d'éviter qu'elles n'aient deux états civils considérés comme mutuellement exclusifs. Cette règle n'entre pas véritablement en conflit avec la disposition fédérale qui interdit à une personne de se marier si un mariage précé-

143. *Halpern c. Canada (Attorney General)*, précité, note 3, par. 12 (j. Blair). Rappelons que tout personne habilitée à célébrer un mariage peut faire de même pour une union civile, mais qu'aucun ministre du culte ne peut être contraint à procéder de la sorte s'il existe un empêchement selon sa religion ou la «discipline» de sa dénomination (art. 521.1 C.c.Q.). Pour les personnes majeures, la déclaration d'union civile est faite sous une forme identique à celle du mariage.

144. Voir les articles 366 et 521.1 C.c.Q.

145. Voir les articles 521.12 à 521.19 C.c.Q.

146. Voir la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2^e suppl.), art. 2(2) et B. MOORE, *loc. cit.*, note 90, p. 97-104.

147. Voir l'article 3167, 2^e al. C.c.Q. et le texte du professeur Talpis dans le présent ouvrage.

148. A. ROY, *loc. cit.*, note 88, p. 690-691.

dent n'a pas été dissous par le décès de son conjoint, par un divorce ou par un jugement d'annulation¹⁴⁹. En effet, la règle québécoise impose une restriction temporaire, mais elle ne fait pas définitivement obstacle à la capacité de se marier¹⁵⁰. D'autre part, la loi fédérale ne prétend pas définir de manière exhaustive les conditions à remplir pour pouvoir se marier. On peut donc soutenir qu'il ne s'agit pas d'un «code complet» destiné à exclure l'application des règles provinciales, d'autant plus que celles-ci n'existaient pas au moment où la loi fut adoptée¹⁵¹.

Enfin, la décision de permettre aux conjoints hétérosexuels de contracter une union civile soulève plusieurs questions. Au niveau symbolique, elle évite de confiner les gais et les lesbiennes dans un ghetto juridique ou de dévaloriser leurs relations de couples, comme cela s'est produit en Ontario¹⁵². Toutefois, il est difficile de voir quel

149. *Loi sur le droit fédéral et le droit civil de la province de Québec*, précitée, note 11, art. 7.

150. Voir *Reference of Certain Questions concerning Marriage*, [1912] A.C. 880; *Kerr c. Kerr*, [1934] R.C.S. 72, 75-76 (j. en chef Duff); *Attorney General for Alberta c. Underwood*, [1934] R.C.S. 635, 639 (j. Rinfret). La Cour suprême a déjà examiné l'applicabilité d'une disposition législative antérieure à l'entrée de la Colombie-Britannique dans la Confédération, aux termes de laquelle les parties visées par un jugement de divorce devaient attendre que celui-ci devienne définitif avant de se remarier. Tous les juges ont conclu qu'une loi provinciale ne pouvait modifier cette règle ou sa portée, bien que les juges dissidents ont estimé qu'elle ne s'était jamais appliquée en Colombie-Britannique: *Hellens c. Densmore*, [1957] R.C.S. 768. Toutefois, il n'existait pas de conflit entre la loi fédérale et la loi provinciale pertinentes. En outre, il s'agissait dans cette affaire d'une règle concernant l'effet dans le temps d'un jugement de divorce. À notre avis, il ne s'ensuit pas qu'une règle provinciale imposant aux futurs époux l'obligation de ne pas être soumis à un autre type d'état civil soit inconstitutionnelle, dans la mesure où il leur est parfaitement loisible de quitter celui-ci.

151. Cela permet de distinguer cette question de celles qui ont été étudiées dans les arrêts *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, par. 68-73; *M. & D. Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961, par. 40-43; *Husky Oil Operations Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national)*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 84-87; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, 150-156. Pour des exemples où l'argument d'un conflit entre une disposition fédérale et provinciale a été rejeté en droit de la famille, voir *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285, 304; *Lamb c. Lamb*, [1985] 1 R.C.S. 851; dans d'autres domaines, voir *114957 Canada Ltée (Sraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 41, par. 33-35 et par. 46; *R. c. Felawka*, [1993] 4 R.C.S. 199; *Irwin Toys Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 960-964; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, 191 (il s'agit de l'arrêt de principe en la matière); voir cependant *Bisailon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, 104-109.

152. Voir *supra*, note 72.

intérêt cette institution pourrait présenter pour un couple hétérosexuel, même si quelques-uns d'entre eux seront peut-être séduits par son côté novateur. D'autre part, la jurisprudence récente avait affirmé que, en raison du droit à l'égalité, le terme «conjoint» doit être interprété de manière à inclure les conjoints de fait¹⁵³. Or, depuis l'adoption de la *Loi sur l'union civile*, le Code civil met systématiquement sur un pied d'égalité les «époux» et les «conjoints unis civilement». De cette manière, il continue de passer sous silence les personnes vivant en union de fait, sauf de rares exceptions¹⁵⁴. D'un autre côté, la *Loi d'interprétation*¹⁵⁵ a été modifiée; son article 61.1 précise que le terme conjoint désigne les époux et les conjoints unis civilement. Sont toutefois «considérées comme des conjoints de faits» et assimilées à des conjoints les personnes faisant vie commune qui se présentent publiquement comme un couple, quelle que soit la durée de leur relation, sauf disposition contraire. On peut se demander si le législateur a bien mesuré la gravité du geste qu'il posait en modifiant d'un trait de plume l'ensemble des lois québécoises, au moyen d'une disposition qui risque fort d'être méconnue ou de passer inaperçue.

Récemment, la Cour suprême a examiné la validité d'une loi néo-écossaise qui refusait aux ex-conjoints de fait hétérosexuels le bénéfice d'une présomption de partage égal des biens matrimoniaux. Elle a conclu que cette règle n'est pas discriminatoire, car elle respecte le choix des parties de ne pas se marier, sans perpétuer l'idée que ces couples sont moins dignes de respect ou moins valorisés en tant que membres de la société canadienne¹⁵⁶. Le juge Bastarache souligne toutefois que le législateur accorde aux ex-conjoints de fait le droit de se réclamer des aliments; en outre, les tribunaux peuvent imposer une fiducie par interprétation afin de remédier aux iniquités

153. Le 3 juillet 2002, la Cour supérieure décide que dans l'article 2457 C.c.Q., le terme conjoint inclut les conjoints de fait (*Syndic de Bagnoud*, [2002] R.J.Q. 2055, en appel; *contra: Paolo (Syndic de)*, [1998] R.J.Q. 174 (C.S.)). Mais la *Loi sur l'union civile*, précitée, note 1, art. 57, a remplacé ce terme par l'expression «l'époux ou le conjoint uni civilement». De manière analogue, le 1^{er} mars 2002, la Cour d'appel a décidé que l'expression «la personne [...] qui vit maritalement avec le cotisant [...]» de l'article 91.1 de la *Loi sur le régime des rentes du Québec* (L.R.Q., c. R-9), tel qu'il se lisait du 1^{er} janvier 1994 au 16 juin 1999, inclut un conjoint de même sexe (*Québec (Procureur général) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2002] R.J.Q. 588).

154. Art. 15, 555, 579, 1696, 1938 et 1958 C.c.Q. Voir notamment B. MOORE, *loc. cit.*, note 2, p. 125-126; Serge ALLARD, «Effets civils et organisation conventionnelle de l'union homosexuelle», (1985) 26 *C. de D.* 451-470.

155. L.R.Q., c. I-16.

156. *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83; voir notamment les par. 58-62.

découlant de la dissolution. Enfin, les conjoints sont libres d'aménager les modalités de leur union par contrat ou d'acquérir des biens en commun. Or, «lorsqu'il existe de multiples bénéfices et protections adaptés à la situation et aux besoins particuliers de chacun, il n'y a pas atteinte à la dignité humaine essentielle des personnes qui ne sont pas mariées»¹⁵⁷. Au Québec, le Code civil n'accorde pas aux conjoints de fait le droit de se réclamer des aliments, même s'ils peuvent exercer un recours fondé sur l'enrichissement injustifié¹⁵⁸. Compte tenu de la décision récente de la Cour suprême, leur exclusion des régimes matrimoniaux ou d'union civile semble valide. La situation est moins claire en ce qui concerne le droit aux aliments¹⁵⁹. À cet égard, la possibilité de contracter une union civile pourrait-elle constituer une mesure de protection acceptable pour les conjoints de fait¹⁶⁰? Dans la mesure où cette institution présente essentiellement les mêmes avantages et les mêmes inconvénients que le mariage, il est permis d'en douter. De manière générale, il est regrettable que la *Loi sur l'union civile*, qui représente un immense progrès pour les gais et les lesbiennes, consacre le statu quo en la matière.

EN GUISE DE CONCLUSION

L'union civile peut-elle être considérée comme un substitut parfait du mariage? Il va de soi que cette institution provinciale ne saurait être invoquée pour justifier l'exclusion des conjoints de même sexe de la législation fédérale¹⁶¹. Mais une loi fédérale instaurant une «union civile» qui aurait les mêmes effets que le mariage, aussi bien au niveau provincial que fédéral, serait-elle acceptable? La Commission du droit du Canada a envisagé de laisser aux différentes dénominations religieuses le soin de célébrer les mariages, en soumettant tous les types d'union légalement reconnues à une procédure d'enregistrement, que les conjoints soient de même sexe ou de sexe différent. Outre le fait que cette proposition ne prévoyait pas de mariage civil, elle risquait fort d'empiéter sur un domaine de compétence provinciale. Surtout, elle avait pour conséquence de donner au terme mariage une signification exclusivement religieuse, ce qui aurait obligé les époux à utiliser une nouvelle terminologie juridique pour désigner une réalité qui existe depuis des temps immémoriaux.

157. *Ibid.*, par. 61.

158. Voir les articles 585 et 1493-1496 C.c.Q.

159. La Cour d'appel de l'Alberta a conclu qu'une telle exclusion était discriminatoire: *Taylor c. Rossu*, (1998) 161 D.L.R. (4th) 266.

160. Voir A. ROY, *loc. cit.*, note 88, p. 671-678.

161. Voir *Egan c. Canada*, précité, note 55, par. 155-156 et 204.

Un tel changement, purement formel, serait inacceptable pour la majorité de la population canadienne¹⁶².

Devant les tribunaux, la procureure générale du Canada a insisté sur l'existence de lois accordant aux conjoints de même sexe des droits plus étendus ou similaires à ceux dont jouissent les époux pour justifier leur exclusion du mariage. Pour le juge LaForme, les régimes distincts dont peuvent se prévaloir les premiers rappellent le système des services publics «séparés mais égaux» qui est demeuré en vigueur dans le Sud des États-Unis jusqu'en 1955. À cette époque, les personnes de race noire devaient utiliser des toilettes et des sections des véhicules publics distinctes de celles qu'utilisaient les blancs; il en allait de même dans le domaine de l'enseignement. Le magistrat déclare qu'une solution de rechange au mariage «[traduction] offre l'insulte d'une équivalence formelle sans [tenir] la promesse de la Charte d'une égalité substantielle»; elle constitue une simple manifestation de tolérance plutôt qu'une acceptation officielle de l'égalité¹⁶³. Ses deux collègues évitent toutefois de prendre position sur le sujet, afin de ne pas préjuger du débat qui s'engagerait si une loi réparatrice était adoptée¹⁶⁴. La juge Lemelin a une opinion plus tranchée: «Les gens qui choisissent de se marier accordent une importance manifeste à la reconnaissance symbolique du mariage par l'état [sic] qui confère un statut distinct des autres formes d'union. Ceci demeure vrai même après l'entrée en vigueur de l'union civile»¹⁶⁵.

Il semble acquis qu'un simple régime de partenariat enregistré, qui comporte invariablement des droits moins étendus que le mariage, ne saurait constituer un substitut acceptable; en revanche, à compter du moment où les conjoints de même sexe auront le droit de s'épouser, il pourrait être intéressant d'offrir à tous les conjoints la possibilité de bénéficier d'un tel régime¹⁶⁶. Mais l'union civile est fondamentalement différente. En effet, elle est célébrée comme un

162. COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 131, p. xviii et 132-135; I. DECZUK *et al.*, *op. cit.*, note 78, p. 158.

163. *Halpern c. Canada (Attorney General)*, précité, note 3, par. 194-195 et 282.

164. *Ibid.*, par. 13 (j. en chef associé Smith) et par. 129-133 (j. Blair, qui semble toutefois éprouver de fortes réticences à cet égard).

165. *Hendricks c. Québec (Procureur général)*, précité, note 6, par. 181.

166. D.G. CASWELL, *loc. cit.*, note 2, p. 853-854; COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 131, p. 142; I. DEMCZUK *et al.*, *op. cit.*, note 78, p. 113; K. LAHEY, *op. cit.*, note 73, p. 55-56; N. LAVIOLETTE, *loc. cit.*, note 2, p. 168 et *op. cit.*, note 2, p. 44; M.A. McCARTHY et J.L. RADBORD, *loc. cit.*, note 96, p. 123; B. MACDOUGALL, *loc. cit.*, note 131, p. 260-264; A. ROY, *loc. cit.*, note 88, p. 678-679.

mariage et confère les mêmes avantages aux conjoints, en leur imposant les mêmes obligations. Son origine est intéressante. Rappelons tout d'abord que, à Hawaï et en Alaska, les jugements déclarant inconstitutionnelle la définition du mariage ont été suivis d'une réaction de rejet de l'électorat. La Constitution de ces États a alors été modifiée, privant les conjoints de même sexe de toute protection à cet égard. Au Vermont, en 1999, après avoir conclu que la règle interdisant aux conjoints de même sexe de se marier violait la constitution de cet État, la Cour suprême a offert un choix au législateur. Celui-ci pouvait modifier la définition du mariage ou créer une nouvelle institution produisant exactement les mêmes effets.

En définitive, la deuxième solution a été retenue. L'expression «union civile» a permis l'adoption d'une loi réparatrice visant uniquement les conjoints de même sexe. Aux élections suivantes, les Démocrates ont d'ailleurs perdu leur majorité à la Chambre des représentants, même si le gouverneur et plusieurs sénateurs ont été réélus¹⁶⁷. Dans ces conditions, la question de savoir si l'union civile peut être comparée au système «séparé mais égal» des années cinquante est très controversée. En effet, cette loi place les conjoints de même sexe dans une catégorie à part, ce qui peut être perçu comme une marque d'infériorité. Mais le législateur cherche à mettre fin à une situation de discrimination d'une manière durable et politiquement viable, ce qui n'a jamais été le cas de la législation raciste en vigueur dans le Sud des États-Unis¹⁶⁸. De toute manière, cette réforme représente une telle victoire aux États-Unis que sa contestation devant les tribunaux par des gais ou des lesbiennes est tout simplement impensable, outre le fait qu'elle serait irrémédiablement vouée à l'échec.

Qu'en est-il au Canada? Les réactions de rejet n'y sont pas inconnues: en Alberta, la définition du mariage a effet indépendamment des articles 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁶⁹. En revanche, une modification de la Constitution canadienne exigerait l'accord de la Chambre des communes et de sept

167. Greg JOHNSON, «In Praise of Civil Unions», (2002) 30 *Capital University Law Review* 315-342, notamment p. 323.

168. Comparer à cet égard G. JOHNSON, *loc. cit.*, note 167 et D.B. CRUZ, *loc. cit.*, note 137; voir également Robert LECKEY, «Harmonizing Family Law's Identities», (2002) 28 *Queen's L.J.* 221-277, 256, note 117 et 267-272.

169. *Marriage Act Amendment Act*, S.A. 2000, c. 3. Il s'agit évidemment d'une clause de dérogation autorisée par l'article 33 de la Charte. Toutefois, cette loi est fort probablement inconstitutionnelle, car elle empiète sur un domaine de compétence fédérale (D.G. CASSWELL, *loc. cit.*, note 2, p. 824).

assemblées législatives de provinces dont la population confondue est égale à 50 % de celle de l'ensemble des provinces¹⁷⁰. Les chances que cela se produise sont faibles. Imaginons donc que le Parlement fédéral autorise les conjoints de même sexe à contracter une union civile célébrée de la même manière qu'un mariage et qui produise exactement les mêmes effets¹⁷¹. En supposant que cela relève de l'une ou l'autre de ses compétences législatives, ce qui est toutefois loin d'être évident, s'agirait-il d'une nouvelle version de la doctrine «séparée mais égale»? Ne convient-il pas de tenir compte de l'objectif du législateur, qui accorderait pour la première fois des droits fondamentaux dont les gais et les lesbiennes ont toujours été privés, mais sous un autre nom? Même la Fédération des églises métropolitaines communautaires s'est longtemps contentée de bénir des «unions saintes». Est-il essentiel pour cette communauté chrétienne que le terme mariage soit employé dans un texte de loi, si elle est libre de célébrer une union civile exactement de la même manière, en employant le terme «mariage» à des fins religieuses¹⁷²? L'emploi d'une terminologie différente n'assure-t-elle pas la visibilité des gais et des lesbiennes? Ne peut-on y voir à la fois l'affirmation de leur pleine égalité et de leur différence? Ce n'est pas sans une certaine appréhension que nous posons ces questions, au moment où les tribunaux et la population semblent prêts à reconnaître aux conjoints de même sexe le droit de se marier. Elles nous semblent néanmoins mériter un débat public, que les tribunaux canadiens seront peut-être appelés à trancher un jour. En toute hypothèse, la *Loi sur l'union civile* témoigne de la ferme volonté d'assurer aux gais et aux lesbiennes du Québec la pleine égalité. Il reste à espérer que cet exemple soit bientôt suivi par le législateur canadien.

170. Art. 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 4.

171. Cette proposition est bien différente d'une des hypothèses de travail soumises à la population par le ministre de la Justice du Canada. En effet, celle-ci consiste à créer une forme d'union civile dont les effets seraient limités aux domaines de compétence fédérale, en l'absence d'une loi provinciale reconnaissant cette institution: MINISTRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Mariage et reconnaissance des unions de conjoints de même sexe*, Document de travail, s.l., novembre 2002, p. 26. Toutefois, cette solution évite que le Parlement fédéral n'excède sa compétence, ce qui pourrait se produire s'il attribuait à l'union civile les mêmes effets que le mariage au niveau provincial.

172. Voir *supra*, note 48.

