

**Mémoire concernant le
mariage et la reconnaissance des
unions de conjoints de même sexe**

ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN



Mars 2003

TABLE DES MATIÈRES

Mémoire concernant le mariage et la reconnaissance des unions de conjoints de même sexe

Préface.....	- i -
I. Introduction.....	1
II. Politique de l'ABC concernant les unions de conjoints de même sexe : égalité et leadership	4
III. Approche recommandée : donner aux couples homosexuels la capacité juridique de se marier	9
A. Impératifs constitutionnels de la société civile : la common law, la <i>Charte</i> et le mariage.....	9
B. La common law n'est pas un empêchement au mariage des couples homosexuels ou est un empêchement constitutionnellement inopérant	11
C. La <i>Charte</i>	14
D. Pas d'empêchement statutaire au mariage des couples homosexuels.....	15
E. Les contestations judiciaires potentielles à l'approche du mariage.....	15
IV Problèmes causés par un registre distinct et un registre pour toutes les unions.....	17
A. Registre distinct	17
B. Registre pour toutes les unions	19
V. Conclusion	20

PRÉFACE

L'Association du Barreau canadien consiste en une association nationale représentant 38 000 juristes, avocats, avocates, notaires, professeurs, professeures, étudiants et étudiantes en droit dans l'ensemble du Canada. Les principaux objectifs de l'Association incluent l'amélioration du droit et de l'administration de la justice.

Le présent mémoire a été préparé par la Section nationale du droit de la famille, la Section nationale du droit constitutionnel et des droits de la personne, le Comité permanent sur l'égalité et la Conférence sur l'orientation et l'identité sexuelles (COIS) de l'Association du Barreau canadien, avec l'aide de la Direction de la législation et de la réforme du droit, au bureau national. Le mémoire a été examiné par le Comité de la législation et de la réforme et a été approuvé comme déclaration publique de l'Association du Barreau canadien.

Mémoire concernant le mariage et la reconnaissance des unions de conjoints de même sexe

I. INTRODUCTION

L'Association du Barreau canadien (ABC) saisit la possibilité de réagir au document de travail de novembre 2002 du ministre de la Justice et procureur général du Canada, intitulé *Mariage et reconnaissance des unions de conjoints de même sexe* (document de travail)¹.

Le mariage est un droit civil important et fondamental dans une démocratie constitutionnelle. L'ABC reconnaît que le concept de ce que ce droit civil postule et, en particulier, de qui peut prendre part à l'institution du mariage a historiquement été considéré comme une question morale et religieuse donnant lieu à un débat passionné. Dans une société de droit, l'ABC fait valoir que la question du mariage des couples de même sexe doit être pleinement informée par une analyse contextuelle de l'égalité, comme cela est prévu dans la *Charte canadienne des droits et libertés*². À cet effet, l'ABC appuie la pleine reconnaissance juridique du mariage des couples de même sexe comme l'unique position solide sur le plan constitutionnel.

L'ABC recommande que l'institution du mariage, telle qu'elle est structurée actuellement, soit redéfinie pour inclure les conjoints de même sexe. Il devrait

1 Ministère de la Justice : *Mariage et reconnaissance des unions de conjoints de même sexe*, Document de travail, novembre 2002.

2 *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R.-U.), 1982, c. 11.

exister une loi fédérale établissant, dans un langage exprès, que les conjoints de même sexe ont le droit de se marier. Il faudrait modifier les lois fédérales, provinciales et territoriales pertinentes pour qu'elles soient compatibles avec la nouvelle loi.

Du point de vue de l'ABC, le mariage égal pour les personnes gaies et lesbiennes n'est interdit ni par la common law ni par une loi. La définition vieille de un siècle de la common law, sur laquelle se fondent les adversaires de l'inclusion des unions de conjoints de même sexe sous la rubrique du mariage, n'empêche pas, de l'avis de l'ABC, le mariage de conjoints du même sexe, mais peut et doit évoluer pour inclure les personnes gaies et lesbiennes de peur qu'elle ne soit considérée comme constitutionnellement inopérante. Aucune loi fédérale n'a jamais été promulguée pour définir spécifiquement le mariage, et l'on ne peut pas se fonder sur la disposition interprétative de la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations* – une loi spécifiquement déposée non pour traiter du mariage, mais de « la justice et de la tolérance » – pour faire état d'un empêchement prévu par la loi.

Le mariage égal pour les personnes gaies et lesbiennes représente donc une question d'égalité en vertu de la *Charte*. Dans les trois cas de mariage de conjoints de même sexe actuellement devant les tribunaux, les trois tribunaux ont convenu que l'exclusion des personnes lesbiennes et gaies du mariage est contraire aux dispositions sur l'égalité de la *Charte*. Un seul tribunal a estimé que la discrimination est justifiable dans une société libre et démocratique. L'ABC pense que cette discrimination ne se justifie pas et qu'il doit s'agir d'un critère prépondérant pour le Parlement s'il désire résoudre la question des droits civils des personnes lesbiennes et gaies et mettre fin à des décennies de contentieux sur l'égalité, qui a provoqué une réforme juridique sur une base empirique, d'une manière fragmentée. Compte tenu de ce cadre juridique, l'ABC est d'avis que le gouvernement est tenu de reconnaître le mariage égal pour les personnes gaies et lesbiennes.

Cette conclusion se base sur des résolutions et des mémoires passés de l'ABC

concernant des sujets connexes, comme l'orientation sexuelle comme motif illicite de discrimination et les avantages et les obligations dans les unions de conjoints de même sexe. Elle démontre aussi que fournir une sanction juridique au mariage de conjoints de même sexe représente une extension logique et appropriée des lois fédérales, provinciales et territoriales conférant des responsabilités et des avantages en relation, entre autres choses, avec l'impôt sur le revenu, les retraites et l'assurance-emploi.

Les deux autres approches du document de travail ne répondent pas aux aspirations légitimes de nombreux conjoints de même sexe désireux de se marier. De plus, elles créent de nouveaux problèmes pour les couples hétérosexuels. La première approche, qui laisse le mariage comme une institution réservée aux seuls couples hétérosexuels, reconnaît juridiquement les unions de conjoints de même sexe par la création d'un registre d'état civil, reléguant effectivement les unions de conjoints de même sexe à une forme d'union de deuxième classe. La troisième approche, laissant le mariage aux personnes et à leurs institutions religieuses et créant un système d'enregistrement pour toutes les situations assimilables à une union conjugale, ébranle le concept traditionnel du mariage en déniaut aux couples hétérosexuels l'avantage du mariage. Le caractère inadéquat de ces options et les difficultés qui s'y rattachent sont étudiées dans cette présentation.

En publiant le document de travail, le gouvernement s'est lancé dans un débat public sans précédent au sujet des droits des minorités. Des communautés minoritaires ont obtenu une reconnaissance et une protection juridiques en vertu de la *Charte, en raison des discriminations historiques qu'elles ont connues*. Aucune autre communauté minoritaire n'a, jusqu'ici, fait l'objet d'un processus public conçu pour définir la nature et l'étendue de ses droits civils. Le dossier historique des droits civils au Canada et, notamment aux États-Unis, est rempli d'exemples de communautés minoritaires qui revendiquent la protection des tribunaux contre des lois injustes. L'ABC est consciente des opinions dissidentes qui ont été exprimées publiquement à la suite de la publication du document de travail et elle se préoccupe de ce que le traitement d'une minorité impopulaire par

la majorité démocratique peut fort bien résulter dans des solutions législatives constitutionnellement inopérantes. Pour cette raison, l'ABC participe à ce processus, non comme à un exercice moral ou éthique, mais en vue de faciliter une discussion raisonnée portant sur la légalité des options législatives que le Parlement – l'organisme législatif – peut choisir d'envisager.

II. POLITIQUE DE L'ABC CONCERNANT LES UNIONS DE CONJOINTS DE MÊME SEXE : ÉGALITÉ ET LEADERSHIP

L'ABC est une organisation professionnelle bénévole qui représente plus de 38 000 avocats, notaires, professeurs de droit et étudiants en droit dans l'ensemble du Canada. Environ les deux tiers de tous les avocats en exercice au Canada sont membres de l'ABC. L'ABC promeut des régimes juridiques équitables, facilite une réforme effective du droit, promeut l'égalité dans la profession juridique et se consacre à l'élimination de la discrimination, notamment sur la base de l'orientation sexuelle. L'ABC est engagée envers la règle de droit et constitue une ardente défenseuse des valeurs constitutionnelles qui sont fondamentales dans la société canadienne.

En harmonie avec son mandat visant à promouvoir l'égalité dans la profession juridique et à éliminer la discrimination, l'ABC a joué un solide rôle de leadership dans la promotion de l'égalité de tous ses divers membres, d'une manière compatible avec la *Charte des droits et libertés* et la législation sur les droits de la personne. Dans ce but, l'ABC est la première – et jusqu'à présent la seule – organisation professionnelle du Canada à reconnaître ses membres homosexuels, lesbiennes, bisexuels et transsexuels par sa Conférence nationale sur l'orientation et l'identité sexuelles. Les divisions de l'ABC, en Ontario, en Colombie-Britannique, au Manitoba, en Alberta, au Nouveau-Brunswick et en Nouvelle-Écosse, ont aussi formé des comités semblables, consacrés à l'inclusion des membres homosexuels, lesbiennes, bisexuels et transsexuels de la profession juridique.

L'ABC a soutenu, par le passé, les initiatives législatives fédérales destinées à éliminer la discrimination basée sur l'orientation sexuelle. Elles incluent les dispositions relatives à la détermination de la peine du projet de loi C-41, couvrant les crimes haineux contre les homosexuels et les lesbiennes, et le projet de loi S-2, qui a modifié la *Loi canadienne sur les droits de la personne* pour inclure l'orientation sexuelle, comme motif de discrimination interdite. En 1998, la division de l'Alberta de l'ABC est intervenue à la Cour suprême du Canada en faveur du demandeur dans *Vriend c. Alberta*, qui a établi que l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'*Individual's Rights Protection Act* de la province était inconstitutionnelle³.

Deux fois en 1994 et de nouveau en 1996, le Conseil de l'ABC a adopté des résolutions demandant aux législatures d'interdire la discrimination basée sur l'orientation sexuelle. Lors de son assemblée annuelle en août 1999, l'ABC a adopté une résolution qui demande au gouvernement fédéral « d'accélérer son examen des lois et politiques fédérales qui commettent une discrimination contre les personnes qui se trouvent dans des situations assimilables à une union conjugale de même sexe et d'apporter sans délai des modifications qui feront en sorte que ces lois et politiques soient conformes à l'article 15 de la *Charte* »⁴.

En 2000, l'ABC a présenté un mémoire à l'appui du projet de loi C-23, la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations* (la *Loi sur la modernisation*) à propos des avantages fédéraux et des obligations des conjoints de fait hétérosexuels et de même sexe⁵.

3 *Vriend c. Alberta (procureur général)*, [1998], 1 R.C.S.493.

4 Association du Barreau canadien, résolutions 94-06.1-M, 94-06-A, 96-09-A et 99-03-A.

5 Association du Barreau canadien, *Projet de loi C-23 – Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, mars 2000.

L'ABC a pressé le Comité de la justice d'adopter la *Loi sur la modernisation* ans modification importante, sur la base d'impératifs constitutionnels qui, de l'avis de l'ABC, entraînait l'inclusion complète des homosexuels et des lesbiennes dans la société canadienne.

La présentation de l'ABC décrivait l'exclusion des couples homosexuels de responsabilités et d'avantages complets en relation avec, entre autres choses, l'impôt sur le revenu, la retraite et l'assurance-emploi comme « ni équitable ni tolérable ». En outre, cette situation était vue comme nuisant à la dignité et à l'assurance de cette communauté.

Donc, l'ABC appuyait le projet de loi qui cherchait à conférer ces droits et responsabilités aux « conjoints de fait » de même sexe et hétérosexuels. Ceci devait se faire par la création d'une définition de conjoint de fait, applicable aux situations assimilables aux unions conjugales à la fois homosexuelles et hétérosexuelles. (Les termes « époux » et « épouse » seraient réservés aux couples hétérosexuels mariés.)

Avant la *Loi sur la modernisation*, la jurisprudence avait clairement établi que les homosexuels et les lesbiennes étaient des « conjoints », conformément à la *Charte* et à la législation sur les droits de la personne. Alors et depuis, de nombreuses provinces ont promulgué des lois pour conférer des droits et des obligations aux conjoints de même sexe et ont rejoint le nombre croissant d'employeurs du secteur privé qui ont volontairement reconnu la valeur de leurs employés gais et lesbiennes, en leur accordant les prestations de conjoint. La *Loi sur la modernisation* se mettait en effet au niveau du public canadien.

L'ABC faisait aussi savoir au Comité que près de vingt années de contentieux portant sur la question des droits civils des homosexuels et des lesbiennes avaient imposé une réforme sur une base empirique et fragmentée. L'ABC pressait donc le gouvernement fédéral de tenir un rôle prépondérant, qui créerait une réforme juridique conforme à ces impératifs constitutionnels. Dans ce but, l'ABC a dégagé

les omissions (immigration, *Loi sur la preuve* et contraignabilité du conjoint, exemption maritale pour l'âge du consentement en vertu du *Code criminel*) dans la *Loi sur la modernisation* et demandait que le gouvernement traite rapidement de ces omissions. Actuellement, le gouvernement n'a pas corrigé ces omissions. Dans le cas de l'immigration, la nouvelle exigence prescrite par les règlements de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*⁶ voulait que les conjoints de fait, y compris des conjoints de même sexe, cohabitent pendant un an a perpétué la discrimination envers les conjoints de même sexe, qui peuvent ne pas pouvoir cohabiter pour diverses raisons (dont la crainte de la persécution dans certains pays où l'activité homosexuelle est toujours illicite) et est tout à l'opposé des dispositions de l'immigration concernant les couples hétérosexuels mariés.

L'ABC avertissait aussi le gouvernement qu'à son avis, la ségrégation des unions de conjoints de même sexe dans la catégorie des conjoints de fait, en réservant les termes « époux-épouse » pour les couples mariés hétérosexuels ignorait la jurisprudence et invitait un examen constitutionnel à cause de la dénégation du mariage des conjoints de même sexe. En bref, l'ABC a considéré que le régime distinct mais égal de la *Loi sur la modernisation* était un compromis politique en désaccord avec la décision judiciaire fédérale de *Moore and Ackerstrom c. Canada* et un compromis avec la possibilité de contrevenir à l'article 15 de la *Charte*⁷.

Lorsque, à la suite de notre comparution devant le Comité de la justice, la modification relative au mariage (article 1.1) a été ajoutée à la *Loi sur la modernisation*, l'ABC a fait des présentations au Comité sénatorial permanent des

6 DORS 2002-227, art. 1(1), *Gazette du Canada Partie II, Vol. 136, Édition spéciale*. L'article 1(2) stipule qu'une personne qui entretient une relation conjugale depuis au moins un an, et qui ne peut vivre avec elle, en raison d'une persécution ou de toute forme de surveillance pénale sera considérée comme conjoint de fait, ce qui oblige le couple de personnes de même sexe à faire la preuve qu'il aurait cohabité, n'eut été la crainte de cette persécution, etc. Néanmoins, cette exigence n'existe pas pour les couples mariés.

7 *Moore et Ackerstrom c. Canada (procureur général)*, [1998] 4 C.F. 585.

affaires juridiques et constitutionnelles⁸. L'ABC faisait une recommandation contre la modification « qui risquerait d'affaiblir la législation existante ou qui utiliserait un langage suggérant la supériorité des rapports hétérosexuels ».

L'ABC a déclaré ce qui suit au Comité sénatorial :

Étant donné la jurisprudence existante de la *Charte*, l'inclusion des couples de gais et de lesbiennes dans la définition de « époux » est reconnue sur le plan constitutionnel. Lors de notre témoignage devant le Comité de la Chambre, nous avons exprimé la crainte que la création d'une catégorie séparée de « conjoints de fait » plutôt que la définition inclusive de « époux » équivaille à un compromis sur le plan politique qui risquerait d'attirer l'attention sur la *Charte* en raison de cette jurisprudence. La « modification relative au mariage » amplifie cette préoccupation parce qu'elle trace une frontière explicite sur le plan législatif entre ceux qui peuvent devenir des époux (c'est-à-dire, ceux qui ont des relations de nature hétérosexuelle) et ceux qui ne le peuvent pas (ceux qui ont des relations de nature gaie et lesbienne). En effet, cette modification a pour effet d'établir une distinction entre les relations de nature gaie et lesbienne et de les classer dans des catégories différentes.

La modification relative au « mariage » exclut de manière explicite les couples de gais et lesbiennes. Cette modification exacerbe le compromis et conduira vraisemblablement à d'autres contestations.

Il se pourrait que la modification du projet de loi ainsi que la définition du mariage favorisent les contestations sur le plan constitutionnel, ce qui aurait pour conséquence de perpétuer l'adoption de l'approche de la contestation à la réforme du droit pour les couples de gais et lesbiennes. [C'est nous qui soulignons.]

De façon prévoyante, l'ABC informait donc le Parlement que, du fait de la modification relative au mariage et du régime ségrégué de la *Loi sur la modernisation* (avec ses omissions), il faudrait résoudre la question du mariage des couples homosexuels faisant référence aux impératifs constitutionnels de la société canadienne.

L'ABC disait aussi que le projet de loi C-23 ne devrait pas contenir un langage suggérant la supériorité des unions hétérosexuelles. Elle recommandait que l'article interprétatif proposé pour le projet de loi C-23, selon laquelle le mariage est l'union légitime d'un homme et d'une femme, à l'exclusion de toutes les

autres, soit enlevé. On considérait qu'il n'était pas nécessaire de définir le mariage dans le contexte du projet de loi C-23.

III. APPROCHE RECOMMANDÉE : DONNER AUX CONJOINTS DE MÊME SEXE LA CAPACITÉ JURIDIQUE DE SE MARIER

La deuxième approche du document de travail, la seule soutenue dans ce mémoire, consiste à faire adopter une loi donnant aux couples homosexuels la possibilité de se marier. Ceci demanderait une loi fédérale établissant expressément que les conjoints de même sexe ont le droit de se marier et des modifications des lois fédérales connexes (par exemple la *Loi sur la modernisation*) et des lois provinciales et territoriales connexes pour que l'on s'assure que cela est compatible avec la nouvelle loi.

Le principal attrait de cette approche est qu'elle traite les conjoints de même sexe comme substantivement égaux aux couples hétérosexuels. Tous les deux pourraient contracter un mariage pour les mêmes motifs et avec les mêmes droits et la même reconnaissance.

A. Impératifs constitutionnels de la société civile : la common law, la *Charte* et le mariage

Depuis la promulgation de la *Loi sur la modernisation*, il y a eu trois cas ayant fait l'objet d'une décision en Colombie-Britannique, en Ontario et au Québec concernant la constitutionnalité du mariage égaux des personnes gaies et lesbiennes : *Halpern c. Canada (procureur général)*, *Hendricks c. Québec (procureur général)* et *EGALE Canada Inc. c. Canada (procureur général)*⁹. Le gouvernement a soutenu que ces cas ont donné des résultats contradictoires. Cependant, de l'opinion de l'ABC, la raison importante de ces trois cas est que

⁹ *Halpern c. Canada (procureur général)*, [2002], O.J. n° 2714; *Hendricks c. Québec (procureur général)*, [2002], J.Q. n° 3816; *EGALE Canada Inc. c. Canada (procureur général)*, [2001], B.C.J. n° 1995.

l'exclusion des personnes gaies et lesbiennes du mariage est discriminatoire en vertu de l'article 15 de la *Charte*. Un point commun, qu'il est essentiel de comprendre est que, même si les résultats des cas peuvent sembler être en conflit, il est clairement établi, comme question de droit, que la discrimination existe. L'ABC exhorte le gouvernement de mettre fin à la discrimination et de le faire d'une manière constitutionnellement recevable.

Actuellement, le gouvernement soutient que, dans les trois cas de mariage, la définition de la common law du mariage exclut les conjoints de même sexe ou que l'exclusion est justifiable dans une société libre et démocratique. L'ABC prétend que la position n'est pas soutenable constitutionnellement pour les raisons qui suivent :

- 1) la common law n'empêche pas le mariage égaux des personnes gaies et lesbiennes;
- 2) une définition du mariage de la common law qui exclurait le mariage des personnes gaies et lesbiennes est constitutionnellement inopérante;
- 3) la ségrégation des unions de conjoints de même sexe dans une catégorie autre que le mariage ne survivrait pas à un examen de la *Charte* et entraînerait d'autres litiges.

La jurisprudence récente a fait valoir des arguments qui appuient l'adoption d'une loi pour le mariage égal des personnes gaies et lesbiennes. La Cour a déclaré, dans les cas *Halpern*, *Hendricks* et *EGALE* que :

- L'institution du mariage dans le Canada moderne n'existe pas uniquement pour faire prévaloir un but (que la Cour a considéré comme étant uniquement hétérosexuel), à savoir la procréation des enfants. L'institution moderne du mariage sert plutôt le but de reconnaître une relation personnelle engagée comportant des obligations et offrant un soin et un soutien mutuels, un

compagnonnage, un abri partagé et des économies partagées.

- Le refus de l'institution du mariage égal des personnes gaies et lesbiennes serait un refus aux conjoints de même sexe de l'approbation sociale dont bénéficient les conjoints de même sexe qui se marient, d'après une pure orientation sexuelle¹⁰.

B. La common law n'est pas un empêchement au mariage égal des personnes gaies et lesbiennes ou est un empêchement constitutionnellement inopérant

Les opposants au mariage égal des personnes gaies et lesbiennes soutiennent que la common law définit le mariage comme l'union « d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toutes les autres ». De l'avis de l'ABC, il ne s'agit pas d'une interprétation ou d'une application de la common law et de l'une de celles que les trois tribunaux ont considéré comme constitutionnellement inopérante dans le cas du mariage.

La définition du mariage de la common law, qui exclut les unions de conjoints de même sexe est, du point de vue de l'ABC, fondée sur un droit archaïque d'il y a plus de cent ans, qui ne traite pas le point pertinent du mariage des couples homosexuels. La décision anglaise souvent citée de 1866 dans *Hyde c. Hyde* traitait de la question de savoir si un couple marié de manière polygame pouvait divorcer. Hyde ne concernait pas la nature du mariage en général¹¹. La question particulière était de savoir si, pour interpréter le mot « épouse » dans la *Divorce Act de 1857*, la situation d'une femme mariée de manière polygame ressemblait à celle d'une « épouse » chrétienne. On a dit que non, parce que, en chrétienté – contrairement aux colonies dans lesquelles des mariages polygames étaient regardés comme valides – le mariage est « l'union de deux personnes qui promettent de passer leur vie ensemble », ce qui a ensuite été reformulé en utilisant des termes sexualisés correspondant à ceux utilisés dans la loi, « un

10

Ibid.

homme et une femme pour la vie ».

Dans *Hyde*, la raison concerne la définition d'épouse de la *Divorce Act de 1857*, régie par l'application du droit ecclésiastique chrétien, et non quelque règle générale ou de common law portant sur la définition ou la nature du mariage requérant que les deux parties soient un homme et une femme. Le cas ne portait simplement pas sur une union de conjoints de même sexe. En tout cas, peu importe la manière dont on le lit, le cas ne représente plus le droit pour des couples hétérosexuels.

On a aussi invoqué la décision anglaise de 1970 dans le cas *Corbett c. Corbett*, pour soutenir la définition du mariage de la common law¹². Corbett était une application pour la nullité d'un mariage des motifs de non-consommation et de transsexualisme. Le tribunal a reconnu que la question juridique spécifique devant lui était, comme dans le cas *Hyde*, de savoir si l'un des conjoints – dans Corbett un transsexuel d'homme à femme – pouvait être regardé comme une femme dans le contexte du mariage. Le tribunal s'est fondé sur *Hyde* pour conclure que le mariage est essentiellement hétérosexuel. Il est clair, à partir de cette lecture de la référence à *Hyde* faite dans le contexte, que la connotation d'essentiellement n'était pas qu'il était absolument requis que les conjoints soient un homme et une femme, mais que le tribunal reconnaissait simplement que le mariage était généralement vu comme hétérosexuel. Le tribunal estimait donc qu'il devait décider si une personne transsexuelle pouvait agir comme une femme et a assumé qu'une preuve biologique résoudrait la question de fait. À la fin, le juge Ormrod n'a pas réellement fondé sa *raison* sur la définition supposée du mariage dans *Hyde* ou sur une preuve biologique ou médicale. A la place, il a dit que le mariage était nul *ab initio* par analogie avec un « mariage illégitime », qui dans le droit canon est traité comme nul et pas simplement comme annulable.

On a invoqué *Hyde* et *Corbett* dans la jurisprudence canadienne pour *Vogel, Re North et. al. et Matheson*, et *Re Layland c. Ontario (Ministre de la consommation*

11 *Hyde c. Hyde* (1866), L. R. 1 P&D 130.

12 *Corbett c. Corbett*, [1970] 2 All E.R. 33.

et du commerce) et *EGALE*¹³. *Re North* traite essentiellement de la célébration d'un mariage entre deux homosexuels, avant la *Charte*. *Layland* a précédé les décisions *Vriend* et *M.c. H.* de la Cour suprême du Canada, qui formule la situation constitutionnelle des familles gaies et lesbiennes au Canada¹⁴. De l'avis de l'ABC, le désaccord écrit de la juge Greer dans *Layland* est plus compatible avec notre contexte de la *Charte* en 2003:

La common law doit se développer pour répondre aux besoins évolutifs de la société. Il est clair, d'après les documents soumis par les demandeurs et l'église intervenante que les homosexuels et les lesbiennes ont, pendant de nombreuses décennies, conclu des unions permanentes que leur église a sanctifiées¹⁵ [traduction] .

Comme interprétation de la common law, l'ABC soumet que les principes sous-jacents à la common law et à son évolution doivent découler des valeurs de la *Charte* et que, lorsqu'il est possible d'interpréter la common law pour éviter un conflit constitutionnel, c'est ainsi qu'il faut l'interpréter.

En outre, les conjoints de même sexe devraient avoir le choix de se marier ou non. Ils devraient pouvoir entrelacer leur vie socialement, financièrement et formellement. Les conjoints de même sexe devraient être assimilés aux conjoints de fait, qui ont l'option de se marier. C'est le choix du mariage qui est important. Comme l'a déclaré récemment la Cour suprême du Canada dans *Walsh c. Bona*, où l'on a dit que s'il était constitutionnellement recevable d'exclure des couples hétérosexuels de fait de la *Marital Property Act* en Nouvelle-Écosse, le choix doit être prépondérant¹⁶. La décision de se marier ou non est intensément personnelle et engage un jeu réciproque complexe de considérations sociales, politiques, religieuses et financières de la personne. *Walsh c. Bona* établit clairement aussi un impératif constitutionnel supplémentaire quant au mariage, soit la capacité et le choix de se marier étant reconnus comme une importante liberté civile.

13 *Vogel c. Manitoba*, [1995] M.J. No. 235 (C.A.); *Re North et. al. et Matheson* (1974) 52 D. L. R. (3e) 280 (Man. Co. Ct.); *Layland c. Ontario* (Ministre de la consommation et du commerce) [1993] 14 O.R. (3e) 658 (Div. Ct.); *EGALE*, *supra*, note 8.

14 *Vriend*, *supra*, note 3; *M. c. H.* [1999], 2 R.C.S. 3.

15 *Layland*, *supra*, note 13, à la p. 678.

16 *Nouvelle-Écosse (procureur général) c. Walsh*, [2002] SCC 83, Dossier 28179.

C. La *Charte*

Même dans le cas où les tribunaux disent finalement qu'il existe, dans la common law, un empêchement au mariage égal des personnes gaies et lesbiennes, il est clair qu'un tel empêchement est contraire à l'article 15 de la *Charte*. Les trois tribunaux sont d'accord, sur ce point, avec le tribunal de la Colombie-Britannique, en n'ayant une divergence d'opinions que sur la question de savoir si la discrimination était justifiée en vertu de l'article 1 de la *Charte*.

De l'avis de l'ABC, les décisions, au Québec et en Ontario, selon lesquelles la discrimination n'était pas justifiée sont des analyses plus constitutionnellement judicieuses de cette question. Comme il en a été question dans la section qui traite des diverses possibilités, la principale raison justifiant la discrimination – enfanter et élever des enfants – est simplement une exclusion définitionnelle qui ignore la réalité des familles gaies et lesbiennes et fait abstraction de la réalité des couples hétérodoxes, qui peuvent se marier, peu importe leur capacité ou leur décision d'élever des enfants, certains se prévalant des techniques génésiques ou des procédures d'adoption utilisées par des conjoints de même sexe pour introduire des enfants dans leur famille.

En outre, le gouvernement fédéral a publiquement déclaré son engagement envers une législation et un financement visant à assurer que sont respectés les meilleurs intérêts des enfants. De nombreux enfants vivent avec des parents homosexuels. Souvent, ces parents homosexuels sont engagés dans des relations sérieuses et stables. Ces enfants ne devraient pas faire l'objet de discrimination parce que leurs parents ne sont pas mariés. Ils devraient pouvoir ressentir la stabilité d'une union publiquement reconnue. À n'en pas douter, la société devrait être confortée par le désir et le besoin de ces partenaires de s'engager dans des unions stables.

D. Pas d'empêchement statutaire au mariage égal des personnes gaies et lesbiennes

On peut trouver le seul renvoi législatif fédéral à la capacité de se marier dans l'article 1.1 de la *Loi sur la modernisation*, une disposition interprétative énonçant que le sens de « mariage » n'est pas affecté par l'adoption de la Loi. La *Loi sur la modernisation* n'était pas une loi concernant le mariage, mais elle était présentée comme une loi concernant « la justice et de la tolérance », comme l'a publiquement confirmé la ministre de la Justice de l'époque. De l'avis de l'ABC, la *Loi sur la modernisation* a été conçue pour éviter ou prévenir la question complexe du mariage égal des personnes gaies et lesbiennes, et l'on ne peut l'invoquer comme empêchement législatif.

Un autre argument à l'appui de l'approche du mariage est que l'exclusion des conjoints de même sexe de l'institution du mariage indique que les unions de conjoints du même sexe ne méritent pas le même intérêt, le même respect et la même considération que les unions hétérosexuelles, perpétuent la situation désavantagée des personnes gaies et lesbiennes et touche le cœur de leur sens de la dignité.

E. Les contestations judiciaires potentielles à l'approche du mariage

Le choix de la possibilité du mariage pourrait certainement entraîner des contestations judiciaires devant les tribunaux. Quant à la possibilité d'instituer un registre distinct pour les unions civiles de conjoints du même sexe, discutée plus loin, des provinces et des territoires peuvent refuser d'administrer le mariage de conjoints de même sexe ou refuser de modifier la législation qui interdit la célébration du mariage de conjoints de même sexe, malgré des lois fédérales redéfinissant le mariage pour inclure les conjoints de même sexe.

Des litiges peuvent s'ensuivre entre les gouvernements fédéral et provinciaux à propos de la répartition des pouvoirs constitutionnels et d'une utilisation de la

disposition de dérogation. Les couples homosexuels qui ne peuvent pas se marier parce que leur province n'administre pas les vœux ou ne modifie pas une législation restrictive susciteraient probablement une contestation judiciaire en vertu de l'article 15 de la *Charte*.

Dans de nombreuses provinces, les mariages sont administrés par le clergé habilité à donner un effet juridique et religieux aux unions. Si une loi régit le mariage pour inclure les unions de conjoints de même sexe, certains ecclésiastiques peuvent refuser d'administrer les vœux pour donner une conséquence juridique aux unions de conjoints de même sexe, d'après leurs croyances religieuses. De l'avis de l'ABC, comme le point est exposé dans la décision *Halpern*, c'est probablement une forme constitutionnellement recevable de discrimination sur la base des libertés religieuses garanties par la *Charte*¹⁷. Il est important de noter également que les demandeurs dans les trois cas de mariage n'ont pas pris la position qu'une église peut ou devrait être requise par l'État de marier un couple qui ne se conforme pas aux croyances religieuses de l'église.

Toute loi dispensant le clergé, qui est habilité à administrer les vœux de mariage sanctionnés par l'État, peut faire l'objet d'une contestation judiciaire de conjoints de même sexe auxquels ce service est refusé parce qu'il contrevient à leur droit à l'égalité en vertu de la *Charte*.

Malgré ces obstacles juridiques éventuels, nous pensons que de plus grandes actions en justice se produiront si le mariage n'est pas redéfini pour inclure les conjoints de même sexe. Donner à ces couples la capacité juridique de se marier est conforme aux valeurs d'égalité, équité, d'inclusivité et d'ouverture qui caractérisent la société canadienne. Elle représente la prochaine étape juridique logique dans la reconnaissance des droits et des obligations des conjoints de même sexe. D'aucune façon le tissu social ne serait miné en permettant aux conjoints de même sexe de conclure des unions spéciales par un mariage.

¹⁷ *Supra*, note 9.

IV. PROBLÈMES CAUSÉS PAR UN REGISTRE DISTINCT ET UN REGISTRE POUR TOUTES LES UNIONS

À un niveau important, les deux possibilités comportant la création de nouveaux registres pour la reconnaissance publique de l'importance des unions autres que les mariages hétérosexuels minent les impératifs constitutionnels du débat sur le mariage. Un système d'enregistrement ne devrait pas abroger les droits existants des personnes engagées dans des relations intimes, par exemple les droits de propriété définis par la doctrine de la fiducie judiciaire ou les droits et obligations des personnes s'engageant dans des unions de fait, et ne peut pas être constitutionnellement utilisé pour exclure davantage les personnes gaies et lesbiennes de l'institution du mariage.

A. Registre distinct

Dans le document de travail, la première approche consiste à laisser l'institution juridique du mariage aux couples hétérosexuels, soit un homme et une femme. Les unions de conjoints de même sexe recevraient une reconnaissance juridique par la création d'un registre de l'état civil distinct. Les conjoints de même sexe et les conjoints de fait hétérosexuels pourraient enregistrer leur union dans ces registres.

La création d'un registre distinct pour les unions de conjoints de même sexe ne traiterai cependant pas de manière importante l'inégalité subie par les conjoints de même sexe incapables de se marier légalement. Même si les conjoints de même sexe peuvent obtenir, avec les couples hétérosexuels, le droit juridique d'enregistrer leur union dans un registre distinct, les conjoints de même sexe n'obtiendraient pas l'accès à l'institution légitime du mariage.

L'institution légitime du mariage n'est pas simplement une relation civile comportant certains droits et obligations. Le mariage représente, selon le juge Blair de la Cour divisionnaire de l'Ontario, dans *Halpern*, « l'acceptation la plus

haute par la société de l'assurance et de la complétude de l'union d'un couple »¹⁸.

Une conséquence juridique qui découlera certainement de la mise en œuvre d'un registre distinct pour les unions de conjoints de même sexe est une contestation en vertu de l'article 15 de la *Charte*. Dans les cas récents de *Halpern* et de *Hendricks*, les tribunaux ont reconnu les arguments en vertu desquels un registre de l'état civil distinct peut contrevenir aux droits à l'égalité, en vertu de l'article 15 de la *Charte*¹⁹. La Cour a en particulier signalé qu'elle prévoyait que les arguments apportés dans toute contestation relevant de l'article 15 de la *Charte* refléteraient ceux que les demandeurs ont fait valoir dans *Halpern* et *EGALE*²⁰.

Un registre distinct pour les conjoints de même sexe serait particulièrement vulnérable à l'accusation de perpétuer le stéréotype voulant que les unions de conjoints de même sexe ont moins de valeur que les unions hétérosexuelles. Dans *Halpern*, le juge LaForme a nettement comparé la doctrine « distinct mais égal » à la ségrégation historique des Afro-Américains dans les autobus des États-Unis²¹. Le juge d'appel Linden l'a décrite dans *Egan c. Canada*, comme un « détestable artefact » et une doctrine « horrificante »²². La Cour a noté la dernière caractérisation de la doctrine dans *Hendricks*, en référence au fait que l'accès au mariage était refusé aux couples homosexuels, nonobstant qu'ils ont des droits et obligations semblables pour tous les couples²³.

Une autre conséquence juridique probable est que certaines provinces peuvent refuser de mettre en œuvre un registre de l'état civil distinct pour les conjoints de même sexe et les conjoints de fait hétérosexuels. Dans ce cas, un litige pourrait être institué par des gouvernements provinciaux ou par le gouvernement fédéral au sujet du sens et des conséquences de la répartition constitutionnelle des pouvoirs concernant le mariage et d'une utilisation de l'article 33 de la *Charte* (la

18 *Ibid.*

19 *Supra*, note 9.

20 *Ibid.*

21 *Ibid.*, dans QL aux paragraphes 363 et 450.

22 *Egan c. Canada (procureur général)*, [1993] 103 D.L.R. (4e) 336 (C.F. Appel); affirmée [1995], 2 R.C.S. 513.

disposition de dérogation). Les conjoints de même sexe ou de conjoints de fait hétérosexuels des provinces refusant d'administrer un registre de l'état civil pourraient faire valoir que, par ce refus, on contrevient à leur droit à l'égalité en vertu de la *Charte*.

La création d'un registre distinct peut avoir pour effet de créer ou de renforcer la perception publique selon laquelle les unions de conjoints de même sexe sont d'une certaine façon inférieures aux unions hétérosexuelles parce que le gouvernement a affirmé que les conjoints de même sexe ne méritent pas le droit de se marier.

B. Registre pour toutes les unions

La troisième approche du document de travail consiste à démanteler le mariage comme institution légitime et à créer un registre pour tous les couples visant l'enregistrement de leur union afin de leur permettre d'obtenir les avantages et les obligations découlant de leur union.

Cette approche traite de la même manière les couples hétérosexuels et les conjoints de même sexe, en ce que le mariage n'est accessible à aucun groupe. Les deux groupes peuvent cependant se prévaloir d'une forme commune d'union civile englobant les mariages actuels et d'autres relations intimes.

Abolir le mariage et créer un système de registre central demande la coopération de toutes les provinces. Il peut y avoir des provinces qui cessent d'administrer le mariage, avec pour résultat des contestations judiciaires entre les gouvernements fédéral et provinciaux concernant la répartition constitutionnelle des pouvoirs et une utilisation de la disposition de dérogation. Dans les provinces où la célébration du mariage demeurerait le droit exclusif des couples hétérosexuels, les conjoints de même sexe pourraient présenter une contestation relative à l'égalité.

En outre, si les provinces refusent d'administrer le mariage sanctionné par l'État, en ne laissant que l'institution religieuse du mariage, les couples homosexuels et hétérosexuels qui ne veulent pas d'un mariage sanctionné par une église peuvent alléguer une discrimination basée sur la religion en vertu de l'article 15 de la *Charte* ainsi qu'en vertu des lois sur les droits de la personne.

Pour ce qui est des conséquences non juridiques, l'abolition du mariage peut ne pas répondre à la profonde question sociale des conjoints de même sexe et des couples hétérosexuels qui veulent se marier et qui voient un mariage sanctionné par l'État comme une institution nécessaire à l'existence de relations familiales. Mais un résultat peut être l'acceptation générale d'un nouveau système d'union civile, par exemple un « nouveau mariage », rendant les résultats de cette possibilité semblables à la deuxième approche du gouvernement, permettant aux conjoints de même sexe de se marier. La conséquence distinctive serait la cessation, par le gouvernement fédéral, de diverses responsabilités aux provinces.

V. CONCLUSION

Sur la toile de fond de la reconnaissance juridique croissante des diverses formes de famille et d'union, dans l'ensemble du Canada, les conjoints de même sexe recherchent la liberté de se marier avec le ou la partenaire de leur choix. Même s'il y a eu des décisions contradictoires de tribunaux inférieurs, dans notre présentation, l'extension du mariage aux conjoints de même sexe est inévitable.

L'ABC appuie l'approche du mariage, qui confère aux conjoints de même sexe les mêmes avantages et responsabilités que ceux dont bénéficient les couples hétérosexuels. La reconnaissance juridique du mariage égal des personnes gaies et lesbiennes constitue un droit civil fondamental et un impératif constitutionnel. Du point de vue de l'ABC, il n'y a pas d'obstacle de la common law ou statutaire au mariage égal pour les personnes gaies et lesbiennes, et toute interprétation de la common law ou d'une disposition statutaire qui empêcherait le mariage égal pour

les personnes gaies et lesbiennes serait constitutionnellement inopérante. Il en résulte que le Parlement peut et doit apporter une mesure correctrice légale constitutionnellement judicieuse, soit des droits complets au mariage pour les conjoints de même sexe. Il s'agit d'une question d'égalité que l'ABC appuie pleinement et qui facilite une réforme du droit d'une manière approfondie compatible avec notre fondement constitutionnel.

En ce qui concerne l'application de l'une de ces approches, la consultation est la clé de l'assurance d'un traitement égal des homosexuels, des lesbiennes, des bisexuels, des transgenderistes, des transsexuels et des conjoints de fait hétérosexuels, reconnaissant la nature de la relation intime dans laquelle ils s'engagent.