

COUR SUPÉRIEURE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-05-059656-007

DATE : Le 6 septembre 2002

SOUS LA PRÉSIDENTE DE : L'HONORABLE LOUISE LEMELIN, J.C.S.

MICHAEL HENDRICKS

et

RENÉ LEBOEUF

Requérants

C.

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC

et

LA PROCUREURE GÉNÉRALE DU CANADA

Intimés

et

L'ALLIANCE FRANCOPHONE DES PROTESTANTS ÉVANGÉLIQUES DU QUÉBEC

et

LA LIGUE CATHOLIQUE POUR LES DROITS DE L'HOMME

Intervenantes

et

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

Intervenante-requérante

JUGEMENT

[1] Les requérants, un couple de même sexe, revendiquent le droit au mariage. Ils soutiennent que toute disposition légale, que ce soit en vertu d'une loi fédérale ou provinciale ou en vertu de la "*common law*", interdisant le mariage civil aux conjoints de même sexe doit être déclarée inconstitutionnelle et inopérante en raison de son caractère discriminatoire prohibé par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹.

[2] Dans leur requête en jugement déclaratoire, les requérants précisent que la partie de l'article 365 C.c.Q. énonçant que le mariage ne peut-être contracté qu'entre un homme et une femme doit être déclarée inopérante, le législateur provincial n'ayant pas la compétence d'édicter des conditions de fond du mariage. De façon subsidiaire, si cette partie de l'article 365 relevait de la compétence du Québec, elle devait être déclarée inopérante et incompatible avec les droits garantis à l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et à l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*².

[3] Messieurs Hendricks et Le Bœuf demandent également de déclarer inopérante et incompatible avec les droits garantis à l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*; toute disposition légale en vertu d'une loi fédérale interdisant l'accès au mariage civil aux conjoints de même sexe, ou en vertu de la "*common law*" incluant l'article 1(1) de la Loi visant à moderniser le régime d'avantages et d'obligations dans les Lois du Canada³ et l'article 5 de la Loi d'harmonisation no 1 du droit fédéral avec le droit civil⁴.

[4] La même requête dans une conclusion en mandamus demande d'ordonner à tout greffier de la Cour supérieure du Québec désigné par le ministre de la justice pour la célébration des mariages civils d'obtempérer à la demande de mariage des co-requérants en date du 19 juin 2000.

[5] L'Alliance Francophone des Protestants Évangéliques du Québec (L'Alliance) et La Ligue Catholique pour les droits de l'homme (La Ligue) ont fait une demande d'intervention commune autorisée par jugement du 12 juillet 2001 afin de contester la demande des requérants.

[6] L'Alliance est une association composée d'Églises protestantes et d'autres organismes à caractère religieux au Québec qui prône et valorise l'institution du mariage traditionnel. La Ligue, un organisme sans but lucratif fondé sur l'autorité de l'Église catholique romaine, prône le point de vue de cette Église dans des débats d'intérêt public.

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

² L.R.Q., c. C-12

³ LC 2000, c. 12

⁴ Projet de loi S-4; 49-50 Élisabeth II, Ch. 4

[7] Quant à La Coalition (La Coalition) pour la reconnaissance des conjoints et conjointes de même sexe, elle appuie la démarche des requérants et elle a aussi été autorisée à intervenir dans le dossier par jugement du 28 septembre 2001.

[8] La Coalition a été fondée en 1998 avec l'objectif de promouvoir la reconnaissance sociale et juridique des couples de même sexe et de leurs familles et elle regroupe les organismes suivants:

- L'Association des mères lesbiennes
- La Centrale des syndicats du Québec (CSQ)
- La Confédération des syndicats nationaux (CSN)
- Le Conseil central de Montréal métropolitain de la CSN
- Égalité pour les gais et lesbiennes /Equality for Gays and Lesbians Everywhere (Égale)
- La Fédération des femmes du Québec (FFQ)
- Le Réseau des lesbiennes du Québec/ Quebec Lesbian Network
- Le Syndicat canadien de la fonction publique, Section Québec
- Le Syndicat des travailleurs et travailleuses des Postes, Section Québec
- La Table de concertation des lesbiennes et des gais du Québec.

[9] Seuls les deux requérants ont témoigné *viva voce* lors de l'audition. La Coalition a déposé neuf affidavits. Les parties ont convenu en novembre 2001 de retirer toutes les expertises sauf les 5 produites par L'Alliance et La Ligue ainsi que les répliques et suppliques à ces expertises. Elles retirèrent aussi tous les affidavits des témoins ordinaires produits dans les causes entendues en Colombie Britannique⁵ et en Ontario⁶ où se posait la même question du droit au mariage des couples de même sexe.

[10] L'audition a eu lieu du 8 novembre 2001 au 16 novembre 2001 ainsi que le 23 mars 2002, la réouverture des débats ayant été ordonnée suite au dépôt d'un avant projet du législateur provincial sur l'union civile. Après la production de plaidoiries écrites additionnelles, le dossier est en délibéré depuis le 19 avril 2002.

⁵ *Egale Canada Inc. c. Canada (Attorney General)* (2001) B.C.J. No. 1995 (S.C.)

⁶ *Halpern et al Canada (A.G.) et al, Metropolitan Community Church of Toronto c. Canada (A.G.) et al*, Court Files 684/00, 39/2001, judgment 2002-07-12, (*Halpern c. Canada (A.G.)* (2002) O.J. 2714 (Quicklaw))

LA PREUVE

[11] Les requérants se rencontrent le 1er janvier 1973, ils se fréquentent et conviennent mutuellement de faire vie commune. En 1976, ils décident d'acquérir une résidence qu'ils ont choisie. Devant la réticence de la banque de prêter aux deux hommes, M. Hendricks achète seul la maison qu'ils aménagent, réparent, entretiennent ensemble, ils vivent à cet endroit depuis.

[12] Le couple partage toutes les dépenses contribuant selon leurs capacités respectives. Au début de l'union, M. LeBoeuf occupe un emploi tout en poursuivant ses études grâce à l'appui de son conjoint. Lors de l'audition, les rôles sont inversés. M. Hendricks est sans emploi et il peut compter sur l'assistance du co-requérant. Après une vie commune de près de 30 ans, ils ont acquis ensemble ce qu'ils possèdent et sont dans une interdépendance financière.

[13] Ils ont fait vie commune depuis le début de leur union, ils se reconnaissent les mêmes droits et les mêmes obligations comme dans un couple traditionnel. Pour les familles et les amis, ils sont d'ailleurs un couple.

[14] Messieurs Hendricks et LeBoeuf ont dû longtemps se faire discrets, conscients de la non-reconnaissance des couples de même sexe et parfois même de la réprobation sociale. En raison de leurs engagements dans des organismes pour la protection et la revendication des droits des homosexuels, les requérants ont ajouté à leurs expériences personnelles celles des personnes victimes de l'insécurité et de certaines injustices liées à ce statut particulier.

[15] Les requérants ont prouvé qu'ils vivent une relation intime, exclusive, amoureuse et continue qui a toutes les caractéristiques d'une relation conjugale qu'ils veulent poursuivre par un engagement solennel dans l'institution qu'ils valorisent: le mariage.

[16] Le 14 septembre 1998, ils présentent une première demande de mariage qui aurait été refusée par le greffier. Les requérants ont présenté une nouvelle demande le 14 juin 2001 à la division des mariages civils du Palais de justice de Montréal; le 20 juin, le greffier les avisait que:

"La loi ne permet pas le mariage entre conjoints du même sexe."⁷

[17] Les requérants veulent bénéficier des droits et obligations du mariage mais leur démarche comporte une autre dimension comme l'explique M. Hendricks dans son affidavit du 14 septembre 2001:

"Le fait que notre union de fait soit maintenant reconnue aux yeux de diverses lois provinciales et fédérales, et nous confère de ce fait des droits et des obligations, ne nous suffit plus. Le mariage à nos yeux va plus loin que la

⁷ Pièce R-7

conjugalité: il s'agit de la forme d'engagement la plus exigeante mais aussi la plus complète, que deux personnes qui s'aiment puissent prendre l'une envers l'autre et elle comporte avec elle l'envie de l'exprimer et de la célébrer publiquement. Après 27 ans de vie commune, nous souhaitons qu'il nous soit permis de prendre cet engagement."

[18] Les requérants apprécient les progrès réalisés dans la reconnaissance des droits des couples de même sexe. Lors de la réouverture des débats, après le dépôt de l'avant projet de loi provinciale sur l'union civile, les requérants maintiennent leur demande. M. Hendricks explique:

"Oh, we will continue to fight. I'll continue to fight for the right to marry René, yes. That has never changed. Marriage is the gold standard in social respectability and recognition of relationships. And I want my relationship to him, this twenty-nine (29) thirty (30) years, we have lived, to be recognized fully. True equality is choice.

...

...

And if I have to have my choice, my choice is marriage which is the same as any other citizen in Canada has."⁸

[19] L'Alliance et La Ligue déposent en preuve les déclarations assermentées de cinq experts et des documents connexes afin de présenter les perspectives historiques et religieuses du mariage. Les affidants décrivent le mariage selon les traditions catholique, romaine, protestante, évangélique, juive et islamique. Des affidavits supplémentaires répondent à ces expertises. De telles expertises ont déjà été produites dans les causes en Colombie-Britannique et en Ontario.⁹

[20] Une objection soulève la pertinence de ces expertises et le droit de L'Alliance et de La Ligue de produire des expertises au nom des religions qu'elles ne représentent pas. La compétence des experts n'est pas contestée, ils ont, certes, une connaissance privilégiée des religions dont ils veulent exprimer les positions. En aucun temps, ils ne peuvent prétendre refléter la position personnelle de toutes les personnes adhérant aux dogmes de ces religions.

[21] Le présent litige pose une question fondamentale qui transcende la demande de deux individus de voir reconnu leur droit de se marier. Le débat public démontre le sérieux de cette question où s'opposent différents points de vue. L'allégation du caractère discriminatoire de certaines dispositions législatives oblige le Tribunal à les analyser en tenant compte de tout le contexte d'où l'intérêt d'écouter la perspective des groupes qu'ils représentent.

⁸ Transcription du témoignage de M. Michael Hendricks, le 22 mars 2002, pp. 6 et 11

⁹ Cit. à 5 et 6

[22] Les Églises représentées par l'intervenante ont toujours été très impliquées dans l'institution du mariage. Il faut se rappeler que le mariage antedate les lois en cause et au Québec, ce n'est qu'en 1969 que fut reconnu le mariage civil. L'intervenant peut certes apporter un éclairage additionnel et une expérience qui méritent d'être pris en compte.

[23] À ce même titre, cette intervenante peut attirer l'attention du Tribunal sur les traditions de d'autres religions afin d'expliquer notamment l'impact que pourrait avoir cette décision. La pertinence et le poids d'une preuve sont différents. Ces affidavits sont des plaidoyers pour le maintien du statu quo et la valorisation des conditions de mariage de chaque Église qui ne sont pas identiques. Les expertises étant produites de consentement, sans contre-interrogatoire, plusieurs questions demeurent sans réponses. Certains passages des rapports frôlent l'opinion juridique et bien entendu, le Tribunal n'est pas lié avec ces inférences tirées par les experts.

[24] Après une lecture attentive des expertises, sans procéder à une analyse exhaustive de chacun des énoncés, le Tribunal retient des points de vue communs d'importance soutenus et mis en preuve par l'intervenante.

[25] Depuis des millénaires, le mariage a été uniquement hétérosexuel. Le statut d'un tel couple trouve son origine dans les saintes écritures et les religions principales: le christianisme, le judaïsme et l'islamisme. D'autres religions ont aussi intégré cette exigence de l'hétérosexualité.

[26] Le mariage reconnaît la complémentarité des sexes. Bien que les conditions du mariage civil et religieux peuvent être différentes, elles se rejoignent sur l'essentiel comme en témoigne l'expert Céré:

"Although civil and religious understandings of marriage are different, nevertheless, there has always been a recognition of some rudimentary common ground. Both civil and religious perspectives acknowledge that the marriage is a male/female bond. The acknowledgment of this male/female is also linked to an acknowledgment that this male/female is the procreative fulcrum of human life as well as the long term parental attachments and responsibilities to biological offspring. The Church argues that neither the church nor the State have the authority to redefine the nature of marriage."¹⁰

[27] La relation homosexuelle contrevient à l'enseignement et aux principes religieux.¹¹ Toutefois, l'intervenante (L'Alliance et La Ligue) insiste: les homosexuels, comme tous les êtres humains, doivent être traités avec "*respect, compassion et dignité*" ce qui n'exigerait pas une redéfinition du mariage, étrangère à sa source et à son origine historique.

¹⁰ Affidavit Dr. Daniel Céré, 12 avril 2001, par. 7

¹¹ On peut lire sur cette question les *expertises de Ernest Caparros* (par. 7), *David Novak* (par. 12) *Abdalla Idris Ali* (par. 12) *Craig Gay* (par. 5)

[28] L'inclusion des couples de même sexe dans le mariage dénature l'essence même de l'institution selon les expertises de L'Alliance et La Ligue. Elle impose une réalité incompatible avec les enseignements religieux et risque d'isoler, de marginaliser les pratiquants et d'amoinrir la valeur de cette institution.

[29] M. Abdalla Idris Ali, directeur du "*Centre of Islamic Education in North America*" décrit l'impact d'une telle modification qui compromettrait la liberté de religion:

"If the state were to redefine marriage to include same sex unions, I believe there would be a detrimental impact on the Islamic community in Canada. Essentially, this redefinition of marriage would result in a situation where the state would impose acceptance of same sex unions on its citizens through a law which would be directly contrary to, and invalidate our religions beliefs. A law that would invalidate some sex marriage in the public sphere would be inconsistent with our religious teachings and beliefs. It would become harder for Muslims to participate in Canadian society if that society insisted on acceptance of unions that our religion teachers are an affront to Allah. The Islamic community would consider this to be an interference with our freedom of religion."¹²

[30] Le Rabbin David Novak y voit le potentiel de remettre en cause la place de la religion:

"Such developments can indicate the growth of destabilizing and, frankly illiberal tendencies in society...in this case against the place of religion in Canada. The Jewish community is used to being a minority group and is very sensitive to such developments. Many new are concerned that the right of our community (and of religious communities generally) to have their beliefs respected and not stigmatized in all aspects of public life is now facing serious challenges."¹³

[31] Le Rabbin Steven Greenberg apporte des nuances à l'expertise du Rabbin Novak. Les juifs orthodoxes imposent des conditions additionnelles à celles du mariage civil, ainsi ils refusent de célébrer un mariage notamment entre des personnes de confession religieuse différente ou possédant un statut différent dans leur religion, comme l'explique cet expert au paragraphe 11 de son affidavit. Il en conclut:

"Despite the fact that civil marriage is offered to each of these couples, one hears no protest from the Orthodox community over the violation of its sensibilities. That is because Orthodox communities have grown accustomed to the challenges of living in secular societies."¹⁴

[32] La définition du mariage que demande les requérants de reconnaître est susceptible de créer un fossé dans la société, un nouveau débat que le professeur Gay, présentant la position de la tradition protestante évangélique, décrit ainsi:

¹² Affidavit de Abdalla Idris Ali, 19 avril 2001, par. 11

¹³ Affidavit du Rabbin David Novak, 17 avril 2001, par. 19

¹⁴ Affidavit du Rabbin Steven Greenberg, 31 mai 2001, par. 12

"Of course, a few would celebrate the new definition, but a great many others would almost certainly deeply regret it, and the vast majority would simply find themselves just that much more confused about matters sexual and political at a time when a great many social and political philosophers are deeply lamenting the fragmentation of liberal society."¹⁵

[33] L'autre intervenante, La Coalition, endosse la demande des requérants. Elle produit neuf affidavits pour décrire la réalité à laquelle ont été et sont confrontés les homosexuels tant dans leur vie personnelle que professionnelle et sociale. Les organismes qu'elle regroupe ont acquis une vaste expérience dans l'accompagnement des homosexuels, des couples de même sexe et la revendication de leurs droits.

[34] Certains affiants soulignent les problèmes personnels que leur choix de faire vie commune avec un conjoint de même sexe a comportés. D'autres témoignent de difficultés et d'"injustices" qu'ils ont pu constater en raison de leurs engagements sociaux ou de leurs responsabilités professionnelles auprès des gais et lesbiennes. Leurs constats sont complémentaires. Sans en faire une analyse réductrice, le Tribunal, comme pour la présentation de l'autre intervenante, retient les éléments les plus significatifs pour les fins de la présente adjudication.

[35] Plusieurs homosexuels vivent une relation "conjugale". Leur exclusion du mariage les prive des conséquences de l'institution, soit les droits et obligations que fait naître automatiquement le mariage comme la constitution d'un patrimoine familial, le droit à des aliments en cas de rupture, le droit de succéder lors du décès ab intestat d'un conjoint, la filiation et les attributs de la parentalité. Les témoins Valois, Leclerc, Metcalf et Greenbaum donnent plusieurs exemples où la non reconnaissance des couples de même sexe donne lieu à des iniquités et les enfants élevés dans ces familles en subissent les conséquences.

[36] La psychologue Françoise Susset, détentrice d'une maîtrise en psychologie clinique, a une formation en thérapie conjugale et familiale et une expérience auprès des personnes homosexuelles. Elle considère que la relation de couple de même sexe est à peu près identique à celles de personnes de sexe opposé et elle peut former une famille stable et saine. Mme Susset affirme:

"Par contre, le couple homosexuel se distingue du couple hétérosexuel en un point important...il doit, en plus du stress et des défis inhérents à toute relation amoureuse, porter et gérer quotidiennement et pour sa durée, les effets flagrants, parfois insidieux de l'homophobie qui persiste, sinon dans nos lois, dans nos attitudes."¹⁶

[37] Le milieu du travail n'échappe pas à cette intransigeance comme en témoigne M. Sylvain Côté, membre de plusieurs Conseils de la CSN. Dès 1988, la CSN enquête

¹⁵ Affidavit de Craig Gay, 13 avril 2001 par. 15

¹⁶ Affidavit de Françoise Susset, 6 octobre 2001, par. 11

sur la situation de cette minorité de travailleurs et on confirme un problème de violence et de discrimination au travail à leur endroit. Cette discrimination, provenant de collègues, supérieurs ou employeurs, se manifeste de différentes façons: moqueries, paroles blessantes ou injurieuses, refus d'embauche ou de promotion, rejet et isolement. Ce contexte préjudicieux à ces travailleurs et peut-être même à la limite, compromettre leur droit au travail.

[38] Plusieurs représentations ont été faites auprès des gouvernements et des instances syndicales pour assurer une intégration normale des homosexuels dans le milieu du travail. Si des progrès ont été réalisés, l'adoption récente des lois au Québec¹⁷ et au Canada¹⁸ extensionnant les avantages et obligations aux conjoints de même sexe, en témoignent, il reste du travail à faire. La pleine reconnaissance juridique de ces couples favoriserait leur acceptation dans la société.

[39] Les requérants ne sont pas les seuls à privilégier une officialisation de leur union par le mariage, une institution symbolique qui confirme l'intention de s'engager publiquement dans une union durable. L'infirmière Ricard vit avec sa conjointe depuis 10 ans, elle a une formation en intervention sociale et elle s'est penchée sur la situation des mères lesbiennes. Elle explique pourquoi le mariage est si important pour les couples homosexuels.

"C'est leur entrée dans la normalisation et la sortie de l'isolement. L'inaccessibilité à cette institution les infantilise, les hommes gais et les lesbiennes ne peuvent pas choisir le type d'union qui leur convient. Ils demeurent des citoyens de second ordre."¹⁹

CADRE LÉGISLATIF

[40] Pour une meilleure compréhension des prétentions des parties, il est utile de définir le cadre législatif.

[41] Les pouvoirs législatifs sont partagés au Canada entre chacun des paliers gouvernementaux. Les articles 91 et 92 de la Loi constitutionnelle de 1867 attribuent la compétence exclusive de légiférer de l'un ou l'autre des gouvernementaux dans les domaines énumérés.

[42] L'article 91(26) confère au Parlement fédéral la compétence législative sur le mariage et le divorce. Cette compétence habilite le Parlement fédéral à légiférer sur le statut des personnes mariées ainsi que sur la capacité et les empêchements des personnes d'acquiescer ce statut. Ainsi, le législateur fédéral peut²⁰ et a énoncé le degré

¹⁷ Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait, L.Q. 1999, C-14

¹⁸ Cit. à 3

¹⁹ Affidavit de Nathalie Ricard, 5 octobre 2001, par. 25

²⁰ *Teagle c. Teagle* (1952) 3 D.L.R. 843, 847-848

de parenté prohibé entre les conjoints²¹. Il n'est pas contesté que le Parlement fédéral édicte les conditions de fond du mariage.²²

[43] Les gouvernements provinciaux peuvent exclusivement adopter des lois relatives aux conditions de célébration du mariage en vertu de l'article 92 (12) et imposer les règles applicables à la propriété et aux droits civils dans leur province respective (art. 92 (13)).

[44] Les débats parlementaires de l'époque nous permettent de comprendre les motifs soustendant ce partage pour répondre aux préoccupations contemporaines. On voulait s'assurer d'une définition cohérente de l'institution du mariage pour tous les citoyens canadiens. Le solliciteur général Langevin déclarait:²³

"The word marriage has been placed in the draft of the proposed Constitution to invest the Federal parliament with the right of declaring what marriages shall be held and deemed to be valid throughout the whole extent of the Confederacy, without, however, interfering in any particular with the doctrines or rites of the religious creeds to which the contracting parties may belong."

[45] Le législateur voulait aussi assurer la protection des pratiques des minorités religieuses comme en conclut l'arrêt de la cour d'appel dans l'arrêt *Despatie c. Tremblay*.²⁴

[46] Les auteurs Chevrette & Marx précisent:

"Dans la mesure où l'on a pu vouloir aussi protéger les minorités religieuses contre les lois provinciales trop restrictives pour elles, il fallait donner à l'autorité fédérale plus que le seul droit international privé du divorce. On lui donna donc, compétence sur le mariage en tant que tel. Cependant, par crainte que l'autorité fédérale ne se serve éventuellement d'un pouvoir aussi vaste pour légaliser par exemple le mariage civil, ou pour légiférer à l'encontre des usages provinciaux, les députés du Bas-Canada obtinrent que les provinces gardent compétence sur la « célébration du mariage dans la province » [art. 92 (12)]."²⁵

[47] L'article 92 (12) de la Loi constitutionnelle de 1867 habilite le législateur québécois à légiférer sur l'ensemble des formalités requises pour la célébration du mariage et même sanctionner le non-respect de certaines par la nullité du mariage.²⁶

²¹ Loi sur le mariage (degrés prohibés) L.C. 1990, c. 46

²² Henri Brun et André Tremblay, *Droit constitutionnel*, 3^{ième} éd., Éditions Yvon Blais, 1997, p. 497

²³ Débats parlementaires, 3^{ième} session, 8^{ième} Parl. p. 579

²⁴ (1921) 1 A.C. 702

²⁵ F. Chevrette et H. Marx, *Droit constitutionnel*, Montréal, La Presse de l'Université de Montréal, 1982, p. 656

²⁶ *Renvoi sur le mariage* (1912) A.C. 880, 887

Des lois provinciales exigeant l'obtention du consentement parental²⁷ et un âge minimal pour contracter le mariage²⁸ ont été déclarées valides.

[48] L'institution du mariage existait avant l'entrée en vigueur de la Loi constitutionnelle de 1867, comme toutes les parties au litige l'admettent, et le législateur n'a pas alors donné une définition statutaire du mariage.

[49] Le Code civil du Bas-Canada adopté en 1866 énonçait des conditions de capacité de contracter le mariage comme celles de la célébration. Il ne définissait pas le mariage. Certains infèrent de la rédaction de l'article 115 C.c.B.C. que le mariage ne pouvait être contracté qu'entre personnes de sexe différent:

« L'homme, avant l'âge de quatorze ans révolus, la femme, avant l'âge de douze ans révolus, ne peuvent contracter mariage. »

[50] Ces dispositions pré-confédératives continuaient d'avoir force de loi en vertu de l'article 129 de la Loi constitutionnelle de 1867:

"Sauf toute disposition contraire prescrite par la présente loi, toutes les lois en force en Canada, dans la Nouvelle-Écosse ou le Nouveau-Brunswick, lors de l'union (...) continueront d'exister dans les provinces d'Ontario, de Québec, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau Brunswick respectivement, comme si l'union n'avait pas eu lieu; mais ils pourront, néanmoins (...) être révoqués, abolis ou modifiés par le parlement du Canada, ou par la législature de la province respective, conformément à l'autorité du parlement ou de cette législature en vertu de la présente loi."

[51] Le législateur de la province de Québec a procédé à des révisions du Code civil du Bas-Canada et a ainsi adopté le livre deuxième du Code civil du Québec en 1980.²⁹ Certains articles entrèrent en vigueur en 1981 et 1982 et d'autres n'ont jamais été en vigueur. De 1981 à 1994, le Québec demeure régi par le Code civil du Bas-Canada et la partie du Code civil portant sur le droit de la famille. Le C.c.B.C. et les dispositions adoptées lors de la réforme de 1980 furent abolies lors de l'adoption du Code civil du Québec (C.c.Q.) en 1994.

[52] Dans ce nouveau code, l'article 365 édicte :

« Le mariage doit être contracté publiquement devant un célébrant compétent et en présence de deux témoins.

Il ne peut l'être qu'entre un homme et une femme qui expriment publiquement leur consentement libre et éclairé à cet égard. »

²⁷ *Kerr c. Kerr* (1934) R.C.S. 72

²⁸ *Ross c. MacQueen* (1948) 2 D.L.R. 536 (C.S. Alta)

²⁹ *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille* (1980) L.Q., chapitre 39)

[53] Cet article est dans le Chapitre 1 sous la rubrique "*Du mariage et sa célébration*". Les articles 366 et 367 C.c.Q. visent les célébrants:

"366. Sont des célébrants compétents pour célébrer les mariages, les greffiers et greffiers-adjoints de la Cour supérieure désignés par le ministre de la Justice.

Le sont aussi les ministres du culte habilités à le faire par la société religieuse à laquelle ils appartiennent, pourvu qu'ils résident au Québec et que le ressort dans lequel ils exercent leur ministère soit situé en tout ou en partie au Québec, que l'existence, les rites et les cérémonies de leur confession aient un caractère permanent et qu'ils soient autorisés par le ministre responsable de l'état civil.

Les ministres du culte qui, sans résider au Québec, y demeurent temporairement peuvent aussi être autorisés à y célébrer des mariages pour un temps qu'il appartient au ministre responsable de l'état civil de fixer.

Sont également compétentes pour célébrer les mariages sur le territoire défini dans une entente conclue entre le gouvernement et une communauté mohawk les personnes désignées par le ministre de la Justice et la communauté.

367. Aucun ministre du culte ne peut être contraint à célébrer un mariage contre lequel il existe quelque empêchement selon sa religion et la discipline de la société religieuse à laquelle il appartient."

[54] Les Procureurs généraux intimés s'entendent sur un point : la législation de 1994 ne pouvait autoriser le législateur provincial à abroger une disposition du Code civil du Bas-Canada relevant de l'autorité fédérale selon le partage sanctionné par la Loi constitutionnelle de 1867. Le fédéral pouvait abroger et remplacer les articles 115 et 116 du C.c.B.C.

[55] Ce qui fut fait le 7 mai 2001 lors de l'adoption de la Loi sur l'harmonisation des lois fédérales avec le droit civil, partie 1: ³⁰

« 3(1) Sont abrogées les dispositions du Code civil du Bas-Canada, adopté par le chapitre 41 des Lois de 1865 de la législature de la province du Canada intitulé Acte concernant le Code civil du Bas-Canada, qui porte sur une matière relevant de la compétence du Parlement et qui n'ont pas fait l'objet d'une abrogation expresse. »

[56] Pour les fins du présent litige, il est aussi pertinent de citer l'article 5:

"5. Le mariage requiert le consentement libre et éclairé d'un homme et d'une femme à se prendre mutuellement pour époux."

³⁰ Projet de Loi S-4; 49-50 Élisabeth II, ch. 4

[57] Les articles 6 et 7 réfèrent à d'autres conditions de capacité propres au mariage comme l'indique l'art. 4 de la loi, les articles 5 à 7 s'appliquent uniquement au Québec et ils s'interprètent comme s'ils faisaient partie intégrante du Code civil du Québec.

[58] Le Parlement canadien avait déjà, en 1999, lors de l'adoption de la Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations³¹ inclus, à titre interprétatif l'article 1.1 :

« Il demeure entendu que les modifications que la présente loi apporte 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. »

[59] L'Honorable Anne McLellan, lors de la discussion de ce projet de loi devant le Comité de justice, le 29 février 2000 affirme que la loi ne porte pas sur l'institution du mariage :³²

« The legislation doesn't deal with the institution of marriage. I suppose a Parliament can put any thinking. They could define marriage. They could define what a dog or a cat was, or anything else they wanted in the legislation if they so chose. We try to deal with the subject matter of the legislation.

The legislation defines benefits and obligations for same sex and opposite sex *common law* couples, and yes, in some cases those are the same benefits and obligations that would be accorded to someone in a marriage relationship. Any references to marriage there are simply in terms of the kinds of statutes that are being amended. This is an omnibus legislation.

....
....

This legislation does not deal with the definition of marriage. It deals with the definition of another set of relationships that will receive benefits and obligations.

The *common law* of this country is equally authoritative with legislation. The courts have said that over and over again, there's no need to try to make it any clearer because I don't think they can make it any clearer. They have said it's the union of one man and one woman to the exclusion of all others, full stop. It's there. »

[60] En cours de délibéré, la Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation a été sanctionnée le 8 juin 2002 et est entrée en vigueur le 24 juin

³¹ C-2000, C-12

³² Minutes of Proceedings Meeting No. 27, Tuesday, February 29, 200. *The Standing Committee on Justice and Human Rights re : Bill C-23*, pp 1635-1640

2002 (sauf les articles 228 et 229).³³ Le Tribunal ne peut en ignorer l'existence bien que cette loi ne soit pas en cause dans cette requête et n'a fait l'objet d'aucune analyse.

[61] Avec ce caveat, il suffit de retenir que cette loi permet aux couples de même sexe ou de sexe différent de s'engager publiquement à faire vie commune et à respecter les droits et obligations liées à cet état. Le Code civil du Québec énonce les conditions de formation, de célébration, de dissolution de cette union ainsi que ses conséquences civiles.

[62] Au Québec, il existe maintenant l'union de fait, l'union civile et le mariage.

LES PRÉTENTIONS DES PARTIES

[63] Pour éviter les redondances, le Tribunal résume les principaux arguments des parties lesquels seront élaborés dans le cadre de l'analyse.

[64] La position juridique des requérants est exposée dans les conclusions de la requête précédemment énoncées. Messieurs Hendricks et LeBœuf revendiquent le droit de s'engager dans l'institution importante du mariage au nom du droit à l'égalité garanti à tous les canadiens. Ils soutiennent que seule leur orientation sexuelle les exclue du mariage et les soumet à un traitement différent, le tout en contravention avec la *Charte* canadienne.

[65] Cette situation porte atteinte à leur dignité et n'est nullement justifiée par l'article 1. Si historiquement ou législativement le mariage n'a été ouvert au Canada qu'aux couples de même sexe, le législateur fédéral a la compétence et l'obligation de définir le mariage dans le respect de la *Charte* en tenant compte de l'évolution de la société et du mariage lui-même.

[66] Quant à l'article 365 C.c.Q., le législateur n'a pas la compétence d'édicter une condition de fond du mariage ce qu'est l'exigence d'hétérosexualité. Même si cette prétention n'était pas retenue, la partie de l'article 365 édictant l'exigence de l'union d'un homme et d'une femme est incompatible avec la *Charte* canadienne (art. 15) et la *Charte* québécoise (art. 10).

[67] La Procureure générale du Canada plaide que le législateur fédéral n'a jamais défini le mariage pas plus qu'il n'est l'auteur de cette institution qui antedate nos lois et est largement indépendante des règles statutaires et de l'intervention de l'état.

[68] Selon cette co-intimée, les requérants tentent par leur requête de redéfinir l'institution du mariage qui, de consensus, s'expliquerait par la réalité biologique qui lui est propre; la complémentarité des sexes et la capacité de procréation.

³³ L.Q. 2002, c.6

[69] Le mariage n'est pas une simple institution civile et il tire son origine aussi de la culture et de l'histoire religieuse. Le parlement fédéral n'a pas modifié "*l'institution*" mais il l'a reconnue, ce que reflètent l'article 1.1 de la Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et obligations et l'article 5 de la Loi d'harmonisation du droit fédéral avec le droit civil du Québec.

[70] Les législatures provinciales ont un pouvoir considérable quant aux effets du mariage, notamment les obligations mutuelles des conjoints, les droits des enfants et les incidences patrimoniales et qu'elles ont utilisé ce pouvoir sans toucher à l'institution même. Selon la Procureure générale du Canada, la discrimination dont se plaignent les requérants provient de la non reconnaissance des couples de même sexe par la province, situation qui a évolué depuis le dépôt de l'avant-projet de loi sur l'union civile.

[71] La Procureure générale du Canada prétend que la définition du mariage même si elle peut comporter une distinction de traitement, ce qui n'est pas admis, basée sur le motif analogue de l'orientation sexuelle ne porte, en aucune façon, atteinte à la dignité humaine des requérants, et par conséquent, respecte le paragraphe 15 (1) de la *Charte* selon les facteurs contextuels d'appréciation énoncés par la Cour suprême.

[72] De façon subsidiaire, si la définition du mariage pouvait être considérée comme portant atteinte à l'article 15 de la *Charte*, le Parlement était justifié de l'adopter dans le cadre de l'article 1. La Procureure générale du Canada plaide aussi qu'il n'appartient pas au Tribunal de trancher le débat lequel devrait être résolu par le Parlement et les législateurs.

[73] Le Procureur général du Québec soutient que l'exigence d'hétérosexualité des personnes aptes au mariage origine de l'article 115 C.c.B.C. lequel fut abrogé et remplacé en juin 2001 par l'article 5 de la Loi sur l'harmonisation. Cette condition de fond du mariage relevant de la compétence fédérale du Québec ne peut intervenir.

[74] L'alinéa 2 de l'article 365 C.c.Q. impose au célébrant de vérifier cette condition imposée par le fédéral. Si cette exigence était jugée discriminatoire selon l'article 15 (1) de la *Charte*, cet article du Code civil n'est pas la loi qui a engendré le traitement différent.

[75] Ce dernier argument pourrait aussi contrer la prétention des requérants que l'article 365 C.c.Q. contrevient à l'article 10 de la *Charte* québécoise. De plus, le Procureur général du Québec plaide que les requérants n'ont fait valoir aucun droit ou liberté fondamentale directement compromis par le Code civil du Québec.

[76] Dans leur intervention, L'Alliance francophone des protestants évangéliques du Québec et La Ligue catholique pour les droits de l'homme soutiennent que les requérants ne peuvent faire redéfinir le mariage, qui, lors de l'adoption de la Loi constitutionnelle de 1867, signifie uniquement l'union d'un homme et d'une femme. Ni le Parlement fédéral ni les législatures ne peuvent changer "*le sens constitutionnel du*

mariage", la Constitution ne peut être amendée par une simple loi. L'interprétation et l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'autorisent pas le pouvoir judiciaire à modifier les compétences législatives enchâssées dans la Loi constitutionnelle de 1867.

[77] S'appuyant sur les expertises qu'elles ont produites, ces deux intervenantes suggèrent qu'une modification de la définition traditionnelle et historique du mariage porterait atteinte aux droits à la légalité, à la liberté de religion et de conscience des croyants. Elles endossent de plus l'argumentation de la Procureure générale du Canada relative aux articles 15 et 1 de la *Charte*.

[78] L'intervenante, La Coalition, reprend substantiellement les prétentions des requérants. Elle ajoute que la communauté homosexuelle est une minorité soumise à un traitement différent.

[79] Elle réfute l'argument historique pour justifier le maintien de l'exclusion des couples de même sexe au mariage, le Parlement fédéral a compétence pour légiférer dans le domaine du mariage, le droit à l'égalité exige le respect de choisir dans quel type d'union deux personnes veulent vivre.

[80] La Coalition conclut que, dans l'hypothèse où le projet de loi sur l'union civile est adoptée, le jugement devrait déclarer selon le principe de l'interprétation large ("*reading in*") que l'article 5 de la Loi sur l'harmonisation devrait être interprété comme s'il se lisait "*Le mariage requiert le consentement libre et éclairé de deux personnes à se prendre mutuellement pour époux*".

ANALYSE

[81] Les procureurs des parties ont présenté, avec rigueur et respect, les diverses prétentions qui illustrent le débat social entourant cette revendication énergique de reconnaissance égalitaire des couples homosexuels. Il est évident que les décisions judiciaires ont pu contribuer à un nouveau cadrage de situations de fait mais le tout doit se faire conformément aux lois régissant les justiciables.

[82] La preuve établit que les requérants se sont vus refuser le droit de se marier parce que le mariage ne peut-être contracté qu'entre un homme et une femme. Qu'elle serait l'origine de cette condition?

[83] Lors de l'adoption de la Loi constitutionnelle de 1867, le législateur ne donne aucune définition statutaire du mariage. Il ne fait aucun doute que l'institution est bien encadrée par les religions et elle est ancrée dans les mœurs de la société.

[84] Le Parlement interviendra pour modifier certains empêchements au mariage pré-confédéraux. En 1882³⁴, les lois qui prohibent le mariage entre un homme et la sœur

³⁴ 45 Victoria, ch. 42, ar. 1

de sa femme défunte sont abrogés. En 1890³⁵, un homme peut alors marier sa nièce par alliance si son épouse est décédée. En 1927, la femme acquiert les mêmes droits que l'homme, dorénavant, elle pourra épouser son beau-frère ou son neveu si son époux est décédé.

[85] Lors de ces amendements, il n'y a toujours pas de définition du mariage ou de dispositions législatives exigeant que le couple soit de sexe différent. Il y aura ce même silence lors de l'adoption en 1990 de la Loi sur le mariage (degrés prohibés) qui ne vise que les degrés de parenté empêchant le mariage.

[86] L'origine de l'empêchement au mariage des couples de même sexe dans les provinces canadiennes autres que le Québec provient d'une règle de "*common law*" et non d'une loi fédérale. L'honorable juge Pitfield dans la cause *Egale Canada en Colombie Britannique*,³⁶ tout comme ses collègues de la Cour divisionnaire de l'Ontario³⁷ tirent la même conclusion.

[87] On réfère généralement à l'opinion de Lord Penzance dans l'arrêt *Hyde* comme étant la définition du mariage en *common law* anglais et canadien:³⁸

"The position or status of "*husband*" and "*wife*" is a recognised one throughout Christendom: the laws of all Christian nations throw about that status a variety of legal incidents during the lives of the parties, and induce definite rights upon their offspring. What then, is the nature of this institution as understood in Christendom? Its incidents vary in different countries, but what are its essential elements and invariable feature? If it be of common acceptance and existence, it must needs (however varied in different countries and its minor incidents) have some pervading identity and universal basis. I conceive that marriage, as understood in Christendom, may for this purpose be denied as the voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others."³⁹ (Mes soulignés.)

[88] Au Québec, comme nous l'avons vu, ce sont les articles 115 et suivants du C.c.B.C. adoptés en 1866 qui régissaient les conditions de fond du mariage jusqu'à l'adoption de la Loi sur l'harmonisation en mai 2001.

[89] Le C.c.B.C. n'a jamais dit expressément que le mariage ne peut avoir lieu qu'entre un homme et une femme. L'article 115 impose un âge minimal différent pour l'homme et la femme pour pouvoir contracter mariage. Cette condition reprenait les

³⁵ 53 Victoria, ch. 36

³⁶ cit. à 5

³⁷ cit. à 6

³⁸ *Layland c. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)* (1993) 14 O.R. (3d.) 658 (Ont. Div. Ct.)

³⁹ *Hyde c. Hyde and Woodmansee* (1866), L.R.I. P & D 130

exigences du droit romain et du droit canonique et elle était conforme au droit coutumier français.⁴⁰

[90] Cet article, lu en conjonction avec l'article 125 (prohibant le mariage entre "*le frère et la sœur*") et l'article 126 (interdisant le mariage entre "*l'oncle et la nièce*" et la "*la tante et le neveu*") et l'ensemble des dispositions en vigueur, a amené l'honorable juge Marcel Nichols à conclure:

"Même si le Code civil ne dit pas expressément que le mariage ne peut avoir lieu qu'entre un homme et une femme, toutes ses dispositions le laissent implicitement entendre."⁴¹

[91] Le même constat est retenu par la doctrine au fil des ans. En 1895, Mignault définit le mariage comme:

"...un contrat solennel par lequel deux personnes de sexe différent se promettent mutuellement la fidélité dans l'amour, la communion dans le bonheur, l'assistance dans l'infortune."⁴²

[92] Le Professeur Pineau écrit, dans un commentaire sur les articles 400 et 401 du Code civil du Québec adoptés en 1980 mais qui n'ont pas été mis en vigueur:

"La première condition est la différence de sexe. Cette condition est si essentielle et évidente que le législateur n'a pas cru bon de l'explicitement. L'identité des sexes entre les deux personnes qui s'unissent serait non seulement un cas de nullité mais encore un cas d'inexistence du mariage."⁴³

[93] Cette même notion est retenue dans le droit français:

"Si le C.C. ne définit pas le mariage, il contient, cependant, les trois éléments d'une définition technique. L'a. 144 donne élégamment à entendre que le mariage est une conjonction des sexes; l'a. 146 proclame avec énergie qu'il est un accord des volontés; l'a. 165 ajoute qu'il comporte un rite, scellé par l'État. En combinant ces trois éléments essentiels, on retrouvera la définition très sobre d'Aubry et Rau: l'union des deux personnes de sexe différent, contractée avec certaines solennités. On pourrait dire aussi, plus explicitement: l'acte par lequel un homme et une femme qui se sont mutuellement choisis s'engagent à vivre ensemble jusqu'à la mort (que l'engagement ne soit pas toujours tenu ne change rien au sens de l'acte initial); de l'accord des volontés sort un lien durable, le lien conjugal."⁴⁴

⁴⁰ Trudel, G., *Traité du droit civil du Québec*, tome 1, p. 355

⁴¹ *Piché c. Trottier* (1978) C.S. 81 à 90

⁴² Mignault, P.B., *Le droit civil canadien, tome 1^{er}* (Montréal: *Whiteford c. Théoret* (1895) p. 331

⁴³ Pineau J., *La famille droit applicable au lendemain de la loi "89"*, Les Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 17

⁴⁴ Carbonnier, J., *Droit civil. t. 2, 7^{ième} édition*, Paris, P.V.F., 1967, no. 99, p. 320

[94] Le mariage était, lors de l'adoption de la Loi constitutionnelle de 1867, l'union d'un homme et d'une femme que ce soit en vertu de la "*common law*" ou du Code civil du Bas-Canada. D'ailleurs, comment aurait-il pu en être autrement alors que notre droit criminalisait la relation homosexuelle jusqu'en 1969?

[95] La Procureure générale du Canada prétend que le mariage n'était pas uniquement une institution civile en raison de ses racines sociales, historiques et religieuses, le Parlement n'a que reconnu l'institution dans la loi et il l'a maintenue.

[96] Ce serait pour cette raison que l'art. 1.1 de la Loi visant à moderniser le régime d'avantages et d'obligations dans les Lois du Canada, n'a pas défini le mariage mais a repris le droit existant:

"1.1: Il demeure entendu que les modifications que la présente loi apporte ne changent pas le sens du mot "*mariage*", soit l'union légitime d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toute autre personne."

[97] Ce bill omnibus amende plusieurs statuts en réponse à la décision de la Cour suprême de *M c H*⁴⁵ laquelle déclarait discriminatoire l'exclusion des couples de même sexe aux bénéfices de certaines dispositions de la Loi sur les droits de la famille pour se réclamer des aliments après une rupture.

[98] Le Tribunal admet la prétention que l'article 1.1 n'est pas une définition du mariage et elle n'est pas la source législative de l'exclusion des couples de même sexe du mariage. Il est surprenant d'avoir une clause interprétative de cette teneur alors que manifestement la loi ne porte pas sur le mariage mais sur des droits économiques qui devraient être reconnus pour des couples de même sexe. On a peut-être voulu dissiper les inquiétudes exprimées par les parlementaires lors des débats tenus à l'occasion de l'adoption de cette loi. La clause interprétative fait toutefois partie de la loi et on ne peut en ignorer l'existence. On peut, au moins, en inférer la compréhension du législateur comme le dit le juge La Forme dans la décision ontarienne Halpern et al:

"I will however permit that one must accept that circumscribed pronouncements of Parliament contained in the MBOA do provide insight into what Parliament believes the definition of marriage to be. That is, it seems clear that it generally believes that marriage means: the union of "*one man and one woman to the exclusion of all others*."⁴⁶

[99] Au Québec, contrairement aux autres provinces canadiennes, le Parlement, le 7 mai 2002, dans la Loi d'harmonisation, abroge les dispositions du C.c.B.C. et adopte des articles spécifiques sur le mariage. La désuétude de certaines dispositions militait pour une intervention législative mais il y avait aussi la nécessité d'éviter toute

⁴⁵ *M c H* (1999) 2 R.C.S. p. 3

⁴⁶ Cit. à 6, motifs du juge La Forme par. 97

incertitude quant au droit devant régir les conditions de fond du mariage en conséquence de l'abrogation.⁴⁷

[100] Il est exact que l'article 5 de cette loi n'introduit pas du droit nouveau pour les motifs déjà discutés. Le législateur a décidé de ne pas changer l'institution comme le plaide la Procureure générale du Canada mais ce n'est certes pas le désir d'harmoniser avec l'article 365 C.c.Q. qui pourrait l'expliquer. Le Parlement demeure le seul compétent pour édicter une condition de fond du mariage selon les partages de pouvoir et seul un amendement constitutionnel pourrait habiliter l'autorité provinciale à le faire.

[101] Le législateur fédéral a été constant dans ses interventions concernant le mariage: s'assurer que le mariage demeure essentiellement le même dans toutes les provinces canadiennes. L'article 5 porte sur une condition importante déjà reconnue par la règle de "*common law*" dans les autres provinces.

[102] Même en admettant la prétention de la Procureure générale du Canada que l'article 5 n'introduit pas une nouvelle condition, il demeure que le Parlement a fait un choix législatif, c'est-à-dire de préciser que le mariage devait être entre un homme et une femme, ce qui n'avait jamais été écrit avant dans la Loi. La lecture de l'article 4 du projet initial de la Loi d'harmonisation (C-50)⁴⁸ illustre sans équivoque qu'il y a eu un choix. Me Pourbaix explique que la Partie 1 de la Loi d'harmonisation comprend l'abrogation des dispositions du Code civil du Bas-Canada et l'adoption de dispositions portant sur le mariage vise à créer une loi nouvelle et autonome à l'intérieur de la Loi d'harmonisation.⁴⁹

[103] L'article 5 de la Loi d'harmonisation n'était pas en vigueur lors du refus du greffier de la Cour supérieure de recevoir la demande de mariage des requérants, il ne peut avoir été la seule source de l'exigence de partenaires de sexe opposé. Les requérants sont justifiés d'avoir amendé leur requête pour ajouter une conclusion relative à cet article puisqu'il représente l'état du droit au Québec à ce jour sur cette question. Dans l'hypothèse où la condition est incompatible avec la *Charte*, il doit être pris en compte dans les remèdes recherchés comme l'article 1.1 de la Loi sur la modernisation.

[104] Bien que le greffier ait refusé la demande des requérants au motif de l'article 365 C.c.Q., pour les fins de l'analyse, il n'est pas essentiel de discuter tous les arguments soulevés. S'il énonce une condition de fond, il est ultra vires. La condition de fond porte sur la capacité des parties et les empêchements.⁵⁰ Il est reconnu que les empêchements de parenté et d'alliance sont des questions relatives à la capacité tout

⁴⁷ Pourbaix, Marie-Noëlle, S-4, *Un premier projet de la Loi d'harmonisation, L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec, le bijuridisme canadien*, Deuxième publication, Ministère de la justice, Canada.

⁴⁸ "Marriage requires that each of the parties give free and enlightened consent to be the spouse of the other." (Mes soulignés)

⁴⁹ Cit. 47, p.5

⁵⁰ Brun, Henri, Tremblay, Guy, *Droit constitutionnel*, 3^{ième} édition, Les Éditions Yvon Blais, p. 497

comme il est du ressort du Parlement d'empêcher une personne divorcée de se remarier jusqu'à l'expiration du délai d'appel du jugement de divorce. À la lumière de ces exemples, le sexe d'un conjoint est plus de la nature d'une condition de fond.

[105] Si l'article 365, comme le plaide le Procureur général du Québec, n'impose au célébrant que l'obligation de vérifier le respect d'une condition imposée par le fédéral, il serait *intra vires* et son sort devrait suivre la décision sur la compatibilité de cette condition avec la *Charte*.

[106] La juge Bénard, discutant de l'article 373 par. 4 C.c.Q. fait un raisonnement qui s'applique par analogie au présent litige:

"...(il) ne fait qu'imposer au célébrant l'obligation de s'assurer, avant de célébrer un mariage que les futurs époux ne sont pas l'un par rapport à l'autre un ascendant, descendant, un frère ou une sœur; le célébrant doit s'assurer que les futurs époux ne sont pas des personnes à qui il est interdit de se marier entre elles.

L'article 373 paragraphe 4 n'est pas en contradiction avec la loi fédérale; il ne fait qu'obliger le célébrant à s'assurer que la loi fédérale est respectée.

Si cet article avait ajouté des critères non contenus à la loi fédérale ou avait été rédigé de manière à interdire le mariage à des personnes qui autrement auraient pu s'épouser, il aurait fallu décider de sa validité, mais comme cet article ne contredit pas la loi fédérale, la question ne se pose pas."⁵¹ (Mes soulignés)

[107] Bref, le Tribunal conclut qu'en 1867 le mariage réfère à une union monogame d'un homme et d'une femme que ce soit en vertu d'une règle de "*common law*" ou des articles du C.c.B.C. Au Québec, depuis la Loi d'harmonisation, le législateur fédéral a confirmé l'exigence d'un homme et d'une femme pour contracter valablement le "*contrat*" de mariage. Le législateur fédéral a-t-il la compétence de modifier cette condition pour permettre aux couples de même sexe de se marier?

[108] L'Alliance et La Ligue, comme nous l'avons vu dans l'exposé des prétentions des parties, répondent par la négative. La Procureure générale du Canada sur ce point précis, comme dans son argumentation sur l'analyse en vertu de la *Charte*, rappelle que le mariage n'est pas une création législative mais une institution qui reconnaît une réalité biologique, sociale et historique.

[109] Le juge Pitfield dans la cause *Egale*, après une analyse for intéressante, conclut:

"In order to find that Parliament has the power to define same sex relationship as marriage, the word '*marriage*' in S. 91 (26) must be construed to mean a legal relationship between two persons regardless of sex or to include marriage like relationships. There is nothing to suggest that '*marriage*' in s. 91(26), was used

⁵¹ Droit de la famille – 2063, 1994, R.J.Q. 2631, p. 2638 (C.S.)

in any context other than its legal context as understood in 1867, namely a monogamous, opposite-sex relationship."⁵²

[110] Il poursuit, en distinguant la question en litige de celles qui furent soumises aux tribunaux, afin de clarifier des termes imprécis de la Constitution. Dans son opinion, le fait que les couples de même sexe ne peuvent se marier, ne relève pas d'une "*question of capacity*" leur inhabilité d'accéder au mariage provient de la nature du mariage qui exige un homme et une femme. Ainsi, même si le juge Pitfield procède à une analyse selon la *Charte*, il aurait rejeté aussi les requêtes au seul motif que:

"The relief sought, namely the characterization of same sex relationships as marriages, cannot be delivered by Parliament under s. 91 (26) of the Constitution of Canada without an amendment to the Constitution procured with the agreement of the provinces in the manner contemplated by the Constitution Act, 1982..."⁵³

[111] Le Tribunal, avec égards, ne partage pas cette opinion. Les articles 91 et 92 de la Loi constitutionnelle de 1867 sont attributifs d'une compétence législative dans un domaine déterminé. Les matières énumérées, selon le sénateur Beaudoin, sont "*des faisceaux législatifs, des catégories de sujets*" sur lesquels le Parlement canadien et les législatures sont habilités à faire des lois.⁵⁴

[112] La compétence du fédéral en matière de mariage a toujours été associée aux conditions de fond ce que les auteurs Chevrette & Marx qualifie de mariage-lien c'est-à-dire la formation même du contrat, qu'est le mariage, de ses conditions de validité et ses causes de nullité ou encore de dissolution.⁵⁵

[113] Opinion qu'endossent les auteurs, à titre d'exemples, on définit cette notion de condition de fond comme incluant une condition physiologique dont le sexe⁵⁶ ou autrement dit par Me Ouellette, les futurs époux se voient imposer des conditions d'aptitude physique: la différence de sexe et l'âge.⁵⁷ Les empêchements au mariage en relation du degré de parents ou d'alliance s'attachent aux capacités propres des conjoints potentiels.

[114] Prima facie, le législateur fédéral a la compétence pour répondre à la demande des requérants et l'article 129 de la Loi constitutionnelle de 1867 l'autorise à intervenir ce qu'il a fait récemment en adoptant l'article 5 de la Loi d'harmonisation. En est-il empêché au seul motif que la notion de mariage en 1867 n'envisageait pas un mariage entre deux personnes de même sexe? À cette étape de l'analyse, la question

⁵² Cit. à 5, par. 102

⁵³ Idem par. 124

⁵⁴ Beaudoin, Gérald A., *La Fédération au Canada*, La Collection bleue, 2000, Wilson & Lafleur, p. 403

⁵⁵ Cit. à 25, p. 657

⁵⁶ Castelli, Mireille D., *Précis du droit de la famille*, 2^{ième} éd., Les Presses de l'Université Laval, 1990, p. 15

⁵⁷ Ouellette, Monique, *Droit de la famille*, 3^{ième} éd., Les Éditions Thémis p. 13

théoriquement ne soulève pas la pertinence ou la justification du choix législatif mais la compétence du législateur.

[115] Certains principes généraux doivent guider le Tribunal dans l'interprétation de la Loi constitutionnelle. Elle est une loi fondamentale rédigée en termes généraux qui, par sa nature, ne peut être modifiée fréquemment. Dès 1930, dans l'arrêt du Conseil privé Edwards, Lord Sankey la décrit comme a "*living tree capable of growth and expansion within its natural limits*" qui doit être interprétée de façon large et libérale.⁵⁸

[116] L'intention initiale du législateur ne doit pas être ignorée mais une interprétation dynamique oblige à ne pas se limiter strictement au sens qu'avaient les termes de la Constitution en 1867 ce qui nierait toute la souplesse et la flexibilité de cette loi pour répondre aux réalités et besoins nouveaux de la société canadienne.

[117] La jurisprudence a suivi la règle d'interprétation évolutive par exemple pour reconnaître qu'un nouveau produit de crédit était couvert par l'expression "*les banques*" de l'article 91(15)⁵⁹ et attribuer la compétence en matière de téléphonie extensionnant la portée de l'art. 92 (10a)⁶⁰ alors qu'il s'agissait d'une réalité inexistante en 1867.

[118] La définition du terme "*indiens*" de l'article 91 (24) de la Loi constitutionnelle a aussi donné lieu à plusieurs débats. Dans le Renvoi sur les Esquimaux,⁶¹ il est exact que la Cour suprême a recherché la portée de ce mot en 1867. Mais la question posée dans ce Renvoi est différente, on demandait à la Cour de déterminer quel palier de gouvernement avait compétence pour légiférer pour les inuits: le fédéral ou la province de Québec d'où la nécessité de définir le mot "*indiens*". Il fût décidé que même si les inuits n'étaient pas couverts par la Loi sur les indiens, ils étaient indiens au sens de l'article 91 (24).

[119] Ce terme n'est pas demeuré figé au sens donné en 1867. On reconnaît dans cet article précis une certaine latitude au Parlement pour définir lui-même l'objet de sa compétence.⁶² Le juge La Forme cite plusieurs interventions à l'occasion desquelles le législateur a adapté, modifié la définition historique de ce mot.⁶³

[120] Ces exemples illustrent que la rédaction de la Loi constitutionnelle et l'interprétation qui en a été faite permettent de moduler la définition d'un terme, de l'objet dans son sens originare sans amender la Constitution pour répondre aux besoins d'une société dont les valeurs sociales et religieuses sont en constante transformation. L'interprétation de la Loi constitutionnelle doit maintenant prendre en compte la *Charte canadienne des droits et libertés*.

⁵⁸ *Henrietta Muir Edwards c. Attorney General of Canada* (1930) A.C. 124, p. 136

⁵⁹ *Attorney General for Alberta et Attorney General of Canada* (1947) A.C. 503

⁶⁰ *Toronto c. Bell Canada Co.* (1905) A.C. 52

⁶¹ (1939) S.C.R. 104

⁶² F. Chevette & H. Marx, cit. à 25 p. 1530

⁶³ Cit. par. 108 à 111 (opinion Juge La Forme)

[121] La notion de la famille canadienne a beaucoup changé, il en est de même pour le mariage. Les conditions de capacité et les empêchements ne sont pas identiques à celles de 1867. Une lecture comparative des articles du Code civil du Bas-Canada, de l'ancienne Loi sur le mariage, de la Loi sur le mariage (degrés prohibés) et la Loi sur l'harmonisation le démontre.

[122] Le Tribunal conclut pour toutes ces raisons que le Parlement a la "*compétence*" législative pour modifier le sens initial du mot mariage pour inclure les couples de même sexe.

[123] Les requérants plaident que la définition actuelle du mariage porte une atteinte injustifiée à leur droit à l'égalité. Le Procureur général du Québec ayant admis qu'il n'a pas compétence pour édicter une condition de fond comme l'hétérosexualité des conjoints et que l'article 365 C.c.Q. n'est qu'une condition de célébration pour refléter l'exigence fédérale, l'analyse porte en premier lieu sur cette loi fédérale.

[124] Il faut déterminer dans un premier temps si la définition actuelle du mariage a pour objet ou effet d'imposer à messieurs Hendricks et LeBœuf un traitement discriminatoire au sens de l'article 15 (1) de la *Charte*. Si la réponse est affirmative, la restriction est-elle justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique (art. 1 de la Charte)?

ARTICLE 15 DE LA CHARTE

[125] L'article 15 reconnaît les droits à l'égalité:

"15 (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe 1 n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques."

[126] Dans l'arrêt *Law*, l'honorable juge Iacobucci, appliquant les critères retenus notamment dans *Andrews*,⁶⁴ *Egan*,⁶⁵ et *Miron*,⁶⁶ propose les trois grandes questions que le Tribunal doit poser pour analyser s'il y a eu discrimination au sens du paragraphe 15 (1):

⁶⁴ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, (1989) 1 R.C.S. 143

⁶⁵ *Egan c. Canada* (1995) 2 R.C.S. 513

⁶⁶ *Miron c. Trudel* (1995) 2 R.C.S. 418

"Premièrement, la loi contestée a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles? Si tel est le cas, il y a une différence de traitement aux fins du par. 15(1). Deuxièmement, le demandeur a-t-il subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? Et, troisièmement, la différence de traitement était-elle réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du par. 15(1) de la *Charte* pour remédier à des fléaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique? Les deuxième et troisième questions servent à déterminer si la différence de traitement constitue de la discrimination réelle au sens du par. 15(1)."⁶⁷

[127] L'objet visé par l'article 15(1) de la *Charte* canadienne guide le Tribunal dans toutes les étapes de l'étude. Le juge Iacobucci, toujours dans l'arrêt *Law*, définit cet objet ainsi:

"...l'objet du par. 15 (1) est d'empêcher qu'il y ait atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles au moyen de l'imposition de désavantages, de stéréotypes ou de préjugés politiques ou sociaux et de promouvoir une société dans laquelle tous sont également reconnus dans la loi en tant qu'être humains ou que membres de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même considération."⁶⁸

[128] Plusieurs décisions antérieures de la Cour suprême ont adjugé du caractère discriminatoire de certaines dispositions législatives excluant les conjoints de même sexe de bénéfices accordés aux conjoints des couples hétérosexuels. Elles apportent des enseignements utiles pour éclairer la présente discussion mais on ne demandait pas à la Cour dans ces instances de décider du caractère discriminatoire de l'exigence d'hétérosexualité du mariage.

[129] L'article 15 n'est pas une garantie générale d'égalité entre les individus et les groupes, l'évaluation doit prendre en compte les facteurs contextuels et non pas se limiter à une comparaison mécanique. La notion même de dignité humaine peut être différente selon chacun, si l'analyse subjective demeure un élément à considérer, il est plus prudent de référer à la perspective du "*demandeur raisonnable*" placé dans des circonstances semblables.⁶⁹

[130] Dans le cadre de l'analyse sous l'article 15, seules les considérations égalitaires liées à son objet sont pertinentes. Toute justification que peut invoquer le législateur

⁶⁷ *Law c. Canada* (1999) 1 R.C.S. 497, p. 523

⁶⁸ *Ibid* p. 549

⁶⁹ *Ibid* par. 59-61 Egan, par. 56: le point de vue pertinent est celui de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotées d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur.

pour le respect des droits et liberté d'autrui ou des considérations d'ordre public doit être reportée à l'étape de l'article premier s'il y a lieu.⁷⁰

[131] Appliquons ces principes au cas d'espèce. Les requérants ont l'âge légal pour se marier et ils ne sont pas parents ou alliés à un degré prohibé. Nul ne conteste leur engagement sérieux dans une relation de 30 ans qui a toutes les caractéristiques d'une union conjugale, ils sont déjà un couple pour ceux qui les connaissent. C'est un attribut essentiel de l'adulte de pouvoir choisir avec qui il fera sa vie.

[132] Les législateurs récemment ont accordé certains bénéfices aux conjoints de même sexe. Le Parlement fédéral, lors de l'adoption de la Loi sur la modernisation a étendu aux couples vivant maritalement depuis au moins un an les effets de certains régimes d'avantages et d'obligations et ce, peu importe que le couple soit homosexuel. Cette loi modifie 68 lois fédérales. Au Québec, le législateur provincial a aussi adopté en juin 1999, la Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait,⁷¹ la définition de conjoint de fait reconnaît l'union de fait peu importe le sexe des personnes formant ce couple.

[133] Ces lois corrigent certaines iniquités et confirment une acceptation sociale d'une nouvelle réalité. Il demeure que Messieurs Hendricks et LeBoeuf n'ont pas le droit de se marier parce qu'ils ne satisfont pas à l'exigence précise d'hétérosexualité de l'article 5 de la Loi d'harmonisation no. 1 du droit fédéral avec le droit civil. Ils sont ainsi privés de choisir dans quel type d'union ils veulent vivre leur relation. Les requérants peuvent poursuivre une union de fait avec les bénéfices économiques récemment octroyés par les législateurs. Au Québec, depuis juillet 2002, ils peuvent officialiser leur relation en s'engageant dans l'union civile qui accorde des droits et obligations semblables à tous les couples. Mais on leur refuse toujours l'accès au mariage, une institution importante dans notre société.

[134] Comme le rappelle le juge Linden dans l'arrêt *Egan*:

"One cannot avoid the conclusion that offering benefits to gay and lesbian partners under a different scheme from heterosexual partners is a version of the separate but equal doctrine. That appalling doctrine must not be resuscitated in Canada four decades after its much heralded death in the United States."⁷² (Mes soulignés)

[135] Le Tribunal conclut que la loi les soumet à un traitement différent. La distinction pour être discriminatoire doit en premier lieu toucher au droit à l'égalité de tous les canadiens en raison d'un motif énuméré à l'article 15 (1) ou pour un motif analogue.

⁷⁰ Proulx, Daniel, *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?* La Revue du Barreau, tome 61, p. 256

⁷¹ L.Q. 1999, c. 14

⁷² *Egan c. Canada* (1993) 3 F.C. 401 (C.A.)

[136] L'orientation sexuelle est une caractéristique personnelle qui est un motif analogue, selon les conclusions de la Cour suprême dans l'arrêt *Egan* puis dans *M. c. H.* L'Honorable juge Iacobucci dans cette dernière décision cite avec approbation, *Egan*:

"L'orientation sexuelle est *"une caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n'être modifiée qu'à un prix personnel inacceptable"* (par. 5). En outre, notre Cour, à la majorité, a explicitement reconnu que les gais, les lesbiennes et les bisexuels, *"à titre individuel ou comme couples, forment une minorité identifiable, victime encore aujourd'hui de désavantages sociaux, politiques et économiques graves"*⁷³

[137] La Procureure générale du Canada prétend que la définition du mariage, même en concluant qu'elle comporte une distinction de traitement basée sur un motif analogue, ne porte en aucune façon atteinte à la dignité humaine des requérants si on prend en compte les facteurs contextuels.

[138] Dans le cas d'espèce, la préexistence d'un désavantage revêt une grande importance. L'article 15 de la *Charte* tend à promouvoir plus de justice sociale, notamment en protégeant les défavorisés et les exclus, il a un rôle à la fois protecteur et remédiateur. L'appartenance des requérants à un groupe historiquement défavorisé par la vulnérabilité aux préjugés et stéréotypes sociaux n'établit pas en soi aucune présomption d'atteinte à la dignité mais leur fardeau de preuve devrait s'avérer plus léger dans un tel contexte.⁷⁴

[139] Le désavantage historique dont ont souffert les homosexuels est reconnu et bien documenté, ils tentent depuis plusieurs années d'être reconnus comme citoyens à part entière pouvant bénéficier du même respect et des mêmes droits que les autres. Les gais et les lesbiennes ont vécu l'isolement, le harcèlement et la violence. L'orientation sexuelle se manifeste dans le choix de son partenaire et la relation homosexuelle a été criminalisée jusqu'en 1969. L'homosexualité fut considérée comme une maladie.

[140] En dépit des progrès réalisés, ils demeurent un groupe, objet de railleries et de stéréotypes dans certains milieux. Les mouvements de lutte contre la violence faite aux homosexuels, l'ostracisme subi par leur famille et l'appui syndical pour leur garantir une quiétude en emploi sont quelques exemples donnés dans les affidavits de la Coalition qui attestent encore de leur vulnérabilité.

[141] Une disposition législative les excluant d'une institution civile aussi importante que le mariage peut être reçue comme un signal négatif. Cette différence de traitement additionnelle contribue à la perpétuation de leur statut particulier. Les conjoints du couple homosexuel peuvent bénéficier d'avantages économiques et au Québec ils peuvent accéder à l'union civile, en fait, on les reconnaît mais pas question de les

⁷³ Cit. 45, p. 53

⁷⁴ Cit. 67, opinion du juge Iacobucci, p. 537

laisser acquérir le statut de personne mariée. Même pour "*certaines personnes raisonnables informées*", l'inférence est plausible.

[142] Le deuxième facteur contextuel suggéré dans l'arrêt *Law* demande l'examen de la corrélation qui existe entre ce que la loi cherche à accomplir à travers les distinctions et les véritables caractéristiques du groupe visé. La Cour suprême précise:

"Bien que le simple fait que les dispositions législatives contestées tiennent compte des caractéristiques et de la situation personnelle du demandeur ne suffira pas nécessairement pour faire rejeter une allégation fondée sur le par. 15 (1), il sera généralement plus difficile de démontrer l'existence de discrimination lorsque la loi prend en considération la situation véritable du demandeur d'une manière qui respecte sa valeur en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, et il sera moins difficile de le faire lorsque la loi fait abstraction de la situation véritable du demandeur."⁷⁵

[143] La Ligue, L'Alliance et la Procureure générale du Canada plaident qu'il ne s'agit pas d'un cas où on ne tient pas compte des besoins ou capacités des requérants. Le mariage exige l'union d'un homme et d'une femme puisqu'il vise à souligner la complémentarité des sexes. La complémentarité des sexes est liée à la capacité de procréer, ce que seuls les couples hétérosexuels ont la capacité biologique de faire.

[144] Il est incontestable que le mariage, dans nos traditions sociales, juridiques et religieuses implique une relation hétérosexuelle. La raison d'être du mariage a pu reposer sur la réalité biologique et sociale comme l'a conclu l'honorable juge La Forest dans *Egan* et il ajoute:

"...On pourrait le définir sur le plan juridique de façon à y inclure les couples homosexuels mais cela ne changerait pas les réalités biologiques et sociales qui sous-tendent le mariage traditionnel."⁷⁶

[145] Le respect de nos valeurs sociales historiques et du mariage traditionnel ne doit pas empêcher une remise en question de l'institution, éclairée par l'esprit de la *Charte*, sans quoi toute discrimination préexistante ne pourrait être corrigée. La nouveauté de la demande des requérants pose cette question: la procréation est-elle aujourd'hui la seule raison d'être du mariage?

[146] Le Tribunal ne le croit pas. La potentialité de procréation n'est pas une condition au lien matrimonial civil. Dans le Code civil du Bas-Canada, l'impuissance selon l'article 117 était un motif d'annulation, ce qui n'est plus le cas.

[147] La cellule familiale a beaucoup évolué. Des couples se marient et choisissent de ne pas avoir d'enfant, c'est un choix de vie qui ne contrevient pas à la validité de leur mariage. Certaines personnes se marient et elles ne peuvent procréer, on ne demande

⁷⁵ Ibid p. 551

⁷⁶ Cit. 65 p. 536

pas une preuve de fertilité pour célébrer un mariage. On ne doute pas de l'accessibilité au mariage d'une femme très âgée!

[148] Il faut se souvenir qu'au Québec, les droits des enfants étaient définis différemment selon qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage, ce n'est qu'en 1980 que ces dispositions furent abrogées lors de l'adoption de l'article 594 C.c.Q.⁷⁷ Plusieurs parents, par choix, donnent naissance à leurs enfants et les éduquent dans une union de fait. Des couples homosexuels peuvent, par procréation médicalement assistée ou encore par l'adoption par un conjoint, former une cellule familiale.

[149] On ne définit plus nécessairement le mariage par les enfants qui naissent de l'union. Le mariage est une relation exclusive, intime et durable de deux personnes qui s'engagent à faire vie commune et à se supporter mutuellement. Le mariage est célébré avec une certaine solennité et publiquement. Plus qu'un contrat, une institution dont on ne peut sortir qu'en respectant des conditions spécifiques et par un jugement de Cour. L'évolution de la société, du contexte général de la famille et les développements technologiques peuvent suggérer une plus grande flexibilité de l'institution pour mieux répondre aux besoins des couples homosexuels.

[150] La *Charte* requiert que l'état ne contrevienne pas sans nécessité aux choix personnels des individus. On pourrait, par analogie, reprendre cet énoncé de la Cour suprême dans *Morgentaler*:

"...the idea of human dignity finds expression in almost every right and freedom guaranteed in the *Charter*...[and] the basic theory underlying the *Charter* [is] that the state will respect choices made by individuals and, to the greatest extent possible will avoid subordinating these choices to any one conception of good life."⁷⁸

[151] Le facteur contextuel de la nature et l'étendue du droit touché permet d'apprécier le caractère discriminatoire de la loi en cause. L'exclusion ne vise que les couples homosexuels et a pour effet de les priver de l'institution du mariage. Même en l'absence d'une preuve spécifique, on peut constater que plusieurs hétérosexuels ont déserté le mariage et privilégié l'union de fait. La discussion n'a pas pour but de qualifier le degré d'importance ou de respectabilité des différents types d'union mais de constater qu'ils sont différents.

[152] Pour les requérants, le mariage est la reconnaissance pleine et entière de l'engagement le plus profond que des conjoints peuvent prendre l'un envers l'autre. Le mariage confère un statut social. Toutes les parties reconnaissent l'importance du mariage. Les expertises de La Ligue et L'Alliance et les affidavits de la Coalition se rejoignent sur cette question.

⁷⁷ Art. 594. Tous les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et les mêmes obligations, quelles que soient les circonstances de leur naissance (1980) c. 39, a./s.1)

⁷⁸ Re: *Morgentaler* (1988) 1 S.C.R. 30, p. 166

[153] L'attribution du statut de personnes mariées s'inscrit dans la reconnaissance des droits des homosexuels et l'article 5 de la Loi d'harmonisation touche de façon grave et tangible ce droit fondamental pour les mêmes raisons que retenait l'honorable juge L'Heureux-Dubé dans sa dissidence dans *Egan*:

"Étant 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 aussi 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 unions de personne de sexe opposé."⁷⁹

[154] L'effet remédiateur et d'amélioration de la mesure législative n'est pas pertinent pour les fins de la présente analyse. L'effet de cette mesure ne tend pas à corriger une exclusion d'un groupe défavorisé mais bien à maintenir une distinction en faveur de la majorité. Ce facteur est plus significatif lorsque l'allégation fondée sur l'article 15 (1) est soutenue par un membre favorisé dans la société dont les droits sont déjà protégés.

[155] Pour ces motifs, le Tribunal conclut que la définition du mariage impose une distinction discriminatoire en excluant les couples de même sexe. Tenant compte des facteurs contextuels, cette distinction met en doute la dignité humaine et nie le droit à l'égalité des requérants au sens de l'article 15 de la *Charte*.

JUSTIFICATION EN VERTU DE L'ARTICLE 1

[156] L'atteinte à la garantie d'égalité peut-elle se justifier sur le plan légal selon la norme prévue à l'article 1 ?

"1, La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique."

[157] Les principes généraux régissant l'analyse de justification sous l'article 1 ont été énoncés dans l'arrêt *Oakes*⁸⁰ et réitérés dans plusieurs décisions subséquentes de la Cour suprême. L'honorable juge Iacobucci dans *Egan* présente ces étapes:

'L'atteinte à une garantie constitutionnelle sera validée à deux conditions. Dans un premier temps, l'objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Dans un deuxième temps, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif doit être raisonnable et doit pouvoir se justifier dans une société libre et démocratique. Cette seconde condition appelle trois critères: 1) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif; 2) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la

⁷⁹ Cit. 65, p. 567

⁸⁰ *R c Oakes* (1986) 1 R.C.S. 103

Charte, et 3) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif. Dans le contexte de l'article premier, il incombe toujours au gouvernement de prouver selon la prépondérance des probabilités que la violation peut se justifier."⁸¹

[158] Les parties soulèvent plusieurs arguments semblables dans la discussion de la compétence du gouvernement fédéral de légiférer sur la définition du mariage ainsi que dans les analyses en vertu des articles 15 et 1 de la *Charte*. La nature du litige peut expliquer leurs décisions. Au risque de faire certaines répétitions, le Tribunal, sans reprendre tous les éléments déjà discutés, apprécie les prétentions dans le contexte particulier de l'analyse de la justification qu'exige l'article 1.

[159] Selon la Procureure générale du Canada, son intervention législative est justifiée pour la préservation du mariage traditionnel. Ce type d'union hétérosexuelle n'est pas qu'une institution civile, il rappelle un aspect de notre histoire et de nos origines. L'État n'a pas créé l'institution mais n'a fait que la reconnaître.

[160] Le respect de la conception traditionnelle du mariage ne peut suffire à nier le droit à l'égalité. La jurisprudence n'indique aucunement que l'analyse contextuelle diminue l'obligation de l'État de démontrer le caractère raisonnable de sa loi. L'honorable juge McLachlin dans *RJR MacDonald* écrit:

"...la mesure attentatoire doit être justifiable par application de la raison et de la rationalité. La question n'est pas de savoir si la mesure est populaire ou compatible avec les sondages d'opinion publique. Elle est plutôt de savoir si cette mesure peut être justifiée par l'application du processus de la raison."⁸²

[161] La justification de l'exclusion des conjoints homosexuels en raison de la nature même du mariage (complémentarité des sexes et but de procréation) a déjà été écartée dans le cadre de l'analyse sous l'article 15. Il n'est pas utile de reprendre les arguments lesquels ne permettent pas pour les mêmes raisons d'établir le caractère réel et urgent de la loi à l'étude.

[162] La Procureure générale du Canada n'a pas établi d'ailleurs les préoccupations urgentes et réelles qui justifient la violation du droit à l'égalité de messieurs Hendricks et LeBoeuf.

[163] Ce n'est certes pas une préoccupation urgente qui a contraint l'adoption de la Loi d'harmonisation. Le droit initial que l'on prétend reprendre antedate nos lois et est énoncé dans le Code civil du Bas-Canada avant la Loi constitutionnelle de 1867. Dans l'exercice louable d'harmonisation du droit fédéral avec le droit civil, le législateur abolit les articles du Code civil du Bas-Canada "*parce que la survivance de ces dispositions*

⁸¹ Cit. 65 p. 605

⁸² *RJR – MacDonald c. Canada (P.G.)* (1995) 3 R.C.S. 189 p. 328

peut être une source éventuelle de conflits",⁸³ nous sommes loin de la préoccupation urgente.

[164] Nul ne conteste que les religions ont joué un rôle important dans le mariage, leurs croyances et leurs rites ont présidé à l'encadrement de l'institution. La sécularisation du mariage oblige le législateur à tenir compte que l'institution est civile et ne peut être définie que par la religion. Nous ne vivons plus dans la communauté homogène du siècle dernier. Le multiculturalisme, les croyances religieuses diverses, la laïcisation de plusieurs institutions témoignent de l'ouverture de la société canadienne. L'État doit s'assurer du respect de chaque citoyen mais aucun groupe ne peut imposer ses valeurs ou définir une institution civile.

[165] L'honorable juge Dickson dans l'arrêt *Big M Drug Mart* lors de son analyse de la Loi sur le dimanche écrit:

"Une majorité religieuse, ou l'État à sa demande, ne peut, pour des motifs religieux, imposer sa propre conception de ce qui est bon et vrai aux citoyens qui ne partagent pas le même point de vue. La *Charte* protège les minorités religieuses contre la menace de "*tyrannie de la majorité*".⁸⁴

[166] Le Tribunal ne peut conclure que ce soit la situation dans le présent litige bien que les Églises s'opposent fermement et parfois farouchement à l'accès des couples homosexuels au mariage comme les expertises de La Ligue et L'Alliance l'expliquent. Malgré ce caveat, les propos du juge Dickson peuvent se transposer dans toute question où on demande aux tribunaux d'étudier une situation où se confrontent des valeurs religieuses à des préoccupations sociales, les croyants ne peuvent seuls définir le mariage ou exiger le maintien du statu quo.

[167] Les requérants ne demandent pas à une Église de célébrer leur mariage, ils s'adressent au greffier de la Cour supérieure, un officier de l'État. Au Québec, comme nous l'avons vu, aucun ministre de culte ne peut être contraint à célébrer un mariage que sa religion et la discipline de sa société religieuse ne reconnaissent pas. À titre d'exemple, l'Église catholique refuse de célébrer le mariage de personnes divorcées empêchement que le législateur ne considère pas dès que le jugement de divorce est irrévocable. Les affidavits déposés en réponse aux expertises produites par La Ligue et L'Alliance donnent aussi des exemples d'empêchements différents imposés par certaines religions.

[168] Les membres d'une confession religieuse sont libres d'accepter des formalités et conditions additionnelles aux exigences fondamentales de l'institution civile au nom de la foi qu'ils professent, ils adhèrent à des dogmes et préceptes spécifiques. L'article 2 (a) de la *Charte* canadienne protège la liberté de conscience et de religion et oblige l'État de ne pas imposer d'entraves qui rendraient théorique l'exercice de cette liberté.

⁸³ Cit. 49

⁸⁴ R c. *Big M Drug Mart Ltd.* (1985) 1 R.C.S. 295, p. 337

[169] Comme l'affirme l'honorable juge Lamer dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*:

"Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits, tant dans l'interprétation de la *Charte* que dans l'élaboration de la *common law*. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit, [...] les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits."⁸⁵

[170] L'état doit s'assurer que chaque canadien puisse se développer harmonieusement dans la société en tendant d'accommoder leurs croyances différentes. La liberté de religion n'est pas supérieure au droit à l'égalité consacré par l'article 15 (1). Dans le contexte précis de ce dossier, la liberté de conscience et de religion n'est pas menacée et elle ne peut justifier le législateur fédéral de légiférer pour maintenir la définition traditionnelle de l'institution du mariage comme l'union d'un homme et d'une femme.

[171] La Procureure générale du Canada n'a pas prouvé que le mariage des couples de même sexe affecte le droit des couples hétérosexuels ou dévalorise l'institution civile. En toute justice, les procureurs généraux n'ont pas plaidé qu'une nouvelle définition du mariage menace la paix et le bon ordre public. Ils reconnaissent que les couples homosexuels peuvent avoir des unions de qualité à l'intérieur desquelles se créent des familles qui méritent la considération étatique.

[172] La Procureure générale du Canada n'a pas satisfait à la première étape de justification selon les critères développés dans l'arrêt *Oakes*. Elle n'a pas convaincu le Tribunal que son objectif législatif est suffisamment important pour nier le droit des requérants d'accéder à l'institution civile du mariage en violation de leur droit à l'égalité.

[173] Considérant cette conclusion, il ne serait pas nécessaire de procéder à l'analyse de la seconde étape: le test de la proportionnalité. Afin de participer pleinement au débat que pose cette requête, voici quelques constatations sur ce volet.

[174] Il faut examiner dans un premier temps s'il existe un lien rationnel entre les moyens utilisés dans la loi et, d'autre part, l'objectif visé par la disposition. L'honorable juge Wilson énonce dans l'arrêt *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, la norme à respecter:

"L'examen, proposé dans *Oakes*, du «lien rationnel» entre les objectifs et les moyens choisis pour les atteindre n'exige rien de plus que la démonstration que les moyens retenus par le gouvernement favorisent logiquement la réalisation des objectifs légitimes et importants du législateur."⁸⁶

⁸⁵ (1994) 3 R.C.S. 835, p. 877

⁸⁶ (1991) 2 R.C.S. 211, p. 291

[175] Si on accepte la prémisse du législateur fédéral, c'est-à-dire qu'il ne fait que reconnaître l'institution, le mariage étant par sa nature même une relation hétérosexuelle, l'article 5 de la Loi d'harmonisation aurait un lien rationnel. Le raisonnement devient circulaire. L'exclusion des couples homosexuels, pour les motifs déjà discutés, est discriminatoire et le législateur n'a pas démontré que son intervention répond à des préoccupations qui doivent être non seulement réelles mais aussi "*urgentes*".

[176] Le juge La Forme dans la cause Halpern, après avoir écarté l'argument du fédéral que le mariage doit être une relation hétérosexuelle en raison de la complémentarité des sexes et des fins de procréation, conclut au même effet en appliquant des conclusions factuelles de M c H, il écrit:

"...the restriction against same sex-marriage fails the rational connection test because it is both:

-overinclusive in that it allows non-procreative heterosexuals to marry; and

-under inclusive because it denies the same sex-parents and intended parents the right to marry."⁸⁷

[177] L'arrêt *Oakes* oblige aussi de vérifier si la disposition contestée porte le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*. Le législateur a une marge de manœuvre et la mesure utilisée doit se situer "*à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables*". Selon l'opinion dissidente du juge La Forest dans *RJR Macdonald*:

"...l'exigence de l'atteinte minimale n'impose pas l'obligation au gouvernement d'avoir recours aux mesures disponibles les moins attentatoires. Cette exigence l'oblige seulement à démontrer que les mesures prises sont les moins attentatoires compte tenu tant de l'objectif législatif que du droit violé."⁸⁸

[178] Le législateur fédéral croit satisfaire à ce critère, on ne peut pas refuser partiellement de reconnaître le mariage des couples de même sexe. Il reprend encore et toujours le même argument, cette union ne correspond pas à la notion de complémentarité des sexes et à la capacité d'engendrer la vie, il n'y a pas lieu de faire des exceptions et de permettre à certains d'entre eux de se marier par exemple.

[179] Le droit canadien est maintenant plus soucieux des droits des homosexuels. L'octroi des bénéfices identiques à tous les couples, peu importe l'orientation sexuelle témoigne de l'intention des législateurs de tenir compte de la réalité actuelle et d'améliorer la situation des couples. Toutefois, le Tribunal n'endosse pas la prétention de la Procureure générale du Canada que tous les droits pertinents à l'épanouissement des homosexuels en tant que membres à part entière de la société canadienne, de même qu'en tant que couples et en tant que parents lorsque c'est le cas, sont reconnus.

⁸⁷ cit 6 par. 250

⁸⁸ Cit. 82 p. 305

[180] La création de l'union civile au Québec comporte une certaine reconnaissance mais elle n'est pas l'institution du mariage. L'honorable Bégin, ministre de la justice du Québec lors des auditions de la Commission des Institutions écarte toute autre interprétation:

"Je vous relis la page 2 de mon discours: «Si le Québec exerçait une totale et entière compétence sur le droit de la famille et particulièrement sur la détermination des conditions de fond du mariage et sur le divorce, la proposition législative que nous aurions examinée se réduirait à peu de chose. Elle aurait prévu que, sans égard à l'orientation sexuelle, le mariage peut être contracté entre deux personnes qui expriment publiquement leur consentement libre et éclairé à cet égard.»

....

Ce que je dis, c'est que si on fait ce que vous demandez...nous recréons un deuxième mariage et qu'à ce moment-là sur le plan constitutionnel canadien - par externe, la même situation n'existe pas ailleurs – constitutionnel canadien, nous faisons le mariage qui est de juridiction fédérale. C'est ça la question."⁸⁹

[181] Les gens qui choisissent de se marier accordent une importance manifeste à la reconnaissance symbolique du mariage par l'état qui confère un statut distinct des autres formes d'unions. Ceci demeure vrai même après l'entrée en vigueur de l'union civile.

[182] La troisième partie de cette analyse vise l'étude de la proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif, de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif.

[183] La Procureure générale du Canada n'apporte aucun argument nouveau. Elle affirme que l'impact sur les requérants, si jamais il y en a un, ne peut-être que minime, prétention que le Tribunal a rejetée en considérant que l'atteinte est sérieuse considérant le droit fondamental violé. La preuve ne convainc d'aucun bénéfice.

[184] Le Tribunal conclut que la définition du mariage de l'article 5 de la Loi d'harmonisation porte atteinte au droit à l'égalité consacré à l'article 15 de la *Charte* et ne peut-être justifiée dans le cadre de l'article premier.

ARTICLE 365 DU CODE CIVIL DU QUÉBEC

[185] La compétence du législateur provincial en matière de mariage a été précédemment discutée dans le cadre du contexte législatif. L'exigence d'hétérosexualité des conjoints pour contracter le mariage ne pouvait être imposée par une législature puisqu'il s'agit d'une condition de fond, compétence exclusive du fédéral.

⁸⁹ Commentaires faits lors de la présentation de Mme Irène Demezuck pour la Coalition le 5 février 2002, Vol. 1, p. 37

[186] Le Code civil ne peut édicter une condition relative au sexe des futurs époux qui diffère de celle établie par le Parlement canadien. Même en l'absence du second alinéa de l'article 365, la condition d'hétérosexualité imposée par l'article 5 de la Loi d'harmonisation no. 1 du droit fédéral avec le droit civil trouverait néanmoins application et continuerait de faire échec au mariage des homosexuels.

[187] L'article 365 al. 2 ne peut être considéré comme "la loi" de laquelle origine la distinction discriminatoire au sens de l'article 15 de la *Charte* canadienne.

"Pour que l'article 15 de la Charte s'applique, l'inégalité dont on se plaint doit découler de la loi."⁹⁰

[188] Considérant la conclusion antérieure que dans l'état actuel du droit québécois, l'exigence d'hétérosexualité provient de l'article 5 de la Loi d'harmonisation, il n'est pas nécessaire d'élaborer plus longuement sur cet argument.

[189] De plus, le législateur provincial ne peut accorder les remèdes que les requérants recherchent. La Cour suprême a statué à plusieurs reprises que l'application du paragraphe 15 (1) de la *Charte* canadienne ne modifie pas le partage des compétences entre les ordres fédéral et provincial du gouvernement.⁹¹

[190] L'article 31 de la Charte canadienne énonce précisément que la Charte n'élargit pas les compétences législatives de quelque organisme ou autorité que ce soit.

[191] Les prétentions des requérants fondées sur l'article 10 de la Charte québécoise doivent aussi être rejetées puisque l'article 365 alinéa 2 du C.c.Q. n'est pas le véritable fondement juridique du traitement discriminatoire.

[192] Subsidiairement, les requérants avaient le fardeau de prouver que "*la cause efficiente de l'inégalité*"⁹² dont ils se plaignent est l'un des motifs de discrimination prévus à l'article 10. Leur argumentation se limite à référer généralement à cet article 10 sans faire valoir un droit ou une liberté fondamentale qui serait directement compromis par le Code civil du Québec.

RÉPARATION

[193] Puisque l'article 5 de la Loi d'harmonisation contrevient au droit à l'égalité des requérants, il faut déterminer la réparation à accorder sous le régime de l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982. Un défi de taille lorsque l'article déclaré incompatible

⁹⁰ *McKinney c. Université de Guelph* (1990) 3 R.C.S. 229, p. 276

⁹¹ "Le paragraphe 15(1) de la Charte, bien qu'interdisant la discrimination, n'apporte aucune modification au partage des pouvoirs entre les gouvernements...*Haig c Canada* (1993) 2 R.C.S. 995, pp. 1046-1047. On peut lire au même effet: Renvoi relatif au projet de loi 30, "*An act to amend the Education Act (Ont)* (1997) 1 R.C.S. 1148, p. 1197

⁹² *Québec (Ville de) c. Commission des droits de la personne du Québec (C.A.)* 831, pp. 842-843

remet en cause l'accessibilité à une institution symbolique aussi importante que le mariage.

[194] Une lecture attentive de l'analyse faite par les trois juges de la Cour divisionnaire d'Ontario dans la récente décision d'Halpern illustre bien la difficulté de choisir la mesure appropriée. Après avoir tous déclaré que la définition de *common law* du mariage "*the lawful and voluntary union of one man and one woman to the exclusion of all others*" était inconstitutionnelle et inopérante ils concluent à des mesures de redressement différentes.

[195] La juge Smith décide aussi:

"I suspend the operation of the foregoing declaration for a period of 24 months to enable Parliament (and where applicable, the provincial Legislature) to create its own remedial provisions in this area consistent with the requirements of the *Constitution Act, 1982* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* contained therein".⁹³

[196] Le juge Blair accorde aussi un délai de 24 mois au législateur pour permettre les corrections législatives appropriées mais il ajoute:

"...but, should Parliament (and, where applicable, the Legislatures) not act accordingly prior to the expiration of 24 months, I declare in that event that the *common law* definition of marriage – that is, "*the lawful and voluntary union of one man and one woman to the exclusion of all others*" – is to be reformulated by replacing the words "*one man and one woman*" with the words "*two persons*".⁹⁴

[197] Le juge La Forme reformule simplement la définition du mariage pour remplacer les mots "*one man and one-woman*" par "*two persons*". Il croit qu'une intervention immédiate est appropriée en prenant compte entre autres la nature du droit violé, le préjudice historique subi par les homosexuels et l'inaction du législateur. Il écrit dans une de ses conclusions:

"Marriage licences should issue to the Applicant Couples. Moreover, I declare that the marriages of Kevin Bourassa and Joe Varnell and of Elaine Vautour and Anne Vautour are valid legal marriages. I order that the Registrar General is required to accept registration of the documents evidencing these two marriages."⁹⁵

[198] Les conclusions reflètent les niveaux d'intervention possibles. L'État canadien se compose des pouvoirs distincts: exécutif, judiciaire et législatif. Le Tribunal doit envisager les mesures de réparation en se rappelant qu'il ne doit pas s'immiscer inutilement dans le rôle propre du législateur cependant son intervention est légitime.

⁹³ Cit 6, Conclusion de la Juge H.J. Smith, par. 20b)

⁹⁴ Ibid, Conclusion du juge R.A. Blair par 145 c)

⁹⁵ Ibid, Conclusion du juge H.S. La Forme par. 309 (6)

[199] Dans l'arrêt *Vriend*, l'honorable juge Iacobucci explique le rôle du judiciaire dans les dossiers soulevant des dispositions de la *Charte*:

"Notre constitution a été réaménagée de façon à déclarer que dorénavant le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif devront exercer leurs fonctions dans le respect des libertés et droits constitutionnels nouvellement reconnus. La dévolution aux tribunaux du rôle de fiduciaires à l'égard de ces droits en cas de litiges quant à leur interprétation constituait un élément nécessaire de ce nouveau régime.

Il s'ensuit obligatoirement qu'en leur qualité de fiduciaires ou d'arbitres, les tribunaux doivent examiner les actes du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, non en leur nom propre mais pour l'exécution du nouveau contrat social démocratiquement conclu. Ce rôle découle implicitement du pouvoir conféré aux tribunaux par l'art. 24 de la *Charte* et l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.⁹⁶

[200] On pourrait facilement modifier le texte de l'article 5 de la Loi d'harmonisation pour le rendre compatible avec l'article 15 de la *Charte* canadienne en remplaçant les mots "*d'un homme et d'une femme*" par "*deux personnes*".

[201] Ces quelques mots emportent une réforme majeure d'une institution fondamentale de la société canadienne. L'audition de la requête a permis de constater que des valeurs et des points de vue différents s'affrontent avec vigueur. La reconnaissance des couples de même sexe est acceptée, parfois tolérée dans la population mais comme tous changements, la nouvelle réalité sociale dérange.

[202] Les experts de La Ligue et de L'Alliance affirment que la redéfinition du mariage est perçue comme une menace à l'institution. La Coalition, à l'instar des requérants, admettent les progrès réalisés depuis l'entrée en vigueur de l'union civile. Les avantages économiques accordés à tous les couples par les lois fédérale et provinciale démontrent une certaine ouverture des législateurs à protéger les droits des homosexuels. Ils pressent le Tribunal d'intervenir sans délai car ils reprochent aux législateurs de réagir trop peu et trop tard pour corriger le désavantage historique subi.

[203] Faut-il redéfinir le mariage en incluant les couples de même sexe ou serait-il plus approprié pour le législateur fédéral de créer une nouvelle institution civile? Le professeur Moore se demande s'il serait préférable de modifier en profondeur l'institution du mariage afin de lui retirer l'ensemble de ses connotations traditionnelles ou religieuses.⁹⁷ Existe-t-il une autre solution pour mieux répondre aux besoins

⁹⁶ *Vriend c. Atlanta* (1998), 1 R.C.S. 493 p. 564

⁹⁷ Benoît Moore, *Droit à l'égalité et discrimination: aspects nouveaux*, Association Henri Capitant (section québécoise) Éditions Yvon Blais, p. 99

contemporains? Le changement recommandé peut avoir une influence sur d'autres lois en vigueur, on peut penser par exemple à l'article 4 de la Loi de la preuve du Canada.⁹⁸

[204] Il appartient aux élus d'assumer la responsabilité première de la réforme du droit et de prendre en compte toutes les ramifications. Les tribunaux doivent faire preuve de prudence, l'honorable juge McLachlin explique:

"Il y a de solides raisons qui justifient ces réticences du pouvoir judiciaire à modifier radicalement des règles de droit établies. Une cour de justice n'est peut-être pas l'organisme le mieux placé pour déterminer les lacunes du droit actuel et encore moins les problèmes que pourraient susciter les modifications qu'elle pourrait apporter. La cour de justice est saisie d'un cas particulier; les changements importants du droit doivent se fonder sur une perception plus générale de la façon dont la règle s'appliquera à la grande majorité des cas."⁹⁹

[205] Avec égards pour l'opinion contraire, le Tribunal conclut qu'il appartient au pouvoir législatif de choisir les mesures appropriées pour corriger la disposition discriminatoire de l'article 5 de la Loi d'harmonisation et non au Tribunal.

[206] L'État bénéficie de mécanismes de consultation et divers instruments pour faciliter le dialogue avec les canadiens. Il peut solliciter des expertises pour l'éclairer. Le législateur doit jauger l'impact des changements à apporter eu égard aux valeurs sociales, religieuses et culturelles pour mieux répondre aux besoins.

[207] Le législateur a déjà été alerté que la condition d'hétérosexualité ne faisait pas consensus. Une telle réforme exige du temps et on ne peut déclarer inopérante la seule définition du mariage et laisser un vide juridique indéfiniment dans l'attente du choix législatif. Tenant compte de la nature du droit nié et l'ensemble du contexte, le Tribunal accorde un délai de 24 mois au législateur et suspend en conséquence la déclaration d'invalidité pour cette période.

[208] La conclusion du juge Blair dans la cause Halpern, d'imposer une nouvelle définition du mariage à l'expiration du délai de 24 mois, a beaucoup de mérite. Elle permet d'offrir une réparation dans l'éventualité d'une impasse si le législateur n'a pu adopter une législation compatible avec les droits garantis par la *Charte* canadienne.

[209] Toutefois, compte tenu de la nature du débat que soulève le droit au mariage des couples de même sexe et les différentes options disponibles, le Tribunal préfère laisser l'initiative au législateur.

[210] L'article 1 de la Loi visant à moderniser le régime d'avantages et d'obligations dans les Lois du Canada n'est pas "*la loi*" qui a imposé un traitement discriminatoire aux requérants. Il ne s'agit que d'une clause interprétative reprenant l'état du droit à

⁹⁸ S.R. ch. E-10 art 4 (3) "Nul ne peut être contraint de divulguer une communication que son conjoint lui a fait pendant le mariage"

⁹⁹ *Watkins c. Olafson*, (1989) 2 R.C.S. 750, p. 760

l'époque. Or, en 1999, pour les autres provinces canadiennes, la condition d'hétérosexualité du mariage venait d'une règle de *common law* et au Québec des articles du C.c.B.C.

[211] La loi d'harmonisation a abrogé les articles du C.c.B.C. et la condition d'hétérosexualité vient maintenant de son article 5. Vu la conclusion que cet article est inopérant et incompatible avec la *Charte*, la clause interprétative doit suivre le même sort et le Tribunal déclare l'article inopérant. Cette déclaration, pour être conséquent, doit être suspendue pour 24 mois.

[212] Il en sera de même pour la partie de l'alinéa 2 de l'article 365 C.c.Q. précisant que le mariage ne peut être qu'entre "*un homme et une femme*" puisque cette disposition comme le plaide le Procureur général du Québec est uniquement une condition imposée au célébrant de vérifier la condition de fond édictée par le législateur fédéral.

PAR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL:

ACCUEILLE la requête des requérants;

DÉCLARE l'article 5 de la Loi d'harmonisation no. 1 du droit fédéral avec le droit civil inopérant et incompatible avec les droits garantis par l'article 15 (1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*

DÉCLARE inopérant, l'article 1 (1) de la Loi visant à moderniser le régime d'avantages et d'obligations dans les Lois du Canada;

DÉCLARE inopérante la partie de l'alinéa 2 de l'article 365 C.c.Q. indiquant que le mariage ne peut-être qu'entre un homme et une femme;

SUSPEND les déclarations d'invalidité pour une période de deux ans;

Le tout avec dépens contre les co-intimés.

LOUISE LEMELIN, J.C.S.

Me Anne-France Goldwater
Me Marie-Hélène Dubé
Goldwater Dubé
Procureures des requérants

Me André Lespérance
Me Alexander Pless
Côté, Marcoux & Joyal
Procureurs de l'intimé, le Procureur général du Canada

Me Benoît Belleau
Bernard, Roy & Ass
Procureurs de l'intimée, la Procureure générale du Québec

Me Robert E. Reynolds
Procureur des intervenantes

Me Noël St-Pierre
Procureur de l'intervenante-requérante.

Dates d'audiences : Du 8 au 16 novembre 2001 et 23 mars 2002