



Mariage et reconnaissance des unions de conjoints de même sexe

Document de travail

Novembre 2002



Mariage et reconnaissance des unions de conjoints de même sexe

Document de travail

Novembre 2002

Table des matières

<u>Message du Ministre</u>	1
<u>Solliciter les points de vue de la population</u>	3
<u>Éventail des points de vue</u>	6
<u>Cadre juridique actuel</u>	9
<u>Mariage religieux et mariage civil</u>	11
<u>Décisions récentes des tribunaux</u>	13
<u>Le rôle du Parlement et des tribunaux</u>	15
<u>Que font les autres?</u>	16
<u>Canada</u>	17
<u>Québec</u>	17
<u>Nouvelle-Écosse</u>	18
<u>Manitoba</u>	18
<u>Alberta</u>	18
<u>À l'étranger</u>	19
<u>Quelles questions faut-il régler au Canada?</u>	21
<u>Approches possibles</u>	22
<u><i>Le mariage pourrait demeurer une institution visant deux personnes de</i></u> <u><i>sexe opposé</i></u>	24
<u><i>Le mariage pourrait également englober les conjoints de même sexe</i></u>	27
<u><i>Avec la collaboration des provinces et des territoires, le Parlement</i></u> <u><i>pourrait laisser le mariage aux institutions religieuses</i></u>	29
<u>Comment peut-on participer au débat?</u>	31

Message du Ministre

Le mariage a fait l'objet de maints débats au cours des dernières années. Rarement un sujet aura touché autant de gens. En fait, tout le monde a une opinion : les personnes mariées, celles qui ont choisi de ne pas se marier ou de ne pas se remarier, et celles qui n'ont pas eu la possibilité de faire un choix. Ces opinions sont fondées sur l'expérience personnelle de chacun, sur les expériences des parents, des enfants et des familles, des amis et voisins, et sur les valeurs fondamentales et croyances de chacun.

Le débat sur le mariage a commencé bien avant les dernières contestations judiciaires quant à la constitutionnalité de l'exigence voulant que le mariage soit l'union « d'un homme et d'une femme ». Au Canada, mais également dans le monde entier, particuliers et gouvernements se sont demandés si le mariage continue de représenter une valeur pour la société, et, dans l'affirmative, de quelle façon l'État devrait-il reconnaître en droit les couples mariés. Tout comme les citoyens de nombreux pays, la population canadienne est divisée à ce propos. Certains affirment que les gouvernements devraient continuer d'appuyer le mariage en tant qu'institution de personnes de sexe opposé, étant donné que les couples mariés et leurs enfants constituent l'unité principale sur laquelle notre société est fondée. D'autres estiment que, pour des motifs d'égalité, les gouvernements devraient traiter de façon identique toutes les relations conjugales - que les conjoints soient de même sexe ou de sexe différent. D'autres pensent que dans une société moderne, les gouvernements devraient cesser de favoriser une forme de rapports personnels plutôt qu'une autre et que le mariage devrait être supprimé des lois et laissé aux personnes en cause et à leurs institutions religieuses.

Au cœur de ce débat, des contestations récentes aux termes de la *Charte canadienne des droits et libertés* visant l'obligation selon laquelle un mariage est l'union légitime d'« un homme et d'une femme » sont actuellement devant les tribunaux de trois provinces : la Colombie-Britannique, l'Ontario et le Québec. Ces contestations ont eu des résultats divergents en première instance. Ces trois décisions sont maintenant en pourvoi d'appel. Le gouvernement espère bénéficier de l'orientation que donneront les cours d'appel à ces enjeux juridiques.

Mais le mariage n'est pas seulement une question de droit. Les procès intentés visant à contester le fait que le mariage est une union de personnes de sexe différent donnent un nouvel éclairage au débat visant l'avenir du mariage au Canada. Ces contestations judiciaires montrent que le mariage représente une valeur constante tant pour ceux qui

cherchent à conserver le mariage comme une union de personnes de sexe opposé que pour ceux de la communauté homosexuelle qui veulent se marier. La population canadienne et ses représentants doivent maintenant décider si le mariage devrait demeurer une institution pour personnes de sexe opposé, peut-être parallèlement à la création d'un nouveau registre des unions civiles qui seraient réputées être l'équivalent d'un mariage aux fins des lois et programmes fédéraux, devrait être changé afin d'inclure les couples de même sexe, ou encore ne plus figurer du tout dans les lois.

Le gouvernement du Canada estime que le Parlement est le meilleur endroit où nous devrions, à titre de société, traiter de cette question. Parmi ceux qui ne sont pas d'accord avec les décisions des tribunaux de première instance de l'Ontario et du Québec, certains se sont dits préoccupés du fait que les tribunaux et non les députés élus prennent la décision de changer des institutions sociales fondamentales. À mon avis, les rôles du Parlement et des tribunaux ne s'opposent pas, mais ils se complètent. Lorsque la *Charte canadienne des droits et libertés* a été ajoutée à notre Constitution en 1982, le Parlement et les législatures ont donné à la population canadienne le droit explicite de contester des lois devant les tribunaux. Par ailleurs, notre Constitution dit clairement que le Parlement a un rôle essentiel à jouer lorsqu'il s'agit de déterminer des questions sociales importantes. Les récentes décisions des tribunaux ont reconnu l'importance de ce rôle, et nous avons l'intention de le remplir de manière responsable.

La question dont nous discutons est complexe. Chaque point de vue sur la meilleure façon de concilier le sens traditionnel du mariage et la reconnaissance des engagements fermes entre homosexuels, dans le cadre de notre Constitution et de nos garanties d'égalité, mérite d'être entendu. Je sais que la population du Canada trouvera un moyen de régler cette question conformément à nos valeurs sociétales, tout en respectant la Constitution et les rôles du Parlement et des tribunaux. Le Comité parlementaire abordera cette question et j'attends avec intérêt les avis de la population canadienne ainsi que les recommandations du Comité.

Le ministre de la Justice et procureur général du Canada,

Martin Cauchon

Solliciter les points de vue de la population

Selon la loi canadienne, la notion juridique du mariage en tant qu'union d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toute autre personne date d'avant même la Confédération. On pensait que ce concept était si clair qu'il n'était pas nécessaire de l'inclure dans une loi fédérale, sauf dans certains textes législatifs récents concernant le Québec. Les juges ont inclus dans la common law cette exigence que les tribunaux appliquaient régulièrement au Canada (sauf au Québec). Au Québec, le même concept du mariage existait dans le *Code civil* avant la Confédération, et il a été confirmé dans une loi fédérale (article 5 de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*)¹.

Le mariage comprend de nombreux aspects – social, religieux, émotionnel et financier, entre autres. Il entraîne également des conséquences d'ordre juridique, y compris tout un éventail d'avantages sociaux et d'obligations en vertu de lois fédérales, provinciales et territoriales. Les gouvernements fixent les conséquences juridiques du mariage pour protéger un conjoint vulnérable et les enfants et, surtout, leur assurer des soins en cas de décès d'un conjoint ou de rupture du mariage.

Nombre de conséquences juridiques du mariage, y compris cet éventail d'avantages sociaux et d'obligations en vertu des lois fédérales, provinciales et territoriales, pourraient également s'appliquer aux autres unions de personnes fermement engagées l'une envers l'autre, notamment les conjoints de fait. Au niveau fédéral, le Parlement a commencé à élargir certaines conséquences de nature juridique aux conjoints de fait dans les années 1960, quelque 20 ans avant l'avènement de la Charte. À titre d'exemple, l'avantage au survivant dans le cadre du *Régime de pensions du Canada* est disponible au survivant d'une union de fait d'au moins un an. Depuis l'entrée en vigueur de la Charte, une série de décisions des tribunaux a étendu des avantages et des obligations aux couples vivant

¹ L'article 5 dit : « Le mariage requiert le consentement libre et éclairé d'un homme et une femme à se prendre mutuellement pour époux. » La Cour supérieure du Québec a dernièrement déclaré cet article inconstitutionnel.

une relation conjugale ou de type matrimonial, y compris les conjoints de même sexe, sur la même base que ceux conférés aux couples mariés.

En 2000, le Parlement a décidé d'adopter la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, étendant des avantages et des obligations en vertu de 68 lois fédérales aux couples de sexe opposé et aux couples de même sexe vivant en union de fait. La majorité des conséquences juridiques du mariage prévues dans les lois fédérales s'appliquent maintenant à tous les couples liés par une union de fait. Nombre d'avantages et d'obligations conférés aux couples mariés en vertu des lois et programmes provinciaux et territoriaux sont accordés en toute égalité aux couples vivant en union de fait, tant homosexuels qu'hétérosexuels, dans la plupart des provinces et territoires.

La question de savoir s'il convient d'octroyer les mêmes avantages et d'imposer les mêmes obligations aux conjoints de fait qu'aux couples mariés fait l'objet de débats. Certains se demandent s'il faut inclure les conjoints de fait uniquement dans ce qu'on appelle les lois publiques (ou les lois qui régissent les relations entre les gouvernements et les particuliers, notamment le *Régime de pensions du Canada*) et non dans les lois privées (ou les lois qui régissent les obligations entre deux personnes, comme le droit de la famille). Si deux personnes ont choisi de ne pas se marier, certains pensent que ce choix devrait être respecté et que ces personnes ne devraient pas être tenues en vertu de la loi d'avoir les mêmes obligations mutuelles, y compris au moment de la rupture de leur union.

Les provinces et les territoires ont des approches différentes à cet égard, ce qui reflète la diversité des points de vue. La loi vise à trouver l'équilibre entre l'autonomie individuelle et la protection des conjoints vulnérables et des enfants. Dans le régime fédéral, les unions de fait sont incluses dans les avantages et les obligations après un an de cohabitation (modèle d'attribution), afin de protéger les conjoints vulnérables de façon égale. Il y a deux raisons à cela. En premier lieu, si les couples mariés ou les conjoints de fait doivent s'adresser à un avocat pour se soustraire légalement à certains avantages ou obligations, les lois doivent plus facilement garantir que le choix est fondé sur des

conseils juridiques quant aux incidences de ce choix qui doit être fait par les deux conjoints en toute égalité. En deuxième lieu, si on demande aux couples de choisir de s'inscrire, ils pourraient faire un choix selon les circonstances du moment, et ils pourraient décider par exemple qu'ils n'ont pas besoin de l'avantage au survivant parce que les deux conjoints ont droit à leur propre pension; cependant ils ne seraient alors plus protégés en cas de changement imprévu dans leur situation².

S'il existe un traitement égal en ce qui a trait aux avantages sociaux et aux obligations, certains se demandent pourquoi les couples homosexuels veulent encore se marier. Les demandeurs dans les procès actuels font valoir trois raisons. Premièrement, certains couples homosexuels estiment qu'il y a une différence qualitative entre les unions de fait et le mariage. Le mariage est une cérémonie au cours de laquelle les deux conjoints annoncent officiellement à leur famille, à leurs amis et à l'État leur engagement l'un envers l'autre et leur intention de faire durer leur union. Les couples homosexuels ne trouvent pas acceptable un équivalent au mariage, sanctionné juridiquement, même quelque chose qui ressemblerait au mariage, car cela ne leur conférerait pas une reconnaissance égale et entière de leur union. Deuxièmement, la loi fédérale actuelle stipule que les couples homosexuels doivent attendre un an pour être admissibles aux avantages et assujettis aux obligations en vertu des lois fédérales, comme tous les couples de fait, alors que les couples mariés sont immédiatement reconnus après l'enregistrement de leur mariage. Selon certaines lois provinciales, la période d'attente est plus longue, allant parfois jusqu'à trois ou cinq ans. Certains couples homosexuels soutiennent qu'ils ne devraient pas avoir à attendre alors qu'ils sont tout autant engagés l'un envers l'autre que les conjoints d'un mariage. Enfin, certains couples homosexuels ont la ferme opinion que l'accès au mariage est nécessaire pour conférer la pleine protection de la loi à leurs

² D'autres arguments ont été mis de l'avant. Certains ont suggéré que si un conjoint ne veut pas se marier pour en éviter les conséquences juridiques, il est peu probable que ces conjoints se déclarent comme conjoints de fait. Certains ont également suggéré que les lois ne devraient pas reconnaître « le libre choix » des couples avec enfants, qui ne se marient pas, puisque si l'union est rompue, cette rupture peut affecter la vie des enfants qui n'ont pas choisi. D'autres allèguent qu'il ne convient pas de permettre aux couples de choisir d'endosser des obligations car si les obligations du droit privé ne s'appliquent pas à la rupture de l'union, il faut généralement avoir recours à des programmes publics tels que le supplément de revenu garanti en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*.

familles et à leurs enfants, car ils craignent que leurs enfants soient stigmatisés par l'absence de reconnaissance juridique de leur union.

Éventail des points de vue

Le débat dans les médias et le public au cours des dix dernières années révèle que la population canadienne a de nombreuses idées différentes à propos du mariage. Les conclusions des sondages, qui comprenaient également des questions sur les mariages, sur les couples homosexuels et la discrimination depuis au moins dix ans, témoignent de l'existence du débat en cours et de l'intérêt du public à l'égard de ces enjeux.

Dans un sondage résumé dans le rapport d'Angus Reid (mai-juin 1998), 75 p. 100 des répondants ont convenu que les lois sur les droits de la personne au Canada devraient protéger les gays et lesbiennes contre la discrimination à cause de leur orientation sexuelle. Près de deux répondants sur trois (63 p. 100) dans un sondage de novembre 1999 d'Angus Reid commandité par le ministère de la Justice du Canada, ont déclaré que les conjoints d'employés homosexuels devraient avoir droit aux mêmes avantages sociaux que les conjoints des employés de sexe opposé.

Selon les sondages, il semble y avoir une augmentation de l'appui à la reconnaissance du mariage de conjoints de même sexe. En 1993, 37 p. 100 des répondants étaient en faveur de la possibilité pour les conjoints de même sexe de se marier, et ce nombre est passé à 49 p. 100 en 1996. Un sondage mené en février 2002 par Environics pour le compte du Centre de recherche et d'information sur le Canada a montré que 53 p. 100 des répondants étaient en faveur du mariage des couples homosexuels, et que 40 p. 100 s'y opposaient.

Les avis de la population canadienne sont partagés quant à la façon de traiter de cette question. Nombre de personnes au Canada estiment que le mariage est essentiel pour notre société et que sa fonction première est de créer une fondation stable pour soutenir et faciliter la procréation et permettre d'élever des enfants. Elles pensent donc que le

mariage de conjoints de sexe opposé est une exigence essentielle reconnue précisément à cause de son lien à la procréation. À leur avis, le mariage est une institution sociologique et religieuse fondée sur le fait biologique que l'enfant naît de conjoints de sexe opposé, et que les couples qui donnent naissance à la majorité des enfants les élèvent également, même lorsqu'il s'agit de familles reconstituées. Même si le mariage ne vise pas *seulement* la procréation, la possibilité d'avoir des enfants et de les élever constitue un facteur essentiel de cette institution, comme l'illustre le fait qu'un mariage peut être annulé en raison d'impuissance³, selon la common law. Étant donné que la majorité des enfants canadiens naissent de couples mariés qui les élèvent, certaines personnes pensent que l'État a un intérêt logique à favoriser le mariage et à le conserver exclusivement pour les conjoints de sexe opposé afin d'assurer la stabilité et le soutien des enfants. Cette notion du mariage est reflétée dans des enseignements religieux dans la plupart des religions du monde.

Pour d'autres personnes au Canada, il s'agit d'une question fondamentale d'égalité et du droit de participer pleinement à notre société. À leur avis, le choix de se marier devrait être offert aux conjoints de même sexe tout comme aux conjoints de sexe opposé. Ces personnes soulignent l'importance fondamentale, dans la loi canadienne, des garanties à l'égalité qui protègent les particuliers et les groupes contre toute discrimination. Certains conjoints de même sexe veulent avoir accès au mariage, car celui-ci représente la reconnaissance publique et l'expression du soutien à leur engagement mutuel et la confirmation que leur union a tout autant de valeur pour la société que celle des couples mariés. Certains avantages pratiques se rattachent au mariage; il peut créer par exemple des rapports plus clairs entre le conjoint du parent et les enfants que les deux conjoints peuvent élever, sans que ces derniers soient obligés de les adopter.

D'autres personnes au Canada pensent que le but du mariage a évolué. Elles font remarquer le nombre grandissant de divorces et d'unions de fait, et elles soutiennent comme preuve que le mariage ne favorise plus la stabilité sociale, bien qu'il permette

³ Tel n'est pas le cas dans le droit civil (voir *Gibeault c. Campeau*, (1977) C.S. 717, page 718; *P.G. Québec c. K.*, (1947) B.R. 566, page 571; *Brunett c. Worthington*, (1951) C.S. 50; *Beaulne c. Thessereault*,

encore d'exprimer publiquement l'engagement de l'une envers l'autre. Les personnes qui considèrent le mariage comme l'expression d'un engagement plutôt qu'un instrument de stabilité sociale soutiennent que les conjoints de même sexe ayant exprimé leur engagement l'un envers l'autre devraient avoir tout autant le droit d'enregistrer officiellement leur union civile que ceux qui se marient. D'autres soulignent que les origines sociologiques et historiques du mariage ne reposent pas sur des croyances religieuses, mais plutôt sur la notion de propriété. Plus précisément, l'institution du mariage a été créée pour régir le transfert des biens, y compris les femmes et les enfants, entre familles fortunées. Ce n'est que plus tard que ce contrat a été sanctifié par la religion. C'est pourquoi certains pensent que l'origine même de l'institution du mariage devrait lui enlever sa validité actuelle, et certains pensent même que le mariage ne pourra jamais être un partenariat à parts égales à cause de ses origines. Ils soutiennent, comme d'autres, que l'État devrait cesser de réglementer le mariage, et que celui-ci devrait relever uniquement des personnes touchées et de leurs convictions.

Enfin, certaines personnes estiment que le mariage, ainsi que la stabilité qu'il apporte aux familles et à la société, est maintenant affaibli par le nombre grandissant d'unions de fait. Dans cette optique, le mariage ne peut être renforcé que par un encouragement social des rapports moins officiels, même si cela signifie l'encouragement au mariage des conjoints de même sexe tout comme des conjoints de sexe opposé ayant exprimé leur engagement l'un envers l'autre. Elles affirment que si les gouvernements reconnaissent des formes parallèles de rapports en dehors du mariage, offrant ainsi plus de choix, cela risque d'éroder davantage une institution sociale importante, ce qui donnerait moins de stabilité à la société.

Cet aperçu de la gamme d'opinions sur le sujet du mariage de conjoints de même sexe est loin d'être complet, et les audiences du Comité offriront l'occasion d'entendre un éventail de points de vue encore plus large.

La Commission du droit du Canada a également abordé brièvement l'enjeu du mariage dans son rapport *Au-delà de la conjugalité : La reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes*, déposé au Parlement en février dernier⁴. La Commission du droit a fait un certain nombre de suggestions sur la façon de traiter le mariage et les rapports entre conjoints de même sexe, et celles-ci sont incorporées dans la section *Choix du Parlement* un peu plus loin dans le présent document.

Cadre juridique actuel

Le Canada est une démocratie constitutionnelle. Notre Constitution contient tous les pouvoirs actuels et futurs de l'État. Elle divise le pouvoir de faire des lois entre le Parlement et les législatures provinciales et territoriales, et elle énonce les droits et libertés fondamentales de chacun dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Charte impose des limites aux actes gouvernementaux qui touchent les particuliers, de sorte que les gouvernements agissent dans le respect des droits et libertés individuels. La Constitution donne aux particuliers le droit de contester une loi devant les tribunaux s'ils pensent qu'elle n'est pas conforme à la Charte. Cela comprend la demande aux tribunaux de juger de la validité d'une loi existante.

En divisant le pouvoir de faire des lois, la Constitution divise le pouvoir relatif au mariage entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales et territoriales. Le Parlement fédéral a autorité sur la capacité juridique de se marier (c'est-à-dire qui peut épouser qui)⁵. Les législatures provinciales ont autorité sur la célébration, qui comprend

⁴ La Commission du droit s'est surtout penchée sur les personnes vivant dans des rapports non conjugaux, notamment un enfant adulte vivant avec un parent âgé, deux frères ou soeurs âgés, ou une personne handicapée vivant avec une personne qui en prend soin. La Commission a suggéré que ces couples soient également admissibles aux avantages et aux obligations d'époux ou de conjoints de fait en vertu de la loi fédérale. La loi fédérale comprend la famille et d'autres rapports non conjugaux entre adultes seulement dans certaines circonstances. Mais il faudra étudier la question en profondeur avant que le Parlement ne prenne une décision quant à savoir s'il convient de traiter les personnes vivant des rapports non conjugaux de la même manière que les époux ou les conjoints de fait dans toutes les lois fédérales, aussi ces suggestions dépassent-elles la portée du présent document.

⁵ La capacité juridique se décompose en plusieurs branches, y compris l'exigence visant le sexe opposé (identité et sexe), l'interdiction de mariage entre personnes de liens de parenté trop étroits (degrés interdit de consanguinité), interdictions des mariages lorsqu'un conjoint ou les deux conjoints sont déjà mariés avec

les exigences en matière de licence, de décision quant aux personnes pouvant présider à la cérémonie et la manière de le faire, et d'enregistrement.

Lorsqu'il y a rupture du mariage, la Constitution donne au gouvernement fédéral le pouvoir de réglementer les conséquences juridiques au moyen du divorce. La *Loi sur le divorce* établit le cadre juridique qui s'applique à l'échelle du Canada, qui couvre les motifs de divorce et prévoit des pensions alimentaires pour époux, pour enfants, ainsi que le droit de garde et de visite.

En ce qui concerne les rapports entre couples non mariés, tels que les conjoints de fait, et l'enregistrement (par exemple, les unions civiles ou les partenaires domestiques), le pouvoir juridique est aussi divisé. Étant donné la division constitutionnelle de nos pouvoirs, ni le Parlement fédéral ni une législature provinciale ou territoriale n'a juridiction totale de créer unilatéralement, à toutes fins, une nouvelle forme d'union juridique en dehors du mariage (telle qu'une union civile ou un partenariat domestique) qui aura des conséquences juridiques prévisibles sur le droit fédéral et le droit provincial et territorial, même si chaque ordre de gouvernement a le pouvoir de légiférer en ce qui a trait aux relations autres que le mariage aux fins de ses propres lois et programmes. Les législatures provinciales et territoriales ont l'autorité de réglementer ces rapports personnels sans mariage en regard des lois et programmes provinciaux et territoriaux, y compris la façon de les définir et leurs conséquences, par exemple les lois visant les testaments et les successions. Le Parlement fédéral a également le pouvoir de définir et de réglementer les conséquences juridiques de ces rapports personnels sur ses propres lois et programmes, notamment le *Régime de pensions du Canada*.

Les conséquences juridiques de la rupture des relations entre conjoints non mariés (par exemple, conjoints de fait, unions civiles ou partenariats domestiques), ainsi que la division des biens matrimoniaux en cas de rupture d'un mariage, sont réglementées habituellement par les législatures provinciales et territoriales dans le cadre de leur

une autre personne (bigamie et polygamie), et d'autres exigences concernant l'âge minimum, le consentement volontaire et l'impuissance.

autorité sur les biens et les droits civils. Toutefois, quelques lois fédérales établissent des conséquences juridiques de la rupture des rapports matrimoniaux et non matrimoniaux aux fins d'une loi ou d'un programme du fédéral, tels que le *Régime de pensions du Canada*.

Mariage religieux et mariage civil

La Constitution comporte une garantie de la liberté de religion, qui est sanctionnée dans la Charte. Et bien qu'il existe certaines limites légitimes à la liberté de religion, par exemple, lorsque certains autres droits et libertés en vertu de la Charte sont mis en cause, les gouvernements doivent faire très attention de tenir compte dans la mesure du possible de la diversité des croyances religieuses.

Certains se sont dits préoccupés par le fait que si la notion du mariage est changée, les célébrants pourraient être forcés de marier les couples de gays et lesbiennes même si cela va à l'encontre de leur croyance. Aucune des dernières décisions des tribunaux n'a abordé directement cette question, mais la décision de l'Ontario et celle du Québec ont souligné qu'il n'en serait probablement rien. Ce point est abordé en détail plus loin, dans la partie intitulée *Approches possibles*.

Au Canada, les exigences juridiques visant la validité d'un mariage ne sont pas toujours identiques aux exigences religieuses. La plupart des religions ont leurs propres préceptes, au-delà des exigences pour qu'un mariage soit légalement valide. L'Église catholique romaine, par exemple, ne marie pas des cousins germains ou des personnes divorcées dont le mariage n'a pas été annulé. Certaines branches du judaïsme ne marient pas une personne qui a déjà été mariée sans qu'elle ait obtenu un divorce religieux en recevant un « get ». Certains célébrants ne marient pas deux personnes si au moins l'une d'elles n'appartient à leur congrégation.

Lorsque des particuliers se marient dans le cadre d'une cérémonie religieuse, les exigences juridiques et religieuses vont de pair. Les religions peuvent imposer des

exigences supplémentaires aux futurs mariés, mais elles ne célèbrent pas de mariages juridiquement valide à moins que deux personnes qui veulent se marier respectent les exigences fondamentales énoncées dans les lois fédérales, provinciales et territoriales. Par exemple, les personnes qui n'ont pas l'âge minimum prévu par la loi ne peuvent pas être mariées de façon valide dans le cadre d'une cérémonie religieuse.

Les répercussions possibles des différences entre les exigences religieuses visant le mariage ont fait l'objet de débats au moment de la Confédération, ce qui a donné au gouvernement fédéral le pouvoir sur la capacité de se marier afin d'en assurer la cohérence à l'échelle du pays. Ces exigences variées visant le mariage religieux ont mené, au fil du temps, la plupart des pays, dont le Canada, à créer un mécanisme juridique pour un mariage civil ou mariage « à la mairie ». Ainsi, un couple peut se marier légalement lors d'une cérémonie civile au lieu d'une cérémonie religieuse.

Pour de nombreux couples qui se marient au Canada, il est difficile de faire la distinction entre un mariage civil et un mariage religieux. Dans certaines provinces et certains territoires, si un couple se marie religieusement, il n'a pas nécessairement besoin d'une licence, à condition de répondre aux exigences juridiques⁶. D'habitude, c'est le célébrant procédant à la cérémonie du mariage qui s'occupe de l'enregistrement faisant reconnaître la validité juridique du mariage. Quoi qu'il en soit, au Canada, le célébrant a le droit de suivre les rites du mariage de son choix, mais la cérémonie n'aura de conséquences juridiques que si elle répond aux exigences des lois fédérales et provinciales ou territoriales. C'est pourquoi les autorités religieuses doivent être autorisées, en vertu de la loi provinciale ou territoriale qui les habilite, à célébrer des cérémonies reconnues par la loi.

⁶ Certaines provinces permettent aux religions, dans le cadre de leurs traditions, de lire publiquement les « bans » au lieu d'émettre une licence de mariage. Dans ce cas, le célébrant doit annoncer publiquement au cours du service, à trois reprises, que le mariage aura lieu, et que tout membre de la congrégation qui est au courant de tout empêchement possible doit le signaler au célébrant. Dans d'autres cas, le célébrant peut prendre des dispositions pour obtenir une licence de mariage, même si le couple n'est pas au courant de cette partie du processus. Après la cérémonie de mariage, le couple doit signer le registre, de même que les témoins et, comme c'est souvent le cas pour les cérémonies religieuses, le célébrant fera parvenir le registre à l'autorité provinciale compétente, qui enverra le certificat de mariage. Souvent, le couple n'est pas au courant de l'exigence visant l'enregistrement.

Dans d'autres pays, comme la France, la distinction entre un mariage religieux et un mariage civil est plus évidente. En effet, un couple doit passer par une cérémonie civile pour que son mariage soit juridiquement valide, avec ou sans cérémonie religieuse.

Décisions récentes des tribunaux

Des tribunaux de Colombie-Britannique, de l'Ontario et du Québec ont rendu des décisions divergentes visant l'exigence du mariage selon laquelle le mariage est une union hétérosexuelle. En automne dernier, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a confirmé l'exigence hétérosexuelle du mariage. La Cour a soutenu que cette exigence violait les garanties à l'égalité des homosexuels, mais qu'elle était justifiée dans une société libre et démocratique. Selon la Cour, la notion de mariage entraîne une inégalité pour les couples homosexuels, même si la notion ne découle pas d'un « sentiment discriminatoire selon lequel les couples homosexuels ne méritent pas d'être mariés ». Toutefois, l'inégalité était justifiée puisque la Charte n'exige pas que le mariage soit transformé « en quelque chose qu'il n'est pas » afin d'englober d'autres rapports. La Cour a conclu également que le Parlement fédéral n'avait pas le pouvoir constitutionnel de modifier le sens d'hétérosexualité du mariage, quoique les tribunaux du Québec et de l'Ontario diffèrent sur ce point. La décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique est en appel et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique devrait l'entendre en février 2003.

En Ontario, une décision de la Cour divisionnaire de l'Ontario en 1993 avait également confirmé l'exigence d'hétérosexualité du mariage. La Cour avait statué que les unions de personnes de même sexe ne constituaient pas des mariages à cause de la définition du mariage, et que la Charte n'a pas l'effet de faire changer la définition du mariage.

En juillet 2002 toutefois, d'autres juges de la Cour divisionnaire de l'Ontario ont statué que l'exigence selon laquelle le mariage est une union hétérosexuelle contrevient aux garanties constitutionnelles de l'égalité des gays et lesbiennes au Canada, et ils ont donné

au Parlement deux ans pour traiter cette question. Si le Parlement ne le fait pas, ont dit les juges, la common law sera automatiquement modifiée en Ontario pour permettre l'union de « deux personnes ». Selon la Cour divisionnaire de l'Ontario, les buts du mariage dans notre société moderne peuvent être aussi valides pour les couples de conjoints de même sexe que pour ceux de sexe différent : l'engagement, la compagnie, les soins et soutien mutuels, le partage de la charge de travail, l'hébergement commun, l'interdépendance émotionnelle et financière, le fait d'élever des enfants. La seule distinction qui reste, selon la Cour, est que les couples de même sexe ne peuvent pas procréer, à tout le moins sans l'intervention d'une tierce partie. Mais comme les couples mariés n'ont pas tous des enfants et que beaucoup d'enfants naissent en dehors du mariage, les trois juges ont affirmé que le potentiel de procréation ne constituait pas en soi la seule base juridique du maintien de l'exigence du mariage comme étant l'union de personnes de sexe opposé.

En septembre, la Cour supérieure du Québec a rendu une décision analogue à celle de la Cour divisionnaire de l'Ontario. L'exigence d'hétérosexualité du mariage enfreignait selon la Cour les garanties constitutionnelles de l'égalité, et la Cour a jugé qu'une telle infraction n'était pas justifiée dans une société libre et démocratique. Elle a donné au Parlement deux ans pour traiter cet enjeu. La Cour a en outre déclaré inconstitutionnels et inopérants des articles précis de trois lois qui énonçaient le sens du mariage comme étant l'union de personnes de sexe opposé⁷.

Si la loi ne change qu'en Ontario et au Québec, cela signifierait que la loi s'appliquerait de façons différentes au Canada, soit exactement ce que les rédacteurs de la Constitution originale espéraient éviter : que certaines provinces et territoires reconnaissent un mariage alors que d'autres ne le reconnaissent pas.

⁷ L'article 5 de la *Loi d'harmonisation n°1 du droit fédéral avec le droit civil*; le paragraphe 1.1 de la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*; et une partie de l'article 365 du *Code civil* du Québec, qui énonçait l'exigence voulant que le mariage soit une union de personnes de sexe différent.

Le rôle du Parlement et des tribunaux

Ces dernières années, le Parlement s'est penché sur la notion du mariage à trois reprises ainsi qu'à l'occasion du débat sur une série de projets de lois émanant de députés ou de sénateurs :

- En 1999, le Parlement a adopté avec une forte majorité une motion de l'Opposition déclarant que le Parlement prendrait toutes les mesures raisonnables pour conserver le sens d'hétérosexualité du mariage au Canada;
- En 2000, le paragraphe 1.1 a été ajouté à la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations* en tant que clause d'interprétation, énonçant que les modifications que la 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;
- En 2001, l'article 5 de la *Loi d'harmonisation n°1 du droit fédéral avec le droit civil* confirmait le sens d'hétérosexualité du mariage au Québec.

Les décisions récentes de la Cour divisionnaire de l'Ontario et de la Cour supérieure du Québec s'écartent de ces déclarations antérieures du Parlement. En fait, la décision de la Cour supérieure du Québec a déclaré que les deux dernières étaient inconstitutionnelles. Cela a causé des inquiétudes chez certaines personnes au Canada qui estiment que les tribunaux ont peut-être outrepassé leur rôle constitutionnel en allant au-delà de la volonté du Parlement. Toutefois, aux termes de la Constitution, le Parlement et les tribunaux ont des rôles complémentaires. En réexaminant la loi sur le mariage, deux tribunaux ont donné de nouvelles interprétations concernant la portée des garanties de l'égalité en vertu de la Charte. Il incombe maintenant au Parlement d'examiner son approche au mariage à la lumière de ces nouvelles décisions.

Que font les autres?

Le Canada n'est pas le premier pays du monde à aborder la question de savoir s'il faut reconnaître juridiquement les unions de conjoints de même sexe et comment. En fait, le Canada entre dans l'arène bien plus tard que d'autres pays. Plusieurs pays ont débattu cet enjeu pendant des années et ont adopté des approches variées, allant du mariage homosexuel aux Pays-Bas, jusqu'à la reconnaissance juridique des partenaires domestiques, des partenariats enregistrés et des unions civiles en Scandinavie, dans certaines parties de l'Europe et des États-Unis. Même si certaines approches paraissent se ressembler, elles diffèrent de façon importante et elles ont été créées en fonction de leur société propre et en vue de se conformer aux structures constitutionnelles et juridiques propres à chaque pays. La plupart des pays ont décidé de conserver le mariage en tant qu'institution hétérosexuelle, et aucun pays n'a décidé de le laisser uniquement aux institutions religieuses et de cesser de le reconnaître en droit. Au Canada, trois provinces – le Québec, la Nouvelle-Écosse et le Manitoba – ont maintenant adopté des lois à ce sujet, et l'Alberta a entamé des discussions publiques à cet égard.

Dans chaque cas, il y a eu de longs débats sur l'approche adoptée et toutes les approches diffèrent. De plus, dans chaque cas, les conséquences juridiques de l'enregistrement sont restreintes d'habitude au pays même, car il n'existe pour le moment aucun moyen de reconnaissance par d'autres pays des unions de personnes de même sexe.

La grande variété des approches démontre la complexité de l'enjeu. On trouvera ci-après un bref résumé de certains de ces modèles :

Canada

Quatre provinces ont édicté des lois visant les unions de conjoints de même sexe ou envisagent de le faire. Le Québec, la Nouvelle-Écosse et le Manitoba l'ont fait pour permettre aux couples gays et lesbiennes et aux couples de sexe opposé d'enregistrer leur union dans un registre civil. L'Alberta a énoncé une définition dans sa *Marriage Act*, selon laquelle les conjoints doivent être de sexe opposé aux fins de célébration du mariage. L'Alberta, dans un projet de loi déposé devant sa législature, a également soulevé la possibilité d'enregistrement pour les couples non mariés. Certains détails à cet égard suivent. Outre l'enregistrement, la plupart des provinces et territoires ont maintenant des lois qui prévoient certains régimes d'avantages et d'obligations dont jouissent les couples mariés et les couples vivant dans une union de fait, y compris les couples homosexuels.

Québec

En juin 2002, l'Assemblée nationale du Québec a adopté le projet de loi 84 – *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*. Cette loi modifie le *Code civil* et un certain nombre d'autres lois provinciales en vue de créer un nouveau statut pour les conjoints d'une union civile (tant pour les personnes de sexe opposé non mariées que les conjoints de même sexe). Les personnes liées par une union civile ont presque toutes les mêmes avantages et obligations en vertu des lois provinciales que les couples mariés, y compris les rapports juridiques entre le conjoint et les enfants. Une union civile peut être dissoute par un jugement du tribunal, une déclaration conjointe notariée (dans certaines circonstances) ou au décès de l'un des conjoints. Un partenaire dans une union civile ne peut pas se marier avant la dissolution de cette union civile.

Même si la loi assure un traitement égal, elle énonce clairement que les unions civiles ne constituent pas un mariage et elle maintient certaines distinctions juridiques entre les deux. Par exemple, certaines dispositions du *Code civil* visant la séparation légale continuent de s'appliquer uniquement aux couples mariés.

Nouvelle-Écosse

Dernièrement, la Nouvelle-Écosse a légiféré en matière d'enregistrement des unions domestiques visant les couples non mariés de sexe opposé ou les couples de même sexe. Une fois enregistrés, les partenaires domestiques ont la plupart des mêmes avantages et obligations que les couples mariés en vertu des lois provinciales, à quelques exceptions près, comme en ce qui concerne l'adoption. Une union domestique est automatiquement dissoute si l'un des conjoints épouse une autre personne, ou elle peut être dissoute au moyen d'une entente de séparation, d'une déclaration dûment exécutée de dissolution par les deux conjoints, ou d'une séparation de plus d'un an, si un conjoint ou les deux ont l'intention de ne pas continuer l'union.

Manitoba

En août 2002, le projet de loi 53, soit la *Loi sur les biens des conjoints de fait et modifications connexes*, a été adopté par la législature mais n'est pas encore en vigueur. Le projet de loi prévoit l'enregistrement de deux adultes de sexe opposé ou de même sexe non mariés comme conjoints de fait. Lorsque les conjoints de fait décident de ne pas s'inscrire, ils sont réputés être inclus après avoir cohabité pendant la période précisée dans chaque loi. Cela ressemble à nombre d'égards à la loi de la Nouvelle-Écosse, quoique l'union enregistrée ne soit pas automatiquement dissoute lorsqu'un conjoint épouse une autre personne, et que l'union ne peut être dissoute qu'après séparation d'au moins un an.

Alberta

En 2000, l'Alberta a modifié la *Marriage Act* provinciale afin d'y ajouter une référence précise à la signification du mariage de deux personnes de sexe opposé, ainsi qu'une clause dérogatoire qui suit (traduction) :

« art. 1 Dans la présente loi, ...

c) « mariage » signifie un mariage entre un homme et une femme...

art. 2 La présente loi s'applique, nonobstant

a) les dispositions des articles 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés...* »

En mai 2002, le ministre de la Justice de l'Alberta a déposé le projet de loi 30 – l'*Adult Interdependant Relationships Act* – à l'Assemblée législative. Le projet de loi prévoit la reconnaissance juridique des contrats entre deux adultes non mariés, qu'ils vivent ou non dans une union conjugale, avec les mêmes avantages et les mêmes obligations en vertu des lois provinciales que les couples mariés. Tout comme les conjoints de fait, les personnes adultes vivant dans une relation de dépendance seraient considérées comme des partenaires interdépendants, même sans contrat ou enregistrement, après trois ans de cohabitation.

À l'étranger

En Europe, les lois représentent toute une gamme d'approches à la reconnaissance juridique des couples de même sexe. De temps à autre, il y a confusion dans la description de certains de ces régimes, et les unions enregistrées sont parfois décrites incorrectement comme des mariages.

Mariage de personnes de même sexe – Un seul pays dans le monde permet à l'heure actuelle le mariage de personnes de même sexe : les Pays-Bas. La loi établissant le mariage de personnes de même sexe est distincte de celle visant le mariage traditionnel, et il existe certaines différences de traitement dans la loi entre les couples de conjoints de même sexe et les couples de conjoints de sexe opposé. Par exemple, la loi précise que le mariage de personnes de même sexe n'est valide que dans ce pays. Les Pays-Bas ont d'abord légiféré afin de créer un modèle d'union enregistrée pour les couples de même sexe et, plusieurs années après, ce pays a édicté le mariage de personnes de même sexe. La Belgique, qui a un modèle d'union enregistrée, examine à l'heure actuelle une loi analogue à celle des Pays-Bas.

Modèles d'unions enregistrées – Nombre de pays de Scandinavie et d'Europe et deux États des États-Unis (Vermont et Hawaï) ont refondu dernièrement leurs lois pour étendre certains régimes d'avantages et d'obligations aux couples de même sexe en créant un nouveau régime : le partenariat enregistré ou l'union civile. Il existe donc deux modèles de base.

Le Danemark et le Vermont ont créé des unions enregistrées uniquement pour les couples homosexuels, ce qui leur donne la plupart des avantages et obligations que ceux des couples mariés, sauf en général l'accès à l'adoption et au mariage religieux. La dissolution du partenariat exige de mettre fin à l'enregistrement au moyen d'un processus prévu dans la loi sur le divorce

Enfin, la France, la Belgique et Hawaï ont des régimes qui vont au-delà des couples conjugaux pour inclure d'autres rapports entre adultes non mariés, même si leurs approches diffèrent à cause des préoccupations exprimées au cours du processus législatif visant la préservation de l'institution du mariage. La France vient de créer le régime du PACS (pacte civil de solidarité) qui prévoit l'enregistrement de contrats privés entre deux personnes non mariées et non parentées, et leur permet l'accès aux mêmes avantages et obligations que pour les couples mariés. La proposition originale comprenait la possibilité d'enregistrer des personnes parentées, mais il y a eu de nombreuses objections car certains y voyaient l'érosion possible des restrictions imposées au mariage entre personnes ayant des liens de parenté trop étroits (degrés interdits de consanguinité). La Belgique et Hawaï ont adopté une approche différente, qui permet à deux adultes non mariés de s'enregistrer, y compris des personnes parentées (par exemple deux frères ou deux sœurs âgés vivant ensemble, ou un fils ou une fille adulte vivant avec un parent âgé). Toutefois, à Hawaï, les conjoints de fait de sexe opposé n'ont pas à s'enregistrer, de sorte qu'il n'existe pas d'alternative officielle au mariage.

Lois pour la défense du mariage – Aux États-Unis, le gouvernement fédéral et un bon nombre de législatures des États ont adopté des lois pour la « défense du mariage » en vue de confirmer le sens du mariage comme union légitime de deux personnes de sexe

opposé. La loi fédérale permet à tout État de décider de ne pas reconnaître les unions de personnes de même sexe comme étant des mariages, même dans les cas où l'union de deux conjoints a été reconnue comme un mariage dans un autre État. Dans certains États, comme en Alaska et à Hawaï, un débat sur cet enjeu et des décisions des tribunaux ont poussé les législatures des États à modifier leurs constitutions pour conserver au mariage le sens d'union de personnes de sexe opposé.

Quelles questions faut-il régler au Canada?

Le débat public actuel et les décisions judiciaires récentes quant à la constitutionnalité de l'exigence selon laquelle le mariage est l'union de deux personnes de sexe opposé ont donné un nouvel éclairage à la question suivante : « Quel est le rôle de l'État dans la définition des exigences juridiques visant le mariage? » Dans le cadre de cet important débat, la population canadienne sera appelée à se pencher sur un certain nombre de questions philosophiques fondamentales visant l'importance du mariage dans notre société, la façon dont l'État peut mieux appuyer le mariage et le sens et l'importance de l'égalité dans notre société.

- Le mariage joue-t-il toujours un rôle dans notre société moderne et, dans l'affirmative, comment en tenir compte dans nos lois?
- Si le mariage joue toujours un rôle dans notre société et dans nos lois (en plus de son importance pour le couple), de quelle façon le Parlement peut-il appuyer le mariage?
- Si le mariage ne joue pas un rôle sociétal plus vaste, les gouvernements devraient-ils cesser de réglementer les rapports personnels et laisser la question du mariage aux personnes intéressées et à leur institution religieuse? En ce cas, quelles seraient les conséquences pour les personnes lors de la rupture d'une union? Le Parlement devrait-il continuer de jouer un rôle dans la protection d'un conjoint vulnérable et des enfants, ou devrait-il y avoir des conséquences juridiques pour les personnes qui

s'unissent et se désunissent? Si les gouvernements ont un rôle dans la réglementation des conséquences juridiques visant ces unions, comment le Parlement peut-il l'atteindre?

- D'autres rapports conjugaux stables autres que le mariage ont-ils un rôle dans notre société moderne? Dans l'affirmative, ce rôle diffère-t-il de celui du mariage? Si oui, quelle est la différence? Comment devrait-on traiter les autres unions conjugales dans nos lois?
- Puisque des lois fédérales et des lois de la plupart des provinces et territoires accordent maintenant presque tous les mêmes avantages et obligations des couples mariés aux couples non mariés et à leurs enfants, a-t-on encore besoin que les gouvernements réglementent le mariage séparément des autres unions conjugales, ou l'État devrait-il réglementer de la même façon toutes les unions de cette nature dans la même loi?
- Si nous voulons que la société et la loi appuient et respectent de la même manière le mariage et d'autres relations conjugales stables, comment peut-on y arriver? L'égalité devrait-elle signifier que les institutions sociales comme le mariage sont offertes aux conjoints de même sexe engagés l'un envers l'autre?

La façon de répondre à ces questions aidera à réduire la gamme de choix lors de l'examen des approches suivantes possibles.

Approches possibles

À quoi devrait ressembler le mariage dans le droit canadien? L'éventail des approches envisagées décrites plus loin aurait des conséquences différentes.

Le mariage pourrait demeurer une institution visant deux personnes de sexe opposé, soit :

- par législation de l'exigence visant le mariage entre deux personnes de sexe différent;
- par un nouvel énoncé du sens du mariage entre personnes de sexe différent dans le préambule d'une nouvelle loi qui créerait un équivalent du mariage à des fins fédérales (soit une union civile ou un partenariat domestique) pour d'autres relations conjugales.

Le mariage pourrait englober les unions de conjoints de même sexe en :

- légiférant afin de donner aux conjoints de même sexe la capacité juridique de se marier.

En collaboration avec les provinces et les territoires, le Parlement pourrait laisser le mariage aux institutions religieuses en :

- supprimant toutes les références fédérales au mariage et en les remplaçant par un système d'enregistrement neutre, le mariage étant laissé au ressort exclusif des particuliers et de leurs institutions religieuses.

Chaque approche devrait être envisagée en respectant la séparation constitutionnelle des pouvoirs en conformité avec la Charte. Examinons ci-après chaque approche en détail.

Le mariage pourrait demeurer une institution visant deux personnes de sexe opposé

À quoi cela ressemblerait-il?

Si le Parlement décide de conserver le mariage tel qu'il est, à savoir « l'union légitime d'un homme et d'une femme », la notion de « sexe opposé » pourrait être inscrite avec précision dans une nouvelle loi fédérale. Dans ce cas, ce concept du mariage pourrait refléter davantage la vision du Parlement mais n'aborderait pas la question de l'égalité des conjoints de même sexe.

Si le Parlement décide de donner suite aux préoccupations concernant l'égalité, il pourrait édicter une nouvelle loi fédérale créant un registre qui serait considéré comme étant équivalant au mariage aux fins des lois et programmes fédéraux. Cette nouvelle union civile ou ce nouveau registre de partenaires domestiques pourrait être accessible soit seulement aux conjoints de même sexe (de la même façon que le mariage serait réservé aux conjoints de sexe opposé), ou elle pourrait être offerte à la fois aux conjoints de même sexe et aux conjoints de sexe opposé qui préfèrent ne pas se marier. La loi fédérale créant ce nouveau registre pourrait comprendre une disposition stipulant que le mariage est une institution visant les conjoints de sexe opposé.

Quels en seraient les effets?

- Le maintien du mariage en tant qu'union de deux personnes de sexe opposé serait conforme aux mesures prises par la majorité des pays qui ont traité cette question. Cette approche satisferait les personnes qui estiment que la nature du mariage ne peut pas ou ne devrait pas être changée en vue de répondre aux préoccupations en matière d'égalité.
- L'ensemble de la population ne verrait pas cette solution comme s'appliquant également à tous selon l'article 15 de la Charte. Certains contesteraient probablement cette mesure, la considérant comme discriminatoire en vertu de la Charte. Même si

cette question n'a pas été tranchée par les tribunaux, les décisions du Québec et de l'Ontario laissent à penser qu'un registre civil ne suffirait peut-être pas à répondre aux préoccupations au chapitre de l'égalité. Si le nouveau registre est ouvert à la fois aux conjoints de même sexe et aux conjoints de sexe différent, les conjoints de sexe opposé auraient encore un choix supplémentaire qui ne serait pas offert aux conjoints de même sexe (c'est-à-dire le choix de se marier). Si le nouveau registre est ouvert aux conjoints de même sexe uniquement, certains pourraient estimer que le nouveau registre est discriminatoire car il crée une institution parallèle pour maintenir les couples homosexuels loin de l'institution du mariage.

- Si la signification du mariage en tant qu'union de deux personnes de sexe opposé résiste finalement aux contestations judiciaires en cours, cette loi le ferait également.
- Si les tribunaux jugent au bout du compte que la préservation de l'institution du mariage de personnes de sexe opposé constitue une violation de la Charte, mais que le Parlement veut conserver l'exigence voulant que le mariage soit l'union de deux personnes de sexe différent, une telle loi à cet effet obligerait le Parlement à recourir à l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, soit la clause « dérogatoire ». Cette clause n'a jamais été utilisée jusqu'à présent par le Parlement. La Charte stipule que lorsque le Parlement a recours à la clause dérogatoire pour édicter une loi, celle-ci doit être revue par le Parlement tous les cinq ans. L'invocation de la clause dérogatoire dans une loi réaffirmant le sens du mariage comme étant l'union d'un homme et d'une femme garantirait que l'enjeu ferait de nouveau l'objet de débats dans cinq ans.

- Ou le Parlement pourrait choisir de combiner l'énoncé du sens du mariage en tant qu'union de deux personnes de sexe opposé à la création d'un nouveau registre qui est l'équivalent du mariage. Toutefois, à lui seul, le Parlement fédéral n'a pas le pouvoir de faire appliquer le registre à toutes fins⁸. Toutes les provinces et tous les territoires devraient accepter d'adopter des lois complémentaires visant la nouvelle union civile ou le partenariat domestique à l'échelle du Canada. Autrement, l'enregistrement ne se limiterait qu'aux lois et programmes fédéraux. Le fait que le registre ne s'appliquerait pas également dans tout le Canada pourrait appuyer les affirmations de discrimination puisque les couples de gays et lesbiennes ne seraient pas traités devant la loi comme les couples mariés dans toutes les administrations⁹.
- En cas de rupture de la relation d'un couple lié par une union civile ou par un partenariat domestique, la loi fédérale ne pourrait qu'énoncer la façon d'interrompre l'enregistrement d'un couple aux fins fédérales¹⁰. Si les provinces et les territoires n'adoptent pas de lois complémentaires, les questions de pensions alimentaires, et de division des biens et de responsabilité parentale ne pourraient être résolues que si les conjoints sont liés par une union de fait en vertu de la loi provinciale ou territoriale.

⁸ La loi fédérale pourrait prévoir que si un couple a inscrit son union civile (ou son partenariat domestique) auprès de la province dans laquelle il vit, cet enregistrement s'appliquerait aussi en ce qui a trait aux lois et programmes fédéraux. Seuls la Nouvelle-Écosse, le Québec et le Manitoba permettent maintenant de tels enregistrements; aussi la loi devrait-elle créer un registre fédéral pour les couples qui vivent dans les provinces sans registre, uniquement à des fins fédérales.

⁹ Sans des lois provinciales complémentaires, si un couple vivant dans une province n'a pas enregistré son union civile ou son partenariat domestique, il ne serait reconnu qu'à des fins provinciales si on le considère comme un couple de fait. Cela pourrait présenter certaines difficultés si le couple déménage dans une autre province.

¹⁰ Le Parlement fédéral a autorité constitutionnelle sur le divorce, mais puisqu'il ne s'agit pas de divorce, elle tomberait sous celle des « biens et des droits civils » qui relève du mandat des législatures provinciales et territoriales.

Le mariage pourrait également englober les conjoints de même sexe

À quoi cela ressemblerait-il?

Le Parlement pourrait choisir de légiférer pour changer le mariage afin de donner aux conjoints de même sexe la capacité juridique de se marier. Les lois, règlements et programmes fédéraux, provinciaux et territoriaux actuels visant les couples mariés n'auraient pas besoin d'être modifiés, mais s'appliqueraient simplement aux mariages de deux personnes de même sexe. Toutefois, la nouvelle loi devrait indiquer également comment s'appliqueraient certaines règles de la common law visant la capacité juridique de se marier qui sont présentement énoncées en termes de conjoints de sexe opposé¹¹. De plus, certaines lois comme la *Loi sur le divorce*, qui utilisent une formulation fondée sur le sens de mariage de deux personnes de sexe opposé, devraient être modifiées en conséquence.

Quels en seraient les effets?

- Cette approche aborderait les préoccupations visant l'égalité¹².
- Ces mariages ne seraient probablement valides qu'au Canada puisque, pour l'heure, il n'existe aucun mécanisme juridique reconnaissant ces mariages hors de nos frontières.

¹¹ Par exemple, certaines règles visant la capacité juridique de se marier énoncent des exigences juridiques en termes d'union de personnes de sexe différent, notamment les lois qui interdisent les mariages entre deux personnes ayant des liens de parenté trop étroits (degrés interdits de consanguinité), et elles devront être modifiées en conséquence.

¹² Dans les provinces et les territoires qui légifèrent contre la célébration du mariage homosexuel, comme l'Alberta, il y aura sans doute d'autres contestations judiciaires en vertu de la Charte.

- Certaines autorités religieuses pourraient craindre d'être forcées de célébrer des mariages de personnes de même sexe. Les décisions de l'Ontario et du Québec suggèrent que la Charte n'exigerait pas des autorités religieuses qu'elles célèbrent des mariages qui seraient contraires à leurs convictions religieuses. Toutefois, les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux pourraient convenir d'examiner la nécessité d'apporter certains changements additionnels aux lois (sans doute surtout aux lois provinciales et territoriales¹³).
- Un autre moyen d'assurer que les célébrants ne sont pas tenus de marier des couples lorsque cela va à l'encontre de leurs croyances serait peut-être de supprimer toutes les conséquences juridiques d'un mariage religieux. Cela signifierait que les couples seraient mariés civilement, qu'il y ait mariage religieux ou pas, pour être reconnus en droit. Si le Parlement choisit cette approche, les inquiétudes visant l'égalité pourraient être apaisées totalement par le mariage civil, sans aucun changement parallèle au mariage religieux. Toutefois, le seul moyen de supprimer toutes les conséquences juridiques d'un mariage religieux serait que les provinces et les territoires modifient leurs lois concernant la célébration¹⁴.
- Beaucoup d'institutions religieuses pourraient s'opposer à la séparation complète du mariage religieux et du mariage séculier, car elles voudraient sans doute conserver la reconnaissance juridique des mariages que leurs officiants célèbrent, et leurs membres pourraient se sentir marginalisés s'ils ne bénéficient plus de la reconnaissance juridique de leur mariage religieux.

¹³ Les codes des droits de la personne de certaines provinces et de certains territoires ont déjà des dispositions contenant des exemptions pour les organismes religieux à certaines fins, ou ils énoncent dans les règles de célébration que les organismes religieux peuvent refuser de marier un couple. Les lois fédérales, provinciales et territoriales en matière de droits de la personne devront sans doute être réexaminées.

¹⁴ Il se peut qu'il faille modifier les lois fédérales, provinciales et territoriales pour donner l'assurance aux institutions religieuses qu'elles pourraient continuer d'établir des exigences supplémentaires pour le mariage religieux, conformes à leurs convictions religieuses.

Avec la collaboration des provinces et des territoires, le Parlement pourrait laisser le mariage aux institutions religieuses

Le Parlement pourrait souligner la séparation de l'Église et de l'État au Canada en faisant une distinction plus nette entre le rôle du Parlement et celui des institutions religieuses dans le domaine du mariage. À cette fin, toutes les conséquences juridiques du mariage pourraient être supprimées, pour laisser le mariage aux mains des institutions religieuses. Cela nécessiterait la pleine collaboration de toutes les provinces et de tous les territoires.

À quoi cela ressemblerait-il?

Le Parlement pourrait abroger toutes les lois fédérales sur le mariage ainsi que toutes les références au mariage figurant dans les lois et les programmes fédéraux. Celles-ci seraient remplacées par un nouveau registre visant les couples de personnes de sexe opposé et des personnes de même sexe en se servant de langage neutre, par exemple le partenaire enregistré. Les mariages existants seraient réputés être inclus, mais toutes les unions nouvelles devraient être enregistrées en vertu du nouveau régime en vue d'être reconnues en droit. Les lois fédérales sur le divorce s'appliqueraient uniquement aux mariages existants, et la rupture des unions enregistrées serait régie par les lois provinciales et territoriales. Un couple pourrait choisir d'être marié par un officiant religieux, mais le mariage n'aurait aucun effet en droit à moins que le couple ne soit également enregistré dans le cadre du nouveau régime. Chaque institution religieuse devrait décider de célébrer le mariage de personnes de sexe opposé uniquement, ou d'inclure les couples de personnes de même sexe.

Quels en seraient les effets?

- Cette approche ne fonctionnerait qu'avec la pleine coopération des provinces et des territoires, puisque le nouveau registre remplacerait les registres de mariages dans les provinces et les territoires ainsi que les registres des unions civiles et des partenaires domestiques.

- Si les provinces et les territoires décidaient de continuer à exercer leur compétence constitutionnelle de célébrer les mariages, cette approche ne fonctionnerait pas pour deux raisons. Premièrement, aucune loi fédérale n'établirait qui peut se marier, c'est-à-dire soit que les préoccupations visant l'égalité en vertu de la Charte ne cesseraient pas en ce qui a trait au sens d'union de personnes de sexe différent du mariage (puisque la common law fédérale sur cette question de droit existerait encore et se prêterait toujours à des contestations judiciaires), soit que des décisions des tribunaux visant l'égalité devront combler la lacune créée dans les lois fédérales. Deuxièmement, si les provinces et les territoires continuaient de prôner la célébration des mariages, il n'y aurait plus aucune loi sur le divorce qui s'appliquerait à ces nouveaux mariages. Le Parlement pourrait être critiqué pour ne pas exercer son pouvoir visant à protéger les conjoints vulnérables et les enfants.
- Si les provinces et les territoires coopèrent pleinement, un régime uniforme de registre donnerait lieu à une reconnaissance juridique des unions conjugales stables (soit entre personnes de sexe opposé, soit entre personnes de même sexe) et un traitement égal pour tous. Il n'y aurait plus aucune référence au mariage dans les lois fédérales, mais les mariages existants et les nouveaux enregistrements permettraient l'admissibilité à tous les avantages sociaux et à toutes les obligations prévus par la loi.
- Étant donné que le mariage n'existerait plus dans les lois, les lois concernant les conséquences juridiques de la rupture du mariage ou le divorce ne s'appliqueraient qu'aux mariages existants. Les lois provinciales et territoriales s'appliqueraient à la rupture de toute union inscrite au nouveau registre, y compris celles qui ont été célébrées religieusement.
- Il serait difficile de contester judiciairement ce nouveau registre parce que tous les couples seraient traités de la même façon. Toutefois, cela préoccuperait ceux qui estiment que le mariage devrait être reconnu juridiquement et ils pourraient avoir

l'impression que leurs convictions ont été marginalisées. Cela pourrait créer également des difficultés si un couple devait déménager dans un autre pays. Tout d'abord, l'autre pays devrait décider si le mariage est juridiquement valide selon ses propres lois, et, deuxièmement, un couple déménageant au Canada, qui s'est marié ailleurs pourrait éprouver des difficultés à obtenir un divorce.

Comment peut-on participer au débat?

Le gouvernement est responsable de l'édiction des lois et de la formulation des politiques, mais tous les particuliers ont également un rôle primordial à jouer en faisant connaître leur opinion à leur représentant élu à propos des enjeux difficiles qui façonneront notre avenir. Le présent document ne constitue qu'un point de vue. Vous pouvez avoir d'autres façons de voir les choses.

Le Comité permanent de la justice et des droits de la personne annoncera son processus d'audiences aux cours desquelles il entendra les témoignages de la population canadienne sur la façon de concilier la définition traditionnelle du mariage et la reconnaissance des unions de gays et lesbiennes dans le cadre de la Constitution canadienne et de ses garanties à l'égalité. Dans l'intervalle, vous pouvez écrire directement à votre député ou à votre sénateur ou faire connaître votre point de vue au ministre de la Justice à l'adresse suivante : Bureau 100, 284, rue Wellington, Ottawa (Ontario) K1A 0H8, ou par courriel à mariage@justice.gc.ca.