

L'UNION HOMOSEXUELLE ET LE CODE CIVIL DU QUÉBEC : DE L'IGNORANCE À LA RECONNAISSANCE ?

Par Benoît Moore*
Montréal

Contrairement au droit social, le Code civil du Québec ne reconnaît pas, en principe, la relation concubinaire, que celle-ci soit homosexuelle ou hétérosexuelle. Cette ignorance législative comporte de multiples conséquences tant en ce qui concerne l'administration du ménage et les effets économiques de l'union ou de sa rupture, qu'en ce qui concerne le droit successoral ou le droit des personnes. Le présent article entend, dans une première partie, présenter ces différents effets. L'auteur relèvera alors les conséquences de cette non-reconnaissance qui sont communes aux concubins hétérosexuels et homosexuels pour ensuite s'attarder aux conséquences spécifiques aux seuls couples homosexuels. Puis, dans une seconde partie, l'auteur tentera d'envisager différentes solutions disponibles afin de permettre aux couples de même sexe de profiter d'un régime similaire à celui du mariage. En un premier temps sera étudiée la solution conventionnelle — la seule actuellement disponible aux concubins — puis, dans un second temps, avec l'apport du droit comparé, différentes avenues législatives seront abordées.

Contrary to social laws, the Civil Code of Québec, in principle, ignores concubinage, be it homosexual or heterosexual. This legislative silence carries with it numerous consequences in the administration of couples, the economic aspects of a couple and of its break up, the law of successions and the law of persons. In its first part, this article undertakes to present those various consequences. The author reviews those consequences which are common to heterosexual and homosexual couples, and then focuses on consequences specific to homosexual couples alone. In the second part, the author attempts to consider various possible solutions which would permit same gender couples to benefit from a legal regime similar to marriage. First, the contractual solution will be considered — the only one presently available to couples — and, second, with the benefit of comparative law, various legislative solutions will be examined.

* Benoît Moore, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, avocat, Montréal, Québec. Cet article est issu d'une conférence donnée dans le cadre d'un colloque organisé par l'association Henri-Capitant (tenu le 9 février 2001) et dont les textes sont publiés aux Éditions Yvon Blais. L'auteur remercie l'éditeur d'avoir accepté qu'il soit également publié dans la présente revue. L'auteur tient aussi à remercier ses collègues Christianne Dubreuil, Adrian Popovici et Alain Roy pour avoir bien voulu lire et commenter une version antérieure du présent article.

<i>Introduction</i>	122
I. <i>Distinctions engendrées par l'impossibilité du mariage homosexuel</i>	124
A. <i>Distinctions résultant du caractère spontané de l'union</i>	125
1. <i>Le droit de la famille</i>	126
2. <i>Le droit des personnes</i>	129
3. <i>Le droit des successions</i>	130
4. <i>La Loi sur le divorce</i>	130
B. <i>Distinctions résultant du caractère homosexuel de l'union</i>	131
1. <i>Le sens du terme «concubin» dans le Code civil du Québec</i>	131
2. <i>Les règles concernant la filiation</i>	133
a) <i>L'adoption</i>	133
b) <i>La procréation médicalement assistée</i>	135
II. <i>Solutions envisageables</i>	135
A. <i>Solution actuelle : la contractualisation des relations</i>	136
B. <i>Solution mitoyenne : la reconnaissance d'un statut particulier</i>	139
1. <i>Le «PACS» français</i>	140
2. <i>Les «civil unions» du Vermont</i>	143
3. <i>Les «Domestic partners» de la Nouvelle-Écosse</i>	145
C. <i>Solution totale : le mariage homosexuel</i>	146
<i>Conclusion</i>	149

Qu'y a-t-il donc en un nom ?
 Ce que nous nommons rose,
 sous un autre nom, sentirait
 aussi bon.

Shakespeare
 Roméo et Juliette

Le mariage entre personnes de même sexe est interdit tant au Québec, par l'article 365 C.c.Q., que dans le reste du Canada par une règle de common law¹. L'article 365 C.c.Q. prévoit expressément que le mariage ne peut être contracté «qu'entre un homme et une femme». Cette disposition, la première du titre sur le mariage, introduit le Chapitre concernant le mariage et sa *célébration*.

La raison de ce titre de chapitre est bien connue. L'article 91 (26) de la *Loi constitutionnelle de 1867* donne au Parlement fédéral la compétence relative

¹ Voir l'arrêt *Layland c. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*, (1993) 104 D.L.R. (4th) 214 (Ont. Div. Ct.) qui se base sur un précédent anglais de 1866 dans l'affaire : *Hyde c. Hyde and Woodmansee*, (1866) 35 L.J.P. & M. 57.

au mariage et au divorce alors qu'il ne laisse aux provinces, à l'article 92 (12), que le contrôle de la *célébration* des mariages. Ce partage visait principalement à assurer à la communauté religieuse du Bas-Canada le maintien de son monopole sur la célébration des unions et à garantir aux protestants le maintien du divorce². Ce partage de la compétence quant au mariage a, par la suite, été interprété comme donnant au Parlement fédéral le contrôle des conditions de fond du mariage et aux législatures provinciales, celui des conditions de forme.

Conséquemment, le Parlement fédéral a l'autorité pour intervenir quant aux empêchements au mariage, empêchements touchant traditionnellement les questions d'identité de sexe, de polygamie, d'âge minimal ou encore de parenté prohibée. Or, sous réserve de ce dernier élément³, le législateur fédéral n'est jamais intervenu directement dans ce champ de compétence⁴.

Par ailleurs, dans le cadre du débat entourant la récente *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*⁵, le Parlement fédéral a intégré à l'article 1.1 de cette loi, une «règle d'interprétation» précisant que la présente loi ne change «pas le sens du terme «mariage», soit l'union légitime d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toute autre personne». Cette disposition, qui est clairement le signe d'un compromis politique, a quelque chose de curieux, en ce qu'elle rappelle le sens d'une institution qui n'a jamais été définie⁶ par le législateur et qui n'est aucunement concernée par la loi dont elle fait partie. Serait-ce tout de même suffisant pour soutenir que, par cette disposition, l'autorité fédérale est intervenue dans son champ de compétence, confirmant ainsi l'article 365 C.c.Q. et lui faisant jouer, à l'instar de l'article 373 C.c.Q., un simple rôle de contrôle donné au célébrant⁷?

² Voir : F. Chevette, H. Marx, *Droit constitutionnel*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 656. Cette garantie pour les protestants — même du Bas-Canada — de pouvoir compter sur le divorce fut violée car le Parlement fédéral attendra en 1968 pour exercer sa compétence et établir une Loi fédérale sur le divorce.

³ Voir : *Loi concernant le droit interdisant le mariage entre personnes apparentées*, L.R.C., c. M-2.1.

⁴ Il est par ailleurs à signaler que la loi d'harmonisation no. 1 du droit fédéral avec le droit civil (L.C. 2001, c.4), en vigueur depuis le 1er juin 2001 et préparée exclusivement pour le Québec, reprend les dispositions présentes dans le *Code civil du Québec* touchant l'ensemble des conditions de fond du mariage. L'article 5 de cette loi exige que le mariage soit contracté entre un homme et une femme alors qu'une version antérieure de ce projet (projet de loi C-50) utilisait l'expression générique «entre 2 personnes».

⁵ *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, c. 12.

⁶ À l'exception du Québec (art. 365 C.c.Q.) et de l'Alberta qui, dans son *Marriage Amendment Act 2000*, à l'article 4 (1), précise que le mariage doit être célébré entre un homme et une femme.

⁷ Voir : *Droit de la famille-2063*, [1994] R.J.Q. 2631 (C.S.). Cette décision portait sur la question du degré de parenté prohibée. Le juge écrit, quant à la validité de l'article 373 C.c.Q. face à la loi fédérale sur les degrés prohibés : «[...]l'article 373 par. 4 n'est pas en contradiction avec la loi fédérale ; il ne fait qu'obliger le célébrant à s'assurer que la loi est respectée» (p. 2638). Il est vrai par ailleurs que la formulation des articles 365 et 373 C.c.Q. n'est pas identique.

Cela reste à voir mais la réponse n'a, selon nous, qu'un intérêt théorique⁸.

En effet, advenant que la seule règle substantielle concernant cette question soit l'article 365 C.c.Q. et que celle-ci s'avère, pour une question de partage des compétences, *ultra vires*, c'est le *Code civil du Bas Canada* qui, aux termes de l'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, devrait s'appliquer. Or, selon nous, le mariage nécessitait à l'époque l'union d'un homme et d'une femme, et ce, malgré le silence de l'ancien Code — à l'instar du Code français — à ce sujet. L'ensemble des dispositions du chapitre sur le mariage⁹ le laisse penser et l'intention du législateur de se conformer aux préceptes religieux de l'époque — le mariage l'était — ne laisse aucun doute possible, aucun «vide juridique»¹⁰. Certes, un texte — même antérieur à la Charte — doit être interprété de façon conforme à celle-ci, mais encore faut-il que l'intention du législateur soit douteuse, ce qui¹¹, à notre avis, n'est pas le cas ici.

Partant de l'impossibilité pour un couple homosexuel de se marier nous nous proposons de regarder les incidences civiles de cet état de fait. Nous laissons ainsi à d'autres le soin d'examiner cette problématique en fonction des Chartes québécoise et canadienne¹². Nous verrons donc en un premier temps en quoi cette impossibilité de convoler engendre des inégalités (I) et en un second nous envisagerons certaines solutions possibles (II).

I. Distinctions engendrées par l'impossibilité du mariage homosexuel

Il est fréquent actuellement d'entendre ou de voir dans les médias des informations concernant les inégalités que subissent les conjoints de même sexe dues à l'impossibilité pour eux de se marier. Certes, en ce qui concerne

⁸ Des requérants demandent actuellement que soit déclarées inconstitutionnels tant l'article 365 C.c.Q. que l'article 1(1) de la loi fédérale (précitée, note 5): *Michael Hendricks et René Leboeuf c. P.G. Québec et al.*, C.S.M. 500-05-059656-007.

⁹ Voir entre autres les dispositions 125 et 126 concernant les mariages interdits entre frère et sœur; oncle et nièce (...). Jamais n'y voit-on l'interdiction entre deux frères ou entre un oncle et son neveu...

¹⁰ Voir : E. Deleury, «Homosexualité et droit», (1984) 25 *C. de D.* 751; J. Pineau, *La famille*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1983, no 26, p. 17. *Contra* : A. Robinson, «Le mariage pour les gais et lesbiennes», texte écrit dans le cadre de la requête en jugement interlocutoire présenté par messieurs M. Hendricks et R. Leboeuf et disponible sur internet à l'adresse suivante en ligne : www.fugues.com/mariage/index.html (au chapitre 2.3).

¹¹ Voir : *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Canada c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, 581.

¹² À ce sujet, voir : D.G. Casswell, «Moving toward Same-Sex Marriage», (2001) 80 *R. du B. Can.* 810. Cette analyse doit se faire en fonction du test de l'arrêt *Law c. Canada*, [1999] 1 R.C.S. 497. Ce «test» de l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* est : 1) constatation d'une différence de traitement; 2) basée sur un motif de l'article 15 ou un motif analogue (ce qui est le cas de l'homosexualité : *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513); 3) cette inégalité de traitement est discriminatoire.

le droit social, le problème — du moins en principe — est réglé depuis que les législateurs québécois et canadien ont étendu aux conjoints de fait homosexuels le régime des conjoints non mariés hétérosexuels¹³. Mais qu'en est-il en droit civil *stricto sensu* ? En cette matière, il est important de bien distinguer les inégalités que subissent les couples homosexuels du fait qu'il ne sont pas mariés (A) des inégalités qu'ils subissent du fait du caractère homosexuel du couple (B).

A. Distinctions résultant du caractère «spontané» de l'union

Ce premier type de distinctions, de loin le plus important, nécessite préalablement de déterminer le sens des termes conjoint et époux utilisés dans le *Code civil du Québec*. Si le terme époux réfère nécessairement au mariage, le terme conjoint pourrait, lui, être porteur d'un sens plus large¹⁴. Cependant, une lecture cohérente du *Code civil du Québec* exclut clairement cette hypothèse¹⁵, tant parce que le terme conjoint est utilisé au lieu d'époux dans certains articles portant sur les effets du mariage¹⁶, que parce que ce terme — et nous y reviendrons — est utilisé à quelques reprises avec celui de concubin¹⁷, terme devant alors nécessairement référer à une réalité plus englobante. Le législateur créé donc une confusion en ce que le terme conjoint reçoit dans le *Code civil du Québec* une signification étroite — limitée aux couples mariés — alors que ce même terme a, tant dans les lois sociales que dans le langage populaire, un sens plus large, incluant — voire visant spécifiquement — les conjoints de fait.

Les distinctions que nous relevons dans cette première section sont celles qui découlent de la philosophie d'ignorance du *Code civil* quant aux «unions libres» quel que soit le sexe des personnes impliquées. Bonaparte lors de l'élaboration du *Code civil français* disait : «Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux»; les codificateurs québécois en ont fait de même en 1991. Dans cette section, nous utiliserons donc l'expression «asexuée» de conjoints de fait puisque les distinctions que nous verrons sont subies tant par les concubins hétérosexuels

¹³ Pour le Québec : *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, L.Q. 1999, c. 14. Pour le fédéral : *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, précitée, note 5.

¹⁴ A. Robinson, «Lesbiennes, conjointes et mères : les exclues du droit civil québécois», dans I. Demczuk (dir.), *Des droits à reconnaître — Les lesbiennes face à la discrimination*, Montréal, Les Éditions du remue-ménage, 1998, p. 35.

¹⁵ Voir : *In Re Paolo*, [1998] R.J.Q. 174 (C.S.); D. Goubau, «Le Code civil du Québec et les concubins : un mariage discret», (1995) 74 R. du B. Can. 474, 475.

¹⁶ Voir dans le même article (probablement pour des raisons d'esthétiques) : Art. 405-406 et 427 C.c.Q.

¹⁷ Art. 555; 579; 1938; 1958 C.c.Q.

¹⁸ Il y a quelques autres distinctions dans le *Code civil du Québec*. Ainsi l'article 1817 C.c.Q. reconnaît la validité d'une donation — par un bénéficiaire d'un établissement de santé

qu'homosexuels. Celles-ci viennent principalement¹⁸ du droit de la famille (1), du droit des personnes (2), du droit des successions (3) ou encore de la *Loi sur le divorce* (4).

1. *Le droit de la famille*

C'est évidemment ici que se situe le corps principal des distinctions puisqu'on y retrouve tant les règles sur le mariage et ses effets que celles portant sur l'obligation alimentaire.

Quant au mariage, l'ensemble des règles prévues sont inapplicables aux conjoints non mariés. Celles qui retiendront particulièrement notre attention concernent les effets du mariage (art. 391 – 430 C.c.Q.)¹⁹. Ainsi d'abord, les conjoints de fait ne sont pas soumis à la protection de la résidence familiale²⁰. Le concubin propriétaire peut, par conséquent, vendre sans le consentement de l'autre son immeuble ou ses meubles et le concubin non propriétaire ne pourra pas invoquer l'article 410 C.c.Q. afin d'obtenir l'usage de la résidence lors de la rupture²¹.

La «charte» des époux, ou encore le contenu «sacramental» prévue aux articles 392 à 400 C.c.Q. ne s'applique pas non plus aux conjoints non mariés. La non-application de plusieurs de ces dispositions n'a pas réellement d'effet

— à un propriétaire, un administrateur ou un salarié de l'établissement uniquement si ce dernier est le conjoint ou un proche parent du donateur (lorsque la donation est faite par un bénéficiaire de cette institution). L'article 2380 C.c.Q. présume la réversibilité d'une rente si les crédientiers sont conjoints. L'article 2906 C.c.Q. prévoit que la prescription ne court pas entre les époux. Également, en matière d'assurance-vie, si le conjoint de fait semble aujourd'hui avoir l'intérêt d'assurance puisqu'il a, aux termes de l'article 2419 C.c.Q., un «intérêt moral» dans la vie de son conjoint [contrairement à l'article 2507 C.c.B.C.], il reste que la désignation de son concubin comme bénéficiaire ne sera pas présumée irrévocable (art. 2449 C.c.Q.) et ne sera pas insaisissable (art. 2444 et 2457 C.c.Q.). Par ailleurs, en responsabilité civile il n'y a plus aucun obstacle (depuis la disparition de l'article 1056 C.c.B.C.) au recours pour le préjudice personnel subi à la suite du décès de son conjoint de fait même homosexuel.

¹⁹ La non-application des dispositions portant sur la formation du mariage, la nullité et la séparation de corps ne crée pas réellement d'inégalité puisque ces règles se rattachent au mariage lui-même et non aux effets civils de celui-ci. Les articles concernant les régimes matrimoniaux ne créent pas non plus réellement de distinction, sous réserve de la non-application supplétive du régime légal de la société d'acquêts, car l'adoption d'un régime se fait par convention, convention qu'il sera loisible aux conjoints de fait d'adopter (nous y reviendrons).

²⁰ Articles 401 à 413 C.c.Q. Également : art. 3022 C.c.Q.

²¹ Une jurisprudence récente tente de contourner l'inapplicabilité de l'article 410 C.c.Q. afin de protéger l'intérêt des enfants soit lorsque les concubins sont copropriétaires de la résidence familiale (*Droit de la famille*-3302, [1999] R.D.F. 384 (C.S.)) ou encore en guise de mesure intérimaire (*Droit de la famille*-3457, [1999] R.D.F. 777 (C.S.)). Concernant cette question, voir : R. Lasalle, «Les conjoints de fait et la résidence familiale», dans *Développements récents sur l'union de fait*, no 140, Cowansville, Yvon Blais, 2000, p. 99; D. Goubau, *loc. cit.*, note 15, 481. Aucune décision à notre connaissance porte sur cette question en présence de concubins homosexuels.

perceptible puisqu'elles n'ont qu'un rôle énonciatif²², symbolique²³ ou encore visent à mettre à l'écart la coutume selon laquelle la femme perdait son nom de famille, coutume qui ne s'est jamais appliquée aux conjoints de fait (art. 393 C.c.Q.).

Deux disposition dans cette section ont une réelle portée normative autonome. La première est l'article 397 C.c.Q. qui prévoit — sous réserve de l'al. 2 — la solidarité des conjoints non séparés de corps pour toute dette contractée pour les besoins courants de la famille. Certes il serait possible d'obtenir le même résultat en se basant sur l'apparence de mariage que crée l'union de fait²⁴. Cette solution est utilisée en France²⁵ et promue en doctrine²⁶. Le résultat obtenu par cette solution serait par ailleurs curieux en ce que, l'al. 2 de l'article 397 C.c.Q. ne s'appliquant pas, la solidarité des conjoints de fait pourrait être plus contraignante que celle des conjoints mariés²⁷. Par ailleurs, il ne nous semble pas que ce recours à la notion de l'apparence de mariage — faisant croire à

²² Les articles 394; 395 al. 2 399 et 396 C.c.Q. Quant à l'article 396 nous pouvons nous demander s'il n'y a pas un tel devoir entre les conjoints de fait. Le professeur Héleine («Nouveaux propos autour des conflits entre mariage et concubinage : des solutions réalisant un heureux équilibre entre l'économique et le moral», (1980) 40 R. du B. 463; «Les conflits entre mariage et concubinage ou la rencontre du fait et du droit», (1978) 38 R. du B. 679) avait tiré un tel principe en partant de la jurisprudence qui présupposait l'autonomie économique de l'ex-épouse vivant avec un conjoint de fait. Mais cette opinion ne faisait pas l'unanimité (M. Giroux et A. Laurent, «Portrait critique de l'union de fait en droit québécois», (1989) 20 R.G.D. 129, 140; S. Allard, S. Binette, P. Ciotola, «Le concubinage», *Rép. de drt Doctr. Doc.* 3, par. 16-22 et 43). En jurisprudence voir entre autres : *Droit de la famille*-359, [1990] R.J.Q. 983 (motifs du juge Bisson). Cette opinion semble aujourd'hui passablement affaiblie (voir V. Belzile, «Recours entre conjoints de fait : enrichissement injustifié et action de *in rem verso*», dans *Développements récents sur l'union de fait*, no 140, Cowansville, Yvon Blais, 2000, p.125, 143) particulièrement avec la décision de Mme la juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire *G.(L.) c. B.(G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370. Mais il y a certainement existence d'une obligation naturelle, nous y reviendrons.

²³ Les devoirs de respect et de fidélité de l'article 392 C.c.Q.; l'al. 1er de l'article 395 C.c.Q. et l'article 400 C.c.Q. Mais, nous y reviendrons, c'est peut-être là plus important qu'il n'y paraît.

²⁴ On pourrait également penser à l'enrichissement injustifié. Par ailleurs l'existence d'une obligation naturelle d'aliments entre les conjoints de fait (voir : *Droit de la famille*-2760, [1997] R.D.F. 720 (C.S.)) pourrait constituer une justification à l'enrichissement du conjoint non contractant et bloquer le recours du tiers appauvri (voir : D. Lluellas avec la collaboration de B. Moore, *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Thémis, 1998, p. 819).

²⁵ Voir : G. Cornu, *Droit civil—La famille*, 6e éd., Paris, Montchrestien, 1998, p. 82 ; F. Courtray, «Pacte civil de solidarité : une occasion manquée», (2000) 36 R.D. *Sanit. soc.* 1, 2.

²⁶ A. Popovici, *La couleur du mandat*, Montréal, Thémis, 1995, p. 44 et suiv. L'auteur parle de mariage apparent. Il fait également référence à une décision québécoise ayant appliqué cette notion d'apparence : *Dufresne c. Brosseau*, (1916) 49 C.S. 67. Voir également : M. Giroux, A. Laurent, *loc. cit.*, note 22, 136.

²⁷ Il faut par ailleurs signaler que la portée pratique de ce second alinéa est plutôt théorique.

l'application de l'article 397 C.c.Q. — soit utile en ce qui concerne les conjoints homosexuels puisque l'impossibilité pour eux de convoler détruit toute apparence de mariage.

La seconde disposition est l'article 398 C.c.Q. qui prévoit que les époux peuvent se donner un mandat de représentation concernant les actes relatifs à la direction morale et matérielle de la famille. L'alinéa 2e de cet article crée une présomption d'un tel mandat (mandat implicite²⁸). Par ailleurs la non-application de cet article ne nous semble pas créer une réelle distinction puisque rien n'empêche, malgré cela, à un tribunal de conclure, selon les circonstances, à l'existence d'un mandat implicite entre conjoints de même sexe.

Là où le droit de la famille crée des distinctions importantes c'est en matière d'effets patrimoniaux du mariage, soit la non-application de la prestation compensatoire (art. 427 et suiv.)²⁹, du patrimoine familial (art. 414 et suiv.), ainsi que — voire même surtout — de l'obligation alimentaire. C'est probablement ce dernier point qui est le plus sensible. Si on peut soutenir, avec raison selon nous, qu'il existe entre conjoints de fait une obligation naturelle d'aliments³⁰, force est de constater que le droit québécois refuse d'en faire une obligation civile³¹ et ce, contrairement aux autres provinces qui reconnaissent une telle obligation, voire même, pour certaines d'entre elles, depuis la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Mc.H.*³², à l'égard des conjoints homosexuels³³. Il s'agit là, selon nous, de la lacune la plus importante en pratique.

²⁸ Voir A. Popovici, *op. cit.*, note 26, p. 43 à la note 158 qui utilise l'expression «pouvoir présumé».

²⁹ En ce qui concerne la prestation compensatoire cela ne crée qu'une apparence de distinction puisque les conjoints de fait peuvent avoir gain de cause sur la base de l'enrichissement injustifié (art. 1493 C.c.Q.) qui est au même effet. Malgré l'absence de décision appliquant ce recours à des conjoints homosexuels il ne fait aucun doute : l'enrichissement injustifié, qui est le recours «des oubliés du droit», est accessible aux concubins de même sexe. Voir : V. Belzile, *loc. cit.*, note 22.

³⁰ *Droit de la famille-2760*, précité, note 24, 725. Voir sur cette question en France : M. Muller, «L'indemnisation du concubin abandonné sans ressources», D. 1986. ch. LV. P. 328.

³¹ Voir : *Droit de la famille-1160*, [1988] R.D.F. 148 (C.S.); *Droit de la famille-2378*, [1996] R.D.F. 246 (C.S.) *Droit de la famille-2493*, [1996] R.D.F. 665 (C.S.); *Droit de la famille-2347*, [1996] R.D.F. 129 (C.S.).

³² *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3. Cette décision a rendu inconstitutionnel l'art. 26 du *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, art. 29 qui limitait l'obligation alimentaire aux conjoints mariés et aux conjoints de fait hétérosexuels.

³³ Reconnassent une obligation alimentaire à tous les concubins : la Colombie-Britannique (*Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, art. 1(c)); l'Ontario (*Family Law Act*, R.S.O., 1990, c. F.3, art. 29-30); la Nouvelle-Écosse (*Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, art. 2(aa)). Reconnassent une obligation alimentaire aux conjoints mariés et aux conjoints de fait hétérosexuels : l'Île-du-Prince-Édouard (*Family law Act*, 1988 R.S.P.E.I., c. F-2.1, art. 29(1)); le Nouveau-Brunswick (*Family Services Act*, S.N.B.,

2. Le droit des personnes

Nous touchons ici, avec l'article 15 C.c.Q. concernant le consentement aux soins³⁴, à l'une des principales revendications des groupes de pression homosexuels. En effet, il est clair que le terme conjoint à cet article réfère uniquement aux conjoints mariés³⁵. Par ailleurs, l'expression — peu évocatrice — de «personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier» vise, sans nul doute, entre autres, les conjoints de fait. Mais le problème subsiste par la collocation³⁶ qu'ordonne l'article 15 C.c.Q.³⁷. Ainsi, la priorité sera donnée au conjoint marié — s'il y a lieu — et, s'il n'existe pas (ce qui sera généralement le cas dans le cadre d'un couple homosexuel vivant comme conjoints de fait) le concubin arrive au même niveau que le proche parent³⁸, ce qui, on l'imagine, peut causer, en cas de discorde, des situations fort douloureuses³⁹ et poser au corps médical de sérieux problèmes d'application⁴⁰. Également, élément symbolique essentiel, le droit des personnes ne reconnaît aucun statut de couple aux unions de fait. Le nom du conjoint n'apparaît ni dans l'acte de décès, ni dans le certificat d'état civil de la personne⁴¹; pour l'état civil, le concubinage est célibat.

1980, c. F.22, art. 112(3)(4)); le Manitoba (*Family Maintenance Act*, R.S.M. 1987, c. F.20, art. 4(3)); Terre-Neuve (*Family Law*, R.S.N. 1990, c. F-2, art. 35(c)); le Saskatchewan (*Family Maintenance Act*, S.S. 1997, c. F-6.2, art. 2 et 4); le Yukon (*Family Property and support Act*, R.S.Y.T., 1986, c. 63, art. 35). Le cas de l'Alberta est intéressant puisque cette province était la seule avec le Québec à ne pas prévoir une obligation alimentaire entre conjoints de fait. Or en 1999 la Cour d'appel de cette province dans l'affaire *Taylor c. Rossu*, [1999] 1 W.W.R. 85 a invalidé cette limitation. Le législateur est donc intervenu la même année pour étendre l'obligation alimentaire aux conjoints de fait mais uniquement hétérosexuels : *Domestic Relations Act*, R.S.A., c. D-37, art. 16.1.

³⁴ Et, dans un moindre mesure, l'article 269 C.c.Q. concernant l'ouverture d'un régime de protection.

³⁵ R.P. Kouri, S. Philips-Nootens, *Le corps humain, L'inviolabilité de la personne et le consentement aux soins — Le regard du législateur et des tribunaux civils*, Ed. Rev. de droit Université de Sherbrooke, 1999, p. 395.

³⁶ *Ibid.*, p. 396; M. Ouellette, «Les personnes», dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec *La réforme du Code civil*, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, vol. 1, 1993, p. 27.

³⁷ En cela l'article 269 C.c.Q. ne cause pas de problème puisque le tribunal doit toujours trancher la question de l'ouverture d'un régime de protection qu'il y ait conflit ou non entre les personnes figurant à l'article 269 C.c.Q. Le conjoint de fait peut donc, au même titre que le conjoint marié, présenter une telle demande devant le tribunal.

³⁸ R.P. Kouri, S. Philips-Nootens, *op. cit.*, note 35, p. 397.

³⁹ À ce sujet, voir : D. Goubau, *loc. cit.*, note 15, 478.

⁴⁰ Et ce d'autant plus que la conjugalité «factuelle» peut être difficile à démontrer.

⁴¹ Voir : Art. 93, 125-126, 146 C.c.Q. Également voir les articles 52 al. 2 et 61 C.c.Q. concernant l'utilisation et le changement de nom.

3. *Le droit des successions*

En droit successoral le conjoint de fait, qu'il soit hétérosexuel ou homosexuel, ne figure pas dans la succession *ab intestat* du défunt, le sens du terme conjoint aux articles 653 et 666 et suiv. C.c.Q. étant limité, comme partout ailleurs, aux seuls conjoints mariés⁴².

4. *La Loi sur le divorce*

Cette loi ne s'applique évidemment pas aux conjoints de fait. N'est-ce pas là une évidence dénuée de conséquence autre que celle — oh combien positive — d'être exonéré du lourd et difficile chemin que doivent parcourir les couples mariés voulant se désunir ? Il n'en est rien car de cette non-application découle l'absence de l'obligation alimentaire entre ex-conjoints ainsi que l'impossibilité d'être reconnu «parent psychologique», aux termes de l'article 2(2) de la *Loi sur le divorce*, de l'enfant de son conjoint (né d'une union antérieure ou encore d'une procréation médicalement assistée).

Cette dernière inégalité frappe, en fait, bien plus l'enfant vivant avec le concubin de son parent, que le concubin lui-même. En effet, et malgré une timide jurisprudence reconnaissant, dans l'article 32 C.c.Q., la notion d'*in loco parentis*⁴³, les tribunaux sont clairement d'avis qu'aucune obligation alimentaire n'existe dans le *Code civil du Québec* pour le «beau-parent»⁴⁴, ce qui est le réel objet de la notion de parent psychologique de la *Loi sur le divorce*. En effet cette notion ne touche aucunement la filiation, mais ne fait que créer une obligation alimentaire⁴⁵; c'est alors l'enfant qui est réellement traité inégalement et non le conjoint qui, si tel est son désir, n'a pas besoin de la loi pour verser des aliments à l'enfant.

⁴² Voir S. Allard, «Union homosexuelle», (1985) 26 C. de D. 451, 468. Par ailleurs le concubin, s'il est héritier et s'il résidait avec le défunt, aura droit de préférence quant à l'attribution de l'immeuble (évidemment en l'absence d'époux) : art. 857 C.c.Q.

⁴³ *Droit de la famille-3687*, [2000] R.D.F. 505 (C.S.). Voir également, de façon implicite, *Droit de la famille-3444*, J.E. 2000-1970 (C.A.). Sur cette question, voir : B. Moore, «La notion de «parent psychologique» et le *Code civil du Québec*», (2001) 103 R. du N. 115.

⁴⁴ *Villeneuve c. Villeneuve*, [1973] C.S. 409 ; *Droit de la famille-1060*, [1986] R.D.F. 627 (C.S.); *Droit de la famille-2347*, [1996] R.D.F. 129 (C.S.). Et tout spécialement : *Droit de la famille-2534*, [1996] R.D.F. 868 (C.S.) où Mme la juge Rayle prend en considération l'article 32 mais est d'avis que celui-ci ne suffit pas pour créer une obligation alimentaire sur les épaules du «beau-parent».

⁴⁵ Le seul autre effet de la notion est de permettre au «faux parent» de demander des droits de visite et de garde, non pas en tant que tiers, mais au même titre que le véritable parent.

B. Distinctions résultant du caractère homosexuel de l'union

Nous visons ici les distinctions existant entre les conjoints de fait hétérosexuels et les conjoints de fait homosexuels. La première de ces distinctions, particulièrement importante en raison de son effet stigmatisant, est l'impossibilité, pour les conjoints de même sexe, de choisir le mariage. Certes, comme le rappelle Mme la juge McLachlin dans l'affaire *Miron*, ce choix du mariage n'est pas, même pour les couples hétérosexuels, entièrement libre⁴⁶; mais, alors que les conjoints homosexuels eux se voient privés de tout choix⁴⁷, il existe.

Or non seulement cette absence de choix est en elle-même un traitement inégal, mais surtout elle amplifie les inégalités de traitement des couples : celles que subissent (ou dont profitent) les conjoints de fait hétérosexuels sont, en principe du moins⁴⁸, voulues alors qu'il en va autrement pour les conjoints homosexuels.

À cette absence de choix nous devons ajouter deux autres sources potentielles d'inégalité, soit celle résultant de la reconnaissance, à de rares endroits dans le Code civil, de la notion de concubin (1), et celle découlant des dispositions en matière de filiation (2).

1. Le sens du terme «concubin» dans le Code civil du Québec

Le terme concubin est présent à quatre endroits dans le *Code civil du Québec*, soit aux articles 555 et 576 C.c.Q. permettant à une personne d'adopter l'enfant de son concubin, à l'article 1938 C.c.Q. garantissant au concubin du locataire le droit au maintien dans les lieux du logement et à l'article 1958 C.c.Q.

⁴⁶ *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418. Cette décision portait sur la limitation aux seuls conjoints mariés d'une indemnité d'assurance. Cette décision est intéressante en ce que Mme la juge McLachlin relève que le choix de se marier n'est pas absolu (p. 498) et qu'il peut donc être discriminatoire de limiter certains avantages aux seuls couples mariés [cette opinion a été reprise par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Taylor*, précitée, note 33, pp. 115 et 128]. Or il y a quelque chose d'antinomique ici (M. le juge Gonthier, écrivant pour la minorité, l'a d'ailleurs relevé à la page 456). En effet, on soutient que l'exclusion des conjoints de fait de la loi visant les couples mariés est discriminatoire alors qu'à l'inverse on refuse, au Québec, d'intervenir pour étendre aux conjoints de fait des effets du mariage — tel l'obligation alimentaire — afin de préserver la liberté des concubins (voir : M. Giroux, A. Laurent, *loc. cit.*, note 22, 137).

⁴⁷ À moins de raisonner comme dans l'affaire *Layland c. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*, précitée, note 1, p. 223 et de soutenir que les homosexuels ont autant que quiconque le choix de se marier avec un conjoint de l'autre sexe...

⁴⁸ Nous sommes en accord avec Mme la juge McLachlin pour soutenir que le choix du mariage n'est pas absolu, mais on oublie trop facilement que celui de ne pas se marier ne l'est pas non plus : bien souvent, les gens ne se marient pas en pensant tout de même que les effets du mariage leur seront applicables après un certain nombre d'années (D. Lapierre, «Les contrat de vie commune», dans *Développements récents sur l'union de fait*, Cowansville, Yvon Blais, 2000, 31, 33). Cette confusion est certainement accentuée par les lois sociales (fiscales entre autres) et certaines industries (par exemple les assurances) qui traitent les concubins comme des gens mariés.

permettant la reprise d'un logement si les copropriétaires indivis sont concubins. L'utilisation de ce terme vise clairement à élargir l'application de ces dispositions aux conjoints de fait. Mais entend-elle également viser les conjoints homosexuels ?

Sur cette question, la jurisprudence se fait plutôt rare. Nous pouvons relever une décision de la Cour d'appel qui soulève — sans y répondre — la question dans le cadre de l'adoption⁴⁹ ainsi que la jurisprudence de la Régie du logement qui, initialement, limitait ce terme aux seuls concubins hétérosexuels mais semble aujourd'hui étendre le sens de ce terme aux conjoints de même sexe⁵⁰.

En référant aux dictionnaires communs nous lisons que le concubinage est «l'état d'un homme et d'une femme qui vivent comme mari et femme sans être mariés»⁵¹. Quant au *Dictionnaire de droit privé de la famille*, il semble associer, quoique de façon non expresse, les conjoints de fait — tels que maintenant définis dans les lois sociales, donc incluant les couples de même sexe — aux concubins. Cette association se comprend à la lecture de la définition «d'époux de fait» où on lit que cette expression «[...] contrairement aux termes concubin et conjoint de fait [...] n'est utilisée que pour décrire des conjoints de fait de sexe opposé»⁵². Il semblerait donc que le terme concubin inclut les conjoints de même sexe.

La France vient de se doter, dans le cadre de la loi introduisant le «PACS»⁵³, d'une définition du concubinage qui a été insérée à l'article 515-8 C.c.fr. et qui prévoit que «[l]e concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple»⁵⁴. Cette définition modifie par ailleurs le sens qui était donné tant dans les ouvrages que dans la jurisprudence majoritaire⁵⁵.

⁴⁹ *Droit de la famille-3444*, précité, note 43.

⁵⁰ Ces décisions portent sur l'article 1958 C.c.Q. Voir: *Martineau c. Leone*, [1995] J.L. 325 (R.L.) (limite le sens aux concubins hétérosexuels); *Cloutier c. Desparois*, 1998 J.L. 190 (R.L.) (inclut les concubins homosexuels); *Thompson c. Bérubé*, 2000 R.L. 142 (R.L.) (inclut les concubins homosexuels).

⁵¹ *Le Petit Larousse 1998*, sous concubinage. Par ailleurs, tout en présentant une définition semblable, *Le Petit Robert 1996* précise : «Par extension : Concubinage homosexuel».

⁵² *Dictionnaire de droit privé de la famille et lexiques bilingues*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 1999, sous les mots «concubin» (p. 24); «conjoint de fait» (p.25) et «époux de fait» (p. 49).

⁵³ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

⁵⁴ Les effets du concubinage en France ne sont pas beaucoup plus importants que ceux que nous connaissons. À ce sujet voir : G. Cornu, *op. cit.*, note 25, pp. 79 et suiv.

⁵⁵ Voir les références jurisprudentielles dans G. Cornu, *op. cit.*, note , p. 79. Également dans les dictionnaires, voir : R. Guillien et J. Vincent, *Lexique de termes juridiques*, Paris, Dalloz, 1985, Vo mot «concubinage». Également dans : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2000, Vo «concubinage» [il est intéressant de noter que la définition est toujours restreinte aux seuls conjoints hétérosexuels et ce même si l'édition est postérieure à la loi sur le «PACS»].

Le sens du terme concubin dans le *Code civil du Québec* ne semblant pas clair il serait peut-être opportun d'appliquer l'article 53 de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* afin de trancher «dans le sens indiqué» par cette dernière, et ainsi inclure dans le terme concubin les conjoints de même sexe. Si au contraire on optait pour un sens restreint⁵⁶ il y aurait alors, à quatre reprises dans le *Code civil du Québec*, une inégalité de traitement directement issue du caractère homosexuel de l'union. D'autres pourraient potentiellement s'ajouter dans le cadre des règles concernant la filiation.

2. Les règles concernant la filiation

Nous entrons ici dans un paradoxe des plus complets. À entendre les débats entourant la question du mariage homosexuel l'argument en sa défaveur revenant le plus souvent est certainement celui concernant les effets qu'il aurait sur la filiation⁵⁷ et, plus spécifiquement, sur l'adoption et la procréation médicalement assistée. Or, et il est important de le souligner, ces deux questions ne sont pas nécessairement liées. Nous pourrions très facilement envisager un mariage homosexuel — ou une union civile — sans permettre l'adoption ou la procréation médicalement assistée⁵⁸.

Mais c'est en fait l'inverse qui semble vouloir se présenter en droit québécois. Le domaine de la filiation paraît en effet être le plus propice à une reconnaissance, par la jurisprudence, d'une égalité envers les conjoints homosexuels, et ce, tant en ce qui concerne l'adoption (a) que la procréation médicalement assistée (b).

a) L'adoption

L'article 546 C.c.Q., disposition de principe en matière d'adoption, prévoit que «toute personne majeure peut, seule ou conjointement avec une autre personne, adopter un enfant». Cette disposition est on ne peut plus

⁵⁶ Ce qui peut également se défendre : le législateur étant intervenu en 1999 afin d'étendre la définition de conjoint dans les lois sociales aux conjoints de même sexe, pourquoi, si telle était son intention, n'en a-t-il pas fait de même dans le *Code civil du Québec* ? Il est à noter que l'article 53 de la Charte est utilisé dans les deux décisions de la Régie du logement qui incluent, dans le terme concubin, les conjoints de même sexe (voir note 50).

⁵⁷ Quant à la garde d'un enfant — qu'il soit le sien ou non — l'orientation sexuelle ne devrait pas, en principe, être un élément à considérer. La professeure A. Robinson, après une étude de la jurisprudence sur cette question, relève qu'il en va autrement en pratique : A. Robinson, *loc. cit.*, note 14, 39 et suiv.

⁵⁸ Ce que plusieurs pays ont fait. Nous y reviendrons.

globalisante : non seulement n'exige-t-on pas que le couple soit marié⁵⁹, mais on reconnaît de surcroît au célibataire, quelle que soit son orientation sexuelle, le droit à la parentalité. Comment alors soutenir que les couples homosexuels sont, en tant que couple, exclus de cette possibilité.

La Cour d'appel a d'ailleurs soulevé la possibilité pour un couple homosexuel d'adopter conjointement. La Cour, après avoir rappelé que «l'adoption est un procédé d'ordre juridique, [...] une création de la loi, une fiction légale qui n'a pas de lien avec l'ordre biologique. C'est même la négation de la réalité biologique au bénéfice d'une réalité juridique», souligne «[...] qu'un enfant adoptif peut désormais n'avoir qu'un seul parent, ou même deux parents du même sexe. L'article 598 C.c.Q. n'exclut pas cette possibilité»⁶⁰. Il reste néanmoins qu'aussi fictive que soit l'adoption, elle s'est toujours calquée sur le modèle biologique⁶¹. L'ensemble des dispositions concernant l'acte de naissance réfère nécessairement à deux parents de sexe différents.

L'autre hypothèse concernant l'adoption est celle de l'article 555 C.c.Q. qui porte sur l'adoption, par une personne, de l'enfant de son concubin. Nous revenons alors au sens à donner au terme concubin. Or, la Cour d'appel a récemment soulevé la possibilité pour une femme d'adopter l'enfant de sa conjointe née à la suite d'une procréation médicalement assistée projetée par le couple.

Dans cette affaire, le couple demandait une reconnaissance de la conjointe comme parent psychologique et une délégation, en sa faveur, de l'ensemble de l'autorité parentale aux termes de l'article 601 C.c.Q. La Cour rejette la requête «[...] pour absence d'assise juridique à leur demande» mais ajoute que «[b]ien que notre Cour n'ait pas à le décider, les appelantes ne sont pas pour autant sans recours. Les dispositions du *Code civil du Québec* en matière d'adoption constituent peut-être une avenue possible. Je réfère particulièrement aux articles 544, 546, 579 C.c.Q.»⁶². Pour ce faire la Cour ne réfère pas à sa décision de 1993 mais aux décisions ontarienne et albertaine ayant accepté qu'une femme adopte l'enfant de sa conjointe⁶³. La question de l'adoption n'ayant pas été plaidée la Cour ne fait

⁵⁹ Voir *Droit de la famille-543*, [1988] R.J.Q. 2601 (T.J.). Le tribunal écrit : «Le fait d'adopter conjointement avec une autre personne implique que les deux personnes soient liées par des intérêts communs. Ce lien peut épouser différentes formes et n'implique pas nécessairement qu'il doit être interprété comme étant limitatif aux liens créés par le mariage» (p. 2603).

⁶⁰ *Droit de la famille-1704*, [1993] R.J.Q. 1, 5 (C.A.); A. Roy, «L'adoption en droit québécois : aspects civils et procéduraux», *Répertoire de droit*, no 22.

⁶¹ Voir, concernant l'état du droit français sur la question de l'adoption d'un enfant par une personne ou un couple homosexuel : C. Mécary et G. de la Pradelle, *Le droit des homosexuels/les*, Paris, Presses universitaires de France, 1998, p.48.

⁶² *Droit de la famille-3444*, précité, note 43, par. 31.

⁶³ *K (Re)*, (1995) 23 O.R. (3d) 679; *A. (Re)*, [1999] A.J. No. 1349 (Q.L.) (Alb. Queen's Bench). Voir également la très récente décision de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse invalidant, aux termes de l'article 15(1) de la Charte canadienne, la limitation, aux seuls couples mariés, du droit d'adopter. La Cour, conséquemment, étend cette possibilité aux conjoints de fait hétérosexuels et homosexuels: *Nova Scotia (Birth Registration No. 1999-02-004200) (Re)*, [2001] N.S.J. No. 261.

que fortement suggérer aux parties de présenter une telle demande. Or selon nous tel n'est pas, dans ce cas, la solution appropriée. Ce sont plutôt les règles en matière de procréation médicalement assistée qui auraient dû s'appliquer⁶⁴.

b) *La procréation médicalement assistée*

Le législateur québécois en 1994 a cru bon devoir ajouter aux règles de la filiation des dispositions portant sur la procréation médicalement assistée⁶⁵. Or dans la présente affaire, les deux femmes avaient collaboré conjointement à la mise sur pied d'un tel projet parental. Dans une situation analogue où les conjoints de fait auraient été hétérosexuels, non seulement l'homme aurait-il pu reconnaître l'enfant, ou encore invoquer une possession d'état en sa faveur, mais s'il ne l'avait pas fait, l'article 540 C.c.Q. l'aurait contraint, non pas à devenir père, mais, à tout le moins, à assumer les obligations qui en découlent⁶⁶.

Or, dans l'affaire *Droit de la famille-3444*, non seulement la Cour n'oblige pas la conjointe à être responsable — que de toute façon elle réclame — mais il semble impossible pour elle d'être reconnue parent, sauf, potentiellement, par l'adoption. Il aurait été nécessaire selon nous de poser le problème aux termes des articles 538 et suiv. qui ne semblent aucunement limiter la parentalité médicalement assistée à deux personnes de sexe opposé⁶⁷.

II. *Solutions envisageables*

Une fois l'inégalité constatée, nous devons envisager les différentes solutions qui se présentent afin d'atténuer, voire d'éradiquer cette réalité. Nous verrons donc les solutions disponibles dans le droit d'aujourd'hui (A) ; les réformes instituant des solutions mitoyennes (B) et enfin, nous évoquerons l'hypothèse de l'accessibilité du mariage civil aux conjoints homosexuels (C).

⁶⁴ Pour une affaire similaire en Europe, voir : C. Méary, G. de la Pradelle, *op. cit.*, note 61, p. 83.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 54 et suiv.

⁶⁶ Voir : M. Provost, «La procréation médicalement assistée» dans *Droit de la famille québécois*, t. 1, Montréal, C.C.H., 50-215. Dans le cas où les conjoints seraient mariés la présomption de paternité jouerait son rôle en donnant automatiquement un père à l'enfant (art. 539 C.c.Q.). Voir : D. Goubau, *loc. cit.*, note 15, 480.

⁶⁷ D'ailleurs le Rapport de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction (commission Baird) recommandait d'exclure toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le cadre des politiques gouvernementales en matière d'insémination artificielle. La commission des droits de la personne du Québec en faisait de même en 1994 dans son rapport intitulé : *De l'illégalité à l'égalité*, Commission des droits de la personne, 1994, pp. 114 et suiv. Voir également : A. Robinson, *loc. cit.*, note 14, 57.

A. *Solution actuelle : la contractualisation des relations*

En l'absence, nous l'avons vu, de régime législatif reconnaissant l'union de fait homosexuelle, la seule solution ne nécessitant pas l'intervention législative est celle de la convention entre les conjoints⁶⁸. Malgré son apparent manque de popularité, la convention de vie commune semble aujourd'hui ne plus poser de doute quant à sa validité. Si, jadis, l'ordre public pouvait faire craindre un refus de la part des tribunaux, cette crainte n'est aujourd'hui plus permise⁶⁹. En effet si le concubinage n'est pas réglementé dans son ensemble, ce n'est pas pour une raison morale, mais plutôt par souci, semble-t-il, de respecter le choix des conjoints. Or, c'est par une convention que ce choix peut réellement s'exprimer.

La situation nous semble identique pour les conjoints homosexuels. Si ce type de convention, du temps où l'homosexualité constituait un crime, n'aurait pu être valide aux termes des règles du droit des obligations, il en va autrement aujourd'hui. En effet, les lois sociales reconnaissant un statut concubinaire aux couples homosexuels et la discrimination quant à l'orientation sexuelle étant proscrite tant dans la Charte québécoise que dans la Charte canadienne⁷⁰, la validité d'une convention librement consentie par des conjoints de même sexe ne fait plus de doute et par conséquent — sous réserve de son contenu — peut être sanctionnée par les tribunaux civils⁷¹.

La convention de vie commune n'est pas un contrat de mariage et n'est donc pas assujettie aux règles concernant celui-ci. Il s'agit plutôt d'un contrat civil, innommé, qui doit respecter les règles générales des contrats et, s'il y a lieu, les règles spécifiques à la validité de ses différentes stipulations⁷². Le contenu de ces conventions pouvant varier à l'infini, la liberté contractuelle, timidement balisée par l'ordre public, étant la règle d'or, la quasi-totalité des inégalités entre concubinage et mariage résultant du silence du Code pourront être conventionnellement aménagées.

⁶⁸ Nous pouvons ajouter également les recours en enrichissement injustifié et en dissolution de société tacite. Ces recours, aujourd'hui acceptés pour les conjoints de fait hétérosexuels, devraient certainement l'être également pour les conjoints homosexuels. Ces recours sont toutefois exceptionnels (du moins en principe, car le recours en enrichissement injustifié semble de plus en plus fréquent) et partiels ; ils ne constituent donc pas une panacée. Sur cette question, voir, entre autres : S. Allard, S. Binette, P. Ciotola, *loc. cit.*, note 22, par. 46 et suiv. ; D. Lapierre, *loc. cit.*, note 48, p. 34 ; V. Belzile, *loc. cit.*, note 22, p. 125.

⁶⁹ Sur cette question voir : S. Allard, *loc. cit.*, note 42, p. 464 ; S. Allard, S. Binette, P. Ciotola, *loc. cit.*, note, par. 78 et suiv. En jurisprudence, voir, entre autres : *Droit de la famille-2760*, précité, note 24.

⁷⁰ La Cour suprême a jugé à l'unanimité, dans l'affaire *Egan*, (précité, note 12), que l'orientation sexuelle était, aux termes de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, un motif analogue.

⁷¹ S. Allard, *loc. cit.*, note 42, p. 465 ; S. Allard, S. Binette, P. Ciotola, *loc. cit.*, note 22, par. 13.

⁷² D. Lapierre, *loc. cit.*, note 48, p. 34.

Ainsi, en ce qui concerne la protection de la résidence familiale, les parties peuvent inscrire un droit d'usage en faveur du conjoint non propriétaire⁷³. La constitution d'un tel droit réel protège alors le concubin non propriétaire contre l'éviction et ce même en cas d'aliénation de l'immeuble.

Quant aux biens⁷⁴, puisque les parties sont *de facto* en séparations de biens, elles peuvent, à l'instar des couples mariés, établir un «régime concubinaire» calqué ou non sur le régime légal de la société d'acquêts⁷⁵, ou encore adopter les règles du patrimoine familial⁷⁶. Les parties peuvent également prévoir le paiement d'une prestation compensatoire ou enfin des donations entre vifs⁷⁷. Dans ce dernier cas les parties devront notarié l'entente⁷⁸ et limiter les donations à des biens présents⁷⁹.

En ce qui concerne les dispositions fixant les droits et les devoirs des époux la question est à la fois théorique et fondamentale. Elle est théorique en ce que ces dispositions, à l'exception des articles 397 et 398 C.c.Q.⁸⁰, n'ont pas réellement de portée normative autonome. Elles ont plutôt un rôle sacralisateur, institutionnel.

Or paradoxalement, c'est peut-être l'absence de ces articles qui manque le plus aux couples homosexuels, non pas dans leur contenu pratique, inexistant, mais dans leur portée symbolique. Serait-il possible d'inclure ces dispositions dans une convention de vie commune ? Pourquoi pas. Quelle serait alors la force exécutoire de «l'obligation» contractuelle de fidélité, de secours et d'assistance

⁷³ Voir : *Droit de la famille*-2760, précité, note 24, 724.

⁷⁴ Sur cette question, voir : D. Lapierre, *loc. cit.*, note 48, 35 et suiv.

⁷⁵ Voir en sens contraire : S. Allard, *loc. cit.*, note 42, p. 463 à la note 39.

⁷⁶ Voir par ailleurs une étrange affaire : *Couture c. Gagnon*, [1999] R.J.Q. 2924 (C.S.). Partant du caractère d'ordre public du patrimoine familial M. le juge Beaudoin invalide une clause intégrant les règles de cette institution à la convention. Selon le juge «[...] la création de ce patrimoine familial par les parties était contraire à l'ordre public et donc de nullité absolue *ab initio*» (p. 2926). Nous ne voyons pas en quoi l'adoption conventionnelle d'un régime légal peut violer l'ordre public. Bien au contraire, si le but de cette clause est de créer une union de type associatif, tel que le prône le législateur en matière de mariage, il ne peut être qu'encouragé. Cette décision a été renversée par la Cour d'appel: [2001] R.J.Q. 2047.

⁷⁷ La donation à cause de mort n'est valide, aux termes de l'article 1819 C.c.Q., que dans un contrat de mariage ou comme legs.

⁷⁸ Art. 1824 C.c.Q. (sauf dans le cas d'un don manuel) Voir également : *Droit de la famille*-2760, précité, note 24, pp. 724-725.

⁷⁹ Art. 1818 C.c.Q.

⁸⁰ Qui d'ailleurs ne causent pas réellement de problème. L'article 397 C.c.Q. prévoit la solidarité des conjoints pour les dettes contractées pour le ménage. Entre eux la convention peut prévoir une telle responsabilité et envers les tiers l'apparence de mariage devrait pouvoir être utilisée (quoiqu'en matière d'union homosexuelle cela puisse être difficile). Quant à 398 C.c.Q. il est, nous l'avons vu, superfétatoire. Les conjoints de fait peuvent très certainement se donner mutuellement le mandat de représenter le couple, et un tel mandat peut exister implicitement sans l'aide de l'al. 2.

ou de vie commune ? Aucune⁸¹. Mais quelle est celle, à l'exclusion des obligations spécifiques — tels les aliments —, de l'article 392 C.c.Q. ? Ou encore, quelle est la sanction du devoir de faire vie commune, autre que la rupture du lien matrimonial — s'il y a volonté en ce sens⁸². Ce serait, là aussi, le même résultat en cas de convention. Il nous semble donc que l'impossibilité pour les parties de voir ce type de stipulations sanctionnées par les tribunaux n'est pas un obstacle à leur consécration, dans la mesure où ces dispositions ne visent qu'à formaliser et «conjugaliser» la convention et non pas à créer des effets concrets, qui eux, seront comblés par les autres stipulations du contrat.

Les parties peuvent également prévoir un support alimentaire mutuel. Une controverse étrange à ce sujet semble avoir existé. Un auteur prétendait que du fait que l'obligation alimentaire entre conjoints de fait constitue une obligation naturelle, la convention prévoyant un tel support ne pourrait qu'être volontairement exécutée, le tribunal ne pouvant la sanctionner⁸³. À l'instar de Me Allard, cette opinion nous semble mal fondée⁸⁴. Le contrat par lequel s'engagent des parties à exécuter une prestation, s'il est valablement conclu, oblige civilement et peut être sanctionné par le tribunal. S'il existait initialement entre les parties une obligation naturelle, cette convention la noverait en obligation civile tout aussi contraignante que les autres. Puisqu'un tel support alimentaire entre conjoints homosexuels ne nous semble pas heurter l'ordre public, sa validité n'est plus douteuse. Il est à noter que cette obligation purement conventionnelle doit être minutieusement décrite puisque le régime des articles 585 et suiv. C.c.Q. ne s'y applique pas⁸⁵. Également, un conjoint pourrait s'engager, par la voie d'une stipulation pour autrui, à verser un support alimentaire à l'enfant de son conjoint. Une telle stipulation viendrait atténuer la distinction légale créée par l'inexistence de la notion d'*in loco parentis* dans le Code, et serait incontestablement valide puisque prévue dans l'intérêt de l'enfant⁸⁶.

⁸¹ S. Allard, *loc. cit.*, note 42, p. 457.

⁸² Certes la *Loi sur le divorce* impose un formalisme à l'obtention du divorce mais il n'est plus que procédural ou suspensif. À la fin du délai prévu à l'article 8 rien ne peut empêcher un époux d'obtenir le divorce.

⁸³ M. Guy, «Les accords entre concubins et entre époux après la loi 89», [1981] *C.P. du N.* 157, 165.

⁸⁴ S. Allard, *loc. cit.*, note 42, p. 467; S. Allard, S. Binette, P. Ciotola, *loc. cit.*, note 22, par. 102 et suiv. Une auteure en France soutient que le *modus vivendi* durant l'union peut constituer une promesse d'exécution de l'obligation naturelle de secours : «En assurant la subsistance du partenaire, exécutant ainsi son obligation naturelle de secours, le concubin a manifesté sa volonté de ne pas se laisser sans ressources même s'il décidait de rompre», M. Muller, *loc. cit.*, note 30, p. 334.

⁸⁵ Du moins pas automatiquement. Il nous semble que des parties pourraient référer aux critères du *Code civil du Québec* ou de la *Loi sur le divorce*. En l'absence d'une telle référence le juge doit appliquer le contrat selon ses termes : *Droit de la famille*-2760, précité, note 24, pp. 726 et suiv. Dans ce cas le juge a accepté que le support alimentaire ne soit pas lié aux critères des besoins et des moyens (puisque cela n'était pas indiqué dans le contrat). Voir également, en matière de contrat de parrainage : *P. G. Québec c. Kabakian*, REJB 2000-18855 (C.A.).

⁸⁶ Voir : *Droit de la famille*-3687, [2000] R.D.F. 505 (C.S.).

En ce qui concerne le droit des personnes, les conjoints peuvent rédiger des mandats en prévision de l'incapacité afin d'être le représentant légal autorisé à consentir aux soins aux termes de l'article 15 C.c.Q. Mais cette solution n'est utile que dans des situations où le temps permet de procéder à l'homologation du mandat conformément à l'article 2166 C.c.Q. Quant aux distinctions issues des dispositions concernant la reconnaissance sociale de l'union — tel la mention du nom du conjoint sur le certificat d'état civil —, aucune solution conventionnelle ne permet de les atténuer.

En matière successorale, les conjoints peuvent tester en leur faveur mutuelle. Par ailleurs cela ne peut, contrairement au contrat de mariage⁸⁷, faire partie de la convention de vie commune puisque le testament conjoint est nul⁸⁸.

En matière de résultats concrets, le mode conventionnel semble donc être efficace⁸⁹. En fait, le seul élément irréalisable est la création d'un acte d'état civil nouveau garantissant une reconnaissance sociale et civile au couple. Cette reconnaissance ne peut alors passer que par une solution législative.

B. *Solution mitoyenne : la reconnaissance d'un statut particulier*

Nous entendons présenter ici les différents systèmes législatifs visant à reconnaître un statut distinct aux couples non mariés. Ces interventions sont de plus en plus nombreuses⁹⁰ et prennent des formes variées. Ainsi ces régimes peuvent viser spécifiquement les conjoints homosexuels afin de leur octroyer un succédané du mariage, ou encore viser tout couple non marié désirant un statut officiel, mais moins contraignant que le mariage. L'intensité du cadre législatif peut également varier. Nous proposons le survol de trois systèmes qui représentent ces différentes avenues, soit le «PACS» français (1), le «*civil union*» du Vermont (2) et le «*Domestic partners*» de la Nouvelle-Écosse (3).

⁸⁷ Les parties peuvent dans le contrat de mariage prévoir des donations à cause de mort qui sont considérées être des dispositions testamentaires : art. 1819 et 613 C.c.Q. Ces donations peuvent prendre une forme très générale prévoyant que les biens iront au dernier vivant.

⁸⁸ Art. 704 C.c.Q. Voir : S. Allard, *loc. cit.*, note 42, p. 468.

⁸⁹ Outre évidemment les problèmes touchant la filiation, domaine d'ordre public, n'acceptant pas de contractualisation.

⁹⁰ Voir pour des aperçus de différentes lois : E. Errante, «Le mariage homosexuel aux États-Unis : les arrêts des tribunaux de l'État de Hawaï et leur implication au niveau national», dans D. Borillo, *Homosexualités et droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1998, 297, 305. S. Jensen, «La reconnaissance des préférences sexuelles : le modèle scandinave», dans D. Borillo (dir.), *Homosexualités et droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, 262. Également on peut consulter le site internet de l'association internationale des gais et lesbiennes (ILGA) qui procède à une revue des législations internationales, in ligne : www.ilga.org.

1. Le «PACS» français

Le Pacte civil de solidarité, mieux connu sous l'acronyme «PACS», fut introduit en droit français par la Loi no 99-944 du 15 novembre 1999⁹¹. Cette adoption ne se fit pas sans difficultés de toutes sortes, l'unanimité étant loin d'être acquise autour d'une loi qui, officieusement, avait pour objectif de reconnaître un statut au couple homosexuel⁹². La loi finalement adoptée semble d'ailleurs être un compromis qui a plus saveur de symbole que de réforme⁹³ et, qui plus est, dont la forme demeure fort critiquable⁹⁴. Nonobstant cela, nous croyons qu'il peut être intéressant de présenter cette législation qui illustre, quant à nous, le régime législatif minimal mais qui, malgré cela, semble avoir obtenu un certains succès, même à l'égard de couples hétérosexuels⁹⁵.

Le nouvel article 515-1 C.c.fr. prévoit que le «[...] pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques, majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune». Le ton est lancé : le «PACS» est un contrat⁹⁶. Cette affirmation péremptoire vise à distinguer nettement le «PACS» du mariage, généralement vu tant sous l'angle de l'institution que du contrat⁹⁷. Mais si le «PACS» est un contrat, il en est un fort particulier.

Contrat particulier en ce qu'il ne peut être conclu qu'entre deux personnes physiques⁹⁸ mais surtout, comme plusieurs l'ont signalé, parce qu'il a été introduit dans le Code civil, non pas à la suite des autres contrats nommés, mais à la fin du Livre premier sur les personnes⁹⁹, tout juste après les règles sur le

⁹¹ Pour le texte de la loi voir : D. 1999, Lég., p. 515.

⁹² Pour un historique de l'adoption de la loi, voir : J.-J. Lemouland, «Présentation de la loi no 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité», D. 1999. Ch. p. 483. D'ailleurs le professeur Hauser relève que l'article 515-8 définissant le concubinage — en l'élargissant aux couples homosexuels — «[...] résulte d'un ajout sénatorial dans l'espoir avoué — mais déçu — de rendre inutile le reste du texte». J. Hauser, «Pacte civil de solidarité (PACS) — Statut civil des partenaires», J.C.P. Éd. Not. 2000, p. 411. Voir également : C. Brunetti-Pons, «L'émergence d'une notion de couple en droit civil», (1999) *R.T.D.C.* 27, 40.

⁹³ J.-J. Lemouland, «Pacte civil de solidarité (PACS) — Formation et la dissolution du pacte civil de solidarité», J.C.P. Éd. Not. 2000, p. 406.

⁹⁴ J. Hauser, *loc. cit.*, note 92, 411 : «On ne peut qu'aborder avec la plus extrême prudence la loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité car elle cumule les étrangetés, les bizarreries voire, diront ses détracteurs, les absurdités».

⁹⁵ Ainsi, nous référant à un article paru dans l'hebdomadaire *L'Express* (M. Huret, «Les pacésés», no 2582, semaine du 28 décembre 2000 au 3 janvier 2001), 23071 couples se seraient «pacsés» dans la première année d'application de la loi.

⁹⁶ Pour une «formule-cadre» de «PACS» : C. Destame, «Anticipons ensemble les effets d'une proposition de loi», J.C.P. Éd. Not. 1998, 1536.

⁹⁷ J.-J. Lemouland, *loc. cit.*, note 93, p. 406.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Et ce malgré que le «PACS» ne modifie en rien l'état civil des personnes : R. Piastra, «Loi relative au PACS», D. 2000. Ch. p. 203, 204; P. Courbe, *Droit de la famille*, 2e éd., Paris, Armand Colin, 2001, p. 243.

majeur protégé. Cet emplacement est certes un symbole¹⁰⁰ et démontre que, malgré les précautions du législateur afin de rendre l'article 515-1 C.c.fr. aussi neutre que possible, la nature du «PACS» relève réellement d'une dimension affective. C'est en fait le Conseil constitutionnel, dans son avis qu'il a rendu concernant cette loi, qui a réellement décrit ce que doit être le «PACS». Pour lui la « [...] notion de vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes», mais [...] elle «suppose, outre une résidence commune, une vie de couple»¹⁰¹. Cette précision vient empêcher à des colocataires ou à des associés de se «pacser» pour des raisons fiscales. Elle vient aussi, et surtout, éviter une banalisation du «PACS» et assurer une signification affective et conjugale de ce contrat.

Les autres conditions de formation du «PACS» relient également plus celui-ci au mariage qu'à un contrat civil. Ainsi il doit être conclu entre deux personnes majeures¹⁰², il est interdit à une personne qui serait déjà «pacsée» ou mariée (art. 515-2 C.c.fr. par. 2 et 3) ou encore interdit «entre ascendants et descendants en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus» (art. 515-2 C.c.fr. par. 1)¹⁰³. On veut ici écarter tout risque d'inceste ou de polygamie.

L'article 515-3 C.c.fr. porte sur la déclaration que doivent faire les parties au greffe du tribunal d'instance¹⁰⁴ ainsi que sur la procédure d'enregistrement du contrat à l'intérieur d'un registre spécialement conçu à cet effet. Les auteurs ne s'entendent pas sur le rôle de cette procédure : est-elle nécessaire à la validité du contrat, faisant du «PACS» un contrat solennel¹⁰⁵, ou encore n'est-elle qu'un moyen d'opposabilité envers les tiers¹⁰⁶ ?

¹⁰⁰F. Courtray, *loc. cit.*, note 25, 11; J.-J. Lemouland, *loc. cit.*, note 92, 483; J. Hauser, *loc. cit.*, note 92, 411.

¹⁰¹F. Courtray, *loc. cit.*, note 25, 18.

¹⁰²Il est intéressant de remarquer qu'il est plus difficile de se «pacser» que de se marier. Ainsi le «PACS» entre mineurs n'est pas permis (alors que la femme peut se marier à compter de 15 ans : art. 144 et 148 et suiv. C.c.). De plus un majeur sous tutelle ne peut pas se «pacser» (art. 506-1 C.c.fr.) alors qu'il peut — moyennant certaines autorisations — se marier (art. 506 C.c.). Voir : J.-J. Lemouland, *loc. cit.*, note 93, 407.

¹⁰³Encore ici les empêchements au «pacs» sont plus lourds que ceux au mariage : J.-J. Lemouland, *loc. cit.*, note 93, p. 407.

¹⁰⁴Le choix de l'endroit fut un autre point sensible lors de l'élaboration de la loi puisque l'on ne voulait pas, en choisissant la mairie, créer une confusion avec le mariage (malgré le fait que les maires délivraient, avant le «PACS» des certificats de concubinage, voire même pour certains d'entre eux à des conjoints gais : C. Mécary et G. De La Pradelle, *op. cit.*, note 61, p. 78). Voir : F. Courtray, *loc. cit.*, note 25, 13.

¹⁰⁵F. Courtray, *loc. cit.*, note 25, 4; P. Courbe, *op. cit.*, note 99, p. 242; J. Carbonnier, *Droit civil-2-La famille*, 20^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1999, p. 697.

¹⁰⁶J.-J. Lemouland, *loc. cit.*, note 93, 408.

Mais si dans ses conditions de formation le «PACS» courtise le mariage, en matière de ses effets, c'est le divorce le plus complet¹⁰⁷. L'article 515-4 C.c.fr. constitue le corps des effets civils du «PACS», corps qui, pour le Conseil constitutionnel, est un minimum impératif¹⁰⁸. Aux termes de cette disposition, les parties doivent convenir d'une «aide mutuelle et matérielle». Si l'existence même d'une telle aide semble imposée, ce sont les parties qui doivent la composer. Il restera à voir si l'aide minimale ne sera que vœux pieux ou plutôt résultera en une contribution aux charges du ménage¹⁰⁹.

L'alinéa second de cette disposition prévoit que «[l]es partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un deux pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun». Cette disposition reprend, dans ses grandes lignes, le principe de l'article 220 C.c.fr. applicable au mariage¹¹⁰ et qui, par la notion de l'apparence de mariage, était, parfois, appliqué entre conjoints de fait hétérosexuels¹¹¹.

Enfin, l'article 515-5 C.c.fr. prévoit qu'à défaut par les parties de convenir autrement dans le «PACS», les «meubles meublants»¹¹², acquis à titre onéreux postérieurement — ou dont la date est incertaine — au pacte, seront indivis de moitié. Il en sera de même pour les autres biens acquis à titre onéreux postérieurement au pacte, à moins que l'acte d'acquisition n'en dispose autrement¹¹³.

Voilà le «PACS»¹¹⁴. Évidemment, rien n'empêche les parties d'ajouter des dispositions pour agrémenter cette base législative au même titre que n'importe quelle autre convention de concubinage. Reste à voir si les tribunaux interviendront pour inclure de nouvelles obligations implicites ou encore donner au «PACS», qui en semble dénué, des effets après la rupture¹¹⁵, tel un support alimentaire.

¹⁰⁷ Nous ne traiterons ici que des effets civils, laissant de côté les effets sociaux ou fiscaux. À propos de ces derniers, voir : J.-J. Lemouland, *loc. cit.*, note 92, 485 et suiv.

¹⁰⁸ R. Piastra, *loc. cit.*, note 99, 207. Répertoire civil Dalloz, Vo «Pacte civil de solidarité», par. 12.

¹⁰⁹ J. Hauser, *loc. cit.*, note 92, 412; J.-J. Lemouland, *loc. cit.*, note 92, 484.

¹¹⁰ Les deux textes comportent par ailleurs des distinctions significatives : J. Hauser, *loc. cit.*, note 92, 413.

¹¹¹ G. Cornu, *op. cit.*, note 25, p. 79. Quant aux conjoints homosexuels cet ajout du «PACS» nous semble nécessaire car l'apparence de mariage ne peut être applicable.

¹¹² Tels que définis à l'article 534 C.c.fr., équivalent de notre article 401 C.c.Q.

¹¹³ Voir sur ces dispositions : J.-J. Lemouland, *loc. cit.*, note 92, 484; J. Hauser, *loc. cit.*, note 92, 413.

¹¹⁴ Quant à sa dissolution elle intervient par la volonté d'un des partenaires ou, automatiquement, en cas de décès, ou mariage d'une des parties. Également l'article 506-1 C.c. prévoit, dans le cas où un régime de tutelle serait ouvert pour un des partenaires, la possibilité pour le tuteur ou le conseil de tutelle de mettre fin au «pacs». Voir : J.-J. Lemouland, *loc. cit.*, note 93, p. 409.

¹¹⁵ Voir à ce sujet : J. Hauser, *loc. cit.*, note 92, p. 414; F. Courtray, *loc. cit.*, note 25, 20.

Il reste néanmoins que, tel que libellée, la loi n'est en fait que bien pauvre, tant dans ses dimensions pratiques — minimales —¹¹⁶ que dans sa reconnaissance des couples homosexuels¹¹⁷, reconnaissance déguisée derrière un paravent contractuel, dénuée de toute dimension affective et masquée par la possibilité pour les couples hétérosexuels de se «pacser». Par cette possibilité, on occulte la réalité homosexuelle et on accepte que le «PACS» soit à la fois une manière pour les homosexuels de se rapprocher du mariage, et aux couples hétérosexuels de s'en éloigner¹¹⁸. Tout autre est l'initiative récente du Vermont.

2. Les «Civil unions» du Vermont

Cette loi du Vermont se situe de l'autre côté du spectre des solutions mitoyennes¹¹⁹. Adoptée le 26 avril 2000, elle a pour objet l'ajout d'un chapitre instituant le «civil union» à la loi sur les relations de famille¹²⁰. Cette loi fait suite à l'affaire *Baker c. Vermont* dans laquelle la Cour suprême du Vermont avait jugé qu'il est inconstitutionnel, aux termes de l'article 7 de la Constitution de l'État¹²¹, de refuser la délivrance d'un permis de mariage à un couple homosexuel.

Or cette loi, non seulement n'étend pas le mariage aux conjoints de même sexe mais au contraire elle ajoute à la loi sur le mariage une définition on ne peut plus claire, limitant celui-ci à l'union d'un homme et d'une femme¹²². De plus,

¹¹⁶ Rien en matière de filiation, d'autorité parentale, de succession (à l'exception de l'article 515-6 C.c. prévoyant l'application aux partenaires de l'article 832 C.c. qui concerne l'attribution préférentielle de certains biens —logement...—), de protection de la résidence familiale, de consentement aux soins...

¹¹⁷ Ce qui est, pour certains, la dimension principale de la loi : J.-J. Lemouland, *loc. cit.*, note 93,406; J. Hauser, *loc. cit.*, note 92, 415.

¹¹⁸ R. Cabrillac, «Libres propos sur le PACS (après l'adoption du texte en première lecture par l'Assemblée nationale)», D. 1999, Ch. p. 71, 73; F. Courtray, *loc. cit.*, note 25, 17.

¹¹⁹ Le Vermont n'est pas le seul État américain à s'être doté d'une loi reconnaissant un statut aux couples homosexuels. Pour un survol des législations américaines, voir: M. Bailey, «Le mariage et les unions libres», disponible sur le site de la Commission du droit du Canada à l'adresse en ligne: www.lcc.gc.ca. En ce qui concerne l'État d'Hawaïi, contrairement aux informations véhiculées dans certains médias, le mariage entre homosexuels n'y est pas reconnu. Au contraire, à la suite de la décision *Baehr c. Muike*, 1996 WL 694235 (Haw. Cir. Ct.) qui invalidait la limitation du mariage aux seuls conjoints hétérosexuels, la population a voté lors d'un référendum le maintien de cette définition traditionnelle du mariage. La législature de l'État a alors adopté une législation reconnaissant certains droits aux conjoints homosexuels. Voir : E. Errante, *loc. cit.*, note 90, 305.

¹²⁰ *Domestic Relations*, Title 15. V.S.A. Cette loi porte sur l'ensemble du droit relatif aux relations de couple et familiales sous réserve de l'adoption (prévues au titre 15A des Lois du Vermont).

¹²¹ Qui est la disposition anti discriminatoire.

¹²² *Domestic Relations*. Chapter 1 : Marriage, art. 8 : «Marriage is the legally recognized union of one man and one woman».

il est spécifié, dans les attendus préliminaires à la loi instaurant les unions civiles, que la volonté du législateur est, non pas d'ouvrir le mariage aux homosexuels, mais de permettre à ceux-ci de bénéficier du même régime que les couples mariés¹²³.

La loi qui en découle est alors fort simple. Quant aux conditions de formation, elles reprennent celles du mariage, exigeant ainsi l'inexistence de mariage ou d'union civile antérieure et prohibant les unions entre parents. Par ailleurs, et contrairement au «PACS» français, la loi affiche clairement ses ambitions : les partenaires *doivent* être de même sexe¹²⁴.

Quant aux effets de l'union civile, les articles 1201 et 1204 du *Domestic Relations* prévoient explicitement que les partenaires auront les mêmes avantages, protections et responsabilités que les époux, que ceux-ci proviennent «[...] from statute, administrative or court rule, policy, common law or any other source of civil law [...]»¹²⁵. Puis vient, après cet énoncé péremptoire et général, une longue liste, non limitative, de lois modifiées afin d'étendre la notion d'époux à celle de partenaire d'union civile. Par exemple, les partenaires se succèdent en l'absence de testament au même titre que les époux, ou encore, un partenaire peut adopter l'enfant de son conjoint aux mêmes conditions que les couples mariés¹²⁶. Également, la modification au contrat fait antérieurement à la formation de l'union civile doit respecter les mêmes procédures que celles du contrat de mariage¹²⁷. La formation de l'union est similaire à celle du mariage et un acte d'état civil nouveau, reconnaissant et prouvant l'état civil des partenaires, est institué¹²⁸. Même la dissolution de l'union suit les mêmes règles et est soumise à la même compétence judiciaire que le mariage¹²⁹. C'est simple : du mariage il ne manque plus que le mot¹³⁰.

¹²³ *An Act Relating to Civil Unions*, Statutes of Vermont, 1999, H.847.

¹²⁴ *Domestic Relations*, art. 1202-1203. Les degrés prohibés sont identiques à ceux prévus aux articles 1 et 2 du chapitre concernant le mariage. Par ailleurs la même loi ajoute également un Chapitre 25 à la *Domestic Relations* act intitulé «Reciprocal beneficiaries». Cette dernière section vise à permettre à des personnes liées par le sang ou par une filiation adoptive d'établir une convention afin de bénéficier de certains éléments — provenant de lois sociales — du mariage.

¹²⁵ *Domestic Relations*, précité, note 122, art. 1204 (a).

¹²⁶ *Adoption*, Title 15(A) V.S.A., art. 4-101. Quant à l'adoption d'un enfant autre que celui du conjoint l'article 1-102(a) de cette même loi prévoit qu'une personne seule peut adopter.

¹²⁷ *Domestic Relations*, précité, note 122, art. 1205.

¹²⁸ Voir : *Health*, Title 18, V.S.A., chapter 106 : *Civil Union ; Records and Licences*, qui intègre les actes de l'état civil (le chapitre 104 porte sur l'acte de naissance; 105 sur l'acte de mariage et 107 sur l'acte de décès).

¹²⁹ *Domestic Relations*, précité, note 122, art. 1206.

¹³⁰ Selon un article paru dans l'hebdomadaire *L'Actualité* (I. Grégoire, «Les mariés du Vermont», janvier 2001, p. 36 et suiv.) il y a environ 300 couples par mois qui forment une union civile. 75% de ceux-ci viendraient de d'autres États américains ou de d'autres pays.

3. Les «domestic partners» de la Nouvelle-Écosse

À mi-chemin entre ces deux premiers types d'interventions législatives, se trouve le *Law Reform (2000) Act* adopté par la législature de la Nouvelle-Écosse¹³¹ le 30 novembre 2000 et qui est en vigueur depuis le 4 juin 2001¹³². Cette loi vise deux buts bien distincts. Premièrement, elle étend aux conjoints de fait, tant hétérosexuels qu'homosexuels, le statut de gens mariés, aux termes des lois sociales¹³³ ainsi que de la loi prévoyant un support alimentaire entre conjoints¹³⁴.

Mais, également, cette loi introduit à la *Vital Statistic Act* un nouveau chapitre instituant le *domestic partnership*¹³⁵. Ce partenariat crée un nouvel état civil. Il n'est par ailleurs pas, à l'instar du «PACS» français, uniquement institué pour les conjoints homosexuels. Pour les conjoints de fait hétérosexuels il s'ajoute au mariage et au concubinage spontané, comme un troisième choix. Pour les conjoints de même sexe, il offre une opportunité entre demeurer concubins et être assujettis à un minimum de réglementation (essentiellement l'obligation alimentaire et les avantages liés aux lois sociales) et contracter un *Domestic partnership* afin d'être assujettis au même cadre normatif que les couples mariés, à l'exception des dispositions concernant l'adoption¹³⁶. Ainsi, entre autres, les partenaires se succéderont et seront soumis au *Matrimonial Property Act*.

Cette loi, tout comme celle du Vermont, à défaut d'attribuer le vocable de marié, crée un nouvel état destiné à donner le même régime civil que les couples mariés. Par ailleurs, cette loi a opté pour un système où les conjoints hétérosexuels

¹³¹ Ailleurs au pays on peut également relever deux autres interventions législatives : En Ontario le *Family Law Act* (précitée, note 33) prévoit, aux articles 29 et 30, une obligation alimentaire entre conjoints de même sexe et le *Family Relations Act* de la Colombie-Britannique (R.S.B.C. 1996. c. 128) s'applique (à l'exception des chapitres 5 et 6 portant respectivement sur le *Matrimonial property* et sur) à tout les conjoints de fait, même homosexuels. Il s'agit principalement des règles portant sur l'obligation alimentaire entre conjoints et la garde et accès des enfants. Le *Adoption Act*, R.S.B.C. 1996. c. 5 prévoit, à l'instar de notre article 546 C.c.Q. qu'une personne seule ou conjointement avec une autre peut adopter.

¹³² *Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000. C. 29 (à l'exception des dispositions fiscale qui sont en vigueur depuis le 1er janvier 2001).

¹³³ Entre autres choses les lois fiscales, les lois sur les assurances et constituant les régimes de pension. Également le *Health Act*, R.S.N.S. 1989. c. 195 est modifié afin de permettre à son article 136(3) à une personne de consentir aux soins de son conjoint de fait.

¹³⁴ *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989. c. 160. Cette loi prévoyait déjà une obligation alimentaire entre conjoints de fait, mais celle-ci a été étendue aux conjoints de même sexe.

¹³⁵ *Vital Statistics Act*, R.S.N.S. 1989. c. 494.

¹³⁶ Le *Children and Family Act*, R.S.N.S. 1989. c. 5 prévoit qu'une personne seule peut adopter un enfant (art. 72 (1)). Par ailleurs les paragraphes 3 et 4 portant sur l'adoption par une personne de l'enfant de son conjoint est limitée aux couples mariés. Cette disposition n'a pas été modifiée par la loi de 2000.

qui ne veulent pas intégrer le statut traditionnel puissent également bénéficier de ce statut intermédiaire et ainsi être assimilés aux conjoints homosexuels qui, eux, paradoxalement, intègrent ce type d'union pour se rapprocher de l'impossible mariage.

Nous avons choisi ces trois exemples parce qu'ils illustrent bien selon nous les différentes solutions intermédiaires accessibles au législateur. Soit il intervient, tel l'État du Vermont, spécifiquement en faveur des conjoints homosexuels afin de leur reconnaître un statut contractuel distinct du mariage mais leur donnant une reconnaissance civile officielle ainsi que l'ensemble des droits et obligations que la loi reconnaît aux couples mariés. Soit il intervient en faveur de tout couple non marié désirant obtenir une reconnaissance et un régime spécifique. Dans ce dernier cas le législateur peut opter pour un régime maximal — tel le système de la Nouvelle-Écosse — ou minimal — tel le «PACS» français.

C. *Solution totale : le mariage homosexuel*

La seule autre option disponible est de rendre accessible aux conjoints de même sexe le mariage civil *stricto sensu*. Cette solution a le mérite à la fois simple d'être et de permettre l'éradication de toute discrimination envers les couples homosexuels en leur donnant le même choix qu'aux autres couples. Ce droit au mariage des couples homosexuels ne serait pas nouveau, plusieurs auteurs ont signalé qu'un tel mariage a déjà existé dans le passé, par exemple à Rome¹³⁷. Or actuellement, ce droit est quasi inexistant dans le monde. En guise d'exemple, la Cour européenne a validé la législation d'un de ses pays membre qui limitait le mariage aux seuls hétérosexuels, et ce, malgré l'article 12 de la Charte européenne qui prévoit qu'«à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit». La motivation fondamentale de la Cour tourne autour de l'impossibilité pour un couple de même sexe de procréer¹³⁸.

Dans les législations nationales, le même phénomène se retrouve. À l'exception de la très récente loi hollandaise¹³⁹, si plusieurs pays tentent d'éliminer les distinctions en créant un nouveau statut civil, aucun ne

¹³⁷F. Leroy-Forgeot. *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 17; R. Demers, «De la lex scantinia aux récents amendements du Code criminel : homosexualité et droit dans une perspective historique», (1984) 25 C. de D. 777, 779.

¹³⁸C. Mécarý et G. de la Pradelle, *op. cit.*, note 61, 72 et suiv.

¹³⁹Cette loi, qui a été adoptée à l'automne 2000, supprime tout simplement la condition de non-identité des sexes. À propos de cette loi, voir : N. G. Maxwell, «Opening civil marriage to same-gender couples : A Netherlands-United States comparison», *Electronic Journal of Comparative Law*, Nov. 2000, en ligne : www.comparativelaw.org.

reconnaît le mariage entre conjoints de même sexe¹⁴⁰. Cette réalité peut avoir de quoi surprendre. Si, tel le Vermont, la loi reconnaît les mêmes droits et obligations aux conjoints homosexuels qu'aux couples mariés tant dans leurs relations entre eux qu'en matière de filiation, sujet si sensible; si, tel que c'est le cas au Québec, le législateur intervient pour diminuer, à tout le moins dans les lois sociales, les inégalités, démontrant par là très clairement le caractère légitime de telles unions, alors pourquoi refuser le mariage homosexuel ?

Plusieurs raisons sont classiquement soulevées justifiant ce refus. Par exemple, dans le cadre de l'affaire *Baehr* à Hawaï, l'État a énoncé, entre autres motifs, «[...] la protection des enfants ; la promotion de la procréation dans un cadre marital [...] et la préservation du Trésor public[...]»¹⁴¹. Le dernier de ces arguments n'étant au Québec plus applicable¹⁴², nous ne retrouvons que la question de la procréation, qui est d'ailleurs l'argument le plus régulièrement soulevé tant dans les débats populaires que dans les sources juridiques¹⁴³ traitant du mariage homosexuel.

Or il appert que la potentialité de procréation n'est pas¹⁴⁴ une condition au lien matrimonial civil¹⁴⁵. Si le *Code civil du Bas Canada* faisait timidement référence à l'impuissance comme motif d'annulation du mariage (art. 117 C.c.B.C.), ce n'est plus le cas aujourd'hui. Les couples stériles ou ne voulant pas d'enfant peuvent valablement former un mariage. Plus que cela, et malgré l'opinion de M. le juge Gonthier dans l'affaire *Egan*¹⁴⁶, les couples homosexuels peuvent très bien, par la procréation médicalement assistée ou encore l'adoption — à tout le moins par un des conjoints — créer *de facto* une cellule familiale¹⁴⁷. Si le droit ne peut empêcher cette réalité, en quoi protège-il l'intérêt des enfants en leur retirant, par l'impossibilité pour leurs «parents» de se marier, certaines protections¹⁴⁸ ?

¹⁴⁰ Voir pour les législations européennes (particulièrement les pays scandinaves) : S. Jensen, *loc. cit.*, note 90, 262.

¹⁴¹ E. Errante, *loc. cit.*, note 90, 305.

¹⁴² Puisque les lois sociales reconnaissent depuis 1999 les mêmes avantages aux conjoints homosexuels qu'aux couples mariés.

¹⁴³ Voir en jurisprudence : *Layland c. Ontario*, précité, note 1; *Egan c. Canada*, précité, note 12, p. 537.

¹⁴⁴ E. Deleury, *loc. cit.*, note 10, 754.

¹⁴⁵ En droit canonique, malgré que la procréation ne soit pas en tant que telle une condition au mariage (puisque le Can. 1079 permet le mariage en situation de mort imminente), il reste que plusieurs canons réfèrent à cet élément. Ainsi, la procréation est une fin principale du mariage (Can. 1055); le droit canon procède à une distinction entre le mariage conclu et le mariage conclu et consommé (Can. 1061); l'impuissance antécédente et perpétuelle rend nul le mariage, mais pas la stérilité, sous réserve du dol (Can. 1098). Enfin, si l'un des conjoints — ou les deux — exclut un élément essentiel au mariage (dont la procréation) le mariage est invalide — c'est la notion de simulation partielle — (Can. 1101).

¹⁴⁶ *Egan c. Canada*, précité, note 12, 537.

¹⁴⁷ *Canada c. Mossop*, précité, note 11, 631.

¹⁴⁸ *M. c. H.*, précité, note 32, 75.

La véritable raison se doit donc d'être ailleurs. En fait si on a, depuis l'introduction du mariage civil en 1968, continuellement sécularisé celui-ci, force est d'admettre qu'il en va autrement dans la conscience collective. Pour celle-ci, mariage et religion ne font bien souvent qu'un. Mais force est de constater que cela est loin d'être dénué de fondement car, malgré une laïcisation significative du mariage civil, celui-ci reste fondamentalement empreint d'une «gravité religieuse»¹⁴⁹. Ainsi, le mariage demeure, contrairement aux règles du droit des obligations, un contrat à perpétuité, tournant autour d'un devoir de fidélité, sorte d'obligation de loyauté exacerbée. Il demeure également un contrat interdit entre certaines personnes¹⁵⁰, soumis à des formalités et à un cérémonial empruntant sensiblement à la liturgie du mariage (publication, échange des vœux, témoins...). Certes ces caractéristiques constituent probablement «[...] des vestiges historiques plutôt qu'une indication de la vitalité des valeurs religieuses par rapport au mariage»¹⁵¹, mais les gens qui se marient, même civilement, prêtent une importance manifeste à ces caractéristiques qui donnent au mariage sa réelle dimension, métajuridique, sacralisante. Nous pouvons même supposer qu'à l'inverse, plusieurs couples refusant de se marier le font pour cette même raison.

Or l'attitude des différents législateurs qui ont adopté des régimes particuliers pour les couples homosexuels, au lieu de le diminuer, renforce le caractère religieux du mariage¹⁵². Ils isolent cette institution non pas quant à ses effets, ou voire même quant à son rôle dans la procréation et l'éducation des enfants, mais uniquement en tant que statut particulier ; que vocable séculaire. C'est là une vraie sacralisation du mariage. Il est d'ailleurs significatif de constater qu'une certaine partie de la communauté homosexuelle s'affiche contre le mariage qui représente, selon eux, une institution archaïque, vestige d'une société patriarcale, inégalitaire, et dénonce donc l'anachronisme certain de l'aspiration au mariage¹⁵³.

¹⁴⁹J. Carbonnier, *op. cit.*, note 105, p. 368.

¹⁵⁰La liste des degrés prohibés en matière de mariage est un exemple de l'éloignement du droit civil par rapport au droit canon. Ce dernier au canon 1091 interdit le mariage entre collatéraux du 4^e degré. La liste des degrés interdits de la *Loi sur le mariage* (L.R.C. c. M-2.1) quant à elle est minimale : ascendant; descendants; frère-sœur; demi-frère; demie-sœur.

¹⁵¹M. Bailey, *oc. cit.*, note 119, Chap. II (A).

¹⁵²Les législateurs qui agissent ainsi ne le font peut-être pas nécessairement dans le but de donner une connotation religieuse au mariage, mais plutôt pour protéger les «sensibilités religieuses» de la majorité de la population. Voir sur cette justification du fondement de cette interdiction, dans le cadre du mariage bigame : H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Londres, Oxford University Press, 1963, p. 38 et suiv.

¹⁵³Sur cet aspect anachronique de la revendication : G. Bach-Ignasse, «Familles» et homosexualités», dans D. Borillo, *Homosexualités et droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, 122, 128. Voir également : D.-D. Boullé, «La reconnaissance des conjoints de même sexe — S'unir devant les hommes», *Fugues*, no mars 1998, p. 52.

Conclusion

Cette étude nous a permis de saisir les contours de l'inégalité de traitement que réserve le *Code civil du Québec* aux couples de même sexe. Ce que nous réalisons, c'est que ces inégalités sont en fait les mêmes, à quelques exceptions près — incertaines d'ailleurs — que celles que subissent les conjoints de fait hétérosexuels. Évidemment, dans le cas des conjoints de même sexe, ces inégalités sont amplifiées par l'absence de choix quant à leur statut, choix qui est la justification même — du moins officielle — des distinctions envers les conjoints de fait hétérosexuels.

Il reste que la situation a évolué depuis quelques années et qu'elle risque d'être bouleversée dans un avenir proche. Sur le front judiciaire, la Cour suprême a reconnu dans l'affaire *Egan* que l'orientation sexuelle était un motif analogue de discrimination aux termes de l'article 15(1) de la *Charte canadienne* et, dans *M. c. H.*, que la limitation de l'obligation alimentaire aux seuls conjoints de fait hétérosexuels dans la loi ontarienne constituait une telle discrimination¹⁵⁴. De plus l'article 365 C.c.Q. ainsi que l'article 1(1) de la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations* sont contestés devant les tribunaux québécois¹⁵⁵. En Ontario, le refus d'émettre une licence de mariage à des couples désirant se marier devant l'Église anglicane est également contesté. Il y a alors fort à parier que la Cour suprême, qui ne s'est jamais prononcée sur la question du mariage homosexuel, doive le faire dans les années à venir.

Sur le plan législatif, si plusieurs pays adoptent des régimes intermédiaires étendant plus ou moins le régime du mariage aux conjoints homosexuels, un seul reconnaît le mariage en tant que tel. Dans la majorité des pays, on procède alors plutôt à une assimilation du concubinage homosexuel à celui qui est hétérosexuel ou encore au mariage. Cette assimilation a par ailleurs ceci de saisissant que le concubinage hétérosexuel vise à s'éloigner du mariage (et le régime qui lui est reconnu vise à réduire les inégalités de traitement envers les couples mariés) alors que le concubinage homosexuel vise à se rapprocher du statut interdit (et le régime qui lui est reconnu vise à réduire les inégalités de traitement sans, par ailleurs, éradiquer le problème de fond, soit l'absence de choix).

Chez-nous, le législateur fédéral a récemment confirmé que le mariage se limitait à l'union entre un homme et une femme¹⁵⁶. Rien ne semble, malgré

¹⁵⁴ Au Québec voir, entre autres : *Lemieux c. Théorêt*, [1999] R.R.A. 738 (C.S.) (*Loi sur la marine marchande*) et *C.D.P. c. C.A.S.*, [1999] R.J.Q. 180 (C.S.) (*Loi sur les régimes de rentes*).

¹⁵⁵ L'article 1(1) de la loi fédérale est également contestée en Colombie-Britannique.

¹⁵⁶ La Commission du droit du Canada travaille également sur un projet d'envergure sur le thème des «Rapports de nature personnelle entre adultes». Cette problématique touche entre autre la question des conjoints de même sexe.

l'actuelle tentative de Sven Robinson¹⁵⁷, préjuger que cela changera dans un avenir prévisible. Au niveau provincial, seule la Nouvelle-Écosse s'est doté d'un régime global de reconnaissance de tous les conjoints de fait. Au Québec l'intervention législative s'est, pour l'instant, limitée aux lois sociales¹⁵⁸. Lors de l'adoption de cette loi tant le Conseil du Statut de la Femme que la Commission des droits de la personnes ont proposé l'adoption d'un régime légal pour les conjoints de faits tant homosexuels qu'hétérosexuels¹⁵⁹. Une telle solution a le mérite de constater que la problématique de la reconnaissance des conjoints de fait est plus large que la seule question des couples de même sexe. Par ailleurs à vouloir attaquer tous les problèmes de front, on risque peut-être de créer des solutions bancales à l'image du «PACS» français. En ce sens une solution en deux temps, telle celle de la Nouvelle-Écosse, prévoyant un minimum de protection pour l'ensemble des conjoints de fait et un régime plus important pour ceux qui le souhaitent est peut-être l'idéal¹⁶⁰. Le législateur québécois semble plutôt vouloir adopter un régime similaire à celui du Vermont. Le Ministre de la Justice a en effet déposé, le 7 décembre 2001, un avant-projet de loi proposant la création d'un régime d'union civile¹⁶¹. Ce nouveau type d'union, reconnu par un acte de l'état civil distinct (art. 12 de l'avant-projet de loi et futurs articles 121.1 et suiv. du Code civil du Québec), serait ouvert uniquement aux couples de même sexe dont les partenaires sont âgés d'au moins dix-huit ans (art. 21 de l'avant-projet de loi et futur article 521.1 C.c.Q.). Ce choix, contraire aux recommandations du Conseil du Statut de la femme et de la Commission des droits de la personne, peut sembler surprenant dans la mesure où cette loi, visant à supprimer ou, à tout le moins, amenuiser une discrimination risque d'en créer une nouvelle à

¹⁵⁷ *Loi concernant la capacité de contracter mariage*, Projet de loi C-501, 1^{ère} lecture, 5 octobre 2000.

¹⁵⁸ L'ORCC avait proposé l'adoption de la notion d'époux de fait à l'article 49 du Chapitre VII, Titre I, Livre II. Cette notion rendait uniquement applicable aux couples hétérosexuels non mariés l'équivalent des articles 396 et 397 du *Code civil du Québec*.

¹⁵⁹ *De l'illégalité à l'égalité*, Commission des droits de la personne, 1994, p.119; *Commentaires sur le projet de loi concernant les conjoints de fait de même sexe*, Avis du Conseil du statut de la femme, 1999, p.28. Rappelons que les provinces n'ayant pas la juridiction du mariage ne peuvent admettre celui-ci entre conjoints de même sexe. Elles devraient par ailleurs pouvoir, à l'instar de la Nouvelle-Écosse, créer un statut civil distinct.

¹⁶⁰ Tout comme il en a été en Alberta pour l'obligation alimentaire entre conjoints de fait, la Loi de la Nouvelle-Écosse fait suite à une décision de la Cour d'appel qui a invalidé la disposition de la *Matrimonial Property Act* limitant le terme «spouse» aux seuls conjoints mariés : *Walsh c. Bona*, [2000] N.S.J. No 117.

¹⁶¹ Loi instituant l'union civile des personnes de même sexe et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives, Avant-Projet de loi, présenté par le Ministre de la Justice Paul Bégin le vendredi 7 décembre 2001. Le texte est disponible à l'adresse suivante en ligne: www.assnat.qc.ca/fra/publications.

l'encontre des conjoints de fait hétérosexuels qui, ne voulant pas se marier, pourraient tout de même vouloir intégrer un statut autre. Quant au contenu ce nouveau type d'union copie de très près celui du mariage : la formation de l'union suit les mêmes règles de publication et de célébration; les empêchements sont pour la plupart les mêmes à l'exception près que deux demi-frères ou deux demi-sœurs semblent pouvoir conclure une union civile (art. 21 de l'avant-projet de loi et futur article 521.1 C.c.Q.) et on sent une volonté très nette de donner un caractère institutionnel à l'union civile. Les effets sont aussi les mêmes que ceux du mariage et sont d'ordre public. La seule restriction, si l'on en croit le communiqué de presse du ministre de la justice, serait l'impossibilité pour les couples de même sexe d'adopter un enfant¹⁶².

La dernière solution à la problématique de l'union homosexuelle qui permettrait d'unifier non seulement le régime — ce qui semble devoir se faire — mais également l'institution même, se trouve peut-être en fait en amont et consiste à remettre en question le mariage en tant qu'institution civile. Pour ce faire, on peut proposer de le modifier en profondeur afin de lui retirer l'ensemble de ses connotations traditionnelles ou religieuse¹⁶³. Mais cela revient peut-être en fait à abandonner en tant que tel cette institution — et surtout ce vocable — en faveur d'un statut purement civil visant la stabilité des familles — quelque soit sa nature — mais également l'égalité et la protection des membres de celles-ci¹⁶⁴. Car s'il pouvait être vrai à une certaine époque que «[...] le droit de la famille [n'avait] pas pour

¹⁶² Nous avouons, après une première lecture de l'avant-projet de loi, être perplexe en ce qui concerne la question de l'adoption. Comme nous l'écrivions dans le présent texte rien n'empêche expressément l'adoption par un couple de même sexe, la Cour d'appel ayant même soulevé la possibilité pour une mère de consentir à l'adoption de son enfant par sa concubine. Mais également, le texte même de l'avant-projet de loi ne semble pas clair sur ce point. En effet, le futur article 521.5 précise que l'union civile produit les mêmes effets que le mariage en matière d'autorité parentale et l'article 521.14 précise que la dissolution de l'union civile doit être prononcée par le tribunal lorsque les intérêts des *enfants communs* des partenaires sont en jeu. Enfin, il apparaît des dispositions de l'avant-projet de loi que le terme conjoint dans le Code inclurait également les partenaires à une union civile. Ce choix terminologique nous semble contestable et susceptible de créer des confusions artificielles. Ainsi, l'article 555 C.c.Q. prévoyant le consentement spécial de son enfant en faveur de son conjoint, n'est pas modifié par l'avant-projet de loi ce qui semble signifier que, contrairement au communiqué de presse, le «conjoint» de même sexe du parent pourrait maintenant adopter l'enfant de ce dernier. Cette question, et la terminologie dans son ensemble, semble devoir être revue. Le terme partenaire devrait être utilisé pour l'union civile et réserver celui de «conjoint» au mariage comme il l'est actuellement.

¹⁶³ Pour un exemple de ce type voir : M.-T. Calais-Auloy, «Pour un mariage aux effets limités», (1988) R.T.D.C. 255 où l'auteur propose un mariage à durée déterminée où serait évincé, entre autre chose, le devoir de fidélité.

¹⁶⁴ Voir M. Bailey, *loc. cit.*, note 119, dernier paragraphe.

objet de protéger les personnes dans le besoins [...mais] de permettre le développement harmonieux de la vie de famille et l'épanouissement des enfants» il n'en va plus de même aujourd'hui, alors que le droit de la famille s'attarde plus aux effets économiques et sociaux d'une rupture, qu'à la protection — bien souvent illusoire — du lien marital. Si un tel abandon est assurément improbable, à tout le moins à court terme, il reste que de son cours plutôt tranquille, le mariage risque d'affronter dans l'avenir, des eaux agitées.