

RAPPORT CANADIEN

par

Benoît MOORE*

*Professeur à la faculté de droit de l'Université de Montréal et
avocat au Barreau du Québec.*

LES MINORITÉS EN DROIT DE LA FAMILLE QUÉBÉCOIS

La reconnaissance et la protection des minorités occupent aujourd'hui un espace important des droits nationaux et du droit international et cette problématique touche, de façon distincte, tous les domaines du droit. Quant à nous, nous nous attarderons au droit de la famille, laissant le droit civil patrimonial à notre collègue Adrian Popovici. À l'intérieur même de cette première délimitation, la notion de minorité doit être arrêtée.

Dans son ouvrage le *Vocabulaire juridique*, le Professeur Cornu relève trois sens au terme minorité¹. Le premier, référant à la minorité de la personne, doit immédiatement être écarté. Restent les deux autres. L'un vise la minorité dans une assemblée délibérante ou, pourrait-on ajouter, dans tout corps déterminé et réfère au groupe qui, inférieur en nombre, ne peut en principe pas contrôler les destinées de ce corps constitué; tel est, par exemple, le cas de l'actionnaire ou du copropriétaire minoritaire. L'autre sens est celui qui intéresse tout particulièrement le droit international et les libertés publiques et réfère à un «groupe d'individus [...] qui forme une véritable communauté caractérisée par ses particularités ethniques, linguistiques et religieuses et se trouve en état d'infériorité numérique au sein d'une population majoritaire vis-à-vis de laquelle elle entend préserver son identité»².

Le Doyen Jacques Mestre, fait alternativement référence, dans son questionnaire, à ces deux sens retenus. Ainsi, si les cinq premières questions

* L'auteur tient à remercier ses collègues Christianne Dubreuil et Adrian Popovici pour avoir bien voulu lire et commenter une version antérieure du présent texte. Quoiqu'il tienne compte de la Loi sur l'union civile entrée en vigueur le 24 juin 2002, le texte est à jour, pour l'essentiel, au 1^{er} juin 2002.

1 Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 8^e éd., Paris, PUF, 2000, p. 554. Sur la définition de la minorité, voir également : Jules DESCHÊNES, « Qu'est-ce qu'une minorité ? », (1986) 27 *C. de D.* 255; Geneviève KOUBI, « Penser les minorités en droit », dans Alain FENET, Geneviève KOUBI et Isabelle SCHULTE-TENCKHOFF, *Le droit des minorités – Analyses et texte*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 385, 392 et suiv.

2 G. CORNU, *op. cit.*, note 1, p. 554.

réfèrent au premier sens du terme, les quatre dernières relèvent plutôt du second. Dans le cadre du sujet qui est le nôtre, le droit de la famille, le seul sens qui semble devoir retenir notre attention est le second. La protection d'une minorité intérieure à un corps constitué, qui serait ici la famille, est en effet difficile à imaginer puisque les relations du groupe familial sont binaires : le couple, nécessairement deux personnes³, ne peut véhiculer une logique de protection de la minorité, à moins d'étendre encore la définition de ce terme et d'en supprimer l'élément du nombre⁴. Il est alors possible de dire que, dans le couple, est minoritaire le conjoint économiquement plus faible ou, jadis la femme, juridiquement plus faible, la protection de cette «minorité» se réalisant alors par des règles imposant une égalité de droit et favorisant une égalisation économique. Mais ce sens nous semble trop large et nous amènerait à traiter de sujets qui l'ont été lors des Journées franco-belges portant sur la discrimination⁵.

Nous retenons donc le second sens du terme «minorité» et entendons voir comment les groupes minoritaires de la société font valoir leurs intérêts dans le cadre des relations familiales. Pour les fins du présent texte nous ajouterons aux minorités *stricto sensu* [religieuses, ethniques ou linguistiques], certains groupes dit «vulnérables». Nous examinerons donc l'implication des minorités religieuses (I), et, essentiellement -car le sujet est d'actualité- des comportements sexuels minoritaires (II) dans le droit de la famille⁶.

I. LES MINORITÉS RELIGIEUSES

Tant la Charte canadienne⁷, à son article 2(a), que la Charte québécoise⁸, à son article 3, reconnaissent à tout citoyen la liberté de religion et de conscience, ces deux dispositions étant essentiellement libellées de la même façon et recevant la même signification. Cette liberté comprend deux éléments soit, premièrement, la liberté d'exercice, c'est-à-dire le droit d'exercer, de manifester son dogme religieux ainsi que le droit de ne pas être

3 Quant à la famille incluant les enfants, le corps familial lui-même n'a pas de réalité; les relations concernent les membres de celle-ci et, encore là, les relations sont binaires. À la limite nous pourrions parler du conseil de famille qui doit prendre ses décisions à la majorité (art. 234 C.c.Q.) mais l'intérêt nous semble limité.

4 Ce qui est certes possible, le critère de la minorité numérique ne s'imposant pas toujours : G. KOUBI, *loc. cit.*, note 1, p. 393; J. DESCHÊSNES, *loc. cit.*, note 1, 270-271.

5 Voir notre rapport : Benoît MOORE, «La discrimination dans le droit de la famille – Rapport québécois», dans Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS (dir.), *Droit à l'égalité et discrimination : Aspects nouveaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 265.

6 Nous avons mis de côté la question des minorités ethniques ou des peuples autochtones. Le sujet présente tout de même un intérêt, dans le contexte canadien et québécois, puisque certaines règles particulières, en matière de mariage ou d'adoption, s'appliquent à ces communautés. Sur ce sujet, voir : Jack WOODWARD, *Native Law*, Toronto, Carswell, 1994, chapitre 15.

7 *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la Loi Constitutionnelle de 1982 [annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (1982, R.-U., c. 11)].

8 *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

contraint à violer celui-ci et, secondement, une obligation de neutralité pour l'État qui ne doit pas favoriser une religion par rapport à une autre⁹. Cette protection, qui ne garantit pas uniquement les croyances religieuses mais également, sous le vocable de la liberté de conscience, «[...] les convictions morales, laïques, de nature éthique, humanitaire ou philosophique [...]»¹⁰ doit nécessairement avoir un impact non négligeable dans la famille, corps social principal où se véhiculent et se pratiquent ces convictions de toutes sortes. Il est donc intéressant de voir comment ces pratiques religieuses dans un sens large peuvent être protégées ou encore, à l'inverse, limitées dans le contexte familial. La minorité prend ici tout son sens; comment assurer que soit protégées les «[...]minorités religieuses contre la menace de «tyrannie de la majorité»»¹¹. Cette problématique est d'autant plus pertinente que, dans une société où la religion joue bien souvent, et de plus en plus, un rôle marginal, on peut penser que même celui qui invoque les pratiques du dogme majoritaire pourrait invoquer sa liberté de religion ou de conscience. Voyons successivement l'union (A), puis les enfants (B).

A. LA NEUTRALITÉ DE L'ÉTAT ET L'UNION

En cette matière il ne nous intéresse pas d'étudier l'impact de la religion sur les composantes du couple, mais plutôt sur l'union elle-même, tant dans sa formation que dans sa désunion. Nous verrons que, malgré le caractère civil et séculier de l'union –et de la désunion– la religion ne peut en être totalement évincée, posant par le fait même le problème de la neutralité de l'État ou, pour reprendre l'expression du rapporteur général, de la force juridique respective des différentes religions.

L'union. La célébration du mariage au Québec a, historiquement, été l'apanage du religieux. Compte tenu de la réalité politico-religieuse particulière du Bas-Canada, le maintien de l'exercice de la religion catholique, qui avait été garantie par l'*Acte de Québec*¹², et tout particulièrement de la célébration du mariage –qui, avant la conquête était le monopole de l'Église catholique¹³, monopole ensuite partagé avec l'Église protestante¹⁴–, a été un enjeu important lors des discussions devant mener à la fédération. Pour ces raisons la célébration du mariage, contrairement au

9 Sur le contenu de la liberté de religion et ses deux composantes, voir : José WOEHLING, «L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse», (1998) 43 *R.D.Mc Gill* 325, 371.

10 *Id.*, 384.

11 *R. c. Big Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, 336.

12 *Constitution de 1774 (Acte de Québec)*, 14 Geo. III, c. 83 (1774), art. 5. Pour une traduction française de ce texte: Jacques-Yvan MORIN, José WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours – Études suivies d'un recueil de textes*, Montréal, Thémis, 1992, p. 645.

13 C.E. DORION, «La loi du mariage dans la Province de Québec», dans BARREAU DE MONTRÉAL, *Le droit civil français – Livre souvenir des journées du droit civil français*, Paris et Montréal, Sirey et Barreau de Montréal, 1936, 111, 112.

14 Pierre- Gabriel JOBIN, «Loi concernant le mariage civil», (1969) 10 *C. de D.* 211, p. 213; C.E. DORION, *loc. cit.*, note 13, p. 113.

mariage lui-même et au divorce, allait être de compétence provinciale, afin de satisfaire l'Église catholique très majoritaire et très influente au Québec¹⁵. Le Code civil du Bas-Canada, adopté une année avant la fédération, reconnaissait quant à lui un caractère nécessairement religieux à la célébration du mariage¹⁶. L'article 129 C.c.B.C. –reprenant le droit en vigueur¹⁷–prévoyait que le mariage était célébré par «[...]tous prêtres, curés, ministres et autres fonctionnaires autorisés par la loi à tenir et garder des registres de l'état civil». Les conditions du mariage reprenaient essentiellement les conditions religieuses, mais en cas de disparité –par exemple le remariage d'un divorcé- l'article 129 prévoyait que le célébrant religieux ne pouvait être forcé de célébrer un mariage à l'encontre de ses propres convictions¹⁸.

Ce système, qui lie nécessairement le mariage à une célébration religieuse, demeure en vigueur au Québec jusqu'en 1968, année où est adoptée la loi sur le mariage civil¹⁹. Cette loi modifie l'article 129 C.c.B.C. en ajoutant, aux célébrants compétents, un officier civil, soit le protonotaire ou ses adjoints²⁰. Cette loi, ne supprimant pas la compétence des communautés religieuses, faisait l'affaire de celles-ci qui se voyaient souvent dans l'obligation morale de célébrer des unions par complaisance, les couples n'ayant pas d'autres alternatives²¹. Cette satisfaction était d'autant plus grande que certains avaient plutôt demandé l'adoption d'un

15 François CHEVRETTE, Herbert MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 656.

16 Jean-Louis BAUDOIN, «L'influence religieuse sur le droit civil du Québec», (1984) 15 *R.G.D.*, 563, 567; P.- G. JOBIN, *loc. cit.*, note 14, 212; Anne-Marie BILODEAU, «Quelques aspects de l'influence religieuse sur le droit de la personne et de la famille au Québec», (1984) 15 *R.G.D.* 573, 577. Pour les religions qui avaient alors le pouvoir de célébration : Robert LESAGE, «Le Code civil dans la province de Québec tient-il compte du caractère religieux du mariage ?», (1955-56) 2 *C. de D.* 36.

17 Maximilien CARON, «De la physionomie, de l'évolution et de l'avenir du Code civil», dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale – Livre du centenaire du Code civil – I*, Montréal, PUM, 1978, 3, 13.

18 Il y a eu, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, une certaine controverse sur le sens à donner à l'article 127 C.c.B.C. qui prévoyait que: «[I]es autres empêchements, admis d'après les différentes croyances religieuses, comme résultant de la parenté ou de l'affinité et d'autres causes, restent soumis aux règles suivies jusqu'ici dans les diverses églises et sociétés religieuses». Certains soutenaient que cette disposition reprenait simplement le principe selon lequel un célébrant religieux pouvait refuser de célébrer une union qui viole ses propres croyances, alors que d'autres intégraient au Code civil, par cette disposition, les différents empêchements religieux qui n'y apparaissaient pas expressément. Cette controverse, dont les conséquences étaient importantes –puisque, pour les tenants de la seconde école le mariage nul religieusement l'était également civilement-, est aujourd'hui d'intérêt historique, l'article 127 ayant été abrogé en 1980 (en admettant que cette abrogation soit constitutionnelle). Sur cette question, voir : A.-M. BILODEAU, *loc. cit.*, note 16, 583 et suiv. (ainsi que les nombreuses références s'y retrouvant). Voir également : F. LANGELIER, *Cours de droit civil de la Province de Québec*, t.1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1905, p. 250.

19 *Loi concernant le mariage civil*, S.Q., 1968, c. 82.

20 Ce sont maintenant, aux termes de l'article 366 C.c.Q., les greffiers et greffiers-adjoints de la Cour supérieure et, depuis juin 2002, les notaires ainsi que certains élus et fonctionnaires municipaux.

21 P.- G. JOBIN, *loc. cit.*, note 14, 215.

système similaire à celui de la France, où le mariage civil devrait être célébré distinctement du mariage religieux²².

En 1992, lors de l'adoption du *Code civil du Québec*, le législateur reconduit la célébration unique du mariage : les couples qui désirent se marier religieusement peuvent ainsi faire l'économie d'une seconde cérémonie, le célébrant religieux ayant compétence d'unir civilement les conjoints. Pour cela, le célébrant doit être autorisé par sa société religieuse qui, elle, doit avoir été reconnue, aux termes de l'article 366 C.c.Q., par le Ministère des Relations avec les citoyens et de l'immigration²³. Cette reconnaissance est octroyée si la société religieuse démontre «[...] que l'existence, les rites et les cérémonies de leur confession [ont] un caractère permanent[...]».

Cette délégation à certaines sociétés religieuses d'un pouvoir civil met évidemment en péril l'obligation de neutralité de l'État qui devient plus difficile à respecter lorsque celui-ci se permet de jouer un rôle d'acteur plutôt que de simple observateur du phénomène religieux. Comment en effet reconnaître une société religieuse plutôt qu'une autre sans dès lors avantager celle-là sur celle-ci ? Si celles qui étaient autorisées sous l'ancien Code à célébrer les mariages ou à tenir les registres de l'état civil²⁴ continuent à l'être sous l'article 366 C.c.Q., les nouvelles sociétés quant à elles peuvent poser problème. Soit l'État prend officiellement position et risque ainsi de voir ses décisions contestées au motif qu'elles violent la liberté de religion ou sont discriminatoires²⁵ soit, comme ce qui semble être le cas²⁶, l'État fait montre de grande souplesse, le risque étant alors de reconnaître certaines sociétés qui n'ont de religieux que le nom, mais qui s'intéressent au lucratif marché de la célébration du mariage. Ces «nouveaux rites», qui semblent être populaires, ont généralement l'avantage de ne pas connaître de restrictions quant au lieu ou la forme de la célébration et peuvent ainsi offrir de s'adapter aux goûts de chacun. Leur popularité est aussi la conséquence de la confusion dont le système de célébration unique est la cause dans l'imaginaire collectif pour lequel le mariage relève encore

22 *Id.*, 214.

23 Dans les faits le pouvoir est exercé par les fonctionnaires du bureau du Directeur de l'État civil.

24 La reconnaissance se faisait alors principalement par une loi privée provinciale. Voir par exemple : *Loi concernant l'Église mennonite et la Conférence canadienne de l'Église des Frères mennonites de l'Amérique du Nord*, L.Q. 1962, c. 109 (loi d'intérêt privé). Cette reconnaissance pouvait également provenir de lettres patentes créant une corporation religieuse aux termes de la *Loi sur les corporations religieuses*, L.R.Q., c. C-71.

25 J. WOEHLING, *loc. cit.*, note 9, 385. L'auteur souligne que l'on ne peut pas, non plus, justifier une telle inégalité «[...] simplement en raison du petit nombre de ses adeptes, de sa nouveauté ou de sa récente apparition dans un pays [...] ou encore de sa prétendue excentricité[...]» (p. 389).

26 Puisqu'il a été impossible d'obtenir une liste des sociétés religieuses reconnues aux termes de l'article 366 C.c.Q., ce sentiment n'a pu être vérifié.

du religieux²⁷. Il est à se demander si cette réalité et le faible intérêt que présente actuellement le mariage dit civil²⁸ ne militent pas pour une réelle laïcisation du mariage en scindant les deux cérémonies²⁹ –voire pour réserver le vocable au religieux. Cela aurait pour effet d'énoncer clairement le caractère civil du mariage, de rendre purement volontaire et facultatif la cérémonie religieuse et d'éviter à l'État un rôle d'arbitre des croyances.

La désunion. La reconnaissance, par le droit étatique, du divorce, n'a jamais été étrangère aux considérations religieuses. C'est d'ailleurs un motif religieux qui, en 1867, a amené à donner au pouvoir fédéral la compétence sur cette question sensible³⁰. Ce choix visait à satisfaire les membres des deux Églises majoritaires. Ainsi, la majorité protestante du Canada anglais et la minorité protestante du Québec devaient conserver le droit au divorce et on assurait à l'Église catholique, majoritaire au Québec, que ce délicat problème allait être réglé par les autorités fédérales. Cette solution ne fut pourtant qu'un succès partiel puisque le législateur fédéral attendit en 1968, soit près de 100 après la fédération, pour adopter sa première loi sur le divorce. Pendant tout ce temps le divorce n'était disponible que dans les provinces qui avaient une loi préconfédérale le permettant³¹. Ainsi, au Québec et à Terre-Neuve, il n'était pas possible, en principe, d'obtenir un divorce, sauf par une loi privée fédérale et, à partir de 1963, par une résolution du Sénat³².

La loi sur le divorce de 1968 exigeait, pour l'obtention du divorce, que le demandeur établisse une faute à l'encontre de son conjoint³³. Dans la loi de 1985, qui l'a remplacée³⁴, le divorce n'est fondé que sur le motif unique de l'échec du mariage, échec qui se prouve soit par l'adultère ou la cruauté physique et mentale, soit, plus fréquemment, par la simple cessation

27 Ces nouvelles sociétés religieuses peuvent d'ailleurs elles-même, semble-t-il, jouer sur cette perception en se recommandant d'une confession quelconque, tout en insistant qu'ils peuvent également célébrer des mariages civils non confessionnels.

28 Selon des statistiques citées par A.-M. BILODEAU, dans son texte (*loc. cit.*, note 16, 586) en 1977 80% des mariages célébrés étaient religieux et 20% civils. Selon des statistiques citées, cette fois-ci, par la Commission du Droit du Canada, dans son récent rapport sur les rapports étroits entre adultes (COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *Au-delà de la conjugalité*, Ottawa, 2001, p. 148, note 52), c'est 29% des mariages célébrés au Québec en 1999 qui étaient civils. Même si ce chiffre est en hausse, comme le signale la Commission, il reste relativement faible d'autant plus que doivent entrer dans ce 29% les seconds mariages interdits par la religion catholique.

29 C'est entre autre ce que propose la Commission du droit du Canada dans son récent rapport (*op. cit.*, note 28, p.140).

30 A.-M. BILODEAU, *loc. cit.*, note 16, 586 ; F. CHEVRETTE, H. MARX, *op. cit.*, note 15, p. 656

31 L'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (30&31 Victoria, c. 3 (R.U.)) prévoit que les lois en vigueur sur un territoire donné au moment de l'union demeurent applicables tant qu'elles ne sont pas abrogées ou modifiées par l'autorité compétente. Ainsi, en matière de divorce, les lois qui existaient lors de l'union ont continué à s'appliquer jusqu'en 1968.

32 F. CHEVRETTE, H. MARX, *op. cit.*, note 15, p. 657.

33 *Loi sur le divorce*, L.C. 1967-1968, ch. 24, art. 3.

34 *Loi sur le divorce*, L.R.C. , c. D-3.4, art. 8.

de vie commune qui, au jour du prononcé du divorce, doit avoir duré depuis au moins une année.

Jamais, ni dans la première loi, ni dans la seconde, at-on vu la possibilité pour un époux de s'objecter au divorce pour des motifs religieux. Certes, si cette croyance est mutuellement existante, la séparation de corps, prévue au Code civil, peut s'avérer le moyen efficace pour alléger le lien marital. Mais dès lors que l'un des conjoints demande le divorce et remplit son fardeau de preuve, le juge doit le prononcer.

Très tôt après l'adoption de la *Charte canadienne des droits*, en 1982, et la consécration, à son article 2(a) de la liberté de conscience et de religion, on a contesté, sans succès, la constitutionnalité de l'application de la loi sur le divorce à un conjoint qui argumentait que le jugement de divorce violait sa liberté de religion³⁵.

La *Loi sur le divorce* met donc de côté toute connotation religieuse, ce qui est logique en ce qu'elle vise essentiellement la rupture du lien *civil* du mariage. Mais l'étanchéité voulue entre la rupture civile et l'union religieuse ne va pas toujours sans poser de problème. Ainsi, dans certaines religions non majoritaires au Canada, mais tout de même très présentes – principalement la religion juive- le remariage religieux est permis uniquement lorsque le mari a remis un document –appelé *Guet*- à son épouse qui doit l'accepter : cette procédure impose donc au divorce juif un consentement mutuel. Or cet empêchement au remariage religieux, dont chacun détient la clef, a fait l'objet de chantage dans le cadre de procédures en divorce. Selon certaines statistiques plus de 300 cas auraient été recensés où un conjoint soumettait son consentement au *Guet* à la renonciation, par l'autre, de certains droits civils, tel l'obligation alimentaire ou, pire encore, la garde des enfants ou le droit d'accès à ceux-ci³⁶.

Face à cette réalité, le législateur fédéral est intervenu en juin 1990 en modifiant sa loi sur le divorce afin de donner au tribunal un moyen d'éviter ou de faire cesser tout chantage prenant appui sur la remise du *Guet* et sur les sentiments religieux des conjoints. Ainsi, l'article 21.1 L.D. permet au tribunal de «[...] rejeter tout affidavit, demande ou autre acte de procédure [...]» de l'époux qui refuse de supprimer tout obstacle au remariage religieux de son conjoint. C'est donc dire que l'époux qui refuse de remettre ou de consentir au *Guet* peut se voir empêcher de présenter toute demande relative à une obligation alimentaire pour lui ou encore à la garde ou aux aliments des enfants, ainsi que de présenter toute défense concernant ces sujets, tant et aussi longtemps qu'il n'a pas consenti au *Guet*³⁷. Ce pouvoir du tribunal ayant comme unique but d'éviter la mauvaise foi de l'un des conjoints, il ne s'applique que lorsque l'obstacle au remariage religieux

35 *Baxter c. Baxter*, (1984) 6 D.L.R. (4th) 557 (H. C. Ont.); *Droit de la famille – 1326*, [1990] R.D.F. 401 (C.S.).

36 Pour ces statistiques, voir: John SYRTASH, *Religion and Culture in Canadian Family Law*, Toronto, Butterworths, 1992, p. 121.

37 Voir : J. SYRTASH, *op. cit.*, note 36, p. 150.

dépend de la volonté de celui-ci³⁸ et que son refus n'est pas justifié par des «[...] motifs sérieux, fondés sur la religion ou la conscience [...]»³⁹. Cette disposition n'a aucunement pour but de restreindre le respect du dogme religieux, mais vise plutôt à empêcher au citoyen de marchander civilement la foi de son conjoint. En cela, la loi se fait protectrice de la croyance autant qu'elle en empêche son détournement.

B. LA LIBERTÉ D'EXERCICE ET LES ENFANTS

La liberté de religion et de croyance dans le contexte des décisions concernant l'enfant est susceptible de se poser, par exemple, lorsque les parents prennent, de concert, une décision fondée sur des motifs propres à leur religion ou leur croyance⁴⁰, ou encore, plus fréquemment, lorsqu'il y a conflit entre les parents sur ce qui est dans l'intérêt de l'enfant, conflit prenant source dans une interprétation à saveur religieuse de l'intérêt de l'enfant, ou enfin, lorsqu'un enfant, quoique toujours mineur, prend seul une décision basée sur ses croyances. Dans toutes ces situations se pose la difficile question des limites de l'intervention du tribunal afin de protéger l'enfant et ce, même au prix d'une restriction de sa liberté de religion ou de conscience ou celle de l'un de ses parents.

38 Art. 21.1 (6) L.D. Ce pouvoir ne s'applique donc pas à la religion catholique qui ne reconnaît pas le divorce et qui assujettit le remariage religieux à l'obtention de la nullité du mariage. Le remariage religieux dépend donc d'une décision du tribunal ecclésiastique et non de la simple volonté des époux.

39 Art. 21.1 (4). Cette disposition a comme principal but d'éviter que l'article 21.1 L.D. soit jugé contraire à la liberté de religion. Encore faut-il savoir si ces motifs sérieux doivent l'être pour la personne elle-même (test subjectif) ou en fonction d'un «fidèle-raisonnable», d'un dogme objectivement reconnu par la religion concernée. Cette question d'interprétation est d'autant plus importante qu'il semble n'y avoir aucun motif religieux pouvant justifier le refus du *Guet* : J. SYRTASH, *op. cit.*, note 36, p. 165-167. Cet auteur note d'ailleurs que l'article 21.1 L.D. paraît avoir donné les résultats escomptés. Sur cette question, voir : *Droit de la famille* – 3558, [2000] R.D.F. 268 (C.S.) : Dans cette décision le conjoint qui refusait de consentir au *Guet* contestait l'application de l'article 21.1 L.D. Il invoquait que la remise *Guet* devant, aux termes de ses convictions religieuses, être volontaire, une décision du tribunal aux termes de l'article 21.1 violerait sa liberté de religion et de croyance puisqu'elle aurait pour effet de le forcer à consentir au *Guet*. Le tribunal refuse cette défense aux motifs qu'elle rendrait totalement inefficace le mécanisme de l'article 21.1 et que la preuve n'avait pas été faite du sérieux de ce motif de refus aux termes de la religion juive. Le juge semble opter pour une preuve objective mais il insiste également –ce qui ne faisait pas de doute dans ce cas- sur l'importance de l'élément subjectif [ce qui reprend l'élément de sincérité religieuse qui est toujours nécessaire –voire principal- à l'application de la liberté de religion –voir : *Syndicat Northcrest c. Anselem*, J.E. 98-1527 (C.S.) [confirmé pour d'autres motifs : J.E. 2002-817 (C.A.)]; J. WOERHLING, *loc. cit.*, note 9, 388-], retenant ainsi un critère mixte. Voir également : *Droit de la famille* – 2296, [1995] R.D.F. 728 (C.S.).

40 La question de la pratique religieuse concertée des parents a justifié le placement de deux enfants de 14 et 16 ans qui se réclamaient d'un autre religion et qui réagissaient mal aux multiples restrictions [sollicitation ; réunions bibliques ; tenue vestimentaire,...] parentales : *Protection de la jeunesse* – 443, [1990] R.D.F. 280. Voir également lorsque l'enfant est en danger : *Protection de la jeunesse* – 224, [1986] R.J.Q. 2711 (T.J.).

Ce sujet étant vaste en soi, nous l'illustrerons essentiellement en relevant les deux questions qui sont les plus fréquentes, soit l'ordonnance limitant l'exercice du droit de garde ou d'accès d'un parent et l'autorisation, par le tribunal, à ce que des soins, refusés par le titulaire de l'autorité parentale, soient prodigués à l'enfant.

L'ordonnance limitant l'exercice du droit de garde ou d'accès⁴¹. Il est fréquent que des croyances divergentes, qui faisaient bon ménage durant l'union, deviennent objet de conflits lors d'une séparation ou d'un divorce. L'enfant est alors au centre d'un litige où un des parents demande au tribunal d'inclure, dans l'ordonnance fixant la garde ou les droits d'accès, des conditions à respecter afin, par exemple, d'empêcher l'endoctrinement de l'enfant ou encore d'interdire la participation de celui-ci à certaines activités religieuses. La limite de ce qu'un tribunal peut ou doit faire en cette matière, affecte inévitablement la liberté des parents dans l'expression de leur croyance religieuse ou, inversement, de leur athéisme.

La Cour suprême a rendu deux décisions, le même jour, sur cette difficile question. L'une est issue de l'Ontario⁴² et l'autre du Québec⁴³. Ces deux décisions, dont l'ambiguïté due à la multiplicité des motifs a fait l'objet de plusieurs critiques, portent sur des faits semblables. Ainsi, dans les deux cas, le parent qui a la garde de l'enfant demande au tribunal d'inclure, dans l'ordonnance précisant les modalités des droits d'accès de l'autre parent, des limitations relatives aux activités religieuses telles, par exemple, de ne pas

41 La question de l'application de la Charte canadienne dans le contexte familial pose par ailleurs problème. En principe, et sans entrer dans les détails d'une matière très complexe et qui n'est pas la nôtre, la Charte canadienne ne s'applique, aux termes de son article 32, qu'au «Parlement et au gouvernement» fédéral et provinciaux. Elle ne s'applique donc à un litige privé, tel que celui opposant deux époux ou deux parents, que lorsque le litige est régi par une règle législative ou exécutive. Ainsi, la question spécifique de savoir si une ordonnance judiciaire portant sur la garde des enfants est elle-même soumise à la Charte dépend de la source d'une telle ordonnance. Cette question semble ne pas être clairement tranchée. La juge L'Heureux-Dubé, dans la très importante décision *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, aux pages 90 et suivantes, répond par la négative au motif que le pouvoir des tribunaux de décider en fonction de l'intérêt des enfants prend sa source dans la compétence *parens patriae*, inhérente aux tribunaux et bien antérieure à la consécration législative du critère de l'intérêt de l'enfant. Pour elle, ce pouvoir ne découle donc pas de la branche législative ou exécutive de l'État. Par ailleurs, la juge L'Heureux-Dubé ajoute immédiatement que, malgré la non-application de la Charte à l'ordonnance, les tribunaux doivent tout de même s'efforcer de prendre en considération les valeurs de celle-ci dans leur décision et dans la façon qu'ils interprètent les lois. Cette opinion, sur la non application de la Charte, que la juge L'Heureux-Dubé reprend dans l'affaire *P.(D.) c. S.(C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, rendue la même journée, n'est par ailleurs pas soutenue par la majorité qui refuse de se prononcer sur cette question. La Charte québécoise, qui protège également la liberté de religion s'applique quant à elle non seulement aux actes de l'État (art. 52) mais également aux litiges entre citoyens. En ce sens, une ordonnance du tribunal doit nécessairement subir le test de la conformité avec la Charte. Enfin, malgré toute la question de l'application ou non de la Charte aux décisions judiciaires, le Conseil canadien de la magistrature a inclus dans ses *Principes de déontologie judiciaire* (Ottawa, 1998), un chapitre sur l'égalité qui demande au juge «[...]d'être conscient des particularités découlant, [...] des croyances religieuses[...]» (p.23) et d'en prendre acte.

42 *Young c. Young*, précité, note 41.

43 *P. (D.) c. S. (C.)*, précité, note 41.

endoctriner l'enfant, de ne pas l'amener dans des célébrations religieuses ou de ne pas le faire participer à des activités de sollicitation. Dans les deux cas la religion du parent était minoritaire (témoins de Jéhovah), mais la même question peut se poser pour des religions plus importantes, voire majoritaires⁴⁴, de même que pour une religion pratiquée par les deux parents mais à des degrés divergents.

À l'unanimité, les juges considèrent que le principe de l'intérêt de l'enfant, prévu aux articles 33 C.c.Q. et 16(8) L.D.⁴⁵, n'est pas contraire à la liberté de religion des parents, mais ils se divisent sur l'application de ce principe lorsque la religion de l'un des parents est en jeu. Il ressort des motifs majoritaires de ces deux décisions que le préjudice actuel ou appréhendé pour l'enfant est, sans être un critère strict afin de rendre une ordonnance limitant la liberté de religion du parent, un élément à prendre sérieusement en considération⁴⁶. Pour la minorité, sous la plume de la juge L'Heureux-Dubé, le préjudice n'est pas un élément nécessaire seul l'intérêt de l'enfant devant être considéré⁴⁷. Par le jeu des majorités, l'application de ces principes a eu pour effet de supprimer les restrictions au droit d'accès dans le cas de l'affaire *Young*, alors que dans l'affaire *P.(D.) c. S.(C.)* ces restrictions ont été confirmées. Dans ce dernier cas, la majorité a retenu que le fait que l'enfant réagisse mal aux pratiques religieuses suffisait pour justifier la limitation d'action du parent.

Il est manifeste, à la lecture de ces deux décisions, que cette question est tributaire des faits de chaque espèce. Ainsi, la Cour suprême, dans une décision laconique de 1997, a supprimé les trois restrictions à la garde attribuée à la mère et qui portaient sur l'enseignement de la doctrine des témoins de Jéhovah, sur l'endoctrinement des enfants et sur la participation de ceux-ci à des activités de sollicitation⁴⁸. Autre illustration de ces divergences d'application, deux récentes décisions dans lesquelles le parent gardien désire envoyer son enfant à une école dépendant de la société religieuse auquel il fait partie, école qui n'est pas reconnue par le Ministère

44 Sur cette question, voir : Claire BERNARD, Robin WARD, Bartha Maria KNOPPERS, «Best Interest of the Child Exposed : A portrait of Quebec Custody and Protection Law», (1992) 11 *Can. Journ. Fam. Law* 57, 80.

45 Sur le contenu de cette notion : *P. (D.) c. S. (C.)*, précité, note 41, p. 174; *Couture-Jacquet c. Montreal Children's Hospital*, [1986] R.J.Q. 1221 (C.S.).

46 Pour un juge (Sopinka) le préjudice doit être un critère strict.

47 La juge L'Heureux-Dubé est minoritaire lorsqu'elle exprime cette opinion dans l'affaire *Young*. Elle est par ailleurs majoritaire dans l'arrêt *P.(D.) c. S.(C.)* rendu le même jour. La contradiction n'est qu'apparente puisque les juges Cory et Iacobucci, qui se rajoutent à elle, sont toujours d'opinion que le préjudice est un élément important à prendre en considération mais sont d'avis, contrairement à la juge McLachlin, que ce préjudice est en l'espèce suffisamment vraisemblable pour ne pas devoir renverser la décision de première instance. Sur ces décisions, voir : Dominique GOUBAU, «L'intérêt de l'enfant et les pouvoirs résiduels du parent non gardien», dans *Développements récents en droit familial (1995)*, Cowansville, Yvon Blais, 1995, 25, 50.

48 *L.S. c. C.S.*, [1997]3 R.C.S. 1003 infirme *Droit de la famille – 2618*, [1997] R.D.F. 215 (C.A.). Dans le jugement de la Cour d'appel la majorité confirmait le jugement de première instance et le juge Beauregard, dissident, conservait uniquement l'interdiction de sollicitation.

de l'éducation. Dans un cas, compte tenu des circonstances et de la doctrine enseignée par La Mission de l'Esprit-Saint, concernant particulièrement les femmes et leur rôle dans la société, le juge confirme la garde à la mère mais exige qu'elle envoie les enfants à une autre école et interdit qu'elle mette en contact les enfants avec cette société religieuse⁴⁹. À l'inverse, dans l'autre décision⁵⁰, le tribunal conclut que le gardien peut maintenir son enfant à l'école privée tenue par Les Assemblées de la Pentecôte du Canada, dont le parent gardien fait partie, puisqu'il a été démontré que plusieurs enfants qui ont fréquenté cette école ont pu rejoindre sans problème le système scolaire public, les enseignements dispensés étant de bonne qualité.

Il est donc difficile de tirer de grands principes de ces décisions⁵¹, si ce n'est que l'intérêt de l'enfant peut justifier la restriction de la liberté de religion des parents et que, même si c'est au parent qui a la garde que revient, en principe, les décisions concernant la religion de l'enfant, l'autre parent, non déchu de l'autorité parentale, conserve à tout le moins un pouvoir de contrôle sur les décisions du parent gardien⁵². Enfin, il ressort des décisions qu'il peut être favorable pour l'enfant d'être sensibilisé à plus d'une croyance religieuse; ce sera à lui de faire un choix éclairé le moment venu⁵³.

Les décisions concernant le consentement aux soins. L'article 11 C.c.Q. précise que «nul ne peut être soumis sans son consentement à des soins[...]». Ce principe a été interprété de telle façon que le rôle du tribunal doit se limiter, face à un refus, à la vérification de l'aptitude de la personne à consentir aux soins; la raisonnable de ce refus n'est aucunement pertinente, la décision étant personnelle⁵⁴. Ainsi un majeur qui, pour des raisons de croyances religieuses refuse un soin, verra son refus respecté, même si celui-ci doit entraîner son décès⁵⁵.

La solution ne va pas de même pour les enfants mineurs. À l'instar de bien d'autres pays, une pré-majorité est prévue en matière de soins. Ainsi, pour l'enfant de moins de quatorze ans, c'est le titulaire de l'autorité

49 *Droit de la famille* – 2494, [1996] R.D.F. 647 (C.S.).

50 *Droit de la famille* – 3055, [1998] R.D.F. 475.

51 Pour une autre décision sur cette question : *Droit de la famille* – 1326, précité, note 35, où le tribunal réduit le temps d'accès du père pour le motif, entre autres, qu'il réserve trop de temps passé avec l'enfant aux activités religieuses.

52 La question du rôle du parent non gardien dans les décisions importantes concernant les enfants est loin de faire l'unanimité au Québec, mais il semble clair que le parent non-gardien conserve, à tout le moins, un pouvoir de contrôle. Sur cette question, voir : D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 47; Michelle GIROUX, «Le partage des responsabilités parentales après une rupture : une matière à débat». (1998) 77 *R. du B. Can* 354.

53 Voir : Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1995, p. 226; *Droit de la famille* – 2505, [1996] R.D.F. 785.

54 Entre autres : *B. (Nancy) c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361 (C.S.); *Manoir de la Pointe Bleue (1978) Inc. c. Corbeil*, [1992] R.J.Q. 712 (C.S.).

55 En Ontario la Cour d'appel a retenu la responsabilité du corps médical qui a donné une transfusion sanguine à une patiente, dont la survie l'exigeait de toute urgence, malgré le fait qu'elle avait sur elle une carte refusant, pour des motifs religieux, ce type de traitement : *Malette c. Schulman*, (1990) 67 D.L.R. (4th) 321 (C.A.).

parentale qui, dans le meilleur intérêt de l'enfant, doit consentir aux soins requis pour l'état de santé⁵⁶. L'enfant de quatorze ans et plus, quant à lui, peut, en principe, consentir seul aux soins requis, mais, en cas de refus de sa part, l'autorisation du tribunal ou de l'autorité parentale, selon le cas, suffit⁵⁷. Dans tous ces cas, si la personne pouvant consentir aux soins les refuse, le tribunal doit statuer selon le seul intérêt de l'enfant (art. 12 C.c.Q.).

Ainsi les tribunaux ont à plusieurs reprises⁵⁸ autorisé que soit prodigué un soin qui avait été initialement refusé par le titulaire de l'autorité parentale pour un motif d'ordre religieux. La Cour suprême du Canada, dans une affaire provenant de l'Ontario, a récemment tranché la question de la conformité de ces autorisations au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵⁹. Une majorité de la Cour a conclu que la liberté de religion des parents incluait le droit pour eux de prendre une décision concernant les soins de leur enfant en conformité avec leur croyance religieuse, même si celle-ci risquait de nuire à l'intérêt physique de l'enfant, alors qu'une minorité était d'avis que, conformément à la décision *Young*, le comportement qui menaçait la sécurité, la santé ou la vie de l'enfant, n'était pas protégé par la Charte. La majorité a par ailleurs décidé que la restriction à la liberté de religion des parents était justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique (article 1 Charte canadienne), la Cour étant donc unanime sur la conclusion à donner à cette affaire. En ce qui concerne le mineur de quatorze ans et plus qui refuse des soins pour un motif religieux, la réponse semble devoir être plus nuancée.

Certaines décisions des provinces de common law ont, après que le tribunal a constaté la maturité et l'aptitude du mineur, confirmé le refus⁶⁰ alors que d'autres décisions ont plutôt autorisé les soins⁶¹. Au Québec, le

56 Art. 12 et 14 C.c.Q. Le Code procède à plusieurs distinctions entre les types de soins. Nous nous limiterons aux soins requis pour l'état de santé.

57 Art. 14 al. 2 et 16 al. 2 C.c.Q. Si la situation est urgente et que l'autorité parentale refuse les soins, le corps médical devrait les prodiguer tout de même : Robert P. KOURI et Charlotte LEMIEUX, «Les témoins de Jéhovah et le refus de certains traitements : problèmes de forme, de capacité et de constitutionnalité découlant du *Code civil du Québec*», (1995) 26 *R.D.U.S.* 77, 98.

58 Au Québec, voir: *Montreal Children's Hospital c. Wong*, [1975] R.P. 344 (C.S.) ; *Montreal Children's Hospital c. Powell*, [1975] R.P. 345 (C.S.) ; *Hôpital St-françois d'Assise c. Lacasse*, [1993] R.D.F. 393 (C.S.) ; *J.L. c. D.B.*, [2001] R.D.F. 969 (C.S.) [soin préventif – vaccin contre la méningite]. Voir également, quoique cette décision ne porte pas à proprement parler sur des motifs religieux : *Protection de la jeunesse – 110*, [2000] R.J.Q. 579 (C.Q.) où la mère séropositive, tout comme ses deux enfants, refuse pour ceux-ci les soins de la médecine traditionnelle optant plutôt pour une thérapie uniquement axée sur l'alimentation végétarienne.

59 *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315. Cette affaire concernait un enfant de quelques semaines qui nécessitait une transfusion sanguine. Les parents, témoins de Jéhovah refusait de consentir à ce soin.

60 Sur ces décisions –qui concernaient des enfants cancéreux dont l'espérance de vie était faible–, voir : R. KOURI, C. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 57, 100-101.

61 Voir : R. KOURI, C. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 57, 102.

tribunal⁶² a autorisé les soins dans une situation où un enfant de 14 ans, en accord avec ses parents, les refusait pour des motifs religieux. Dans ce cas les soins étaient essentiels à une espérance de vie raisonnable. Encore une fois, la conciliation de la liberté de religion des parents, ou même de l'enfant, doit se faire en fonction du meilleur intérêt de ce dernier, cette conciliation étant alors tributaire des faits de chaque espèce⁶³.

II. LES COMPORTEMENTS SEXUELS MINORITAIRES

Cette seconde partie porte sur ce qui est, très certainement, tant en droit québécois qu'ailleurs, le terrain le plus fertile aux débats et aux changements rapides de la famille et de son intégration dans le discours juridique. Nous discuterons en un premier temps de l'homosexualité (A) puis, en un second temps, empiétant sur le droit des personnes, nous présenterons l'état du droit en matière de transsexualisme (B).

A. L'HOMOSEXUALITÉ

L'aspiration de la communauté homosexuelle à une entière égalité avec les couples hétérosexuels se fait sentir tant en ce qui concerne le couple (1) qu'en ce qui concerne la parentalité (2).

1. L'union homosexuelle

Le Québec faisant partie d'une fédération, il est nécessaire de signaler qu'il n'a pas, en matière de famille, le monopole de la compétence législative. La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit en effet, à son article 91 (26), que le Parlement fédéral a la compétence relative au mariage et au divorce, alors que l'article 92 (12) donne aux provinces le contrôle de la célébration du mariage. Ce partage, nous l'avons vu, 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 divorce.

La compétence du Parlement fédéral a été interprétée restrictivement et se limite aujourd'hui aux seules conditions de fond du mariage⁶⁴. Conséquemment, c'est le pouvoir fédéral qui a compétence en matière d'empêchements du mariage incluant donc la question, maintenant sensible, du mariage homosexuel. Or le législateur fédéral n'étant pas intervenu,

62 *Protection de la jeunesse – 884*, [1998] R.J.Q. 816 (C.S.); *Hôpital de Montréal pour enfants c. D.J.*, J.E. 2001-1363 (C.S.). Voir également tout récemment : *Hôpital Ste-Justine c. Giron*, J.E. 2002-1080 (C.S.) [dans cette décision le juge autorise la transfusion sanguine d'une jeune témoin Jéhovah de 15 ans qui, en accord avec ses parents, la refusait].

63 Sur l'ensemble de cette matière, qui n'est ici qu'esquissée, voir : Robert P. KOURI et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, *Le corps humain, l'inviolabilité de la personne et le consentement aux soins – Le regard du législateur et des tribunaux civils*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de droit, 1999, p. 406-431.

64 Voir : M. OUELLETTE, *op. cit.*, note 53, p. 11.

jusqu'à tout récemment, dans son champ de compétence, l'on référerait au *Code civil du Québec* qui, à l'article 365 C.c.Q., précise que le mariage ne peut être contracté «[...] qu'entre un homme et une femme [...]». Mais cette exigence, qui n'était pas dans le code de 1866, étant constitutionnellement contestable, le législateur fédéral est finalement intervenu au mois de juin 2001 afin d'établir que le mariage doit nécessairement être formé d'un homme et d'une femme⁶⁵.

Ce principe, qui est d'ailleurs le même dans le reste du Canada⁶⁶, est actuellement contesté dans plusieurs provinces, dont le Québec⁶⁷, au motif qu'il viole la liberté de la personne et le droit à l'égalité qui sont garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* aux articles 7 et 15 (1). Cette question, qui n'a jamais été débattue devant la Cour suprême du Canada, devrait donc faire l'objet d'une décision, dans les années à venir⁶⁸. En attendant une éventuelle décision sur cette question il est impossible pour des couples de même sexe de soumettre leur union à l'encadrement civil du mariage et ainsi bénéficier de ce statut particulier. L'aménagement par convention demeure, en principe, la solution pour ces couples. Mais face aux pressions importantes de la communauté homosexuelle, cette situation est en constante évolution.

Ainsi depuis 1999 au Québec, et 2000 au fédéral, les conjoints de fait de même sexe se sont vus reconnaître les mêmes droits et obligations que les concubins hétérosexuels et que les conjoints mariés dans la très vaste majorité des lois fiscales et sociales⁶⁹. Les législateurs répondaient ainsi à

65 *Loi d'harmonisation no 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4, article 5. Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2001 et ne s'applique qu'au Québec.

66 Voir: *North c. Matheson*, (1974) 52 D.L.R. (3d) 280 (Manitoba); *Layland c. Ontario (Minister of Consumers and Commercial Relations)*, (1993) 104 D.L.R. (4th) 214 (Ontario). Cette dernière décision se base sur un précédent anglais de 1866: *Hyde c. Hyde and Woodmansee*, (1866) 35 L.P.J.&M. 57.

67 La Cour supérieure a récemment invalidé cette restriction au motif qu'elle est discriminatoire: *Hendricks c. P.G. Québec.*, J.E. 2002-1742 (C.S.) [cette décision est présentement en appel]. Il en va de même en Ontario: *Halpern c. Canada*, (2002) O.J. 2714 (Quicklaw).

68 La Cour suprême du Canada a déjà rendu certaines décisions basées sur la discrimination en fonction de l'orientation sexuelle. Ainsi elle a reconnu qu'il s'agissait là d'un motif analogue de discrimination prohibée (*Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513) et que la limitation de l'obligation alimentaire aux seuls conjoints mariés et concubins hétérosexuels était discriminatoire: *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3. [Sur la question du mariage homosexuel et la Charte canadienne: Donald G. CASSWELL, «Moving toward Same-Sex Marriage», (2001) 80 *R. du B. Can.*].

69 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*, L.C. 2000, c. 12. Certaines –rares– lois continuent à traiter différemment les conjoints mariés de ceux qui ne le sont pas (dont les conjoints de même sexe), mais des modifications sont en cours. À ce sujet, voir: COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 28, p. 15.

certaines décisions qui invalidaient, au motif de discrimination, les lois qui limitaient la définition de conjoint de fait aux seuls conjoints hétérosexuels⁷⁰.

Une seconde modification, beaucoup plus importante vient d'être adoptée. Prenant exemple sur plusieurs législations étrangères, dont celles de la France⁷¹ du Vermont⁷² ou, au sein même du Canada, de la province de la Nouvelle-Écosse⁷³, le Ministre de la Justice du Québec a présenté, le 7 décembre 2001, un avant-projet de loi visant la création de l'union civile. Suite à ce dépôt, des consultations publiques ont eu lieu au mois de février 2001 au cours desquelles on a pu déceler une relative unanimité quant au principe de l'union civile, les divergences portant essentiellement sur la question de la parentalité –que nous reverrons dans la prochaine section. Cette unanimité aidant, la loi fut rapidement adoptée et mise en vigueur, pour l'essentiel, le 24 juin 2002⁷⁴.

L'union civile emprunte une voie très extensive et prévoit l'application de l'ensemble du régime que connaît le mariage aux couples qui le choisissent. En fait, il apparaît des motifs du Ministre de la Justice qu'il aurait proposé de rendre le mariage accessible aux couples de même sexe si cela avait été dans son pouvoir de le faire⁷⁵. Ainsi l'union civile est, contrairement au PACS français, de nature essentiellement institutionnelle et s'écarte du contrat. En guise d'illustration, non seulement est-elle prévue dans le livre sur la famille et constitue-t-elle un titre autonome s'insérant entre celui sur le mariage et celui sur la filiation, mais l'article 521.7 C.c.Q. prévoit que l'union civile crée une alliance «entre chaque conjoint et les parents de son conjoint» et les règles de célébration du mariage lui sont applicables (art. 521.3 al. 2 C.c.Q.). Finalement, le caractère institutionnel de l'union civile découle également de ses conditions de formation.

Conditions de formation de l'union civile. Le projet de loi initial proposait, à l'instar du «civil union» du Vermont, de rendre accessible ce statut uniquement aux couples de même sexe; il assumait donc clairement son ambition d'offrir à ceux-ci une option pour obvier à l'impossible mariage. Mais ce choix a été très majoritairement contesté⁷⁶. Les homosexuels soulevaient la nouvelle «ghettoïsation» qu'allait provoquer ce

70 Par exemple : *C.D.P. c. C.A.S.*, [1999] R.J.Q. 180 (C.S.) (Loi sur les régimes de rentes). On peut également citer par extension : *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3 (obligation alimentaire dans la loi ontarienne limitée aux conjoints de fait de même sexe).

71 Loi no 99-944 du 15 novembre 1999 instituant le PACS, D. 1999, Lég., p. 515.

72 *Act Relating to Civil Unions*, Statutes of Vermont, 1999, H. 847, instituant l'union civile (disponible uniquement aux conjoints homosexuels) et modifiant ainsi la loi sur les *Domestic Relations*, Title 15, V.S.A. qui porte sur l'ensemble du droit relatif aux relations de couples et familiales.

73 *Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000, C. 29. Cette loi institue le Domestic partnership qui est accessible tant aux couples hétérosexuels qu'homosexuels et comprend l'ensemble du régime légal du mariage.

74 *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6.

75 Ce qu'il a d'ailleurs en partie fait en supprimant, de façon purement symbolique, le second alinéa de l'article 365 dans lequel se trouvait l'exigence de la non-identité de sexe.

76 Voir Alain ROY, «Partenariat civil des couples de même sexe : La réponse du Québec», (2001) 35 *R.J.T.* 663, 671 et suiv.

système, mais aussi que cette limitation allait avoir pour effet d'afficher clairement la vie privée des conjoints unis civilement dès qu'ils montreraient une preuve d'identité où leur état civil est inscrit. Ce choix était également contestable pour certains conjoints hétérosexuels qui pourraient vouloir opter pour ce régime, soit parce qu'ils ne désirent pas se marier afin de ne pas intégrer cette institution porteuse de symboles historico-religieux, soit parce qu'ils préfèrent l'union civile qui –on le verra– se distingue du mariage dans son mode de dissolution⁷⁷. En fait en limitant le nouveau régime aux seuls couples de même sexe, on risquait de répondre à une discrimination par une autre discrimination. Face à ces critiques unanimes, la loi adoptée prévoit –implicitement– l'accessibilité du régime tant aux couples homosexuels qu'hétérosexuels (art. 521.1 C.c.Q.).

Les autres conditions de formation sont similaires à celles du mariage. Ainsi l'article 521.1 C.c.Q. prévoit que les conjoints civils doivent être minimalement âgés de 18 ans (âge de la majorité qui rend l'union civile moins accessible que le mariage qui l'est à partir de 16 ans); doivent être libres de tout lien «de mariage ou d'union civile» et enfin ne doivent pas être pas l'un par rapport à l'autre un ascendant, un descendant, un frère ou une sœur (naturel ou par adoption : art. 578 C.c.Q.)⁷⁸. Quant aux conditions de célébration de l'union civile, l'article 521.3 al. 2 C.c.Q. précise qu'elles seront les mêmes que pour le mariage civil. Il doit donc y avoir une publication au moins vingt jours avant l'union⁷⁹; y avoir présence de deux témoins⁸⁰ lors de la célébration qui doit être faite par une personne habilitée aux termes de l'article 366 C.c.Q. Tout comme pour le mariage la célébration peut donc être effectuée par un officiant religieux, mais celui-ci ne peut être contraint de le faire si son dogme religieux le lui interdit⁸¹.

Régime de l'union civile. Tout comme pour son mode de formation, les effets de l'union civile copient ceux du mariage. Ainsi, l'article 521.6 C.c.Q. prévoit que les conjoints civils se «doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance», qu'ils doivent faire vie commune et que les dispositions sur le mariage s'appliquent pour ce qui concerne la direction de la famille, la contribution aux charges du ménage, la protection de la résidence familiale, le patrimoine familial et la prestation compensatoire⁸². Il est prévu à l'article 521.8 C.c.Q. l'application, en l'absence de régime partenarial spécifique, du régime légal de la société d'acquêts⁸³.

On retrouve partout ailleurs dans le Code la parfaite identité entre l'union civile et le mariage. Ainsi l'article 585 C.c.Q. prévoit l'existence

77 *Id.*, 677.

78 La condition est ici moins restrictive que le mariage qui n'est pas permis entre demi-frère ou demi-sœur (*Loi sur le mariage (degrés prohibés)*, L.R.C., c. M-2.1, art. 2(2)(b)).

79 Art. 368 C.c.Q. Le mécanisme de l'opposition au mariage s'appliquera également à l'union civile (art. 521.3).

80 Art. 521.2 C.c.Q.

81 Art. 521.2 C.c.Q.

82 Et tout comme pour le mariage ces dispositions sont d'ordre public (art. 521.6 al. 5 C.c.Q.).

83 Pour une critique de ce choix : A. ROY, *loc. cit.*, note 76, p. 682.

d'une obligation alimentaire entre conjoints civils ; l'article 15 C.c.Q. prévoit que le conjoint civil, à l'instar de l'époux (et maintenant au conjoint de fait), est celui qui peut consentir aux soins de son compagnon devenu inapte et les articles 121.1 C.c.Q. et suiv. prévoient l'apparition d'un nouvel acte d'état civil reconnaissant le statut de «conjoint civil». Enfin, les articles 653 C.c.Q. et suivants donnent au conjoint civil les mêmes droits successoraux qu'au conjoint marié.

En fait, la seule distinction entre le régime de l'union civile et celui du mariage porte sur la dissolution de l'union. Le divorce étant de compétence fédérale, le législateur québécois ne pouvait pas l'étendre à l'union civile⁸⁴. Il a donc créé un régime de dissolution propre à l'union civile où il est possible pour les parties de mettre fin à l'union par une déclaration commune notariée, cette déclaration étant ensuite envoyée au Directeur de l'État civil⁸⁵. Cette possibilité d'éviter le tribunal, qui n'est pas présente en matière de divorce, ne peut par ailleurs pas s'appliquer lorsque l'intérêt d'un enfant commun est en jeu⁸⁶. Cela nous amène à discuter de la question sensible de la filiation.

2. L'homoparentalité⁸⁷

«Homoparentalité»... Néologisme à haute fréquentation. Ce terme est apparu dans le langage courant, particulièrement dans celui des médias, à l'occasion des débats en marge de la réforme sur l'union civile.

Mais cette question de l'homoparentalité semble actuellement porter plus spécifiquement sur la reconnaissance d'un lien de filiation à un couple homosexuel qui a un enfant commun, soit par adoption, soit par procréation assistée. Cette problématique laisse donc de côté, pour l'instant, le cas de la famille recomposée homosexuelle ainsi que l'exercice de l'autorité parentale entre parents biologiques dont l'un serait «devenu» homosexuel. Sur ce dernier point⁸⁸, du moins en principe, le droit québécois ne fait aucune

84 Outre la dissolution volontaire, l'union civile prend fin par le décès d'un des conjoints (art. 521.12 C.c.Q.). Quant à la nullité de l'union civile pour vice de formation, elle emprunte les règles –dérogatoires au droit commun– de la nullité de mariage : art. 521.10 et 521.11 C.c.Q.

85 Art. 521.13 C.c.Q. et suiv. Cette innovation a été si bien accueillie lors des consultations publiques que certains intervenants ont demandé, sans succès, à ce qu'elle soit étendue à la séparation de corps.

86 Art. 521.17 C.c.Q.

87 Sur cette question qui n'est ici qu'esquissée, voir notre texte : «Les enfants du nouveau siècle», dans *Développements récents en droit de la famille* (2002), Cowansville, Yvon Blais, 2002, p. 75.

88 Voir sur cette question en jurisprudence : *X. c. Y.*, [1975] C.S. 496; *Monette c. Sylvestre*, [1981] C.S. 731; *Johnston c. Rochette*, [1982] C.S. 407; *Cloutier c. Trudel*, [1982] C.S. 951; *Droit de la famille – 14*, J.E. 83-135 (C.S.), puis en Cour d'appel *Droit de la famille – 316*, J.E. 86-1127 (C.A.); *Droit de la famille – 31*, [1983] C.S. 69 (C.S.); *Protection de la jeunesse – 169*, [1985] T.J. 2011; *Droit de la famille – 1005*, [1986] R.D.F. 78; *Droit de la famille – 1079*, [1987] R.D.F. 83 (C.S.); *Droit de la famille – 1144*, [1988] R.D.F. 50 (C.S.); *Droit de la famille – 1287*, [1989] R.D.F. 625; *Droit de la famille – 2568*, J.E. 97-151 (C.S.); *Droit de la famille – 2689*, [1997] R.D.F. 485 (C.S.).

distinction basée sur le comportement sexuel des parents⁸⁹. Le débat laisse également de côté.

Il est bien reconnu que de plus en plus de couples homosexuels accomplissent un projet parental commun soit par l'adoption, soit, pour les femmes, par les techniques de procréation assistée. Dans ces deux cas d'espèces il n'y a usuellement qu'un seul lien de filiation établi : la mère naturelle dans le cas de la procréation médicalement assistée, ou le parent adoptant qui se présentait seul et célibataire à l'adoption⁹⁰. Dans ce dernier cas, même si la Cour d'appel avait soulevé l'hypothèse qu'il y ait deux parents adoptifs du même sexe⁹¹, aucun jugement en droit québécois l'avait officiellement reconnu ou octroyé.

Ce genre de situation fut le principal objet de discussion pendant la commission sur l'union civile. Le sort de ces enfants a frappé l'imaginaire puisque l'on réalisait ainsi que, malgré le principe d'égalité entre tous les enfants⁹², certains ne pouvaient pas compter sur deux adultes responsables, principalement au motif que ceux-ci étaient de même sexe. À la fin des consultations, le ministre a donc annoncé qu'il allait ajouter dans le projet de loi des dispositions touchant le problème de l'«homoparentalité». C'est ce qui fut fait, la loi, en matière de filiation, innovant essentiellement de deux façons.

Premièrement il est ajouté, à l'article 115 C.c.Q. portant sur la déclaration de naissance, un dernier alinéa qui précise que «lorsque les parents sont de même sexe, ils sont désignés comme les mères ou les pères de l'enfant, selon le cas». Cette modification, par-delà son contenu symbolique, rend maintenant clairement possible l'adoption par un couple de

89 *Droit de la famille – 2568*, J.E. 97-151 (C.S.); *Droit de la famille – 2689*, [1997] R.D.F. 485 (C.S.). Si l'homosexualité, en soi, ne peut justifier une décision concernant la garde d'un enfant, une auteure a par ailleurs récemment soutenu que l'application du critère de l'intérêt de l'enfant joue souvent à l'encontre du parent homosexuel qui n'obtient ainsi pas la garde de son enfant. Quoiqu'il soit toujours difficile de cerner le rôle exact d'un élément en particulier en matière de garde d'enfant, il semble qu'une telle conclusion ne soit pas dénuée de tout fondement. (Ann ROBINSON, «La parentalité des lesbiennes en droit civil québécois», dans Irène DEMCZUK (dir), *Des droits à reconnaître – Les lesbiennes face à la discrimination*, Montréal, Les éditions du remue-ménage, 1998, 39).

90 Encore une fois l'homosexualité de l'adoptant ne peut être un motif de refus, mais en pratique, dans le cadre de l'évaluation psycho-sociale, il est loin d'être certain que cet élément n'influence pas le centre jeunesse (organisme responsable de sélectionner les adoptants) : Alain ROY, «L'adoption en droit québécois : aspects civils et procédurux», *Répertoire de droit*, Chambre des Notaires, 2000, no 22, p.18.

91 *Droit de la famille – 1704*, [1993] R.J.Q. 1, 5 (C.A.); *Droit de la famille – 3444*, [2000] R.J.Q. 2533 (C.A.). Dans le second cas, une femme demandait d'être reconnue «parent psychologique» de l'enfant que sa conjointe avait eu suite à une procréation médicalement assistée désirée par le couple. La Cour d'appel refuse cette requête pour défaut de base légale mais suggère aux parties de présenter une demande en adoption aux termes de l'article 555 C.c.Q. (qui prévoit l'adoption d'un enfant par le conjoint du parent). Cette possibilité a été reconnue : *K(Re)*, (1995) 23 O.R. (3d) 679; *A. (Re)*, [1999] A.J. No. 1349 (Q.L) (Alb. Queen's Bench). Voir également sur l'adoption par un couple de même sexe : *Nova Scotia (Birth Registration No. 1990-02-004200) (Re)*, [2001] N.S.J. No. 261.

92 Art. 522 C.c.Q.

même sexe ou, encore, aux termes de l'article 555 C.c.Q., l'adoption, par une personne de l'enfant de son conjoint de même sexe.

Si rien n'empêchait expressément, avant cette modification, ces types d'adoptions, l'équilibre du Code qui structurait le couple parental en un couple sexué, les rendait discutables. Secondement, et de façon beaucoup plus audacieuse, la loi étend la présomption de paternité à l'union civile hétérosexuelle (art. 525 C.c.Q.), mais aussi, dans le cadre d'une «PA», à l'union civile homosexuelle, permettant ainsi à la conjointe de la mère qui a eu recours à une technique de procréation assistée, d'être présumée l'autre parent (art. 538.3 C.c.Q.). Cette nouvelle «présomption de parentalité» découle, tout comme la présomption de paternité de l'article 525 C.c.Q., du devoir de fidélité inclus dans l'union civile et rendrait identique l'établissement de la filiation dans le contexte des «PA» entre les conjoints mariés et les conjoints unis civilement. Ce choix peut *a priori* surprendre puisqu'on persiste à lier le mode de filiation au statut des parents, laissant ainsi l'enfant né de concubins hétérosexuels sans «paternité automatique» ce qui, dans le contexte des «PA», peut être particulièrement problématique, si le concubin refuse de reconnaître l'enfant et empêche la possession d'état⁹³. Il est vrai que dans ce dernier cas il n'y a pas de devoir légal de fidélité, mais ce justificatif à la présomption de «parentalité» nous semble fort fragile –tout particulièrement dans le contexte des «PA»- surtout lorsque le législateur accepte d'étendre cette présomption à des conjoints de même sexe, s'éloignant ainsi de toute façon d'une réalité biologique et faisant jouer à la fidélité qu'un rôle faussement explicatif, prenant sa raison d'être dans un parfum moraliste, qui semble être pour le moins curieux et archaïque.

B. LE TRANSSEXUALISME

Pendant longtemps on pensait que le délicat arbitrage entre liberté individuelle et stabilité sociale qui justifie l'encadrement étroit du changement de nom⁹⁴ ne pouvait s'appliquer quant au sexe. Celui-ci ne découlant pas de la liberté, mais du divin, de la nature, il s'imposait sans même enfreindre l'autonomie de la personne.

C'était là oublier les avancées possibles de la médecine. Face au transsexualisme celle-ci met au point des interventions hormonales et chirurgicales permettant de modifier l'apparence du sexe⁹⁵. Le

93 C'est d'ailleurs pour cette raison qu'à défaut de pouvoir créer un lien de filiation, l'article 540 C.c.Q. prévoit la responsabilité du concubin qui avait consenti à la «PA», tant envers l'enfant que la mère.

94 Les motifs permettant un changement de nom sont prévus aux articles 58 (nom légal différent de celui d'usage; nom d'origine étrangère ou trop difficile à prononcer ou à écrire ou nom ridicule ou infâme) et 65 C.c.Q. (changement de filiation; abandon du père ou de la mère ou déchéance de l'autorité parentale du père ou de la mère). Sur l'importance de la stabilité du nom : *Plante c. Directeur de l'état civil*, [1996] R.D.F. 54 (C.S.); *Montreuil c. Directeur de l'état civil*, [1999] R.J.Q. 2819 (C.A.).

95 L'opportunité de ces interventions ne fait pas nécessairement l'unanimité. Certains considèrent qu'elles ne font que véhiculer des stéréotypes sexuels sans nécessairement traiter

transsexualisme, pathologie particulière⁹⁶, doit être clairement distingué de l'homosexualité ou du travestisme. Il se «[...] caractérise par le sentiment irrésistible et inébranlable d'appartenir au sexe opposé à celui qui est génétiquement, physiologiquement et juridiquement le sien, avec le besoin obsédant et constant de changer d'état sexuel, anatomie comprise»⁹⁷. Le droit la tenant pour acquise, ne définit pas la notion de sexe. Elle est une composante unifiée qui se détermine par la simple observation du sujet. Mais la description du transsexualisme impose un changement de discours. Le sexe est pluriel. On doit compter avec le sexe génétique ou chromosomique, qui est absolument inaltérable, avec le sexe morphologique ou anatomique qui, lui, peut, du moins en apparence, être totalement ou partiellement modifié par une série d'interventions, et enfin le sexe psychosocial ou comportemental⁹⁸ dont la disparité, avec les deux précédents, caractérise le transsexualisme.

Face à cette multiplicité, le droit, à défaut de définir le sexe, doit choisir. Comment traiter celui qui, dans un corps d'homme, se sent et agit comme une femme –si tant est que cela se détermine ? Ou pis encore, comment considérer celui qui, génétiquement mâle reçoit, par la médecine, un corps de femme, apparence morphologique conforme à sa psyché ? Refuser d'adapter le sexe juridique avec cette apparence c'est contraindre le transsexué à dévoiler régulièrement sa vie privée⁹⁹. C'est également lui refuser un traitement total; car si les interventions hormonales et chirurgicales visent à permettre une réunification des sexes psychique et morphologique, cette réunification ne peut être totale sans une légitimation juridique¹⁰⁰. À l'inverse, une acceptation par le droit de cette mutation

le fond du problème. Voir : Denis SALAS, *Sujet de chair et de droit : la justice face au transsexualisme.*, Paris, PUF, 1994, p. 42. D'autres praticiens, avec qui nous sommes entretenus, soulèvent également l'aspect trop mutilant des interventions chirurgicales impliquant, entre autres, pour l'homme, la castration.

96 Cette pathologie est recensée pour la première fois dans le DSM-III en 1980 (information puisée dans le protocole rédigé par le Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association au [www. HBIGDA.org/soc.html](http://www.HBIGDA.org/soc.html)). Selon cette même source, cette pathologie toucherait 1 homme sur 37000 et 1 femme sur 107 000. Au Québec il y aurait environ une trentaine de cas par année. Sur l'évolution de cette pathologie et des interventions chirurgicales pouvant en découler, voir : D. SALAS, *op. cit.*, note 95, p. 37.

97 Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, «Jurisprudence française en matière de droit civil – Personnes et droits de la famille», 1989. *Rev. Trim. dr civ.* 722, 724. Sur la nature du transsexualisme voir également : Robert P. KOURI, «Comment on transsexualism in the province of Québec», (1973) 4 *R.D.U.S.* 167, 169.

98 On parle aussi d'identité sexuelle (Edith DELEURY, Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques.*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1997, p. 236, no 232) ou de genre (D. SALAS, *op. cit.*, note 95, p. 39).

99 *Thompson c. D.E.C.*, J.E. 2002- 331 (C.S.) où le tribunal retient cet argument pour accueillir une requête en changement de nom. Voir en Europe la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : *C.E.D., B.... c. France*, J.C.P. 1992. II. 21955; Gérard CORNU, *Droit civil – Introduction, Les personnes, Les biens*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 1999, no 564bis, p. 246; Claude LOMBOIS, «La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'Homme», D. 1992. chr. 363.

100 Voir : D. SALAS, *op. cit.*, note 95, p. 38 ; Louis-Édmond PETTITI, *Les transsexuels*, Paris, PUF, 1992, p. 4.

sexuelle appelle l'élaboration de critères qui eux-même imposent une certaine conception de la notion de sexe. Le droit québécois élabore ces critères et permet la modification de la mention du sexe à l'état civil, et ce, dès 1977¹⁰¹. C'est maintenant l'article 71 C.c.Q. qui prévoit cette mutation de l'état de la personne. Voyons-en succinctement les conditions puis les effets.

Conditions au changement de la mention du sexe. L'article 71 C.c.Q. pose quatre conditions afin de pouvoir obtenir une modification de la mention du sexe ainsi que, s'il y a lieu, du nom. La personne doit être majeure, être citoyenne canadienne et être domiciliée au Québec depuis au moins un an, ne pas être mariée¹⁰² et avoir «[...] subi avec succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels apparents [...]».

Cette disposition reconnaît une certaine suprématie au sexe anatomique, à l'apparence, vocable qui d'ailleurs est présent à l'article 71 C.c.Q. Contrairement au principe établi par la Cour de Cassation dans sa décision de 1992¹⁰³, la nature thérapeutique de l'intervention n'est pas expressément exigée, mais elle nous semble devoir découler tout naturellement de cette disposition. L'expression «traitements médicaux» vise entre autres choses un suivi psychologique¹⁰⁴ afin de s'assurer que le patient présente un réel cas de transsexualisme¹⁰⁵. On doit éviter que le sexe juridique devienne un sexe de «convenance»¹⁰⁶, un sexe d'usage.

Ou encore que le désir de subir les interventions cache, plutôt qu'une pathologie de transsexualité, un autre trouble, par exemple une schizophrénie¹⁰⁷. La question qui demeure est celle de savoir quel niveau de «modification structurale des organes sexuels» est nécessaire. Il peut y avoir ici une dualité entre le sexe purement apparent et le sexe morphologique, la question du niveau de leur rencontre doit alors se poser. Comment apprécier une femme qui, ayant suivi des traitements hormonaux et subi une ablation

101 Art. 16 de la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, L.R.Q. C-10. Avant l'adoption de cette disposition la modification de la mention de sexe ne semblait pas possible autrement que par le biais d'une loi privée : R. KOURI, *loc. cit.*, note 97, 182.

102 Même si cette condition est conforme avec l'interdiction du mariage homosexuel, elle ne va pas sans critique. Elle semble créer une inégalité basée sur l'état civil; elle empêche une personne de terminer, par une légitimation juridique, le traitement de sa pathologie et elle semble bien impuissante face à l'apparence qui est de toute façon créée par les traitements. Voir : E. DELEURY, D. GOUBAU, *op. cit.*, note 98, p. 241, no 242.

103 Cass. A.P., 11 déc. 1992, J.C.P. 1993. II. 21991.

104 Ce suivi psychologique est d'ailleurs une condition afin que l'assurance-maladie du Québec couvre les frais des interventions : *Règlement d'application de la Loi sur l'assurance-maladie*, A-29, R.1/5 art. 22 par. (t).

105 G. CORNU, *op. cit.*, note 99, p. 245. Cet auteur recense quatre conditions afin de modifier la mention du sexe : la cause, soit l'existence réelle du syndrome transsexuel; la concrétisation, soient les interventions chirurgicales; sa manifestation extérieure soit l'apparence et enfin le comportement social.

106 *Id.*, p. 246.

107 L.-E. PETTITI, *op. cit.*, note 100, p. 104.

des seins, n'a pas subi de phalloplastie? D'apparence masculine, cette femme demeure femme dans son intimité.

Le Directeur de l'État civil a, en mars 1999, accepté de modifier la mention du sexe dans un cas semblable¹⁰⁸. Le sexe juridique peut alors être muté principalement par la volonté du patient et par l'apparence sociale suite, il faut le dire, à un suivi médical garantissant en principe l'existence de la pathologie de transsexualité. Certes il y a eu modification structurale des organes sexuels mais par leur ablation uniquement. Les caractères sexuels apparents semblent alors devoir être compris d'une façon plus large qu'uniquement les organes génitaux.

Effets du changement de la mention du sexe. Cette modification de l'état de la personne ne modifiant aucunement, à l'instar du changement de nom, les droits et obligations de la personne¹⁰⁹, les effets du changement de la mention de sexe sont simples et limités. Ainsi, il produit la modification de l'acte de naissance de la personne¹¹⁰. Le Directeur de l'État civil doit alors dresser un nouvel acte d'état civil qui se substitue à l'initial¹¹¹ et une mention du nouvel état doit être indiquée sur l'acte initial qui ne peut alors être consulté que par la personne elle-même¹¹². Seul l'acte de naissance de la personne est ainsi modifié; l'acte antérieur de mariage ou l'acte de naissance de ses enfants, s'il y a lieu, ne sont pas affectés. Le changement de la

108 Dans ce cas, la femme avait également subi une salpingo-ovariectomie et une hystérectomie. Seul manquait le sexe masculin. Cette décision ne fait l'objet d'aucune publication. Selon les discussions que nous avons eues avec un responsable de l'État civil, une telle décision dépend des circonstances. D'autres cas de ce type ont pu donner un résultat différent. Le Directeur de l'État civil avait mis sur pied, suite à cette décision, un comité afin d'établir des critères d'application de l'article 71 C.c.Q. Ce comité semble ne pas avoir pu s'entendre sur un rapport. Après avoir discuté avec certains praticiens spécialisés, il semble qu'il y ait effectivement dissension sur le rôle et le bienfait des interventions chirurgicales. Pour certains, l'on doit distinguer la transformation d'un homme en femme de celle d'une femme en homme. Dans la première situation la castration devrait nécessairement être pratiquée avec la fabrication d'un vagin sans quoi l'on serait face à une intervention mutilante résultant en une personne ni homme ni femme; ces deux interventions seraient donc nécessaires à la modification de la mention de sexe. Dans la seconde situation, l'ablation des seins accompagnée d'une salpingo-ovariectomie et d'une hystérectomie devraient suffire dans la mesure où la phalloplastie –résultant en un sexe masculin non fonctionnel– est très coûteuse (et non prise en charge par l'État) et très défigurante. C'est ce qui justifierait la décision de la Direction de l'État civil. Pour d'autres praticiens les interventions chirurgicales, quelles qu'elles soient, en changement de sexe devraient être, le plus possible, évitées. Pour ce faire l'on devrait, selon eux, accepter le changement de la mention du sexe dès après l'hormonothérapie afin de légitimer juridiquement, dès ce moment, le changement et ainsi rendre, potentiellement, l'intervention chirurgicale non nécessaire. Le sexe apparent, dans tous les cas, suffirait ici. Pour une critique de la décision du Directeur de l'État civil : Mireille –D. CASTELLI, Dominique GOUBAU, *Précis de droit de la famille*, 3^e éd., Québec, PUL, 2001, p. 15.

109 Même si cela n'est pas clairement indiqué dans le Code, on doit appliquer par analogie le principe de l'article 68 C.c.Q. Voir : E. DELEURY, D. GOUBAU, *op. cit.*, note 98, p. 244, no 251.

110 Art. 73 al. 2 C.c.Q.

111 Art. 132 C.c.Q.

112 Art. 149 C.c.Q.

mention du sexe en ce sens n'atteint ni le passé ni les tiers¹¹³. Ces règles du Code civil du Québec semblent devoir mettre de côté une décision de 1988 dans laquelle on avait permis à une femme, devenue un homme, d'adopter, en tant que père, son propre enfant, cette décision, selon le tribunal, étant justifiée dans l'intérêt de l'enfant¹¹⁴.

Quant au nom, l'article 71 C.c.Q. précise expressément qu'il peut être modifié. Ce n'est par ailleurs pas un accessoire automatique du changement de sexe et la demande doit être faite dans une procédure distincte de celle du changement de la mention de sexe¹¹⁵. La Cour d'appel a récemment précisé que le prénom n'a pas pour objet de désigner le sexe d'une personne¹¹⁶. Dans cette décision le requérant, qui se présente comme un «transgender», -c'est-à-dire un homme qui se considère, vit et se présente comme une femme, mais qui ne désire pas modifier son sexe- demande le changement de son prénom afin de le réassigner à son sexe féminin apparent¹¹⁷. La Cour d'appel refuse cette demande non pas parce que cela créerait une ambiguïté entre son sexe [qui demeure masculin] et son prénom, mais tout simplement parce que le requérant ne peut rencontrer un des motifs limités de l'article 58 C.c.Q. afin de justifier ce changement de nom¹¹⁸. A *contrario* cette décision doit signifier qu'une personne ayant modifié juridiquement son sexe n'est pas contrainte de demander la modification de son prénom afin de rendre ces deux éléments en apparence concordants; le nom et le sexe visent des buts distincts et sont autonomes l'un de l'autre. Il reste que la réassignation sexuelle pour être complète doit selon nous passer par une unification de l'apparence, dans tous ses éléments -incluant le prénom-, au nouvel état. D'ailleurs, en ce sens, un récent jugement de la Cour supérieure vient d'accueillir une requête en changement de prénom d'un homme qui était dans le processus de changement de sexe¹¹⁹. En plus de constater l'usage du prénom demandé -Adja à sonorité neutre- depuis sept ans (rencontrant donc le critère du Directeur de l'État civil), le tribunal motive sa décision principalement par le fait que le nom faisait justement partie intégrante du processus de changement de sexe que le requérant

113 Art. 73 al. 2 C.c.Q.

114 *Droit de la famille* - 480, [1988] R.J.Q. 1138. Cette décision ne nous semble également plus possible aujourd'hui en ce qu'elle irait à l'encontre de l'article 543 C.c.Q., qui, quoique prévoyant que l'adoption ne peut avoir lieu que dans l'intérêt de l'enfant, l'interdit lorsqu'elle a pour but de confirmer une filiation biologique. Pour un commentaire de cette décision : Renée JOYAL, «Transsexualisme et identité parentale», (1989) 20 *R.D.U.S.* 155.

115 Art. 24 du *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, (1993) 125 *G.O.* II, 8053.

116 *Montreuil c. Directeur de l'état civil*, précité, note 94.

117 Ce sens à la notion de «transgender» est celui que lui donne le demandeur dans cette cause. Il est à noter que selon le *Standards of Care for Gender Identity Disorders* du Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association's cette expression ne réfère pas à un diagnostic précis et est donc susceptible de recevoir plusieurs sens distincts.

118 La Cour d'appel entérine la politique du directeur de l'état civil selon lequel l'usage d'un prénom doit perdurer pendant au moins cinq ans afin de pouvoir, pour ce motif, obtenir une modification du prénom ce qui n'était pas le cas ici.

119 *Thompson c. D.E.C.*, précité, note 99.

souhaitait et que cela allait éviter que le requérant doive divulguer sa vie privée à toute les fois où il doit présenter son identité.

Pour le reste, les effets sont minces en ce que le sexe n'emporte qu'une seule conséquence particulière aux termes du Code civil : le mariage. Une fois la mention du sexe modifiée le droit ne reconnaît plus que ce nouvel état. Cette personne peut alors tout naturellement contracter mariage avec une personne de sexe opposé, donc du même sexe génétique¹²⁰. Dans le cas où le conjoint n'aurait pas été mis au courant de cet état de fait celui-ci pourrait certainement demander la nullité du mariage pour le motif d'erreur sur les qualités essentielles de la personne¹²¹. Enfin il est généralement reconnu que le changement de sexe ne doit aucunement porter à conséquence dans le cadre des questions de garde ou d'accès des enfants, le seul critère étant celui de l'intérêt de ce dernier¹²².

120 Voir, en droit européen : *Goodwin c. Royaume-Uni*, Cour européenne des droits de l'homme, requête no 28957/95, 11 juillet 2002.

121 Ce qui pourrait se produire dans la mesure où l'acte de naissance sur lequel est basé la publication du mariage est celui postérieur à la modification de l'état. Sur la question de la nullité fondée sur l'erreur : E. DELEURY, D. GOUBAU, *op. cit.*, note 98, no 255, p. 246; Benoît MOORE, «L'absence d'intention conjugale : mariage simulé ou erreur sur la personne ?», (2000) 102 *R. du N.* 245; *Piché c. Trottier*, [1978] C.S. 81.

122 E. DELEURY, D. GOUBAU, *op. cit.*, note 98, no 258, p. 247.