

RECEIVED
 1994 OCT 20 10 30 AM
 SUPREME COURT OF CANADA

N° 23636

Cour suprême du Canada

En appel d'un jugement de la Cour d'appel fédérale

ENTRE: JAMES EGAN and JOHN NORRIS NESBIT

APPELANTS (Demandeurs)

ET: HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA

INTIMÉE (Défenderesse)

ET: LA COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC

INTERVENANTE

MÉMOIRE DE L'INTERVENANTE

ARVAY FINLAY

Joseph J. Arvay, Q.C.
 200 - 754 Broughton Street
 Victoria (B.C.) - V8W 1E1
 Tel.: (604) 388-6868
 Fax: (604) 388-4456
Solicitors for the Appellants

BURKE-ROBERTSON

70 Gloucester Street
 Ottawa (Ontario) - K2P 0A2
 Tel.: (613) 236-9665
 Fax: (613) 233-4195
Ottawa Agents for the
 Solicitors for the Appellants

DEPARTMENT OF JUSTICE

H.J. Wruck, Q.C., F. Campbell, Q.C., L. Hitch
 2800 - 1055 West Georgia Street
 Vancouver (B.C.) - V6E 3P9
 Tel.: (604) 666-2982
 Fax: (604) 775-5942
Solicitor for the Respondent

EDWARD R. SOJONKY

Department of Justice
 239 Wellington Street
 Ottawa (Ontario) - K1A 0H8
 Tel.: (613) 957-4872
 Fax: (613) 954-1920
Ottawa Agent for the
 Solicitor for the Respondent

M^{re} HÉLÈNE TESSIER

Direction du Contentieux de la CDPQ
 360, rue Saint-Jacques O., 1er étage
 Montréal (Québec) - H2Y 1P5
 Tél.: (514) 873-5146
 Téléc.: (514) 873-6032
Procureure de l'intervenante

FILED
 OCT 20 1994
 SUPREME COURT OF CANADA

106

R

Table des matières

MÉMOIRE DE L'INTERVENANTE

	Page
Partie I: LES FAITS EN LITIGE	1
Partie II: LES QUESTIONS EN LITIGE	2
Partie III: ARGUMENTATION	3
I- Le refus de reconnaître aux conjoints de même sexe le droit de recevoir l'allocation de conjoint accordée par la loi aux couples hétérosexuels constitue de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle	3
A) La distinction établie par la loi est fondée sur <i>l'orientation sexuelle</i> des conjoints de même sexe	4
1. L'erreur de la Cour d'appel dans l'identification de la distinction	5
2. Le caractère spécieux de la classification «relation de type conjugal» et «relation de type non-conjugal» et ses conséquences	7
B) La distinction contenue dans la loi constitue de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle	9
1. L'orientation sexuelle des personnes homosexuelles est une cause de désavantage	9
a) Les désavantages historiques	10
b) Les désavantages sociaux	11
c) Les désavantages juridiques	12

	Page
2. La distinction établie par la Loi sur la sécurité de la vieillesse prive un groupe désavantagé d'un bénéfice	12
II- La reconnaissance du droit des conjoints homosexuels de recevoir les bénéfices octroyés par la loi aux conjoints de fait hétérosexuels est nécessaire pour remédier à l'exclusion et à la marginalisation dont les personnes homosexuelles sont victimes en raison de leur orientation sexuelle	15
1. La reconnaissance des couples formés par des personnes de même sexe et la lutte contre l'intolérance à l'égard des personnes homosexuelles	15
2. L'impact de la reconnaissance des conjoints de même sexe aux fins de l'admissibilité à l'allocation de conjoint	17
a) La situation juridique des conjoints de fait hétérosexuels: les distinctions entre l'union de fait et le mariage	17
b) La portée de l'extension de l'allocation de conjoint aux couples formés par des personnes de même sexe: la reconnaissance du droit à l'accès à un service public sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle	18
Partie IV: DÉCISION RECHERCHÉE	20
Partie V: TABLE DES ARRÊTS ET OUVRAGES	21

ANNEXE A

<i>Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. c. C-12</i>	30
---	----

ANNEXE B

Parlement européen, document de séance, Rapport de la commission des libertés publiques et des affaires intérieures sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la communauté européenne, P.E. Doc A 3-028/94	63
---	----

ANNEXE C

Commission des droits de la personne du Québec, <i>De l'illégalité à l'égalité</i> , Rapport de la consultation publique sur la violence et la discrimination envers les gais et lesbiennes, Mai 1994	81
---	----

Partie I: LES FAITS EN LITIGE

MÉMOIRE DE L'INTERVENANTE

Partie I

LES FAITS EN LITIGE

10

1. La partie intervenante s'en remet aux questions de faits, telles que décrites dans le mémoire des appelants.

20

30

40

Partie II: LES QUESTIONS EN LITIGE

Partie II
LES QUESTIONS EN LITIGE

2. Les questions constitutionnelles ont été déterminées par ordonnance de la Cour de la façon suivante:

- 10
- A) **La définition de «conjoint» à l'article 2 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* porte-t-elle atteinte aux droits reconnus par l'article 15 de la *Charte*?**
- B) **Si oui, cette atteinte est-elle justifiée dans une société libre et démocratique, selon l'article 1 de la *Charte*?**

3. L'intervenante soumet respectueusement que la réponse à ces questions est:

- 20
- A. Oui
B. Non

4. À l'appui de cette position la requérante entend argumenter sur les points suivants:

- 30
- I. Le refus de reconnaître aux conjoints de même sexe un bénéfice accordé par la loi aux conjoints de fait hétérosexuels constitue de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.
- II. La reconnaissance du droit des conjoints homosexuels de recevoir les bénéfices octroyés aux conjoints de fait hétérosexuels est nécessaire pour remédier à l'exclusion et à la marginalisation dont les personnes homosexuelles sont victimes en raison de leur orientation sexuelle.

Partie III: ARGUMENTATION

Partie III
ARGUMENTATION

5. La Commission intervenante appuie la position des appelants dans ce pourvoi. Elle soumet que la reconnaissance des conjoints de même sexe aux fins de l'admissibilité aux régimes publics d'assurance et de rente est essentielle pour remédier à la discrimination que subissent les personnes homosexuelles en fonction de leur orientation sexuelle. Cette reconnaissance ne constitue pas une menace à l'institution du mariage, pas plus qu'elle ne vient bouleverser les aspects pratiques de l'union de fait. Elle constitue simplement un moyen privilégié de remédier à l'exclusion historique et à la marginalisation persistante dont sont victimes les personnes homosexuelles, particulièrement celles qui, dans une relation de couple acceptent d'affirmer publiquement leur homosexualité.

I- LE REFUS DE RECONNAÎTRE AUX CONJOINTS DE MÊME SEXE LE DROIT DE RECEVOIR L'ALLOCATION DE CONJOINT ACCORDÉE PAR LA LOI AUX COUPLES HÉTÉROSEXUELS CONSTITUE DE LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR L'ORIENTATION SEXUELLE.

6. En application de cette définition du terme «conjoint» prévue à la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*¹, les couples de même sexe ne peuvent bénéficier de «l'allocation de conjoint» versée, à partir de l'âge de 60 ans, au conjoint d'un pensionné qui, en raison de sa situation financière, est admissible au paiement du supplément de la pension.

7. Pour établir que cette définition contrevient à l'article 15 de la *Charte*, il faut examiner si elle établit

«une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou

¹ *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, S.R.C. c. 0.9, articles 2 et 19.

Partie III: ARGUMENTATION

d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux autres avantages offerts à d'autres membres de la société.»²

8. La discrimination suppose donc d'abord l'existence d'une distinction. L'identification de cette distinction n'est pas un exercice neutre car c'est à cette occasion que sont délimités les groupes dont les droits respectifs seront examinés. C'est donc cette étape de l'analyse qui conditionne l'application de l'article 15 de la *Charte*.

10 9. La Commission intervenante entend démontrer à la Cour qu'en refusant de reconnaître dans la définition du terme «conjoint», énoncée dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, une distinction fondée sur l'orientation sexuelle, la Cour d'appel a erronément identifié la nature de la distinction opérée par la loi et a ainsi évité de reconnaître aux conjoints de même sexe le droit d'avoir accès aux bénéfices accordés par la loi aux conjoints de fait hétérosexuels.

20 A) **La distinction établie par la loi est fondée sur l'orientation sexuelle des conjoints de même sexe.**

10. *La Loi sur la sécurité de la vieillesse* «assimile au conjoint», «la personne de sexe opposé qui vit avec une autre personne depuis au moins un an, pourvu que les deux se soient publiquement représentés comme mari et femme».

30 11. Il apparaît évident que c'est l'exigence que les deux membres d'un couple soient de sexe opposé qui crée la distinction remise en cause par les plaignants dans la présente cause.

12. Comme le reconnaît la Cour d'appel «had Nesbit been a woman cohabiting with Egan substantially on the same terms as he, in fact, cohabited with Egan, he would have been eligible for the spouse's allowance»³.

40
² *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.C. 142, p. 174; voir aussi: *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, p. 1331, 1332; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 993; *R. c. Symes*, [1993] 4 R.C.S. 695, p. 756, 757.

³ Jugement de la Cour d'appel fédérale, juge Mahoney, mémoire des appelants, vol. IV, p. 601.

Partie III: ARGUMENTATION

13. Ainsi, la loi partage l'ensemble des couples en deux sous-ensembles homogènes, les couples hétérosexuels et les couples homosexuels, sur la base manifeste de l'orientation sexuelle de leurs membres.

1. *L'erreur de la Cour d'appel dans l'identification de la distinction.*

14. Pour la Cour d'appel cependant, la distinction est de toute autre nature. En effet, le jugement majoritaire endosse sur ce point la conclusion du juge de première instance:

10 «When compared to the unit or group which benefit the challenged law, the plaintiff fall into the general group of non-spouses, and do not benefit because of their non-spousal status rather [...] the parties to such a relationship cannot expect to share the benefits accorded to those in spousal relationships, not because of their sexual orientation, but because their relationship is not a spousal one.»⁴

20 15. Plus précisément, le jugement de la Cour d'appel conclut que, aux fins de l'application de la définition de conjoint dans la *Loi sur la sécurité de vieillesse*, «sexual orientation is neither a valid criterion of disintitlement, nor a valid criterion of entitlement. It is not a criterion of any sort»⁵.

30 16. La Cour d'appel a donc affirmé que, dans sa définition du terme conjoint, la loi n'établissait pas de distinction fondée sur l'orientation sexuelle mais plutôt une distinction entre les personnes ayant une «relation de type conjugal» (spousal relationship), incluant les époux et les conjoints de fait répondant aux critères fixés par la loi, et les personnes qui avaient une «relation de type non-conjugal» (non-spousal relationship) incluant tous les autres couples ou associations de deux personnes vivant ensemble, tels des amis, des parents, etc.

40 17. Cette classification fait totalement abstraction de la rédaction même de la loi, qui est pourtant explicite. En effet, la loi exige non seulement une cohabitation comme mari et femme, mais précise encore que les personnes vivant ensemble comme mari et femme

⁴ Jugement de la Cour fédérale, juge Martin, mémoire des appelants, vol. IV, p. 332, 333; voir aussi le jugement de la Cour d'appel fédérale, juge Mahoney, mémoire des appelants, vol. IV, p. 605, juge Robertson, p. 587.

⁵ Jugement de la Cour d'appel fédérale, juge Robertson, mémoire des appelants, vol. IV, p. 587.

Partie III: ARGUMENTATION

doivent être de sexe opposé. La loi veut donc manifestement éviter que des personnes qui, dans les faits, se représentent comme étant dans une situation de couple assimilable à celle d'un couple d'époux, tout en étant de même sexe, ne puissent être considérées comme des conjoints aux fins de l'application de la loi. Autrement, il serait tout à fait inutile que la loi mentionne expressément l'exigence que les personnes qui se représentent publiquement comme mari et femme soient de sexe opposé pour être inclus dans la définition de conjoint qu'elle prévoit. Pour donner à cette exigence une fonction qui ne soit pas complètement superflue, on ne peut conclure, *a priori*, comme le fait la Cour d'appel, que les couples de même sexe ne peuvent se représenter publiquement comme un couple de type conjugal. Le texte de la loi exigeant expressément que les membres d'un couple soient de sexe opposé deviendrait alors complètement inutile, ce qui est contraire aux règles reconnues en matière d'interprétation des lois⁶.

18. De plus, cette façon d'identifier la distinction effectuée par la loi apparaît incompatible avec le raisonnement adopté par la Cour suprême dans l'affaire *Mossop*. Cet arrêt établissait en effet que le refus d'accorder un congé social à un employé, à l'occasion de la mort du père de son conjoint homosexuel reposait sur l'orientation sexuelle de l'employé et non pas sur sa situation de famille⁷.

19. De la même façon, l'exclusion des couples de même sexe des régimes d'avantages sociaux dans le cadre d'un emploi, avait été identifiée, dans l'affaire *Leshner*, comme une distinction fondée essentiellement sur l'orientation sexuelle:

[...] «treating a gay employee as though he is single or lacks marital status, because he is gay is not marital status discrimination. It is sexual orientation discrimination.»⁸

20. Si la condition essentielle pour être admis dans la catégorie des personnes ayant une relation de type conjugal est l'hétérosexualité, il est évident que la cause première,

⁶ P.A. Côté, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Les éditions Yvon Blais, 1990, pp. 287 à 295.

⁷ *Canada (A.G.) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 555, jugement majoritaire, juge Lamer, p. 580, 581.

⁸ *Leshner v. Ontario (N° 2)*, (1992) 16 C.H.R.R. D/184, para. 247.

Partie III: ARGUMENTATION

qui conditionne le fait qu'un couple de même sexe se retrouve dans la catégorie des personnes qui n'ont pas de relation de type conjugal, est leur homosexualité.

«If it is sexual orientation (heterosexual) which governs admission to a benefitted class, then sexual orientation is not irrelevant, but becomes the linchpin of eligibility.»⁹

2. *Le caractère spécifique de la classification «relation de type conjugal» et «relation de type non-conjugal» et ses conséquences*

10 21. L'intervenante soumet qu'en réduisant le problème de l'admissibilité des conjoints de même sexe aux bénéfices accordés par la loi aux conjoints de fait hétérosexuels à la simple constatation du caractère «non conjugal» de leur relation, la Cour d'appel a effectué une classification discriminatoire qui occulte le rôle déterminant joué par l'orientation sexuelle dans l'admissibilité aux bénéfices prévus dans les régimes publics d'assurance ou de rentes.

20 22. En effet, puisque, selon la Cour d'appel, l'orientation sexuelle n'est pas à l'origine de la distinction, il devient inutile de s'interroger sur les désavantages sociaux et juridiques subis par les personnes homosexuelles.

30 23. Pourtant, en choisissant d'attribuer la distinction effectuée par la loi à l'absence de «caractère conjugal» dans la relation homosexuelle, la Cour établissait elle-même une distinction fondée sur l'orientation sexuelle en affirmant *a priori* qu'aucune «relation de type conjugal» ne pouvait exister si les conjoints n'étaient pas de sexe différent. En tant que couple, les personnes homosexuelles «*just as a bachelor or a spinster who live together, or other types of couples or live together, do not fall between the traditional meaning of the conjugal unit or spouses*»¹⁰.

40 24. Ce raisonnement se fonde sur l'hypothèse qu'il est impossible de concevoir que les personnes de même sexe puissent établir des «relations de type conjugal». Cette question constitue pourtant l'essence même de la contestation des appelants en l'espèce.

⁹ Leshner, p. D/218, para. 272.

¹⁰ Jugement de 1^{re} instance, Cour fédérale, juge Martin, mémoire des appelants, vol. IV, p. 561.

Partie III: ARGUMENTATION

Comme il a déjà été mentionné au sujet de ce raisonnement: «*This [...] comes perilously close to using a discriminatory rationale to justify discrimination*»¹¹.

25. Le recours à une notion traditionnelle du couple, comme étant nécessairement un couple hétérosexuel, pour justifier l'affirmation que seules des personnes de sexe opposé peuvent entretenir des «relations de type conjugal» apparaît contraire aux principes d'interprétation de la *Charte* énoncés par la Cour suprême. Dans l'affaire *Turpin*, la juge Wilson affirmait:

«L'argument selon lequel il n'y a pas de violation de la Charte parce que, dans le passé, on a toléré la transgressions de ses principes et parce qu'une conclusion qu'il y a eu violation aurait des conséquences nouvelles et troublantes me paraît, quant à moi, une façon inacceptable d'aborder l'interprétation de la Charte.»¹²

26. L'effet d'un tel raisonnement est précisément d'éluder le problème de la cause réelle du désavantage subi par les plaignants. Il s'agit d'une méthode qu'il n'apparaît plus possible d'appliquer dans le cadre de l'article 15 de la *Charte* parce qu'elle ne permet certainement pas d'atteindre l'objectif général de cet article, «*c'est-à-dire corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne*»¹³.

27. Pour l'intervenante, la classification retenue par la Cour d'appel pour identifier les catégories de personnes sujettes à la distinction créée par la loi constitue donc une erreur fondamentale. Si la Cour suprême retenait la position de la Cour d'appel sur ce point, il importerait peu de se demander si l'orientation sexuelle est un motif protégé par la *Charte*. En effet, même dans les juridictions où l'orientation sexuelle constitue un motif de discrimination expressément prohibé, on devrait conclure qu'une loi, qui refuse aux conjoints de même sexe un bénéfice accordé aux conjoints de fait hétérosexuels, ne crée pas une distinction fondée sur l'orientation sexuelle de ces personnes mais une

¹¹ *Leshner*, précité, p. D/219, para. 275.

¹² *Turpin*, précité, p. 1328.

¹³ *Swain*, précité, p. 992.

Partie III: ARGUMENTATION

distinction fondée sur le caractère «non-conjugal» de leur relation. En réalité, il faudrait alors conclure que la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, telle que prévue, notamment dans la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*¹⁴, ne protège pas contre le refus d'accorder aux couples homosexuels des bénéfices prévus par la loi et offerts aux couples hétérosexuels, mariés ou non.

B) La distinction contenue dans la loi constitue de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

28. L'appelante entend démontrer que la distinction fondée sur l'orientation sexuelle établie par la loi est discriminatoire. En effet, l'orientation sexuelle des personnes homosexuelles constitue une source de désavantages historiques, sociaux et juridiques et la distinction énoncée par la définition du terme «conjoint» à la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* prive donc un groupe désavantagé, les conjoints homosexuels de bénéfice accordé au conjoint de fait hétérosexuels.

1. L'orientation sexuelle des personnes homosexuelles est une cause de désavantage.

29. Il est bien reconnu que l'article 15 de la *Charte* a pour but de remédier à la situation dont sont victimes les groupes de personnes défavorisées sur le plan social, politique ou juridique dans notre société. Les personnes homosexuelles ont, depuis longtemps, été en butte à des préjugés et à des attitudes négatives qui les ont souvent réduits à la clandestinité. Cette situation a été bien décrite par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Haig*:

«One need not look beyond the evidence before us to find disadvantage that exists apart from and independant of the legal distinction created by the omission of sexual orientation as prohibited ground of discrimination in s.(3) of the Canadian human rights act. The social context which must be considered includes the pain and humiliation undergone by homosexuals by reasons of prejudice towards them.»¹⁵

¹⁴ *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, L.R.Q. c. C-12, article 10, mémoire de l'intervenante, Annexe A, *infra*, pp. 32 et 33.

¹⁵ *Haig v. Canada*, 94 D.L.R. 4th 1, juge Krever, p. 10.

Partie III: ARGUMENTATION

a) Les désavantages historiques

30. Ce n'est qu'en 1969 qu'est adoptée la Loi fédérale qui décriminalise l'homosexualité entre adultes consentants. Au moment des débats qui entourent l'adoption de la loi, on note des propos des membres de l'opposition qui sont très révélateurs des attitudes négatives d'une partie importante de la population:

«Lorsqu'on nous présente de telles saletés — j'appelle cela des saletés sans même sourciller — je crois même que des actes aussi contraires à la nature ne devraient pas être discutés au sein d'un gouvernement qui se respecte.»¹⁶

31. Une revue de la législation criminelle sur l'homosexualité au Canada est éloquentes sur la répression dont sont victimes les personnes homosexuelles:

«La législation la plus répressive est adoptée en 1890 et vise à punir tout acte de grossière indécence commis en public ou en privé entre adultes consentants de sexe masculin: la loi prévoit un emprisonnement de 5 ans pour le coupable et une possibilité de lui administrer le fouet. Ce n'est que lors de la révision de 1953-54 que la loi s'applique aussi aux femmes homosexuelles. Cette modification reste en vigueur de 1890 à 1969 jusqu'aux amendements importants du Bill Omnibus. Pendant cette période, l'homosexuel est soumis non seulement à une législation répressive et, s'il désire éviter la honte d'une condamnation judiciaire, il doit vivre dans le secret le plus total, avec les conséquences qu'on imagine pour sa santé, son bien-être et son épanouissement.»¹⁷

32. L'homosexualité a été longtemps considérée comme une maladie. Ce n'est qu'en 1973 que l'American Psychiatric Association affirmait solennellement que l'homosexualité ne devait plus être considérée comme une pathologie psychiatrique¹⁸.

¹⁶ Débats, Chambre des communes, Canada, 1^e session, 28^e législature, VII, p. 7693, M. Gauthier, cité dans Robert Demers, *De la lex scantinia aux récents amendements du code criminel: homosexualité et droit dans une perspective historique*, (1984) 25 C. de D. 777, p. 795.

¹⁷ Robert Demers, *De la lex scantinia*, précité.

¹⁸ Commission des droits de la personne du Québec, *De l'illégalité à l'égalité*, Rapport de la consultation publique sur la violence et la discrimination envers les gais et lesbiennes, Mai 1994, mémoire de l'intervenante, Annexe C, *infra*, p. 111.

Partie III: ARGUMENTATION

33. Au niveau international, l'Organisation mondiale de la santé n'a rayé l'homosexualité de la liste des maladies qu'à compter du 1^{er} janvier 1993. Depuis 1991, Amnesty International considère d'ailleurs que l'interdiction générale d'agissements sexuels entre des personnes de même sexe constitue une violation des droits de l'homme et apporte son soutien aux personnes qui sont persécutées et jugées en vertu de ce type de législation¹⁹.

b) Les désavantages sociaux

34. Les personnes homosexuelles constituent un groupe socialement stigmatisé, particulièrement exposé à la désapprobation, à la raillerie, voire à la violence.

35. Malgré l'évolution de l'opinion des autorités médicales sur la question, les personnes homosexuelles qui ont recours aux services de santé et aux services sociaux ont trop souvent à faire face à des attitudes empreintes de préjugés, à une incompréhension de leur situation réelle ou à une approche pathologique de l'homosexualité, de telle sorte qu'ils ont moins recours à ces services ou ont des réticences à les utiliser par peur du rejet²⁰.

36. Par ailleurs, la situation des jeunes homosexuels est particulièrement alarmante. Les études démontrent en effet que l'homosexualité est une des principales causes des tentatives ou du désir de suicide chez les jeunes et révèlent que la majorité des jeunes concernés ont essayé de se suicider avant d'atteindre 20 ans. Ces études confirment que le fait d'être différent, l'isolement social, le harcèlement, le risque de violence, le rejet par la famille accentuent le risque de suicide chez les jeunes issus d'une minorité sexuelle²¹.

¹⁹ Parlement européen, document de séance, Rapport de la commission des libertés publiques et des affaires intérieures sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la communauté européenne, Office des publications officielles des communautés européennes, P.E. Doc A 3-028/94, mémoire de l'intervenante, Annexe B, *infra*, p. 73.

²⁰ Commission des droits de la personne du Québec, Rapport précité, mémoire de l'intervenante, Annexe C, *infra*, p. 107.

²¹ *Idem*, *infra*, p. 125.

Partie III: ARGUMENTATION

37. Les personnes homosexuelles sont souvent la cible de propos haineux, d'agressions et d'actes de violences en raison de leur homosexualité:

«À travers la consultation, le Comité a pris connaissance de plusieurs témoignages de gais et lesbiennes qui ont été physiquement agressés dans les rues, les stationnements, les parcs et même dans les institutions d'enseignement. Ces actes d'agression sont souvent accompagnés d'injures et de propos à caractère homophobe et le degré de violence physique est fréquemment élevé. Ils peuvent être commis par des inconnus (souvent des jeunes et jeunes adultes) n'ayant aucun lien avec les victimes, souvent par des groupes partageant une idéologie extrémiste et discriminatoire et préconisant la violence à l'égard des minorités raciales, religieuses et sexuelles.»²²

c) Les désavantages juridiques

38. Les personnes homosexuelles constituent un groupe particulièrement vulnérables aux exclusions en emploi, de même que dans l'accès aux biens et aux services. C'est pourquoi plusieurs juridictions provinciales ont inclus la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans leurs lois sur les droits de la personne²³.

39. Malgré cette situation, les conjoints homosexuels n'ont pas accès aux régimes universels de prestations, de même qu'aux régimes publics d'assurances et de rentes dont bénéficient les conjoints de fait hétérosexuels après une courte période de cohabitation. Ce problème se retrouve aussi dans la majorité des régimes privés d'assurance, où la définition de couple est limitée aux personnes de sexe opposé²⁴.

2. *La distinction établie par la Loi sur la sécurité de la vieillesse prive un groupe désavantagé d'un bénéfice*

40. Dans cette cause, il a été établi que les appelants auraient subi une légère baisse de leurs revenus globaux, s'ils avaient été traités comme un couple et si Mr. Nesbitt avait reçu l'allocation de conjoint. Il est également démontré que, maintenant que les deux appelants ont atteint l'âge de 65 ans et qu'ils sont tous les deux des pensionnés au sens

²² *Idem, infra*, p. 154.

²³ *Haig*, précité, p. 5.

²⁴ Commission des droits de la personne du Québec, Rapport précité, mémoire de l'intervenante, Annexe C, *infra*, pp. 184 à 201.

Partie III: ARGUMENTATION

de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, l'intimé leur verserait, comme couple, un montant total moindre que celui qu'ils touchent actuellement en étant traités comme des personnes seules²⁵.

10 41. On constate donc qu'ici, le préjudice financier n'est pas en litige. Il existe néanmoins des situations où le refus de reconnaître les membres d'un couple homosexuel comme étant des conjoints au sens de la loi peut occasionner d'importantes pertes financières, particulièrement dans le cas des régimes publics de retraite ou d'assurance. Les conjoints de même sexe sont alors privés de la rente ou du montant global auquel ont droit les conjoints de fait hétérosexuels²⁶.

20 42. Même dans ces situations, le préjudice subi par les personnes d'orientation homosexuelle ne se limite pas aux questions financières. Le bénéfice dont elles sont privées touche à l'exercice de leur droit à la dignité et à l'intégrité psychologique. Le respect de l'identité des personnes homosexuelles implique la reconnaissance que les couples qu'elles forment peuvent, eux aussi, reposer sur des relations d'affection, d'entraide et d'assistance mutuelle qui devraient avoir des conséquences juridiques de la même nature que les relations qui sont créées par des conjoints de fait d'orientation hétérosexuelle:

30 «I have very often over the years thought that the relationship that we had was very similar to that of a heterosexual couple [...] that, in part, is why I brought this action in the hope that the law will acknowledge that a homosexual couple are as much a couple as a man and a woman who live together.»²⁷

40 43. En refusant d'accorder aux conjoints de même sexe l'allocation de conjoint accordée aux conjoints de fait hétérosexuels, la loi prive les personnes d'orientation homosexuelle de la possibilité d'être reconnues comme couple, lorsque cette situation correspond à la réalité de leur expérience quotidienne.

²⁵ Mémoire des appelants, vol. III, p. 340 et 343.

²⁶ Voir, par exemple la *Loi sur le Régime de rentes du Québec*, L.R.Q. c. R-9, art. 91, 132 et ss., et la *Loi sur l'assurance-automobile*, L.R.Q. c. A-25, art. 2 et 63.

²⁷ Témoignage de James Egan, contre-interrogatoire, mémoire des appelants, vol. II, p 181.

Partie III: ARGUMENTATION

10 44. Le jugement de la Cour d'appel dans le présent dossier illustre une position assez répandue quant à la portée de la protection contre la discrimination pour les personnes homosexuelles. Cette position reconnaît aisément que l'orientation sexuelle d'un individu ne peut servir à justifier un désavantage qui lui est imposé à titre personnel, tel un congédiement (comme dans l'affaire Haig). On estime cependant que la protection contre des exclusions reliées à l'orientation sexuelle ne couvre l'orientation homosexuelle que comme une caractéristique purement individuelle. L'orientation sexuelle est alors définie comme un élément distinctif qui s'attache à une personne, prise isolément. Dans cette perspective, on refuse donc d'étendre la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle à ce qui constitue pourtant le corollaire inéluctable de l'homosexualité et qui la différencie essentiellement de l'hétérosexualité: le fait de former éventuellement un couple avec une personne de même sexe. Ce refus ferme de considérer l'orientation sexuelle comme caractéristique d'un type de relation plutôt que comme une particularité purement individuelle a permis à la Cour d'appel de l'Ontario d'affirmer que:

20 «The law does not prohibit marriage by homosexuals, provided it takes place between of the opposite sex. Some homosexuals do marry. The fact that many homosexuals do not choose to marry, because they do not want unions with persons of the opposite sex, is the result of their own preferences, not a requirement of the law.»²⁸

30 45. Cette conception de l'orientation sexuelle, qui exclut de celle-ci la composante relationnelle qui la définit en grande partie, réduit l'homosexualité à la dimension d'une pratique sexuelle presque clandestine. L'affirmation que seule, l'union hétérosexuelle, après une simple durée minimum, peut permettre de former un couple au sens des régimes publics d'assistance et d'assurance contribue à renforcer les préjugés et les stéréotypes à l'égard des unions homosexuelles et, par conséquent, à l'égard des personnes d'orientation homosexuelle.

40

²⁸ *Layland vs. Ontario*, (1993) 140 O.R. 3rd 658, juge Southey, jugement majoritaire.

Partie III: ARGUMENTATION

II- LA RECONNAISSANCE DU DROIT DES CONJOINTS HOMOSEXUELS DE RECEVOIR LES BÉNÉFICES OCTROYÉS PAR LA LOI AUX CONJOINTS DE FAIT HÉTÉROSEXUELS EST NÉCESSAIRE POUR REMÉDIER À L'EXCLUSION ET À LA MARGINALISATION DONT LES PERSONNES HOMOSEXUELLES SONT VICTIMES EN RAISON DE LEUR ORIENTATION SEXUELLE

46. Pour les membres d'une minorité, la possibilité d'être reconnus et acceptés publiquement, sans désavantages, et sans que soient dépréciées les caractéristiques précises qui consacrent leur appartenance à un groupe minoritaire, constitue un élément essentiel de la lutte contre la discrimination²⁹.

47. En ce sens, accorder aux conjoints de fait de même sexe, les avantages légaux qui sont reconnus aux conjoints de fait hétérosexuels constitue un moyen d'atténuer la marginalisation des unions homosexuelles et, par conséquent, les préjugés dont sont victimes l'ensemble des personnes homosexuelles:

«Lesbian and gay couples seek recognition of their bonding as validation of the quality and importance of their relationships, and, in part, as a mean of ending discrimination against homosexuality in general.»³⁰

1. *La reconnaissance des couples formés par des personnes de même sexe et la lutte contre l'intolérance à l'égard des personnes homosexuelles*

48. En Europe, le Danemark³¹, la Suède³² accordent, chacun selon un régime distinct, aux conjoints de même sexe les avantages sociaux dont bénéficient les conjoints de fait hétérosexuels.

²⁹ E. Kallen. *Label me Human. Minority Rights of Stigmatized Canadians*, chap. 5, The process of destigmatization, p. 119.

³⁰ D.H. Henson. *A Comparative Analysis of Same-sex Partnership Protections: Recommendation for an American Reform*, (1993) 7 *International Journal of Law and Family*, 282-313, p. 282.

³¹ L. Nielsen, *Family Rights and the "registered partnership" in Denmark*, (1990) 4 *International Journal of Law and the Family*, 297-307.

³² D.H. Henson, précité, p. 296.

Partie III: ARGUMENTATION

49. Pour sa part, le Parlement européen a adopté une résolution³³ dans laquelle il:

«7. demande que soit mis un terme à l'inégalité de traitement des personnes de même tendance sexuelle (homosexuelles) au niveau des dispositions juridiques et administratives du régime de sécurité sociale, des prestations sociales, du droit de l'adoption, des droits de succession et d'habitation ainsi que du droit pénal et de tous les textes légaux en la matière [...].

9. invite les États membres [...] à faire bénéficier les couples formés par des individus de même sexe des mêmes réglementations juridiques que les couples hétérosexuels ou à mettre en place des structures alternatives de même portée.»³⁴

50. Dans cette résolution, le Parlement européen définit ainsi la «discrimination pour tendance sexuelle»:

«Il faut entendre par 'discrimination pour tendance sexuelle' toute inégalité de traitement juridique d'individus, d'états de concubinage ou d'associations de personnes homosexuelles en tant que personnes juridiques par rapport à d'autres individus, états de concubinage ou personnes juridiques, notamment [...].

k) l'interdiction faite aux couples homosexuels d'avoir recours à des dispositions juridiques se substituant au mariage ou l'exclusion de couples homosexuels des réglementations juridiques positives applicables aux communautés de vie hétérosexuelles non régies par les lois du mariage.»³⁵

51. Dans l'exposé des motifs qui l'ont amené à adopter cette résolution, le Parlement européen insiste sur le lien qui doit être établi entre les discriminations subies par les personnes homosexuelles et l'urgence d'assurer à celles-ci une protection contre les inégalités de traitement qui les affectent en tant qu'individu, mais aussi en tant que couple. Après avoir souligné les améliorations survenues dans les dernières années quant à la reconnaissance des droits des personnes homosexuelles, le Parlement rappelle cependant que:

³³ Journal officiel des communautés européennes, série C, n° 61, 28 février 1994, p. 40.

³⁴ Parlement européen, document de séance, Rapport de la commission des libertés publiques et des affaires intérieures sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la communauté européenne, précité mémoire de l'intervenante, Annexe B, *infra*, p. 69.

³⁵ *Idem*, précité, mémoire de l'intervenante, Annexe B, *infra*, p. 70.

Partie III: ARGUMENTATION

«En dépit de ces évolutions positives, la violence exercée à l'encontre des homosexuel(le)s a augmenté au cours de ces derniers mois. Dans le contexte de la résurgence des idéologies racistes, lesbiennes et homosexuels sont transformés en symboles du libéralisme honni des sociétés européennes et, partant, en cibles pour la violence d'extrême droite.

Sur cette toile de fond, la mise en oeuvre de l'égalité de traitement et de position des nouveaux modes de vie des homosexuel(le)s est d'autant plus urgente. Elle concerne la sécurité sociale et l'assurance-maladie, le régime des prestations sociales, le système éducatif, le droit professionnel, matrimonial et successoral, le droit d'adoption ainsi que la législation sur les baux d'habitation.»³⁶

2. *L'impact de la reconnaissance des conjoints de même sexe aux fins de l'admissibilité à l'allocation de conjoint*

52. Dans le présent appel, la question posée à la Cour met certes en cause des principes fondamentaux quant à l'exercice du droit à l'égalité et à la non-discrimination pour les personnes homosexuelles. Sa portée demeure toutefois limitée. Il ne s'agit pas en effet de la reconnaissance générale, à toutes fins que de droit, des couples formés par des personnes du même sexe. Il ne s'agit pas non plus de la reconnaissance du mariage entre conjoints de même sexe. Il s'agit de reconnaître aux couples formés de personnes de même sexe le droit d'obtenir les bénéfices accordés par la loi aux conjoints de fait hétérosexuels, dans le cadre d'un régime d'assistance sociale où les avantages financiers sont à toutes fins pratiques inexistant.

a) La situation juridique des conjoints de fait hétérosexuels: les distinctions entre l'union de fait et le mariage

53. L'union de fait et le mariage correspondent à deux situations juridiques différentes. Même si la situation juridique des conjoints de fait n'est pas uniforme à travers le Canada, elle comporte cependant plusieurs aspects communs dans les différentes juridictions provinciales. Partout, l'union de fait demeure différente de l'institution du mariage. Cette différence existe aussi dans la plupart des pays européens³⁷.

54. Le mariage fait naître pour les époux un certain nombre de droits et d'obligations. Ces droits et obligations se manifestent tant dans leurs rapports de droit privé que dans

³⁶ *Idem*, mémoire de l'intervenante, Annexe B, *infra*, p. 75.

³⁷ Lepage, Bérubé et Desrochers, *Vivre en union de fait au Québec*, pp. 34 à 45.

Partie III: ARGUMENTATION

leurs rapports de droit public. De façon générale, on peut affirmer que, dans toutes les provinces canadiennes, les distinctions entre les droits et obligations des conjoints de fait et ceux des époux sont plus marqués dans leurs rapports de droit privé. Cette situation est bien compréhensible puisque c'est en droit privé que se retrouve la différence pratique entre l'union de fait et le mariage. Si les rapports de droits privés des conjoints de fait, particulièrement les rapports des conjoints de fait entre eux, étaient en tout point semblables à ceux des époux, il n'y aurait plus d'union de fait. Il n'y aurait que le mariage.

10 55. La présente cause ne porte pas sur la réglementation des rapports de droit privé entre les conjoints de fait de même sexe. Elle porte sur l'égalité de traitement, entre les conjoints de fait hétérosexuels et les conjoint de fait homosexuels, dans les rapports de droit public.

20 b) La portée de l'extension de l'allocation de conjoint aux couples formés par des personnes de même sexe: la reconnaissance du droit à l'accès à un service public sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle

56. Les personnes d'orientation homosexuelle qui forment un couple avec un conjoint de même sexe font «vie commune» avec leur conjoint au sens d'une définition de la vie commune qui avait déjà été appliquée par les tribunaux à l'union de fait:

30 «Faire vie commune est une manière de partager pendant un temps sa vie personnelle avec un autre en certain lieu, c'est se rendre réciproquement accessible à l'intimité de l'autre de façon usuelle. La vie commune pour cette raison est difficilement concevable sans échange au niveau intellectuel et affectif.»³⁸

40 57. Contrairement à ce qu'affirme la Cour d'appel, la comparaison entre les couples de conjoints de fait hétérosexuels et les couples formés de personnes de même sexe ne constitue pas, en l'espèce, une application mécanique du «critère de la situation analogue» (similarly situated test). Elle constitue, au contraire, un exercice nécessaire puisque la notion de discrimination est essentiellement «un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée»³⁹.

³⁸ *Droit de la Famille-117*, [1984] C.S. 319, p. 321.

³⁹ *Andrews*, précité, p. 165; voir aussi *Symes*, précité, p. 754.

Partie III: ARGUMENTATION

58. La comparaison de la situation des membres de couples formés de personnes du même sexe et de celle des conjoints de fait hétérosexuels, en rapport avec celle des époux, permet d'une part de mettre en évidence que le fait d'accorder aux conjoints de même sexe les bénéfices accordés aux conjoints de fait hétérosexuels par les régimes publics d'assistance ou d'assurance, ne constitue pas une remise en question du mariage.

59. Elle permet d'autre part de constater que les couples formés par des personnes de même sexe peuvent faire «vie commune» d'une façon qui s'assimile, à la situation dans laquelle se trouve les conjoints de fait hétérosexuels au moment où ils deviennent admissibles à l'allocation de conjoint prévue la loi.

60. À partir du moment où un avantage ou une protection sociale est établie, elle ne peut être distribuée de façon discriminatoire⁴⁰.

61. Les régimes publics d'assistance et d'assurance constituent des services ordinairement offerts aux publics et c'est à ce titre qu'ils sont aussi soumis à la norme d'égalité:

«Les prestations du régime de pension du Canada ou du Régime des rentes du Québec sont versées à des millions de Canadiens, et pourtant pas au nombre tout aussi grand de Canadiens qui n'ont pas encore atteint l'âge requis. Peut-on dire que le versement de telles prestations ne devrait pas être à l'abri de la discrimination à cause des critères d'admissibilité établis qui garantissent que de tels avantages sont perçus seulement par ceux qui ont contribué au fonds et qui sont destinés à le recevoir?»⁴¹

62. Dans ce contexte, le refus d'accorder aux conjoints de même sexe l'allocation de conjoint accordée aux conjoints de fait hétérosexuels restreint, en raison de leur orientation sexuelle, l'accès des personnes homosexuelles à un bénéfice et un avantage qui constitue un service public. Il compromet donc, pour celles-ci, l'exercice effectif du droit à l'égalité, tout en renforçant à leur égard les préjugés qui contribuent à perpétuer leur marginalisation.

⁴⁰ *Brooks c. Canada Safeway*, [1989] 1 R.C.S. 1219, p. 1241; *Tétrault-Gadoury c. Canada*, (1991) 2 R.C.S. 23, p. 43.

⁴¹ *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, p. 387.

Partie IV: DÉCISION RECHERCHÉE

Partie IV
DÉCISION RECHERCHÉE

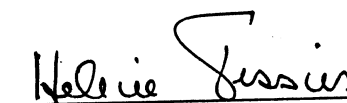
63. Pour ces motifs, l'intervenante demande à cette Cour:

d'ACCUEILLIR le pourvoi;

DÉCLARER que la définition du mot «conjoint», aux fins de l'application de l'article 2 de la *Loi*, doit être lue et appliquée en supprimant les mots «de sexe opposé» et en ajoutant les mots «ou dans une relation analogue» après les mots «pourvu que les deux se soient publiquement présentés comme mari et femme»;

DÉCLARER que les couples formés de personnes du même sexe ont droit de recevoir l'allocation de conjoint prévue à la *Loi*, en autant qu'il satisfassent aux autres critères d'admissibilité.

MONTREAL, le 12 octobre 1994



HÉLÈNE TESSIER,

Procureure de la partie intervenante

Partie V: TABLE DES ARRÊTS ET OUVRAGES

Partie V
TABLE DES ARRÊTS ET OUVRAGES

Jurisprudence

10	<ul style="list-style-type: none"> ● <i>Andrews c. Law Society of British Columbia</i>, [1989] 1 R.C.C. 142 4, 18 ● <i>Brooks c. Canada Safeway</i>, [1989] 1 R.C.S. 1219 19 ● <i>Canada (A.G.) c. Mossop</i>, [1993] 1 R.C.S. 555 6 ● <i>Droit de la Famille-117</i>, [1984] C.S. 319 18 ● <i>Haig v. Canada</i>, 94 D.L.R. 4th 1 9, 12 ● <i>Layland vs. Ontario</i>, (1993) 140 O.R. 3rd 658 14 ● <i>Leshner v. Ontario (N° 2)</i>, (1992) 16 C.H.R.R. D/184 6, 7, 8, ● <i>R. c. Swain</i>, [1991] 1 R.C.S. 933 4, 8 ● <i>R. c. Symes</i>, [1993] 4 R.C.S. 695 4 ● <i>R. c. Turpin</i>, [1989] 1 R.C.S. 1296 4, 8 ● <i>Tétrault-Gadoury c. Canada</i>, (1991) 2 R.C.S. 23 19 ● <i>Université de la Colombie-Britannique c. Berg</i>, [1993] 2 R.C.S. 353 19
20	
30	
40	

Partie V: TABLE DES ARRÊTS ET OUVRAGES

Ouvrages

- 10
- Commission des droits de la personne du Québec, *De l'illégalité à l'égalité*, Rapport de la consultation publique sur la violence et la discrimination envers les gais et lesbiennes, Mai 1994 10, 11, 12
 - CÔTÉ, P.A., *Interprétation des lois*, 2^e éd., Les éditions Yvon Blais, 1990 6
 - DEMERS, Robert, *De la lex scantinia aux récents amendements du code criminel: homosexualité et droit dans une perspective historique*, (1984) 25 C. de D. 777 10
 - HENSON, D.H., *A Comparative Analysis of Same-sex Partnership Protections: Recommendation for an American Reform*, (1993) 7 International Journal of Law and Family, 282-313 15
 - KALLEN, E., *Label me Human. Minority Rights of Stigmatized Canadians*, University of Toronto Press, 1989 15
 - LEPAGE, BÉRUBÉ et DESROCHERS, *Vivre en union de fait au Québec*, Conseil du Statut de la femme, Les publications du Québec, 1991 17
 - NIELSEN, L., *Family Rights and the "registered partnership" in Denmark*, (1990) 4 International Journal of Law and the Family, 297-307 15
 - Parlement européen, document de séance, Rapport de la commission des libertés publiques et des affaires intérieures sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la communauté européenne, Office des publications officielles des communautés européennes, P.E. Doc A 3-028/94
- Journal officiel des communautés européennes, série C, n^o 61, 28 février 1994, p. 40 11, 16, 17
- 30
- 40

Partie V: TABLE DES ARRÊTS ET OUVRAGES

Législation

- *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12 4, 8, 9
- *Loi sur l'assurance-automobile*, L.R.Q. c. A-25, art. 2 et 63 13
- *Loi sur le Régime de rentes du Québec*, L.R.Q. c. R-9, art. 91, 132 et
ss 13
- *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, S.R.C. c. 0.9, articles 2 et
19 3, 5, 13

10

20

30

40