

Les Cahiers de droit



L'union homosexuelle et le droit de la famille

Édith Deleury

Volume 25, Number 4, 1984

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042626ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042626ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Article abstract

Homosexuals have asserted their rights more vocally in many areas of the law in the past decade. It was inevitable that the area of family law and child custody would be affected by this trend. In this paper, the author tries to compare and assess the moral standards which govern family relationships and how those standards are reflected in the laws relating to marriage, divorce and appreciation by the courts of parental fitness.

Cite this article

Deleury, É. (1984). L'union homosexuelle et le droit de la famille. *Les Cahiers de droit*, 25(4), 751–775. <https://doi.org/10.7202/042626ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1984

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

L'union homosexuelle et le droit de la famille

Édith DELEURY *

Homosexuals have asserted their rights more vocally in many areas of the law in the past decade. It was inevitable that the area of family law and child custody would be affected by this trend. In this paper, the author tries to compare and assess the moral standards which govern family relationships and how those standards are reflected in the laws relating to marriage, divorce and appreciation by the courts of parental fitness.

	<i>Pages</i>
Introduction	751
1. Union homosexuelle et relations conjugales	752
1.1. L'union homosexuelle ou le non-mariage	754
1.1.1. Union homosexuelle v. union matrimoniale	754
1.1.2. L'homosexualité, motif d'annulation du mariage ?	759
1.2. L'homosexualité, délit matrimonial	760
2. Homosexualité et relations parentales	763
2.1. L'intérêt de l'enfant ; une considération déterminante	763
2.2. L'incidence du comportement sexuel du ou des parents	765
2.3. L'impact négatif de la relation homosexuelle sur le développement harmonieux de l'enfant	767
2.3.1. Le risque de déviance	768
2.3.2. L'opprobre sociale	772
Conclusion	775

Introduction

Terrain propice au déchaînement des passions les plus contradictoires, l'homosexualité place la société face à la sexualité « inutile, anormale ou habituelle » et confronte une majorité avec une minorité sexuelle. Cette société

* Professeur titulaire et vice-doyen à l'enseignement à la Faculté de droit de l'Université Laval.

majoritaire peut adopter une attitude permissive ou répressive. L'homosexualité a en effet suscité au cours des siècles des conceptions absolument opposées qui vont de l'extrême valorisation à la condamnation la plus radicale et la plus sanglante. Ces réactions reflètent la nature des rapports entre les hommes et les femmes, l'entente ou le conflit des sexes, en un mot, le contexte culturel et moral de la société en question.¹

De fait, un certain mystère entoure encore ce sujet tabou et en droit de la famille, comme dans d'autres branches du droit, l'incertitude, on le verra, caractérise bien souvent la matière.

A priori d'ailleurs, le thème peut sembler relever du paradoxe, car l'union homosexuelle, comme telle, n'est pas une union aux yeux de la loi. Cependant, et si l'on fait exception des rapports patrimoniaux qui peuvent ou pourraient s'établir entre homosexuel(les), l'homosexualité et l'union homosexuelle soulèvent au plan juridique des problèmes qui touchent d'une part, le fondement même de la non-reconnaissance comme telle de cette union ainsi que, l'incidence de l'homosexualité sur la relation matrimoniale — il s'agira alors de se demander si l'orientation sexuelle d'un conjoint peut invalider le mariage ou si elle peut en justifier la dissolution, c'est ce que nous appellerons l'union homosexuelle et les relations conjugales — et d'autre part, l'incidence de cette même orientation sexuelle dans les relations parents-enfants, plus particulièrement lorsqu'il s'agit de décider lequel des deux parents aura la garde légale de l'enfant ou encore de décider de la capacité parentale d'un, d'une homosexuelle ou d'un couple d'homosexuel(le)s postulants à l'adoption.

Qui dit droit de la famille dit aussi protection de l'enfant ; c'est là cependant un troisième volet que nous n'aborderons pas, car il implique non seulement l'étude de la situation de l'enfant victime, mais aussi celle de l'enfant agissant, deux aspects qui, en soi, pourraient faire l'objet d'une analyse indépendante.

1. Union homosexuelle et relations conjugales

Nous avons affirmé, en introduisant le sujet, que l'union homosexuelle n'était pas, comme telle, reconnue par la loi. Aucun texte cependant ne précise ou n'affirme que l'union matrimoniale, i.e. le mariage, est par essence hétérosexuelle : cette condition est si essentielle, écrit Jean Pineau, à propos de la différence de sexe comme condition de formation du lien matrimonial, et si évidente, que le législateur n'a pas cru bon l'explicitier². Cette lacune de

1. J. POUSSON-PETIT, *Le démariage en droit comparé*, Bruxelles, F. Larcier, 1981, p. 401.

2. J. PINEAU, *La famille, droit applicable au lendemain de la « Loi 89 »*, Montréal, P.U.M., 1983, p. 17.

la part des codificateurs autorise-t-elle ceux et celles qui ont fait « officier » leur union homosexuelle à prétendre à sa reconnaissance, à sa légalité ? Si, au Québec, la question ne s'est jamais soulevée — ce qui s'explique en raison des formalités dont le législateur québécois a entouré la célébration du mariage (art. 407 à 420 C.C.Q.) — elle n'en suscite pas moins, au plan théorique, la question de la sanction civile dont serait assortie l'inobservation de cette condition essentielle qu'est la différence de sexe entre époux : inexistence ou nullité absolue ? Par ailleurs, l'hypothèse n'est pas si « hypothétique » puisque les tribunaux manitobains, anglais et américains y ont été confrontés. Certes, peu de mariages homosexuels encore sont célébrés³, mais il y en a eu et certaines églises les ont consacrés⁴.

Par ailleurs, le mariage alibi n'est pas une fiction ; il est même fréquent. La question de la validité de ces mariages, écrit Jacqueline Pousson-Petit, devient donc importante⁵. Nos tribunaux ont d'ailleurs eu récemment à se prononcer sur la validité du mariage contracté par un homosexuel qui avait tu son secret à sa compagne : ce mariage pouvait-il être annulé sur la base de l'erreur sur la personne dont nous parle l'article 148 du *Code civil* ?

Voilà donc qui justifie, sous cette première rubrique, notre premier volet et qui justifie aussi notre intitulé.

3. J. POUSSON-PETIT, dans son ouvrage sur le *Démariage en droit comparé*, mentionne notamment le cas de deux jeunes femmes qui, en 1979, s'unirent devant l'autel d'un temple parisien et fait état également de la réponse adressée par un prêtre catholique qui, en Hollande en 1974, a marié deux homosexuels : « ils font partie, déclarait ce dernier, des fidèles qu'il faut aider », *opus cité*, p. 405.

4. Voir notamment DREYFUS, *Dieu aime aussi les homosexuels*, et P. BONCOUR, « La révolution des homosexuels », *Le Nouvel Observateur*, 1972, n° 374, p. 34. Voir également, pour les États-Unis, L. SULLIVAN, « Same Sex Marriage and the Constitution », in *Legal Problems in Family Law*, (1973) 6 *Univ. of Calif. L. Rev.*, Davies, 275.

5. *Le démariage en droit comparé*, *supra*, p. 407. L'auteur écrit à ce sujet : « Les bisexuels que certains taxent de pseudo-homosexuels sont en réalité de véritables homosexuels avec un faible vestige hétérosexuel. Ils ont coutume de se marier avec des femmes. Leur mariage au début est souvent exempt de heurts, l'homme n'a pas de contact émotionnel avec sa femme. Cela réduit par conséquent les conflits. En outre, il lui est reconnaissant de lui fournir une couverture. Mais à mesure que la tendance homosexuelle s'accuse, ce mariage-alibi devient lui aussi le lieu d'un conflit et ceci d'autant plus que la capacité hétérosexuelle du bisexuel s'émousse peu à peu. Quand la femme découvre « le secret » de son mari (ce qui arrive très souvent et non sans une coopération inconsciente de la part de l'homosexuel car son masochisme ne cesse pas de se développer), cela constitue pour elle une véritable tragédie. Les lesbiennes se marient très souvent pour minoriser leur anomalie ou pour de simples raisons sociales. Le nombre de lesbiennes « camouflées » dépasse et de très loin celui des lesbiennes qui ne se cachent pas de l'être. [...] Les psychologues et les psychiatres sont d'accord : les homosexuels sont psychologiquement inaptes au mariage. En outre, le mariage n'est pas une thérapeutique appropriée ».

1.1. L'union homosexuelle ou le non-mariage

1.1.1. Union homosexuelle v. union matrimoniale

Bien que non défini dans un texte législatif, le mariage, de tout temps, a été considéré comme l'union de l'homme et de la femme, définition fidèle à la tradition judéo-chrétienne et au catéchisme du Concile de trente qui le définissait comme suit : « l'union conjugale de l'homme et de la femme, contractée entre personnes légitimes et constituant une communauté de vie inséparable »⁶. Elle diffère peu en effet de celle qu'en donne Portalis dans son discours sur le Code civil, puisque ce dernier y voyait « la société de l'homme et de la femme, s'unissant pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à supporter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée »⁷. Contrairement à ce que pourrait laisser entendre cette définition, le mariage, au plan civil, n'a jamais eu pour fin la procréation : l'impuissance en effet n'est cause de nullité que si elle existait antérieurement au mariage et cette cause de nullité devient couverte après l'écoulement d'un délai de trois ans⁸, et ni la non-consommation ni la stérilité ne sont causes d'annulation⁹.

Il implique fondamentalement par contre l'hétérosexualité et à ce titre donc, l'union homosexuelle ne peut pas être mariage ; si la loi ne le dit pas expressément, elle le précise au moins implicitement puisque dans toutes les dispositions touchant les rapports entre conjoints, on a toujours fait référence à l'homme et à la femme¹⁰.

6. J. PINEAU, *Mariage, séparation divorce — L'état du droit au Québec*, Montréal, P.U.M., 1976, n° 17, p. 15.

7. *Id.* Voir également la définition de Murlon, citée par ce même auteur.

8. Art. 117. C.C.B.C.

9. *K. v. R.*, [1949] B.R. 452 ; *B. v. W.*, [1952] C.S. 206 ; *C. v. J.*, [1961] C.S. 672 ; *Gibeault c. Campeau*, [1977] C.S. 717 ; *L'Heureux c. Marcotte*, J.E. 78-680 (C.S.) et *Pépin c. Rinfret*, J.E. 79-351 (C.S.).

10. À ce sujet, J. CARBONNIER écrit : « Le C.C. n'a pas défini le mariage, et il a eu raison : chacun sait ce qu'il faut entendre par là : c'est la plus vieille coutume de l'humanité, et l'état de la plupart des individus adultes. Quoique le mariage dépende d'un acte de volonté dans chaque cas particulier, c'est un phénomène déterminé et nécessaire si l'on envisage les grands nombres. Il semble répondre à une nécessité, physique et morale, de l'espèce humaine. La nécessité physique n'est pas celle de la conjonction sexuelle et de la génération, car des rapports épisodiques entre homme et femme, à plus forte raison une union libre quelconque, un concubinage, pourraient tout aussi bien y satisfaire : il faut plutôt penser à l'éducation des enfants, incomparablement plus longue dans l'espèce humaine que partout ailleurs, ce qui postule entre les deux éducateurs, également utiles, une association durable. Quant à la nécessité morale, chaque homme l'éprouve dans le sentiment qu'il a d'être mortel ; c'est, pour lui, une manière exaltante de lutter contre sa fragilité que de se lier pour la vie, c'est-à-dire jusqu'à la mort ; le mariage tire de là, même depuis qu'il est laïcisé, une sorte de gravité religieuse qui lui est propre et qui le sépare de l'union libre.

C'est en s'appuyant sur cette tradition que la Cour suprême du Minnesota, dans l'affaire *Baker v. Nelson* (décision dont d'ailleurs la Cour suprême des États-Unis a rejeté l'appel qui en avait été interjeté), a rejeté la prétention de deux homosexuels qui, s'étant vu refuser la délivrance d'une licence de mariage, arguaient de l'absence d'un texte exprès prohibant le mariage entre deux personnes de même sexe pour contester le refus qui leur avait été opposé :

« It is unrealistic to think that the original draftsmen of our marriage statutes, which date from territorial days, would have used the term in any different sense. »¹¹

Ce sont les mêmes motifs qui fondent la seule décision canadienne que nous ayons pu relever sur le sujet, i.e. l'affaire *Re North and Matheson* où cette fois-ci, le juge Philp de la Cour du Comté de Winnipeg, a refusé d'ordonner qu'un mariage célébré entre deux hommes, bien que conformément aux exigences de la loi quant à la forme¹², soit enregistré, et a conclu à la légalité du refus qui avait été opposé par le Registraire quant à l'enregistrement dudit mariage, dans l'exercice de la discrétion que lui confère le *Vital Statistics Act*¹³.

Si le C.C. ne définit pas le mariage, il contient, cependant, les trois éléments d'une définition technique. L'a. 144 donne élégamment à entendre que le mariage est une conjonction des sexes ; l'a. 146 proclame avec énergie qu'il est un accord des volontés ; l'a. 165 ajoute qu'il comporte un rite, scellé par l'État. En combinant ces trois éléments essentiels, on retrouvera la définition très sobre d'Aubry et Rau : l'union de deux personnes de sexe différent, contractée avec certaines solennités. On pourrait dire aussi, plus explicitement : l'acte par lequel un homme et une femme qui se sont mutuellement choisis s'engagent à vivre ensemble jusqu'à la mort (que l'engagement ne soit pas toujours tenu ne change rien au sens de l'acte initial) ; de l'accord des volontés sort un lien durable, le lien conjugal », *Droit civil*, t. 2, 7^e éd., Paris, P.U.F., 1967, n° 99, p. 320.

11. 291 Minn. 310, 191 N.W. 201 185, 186 (1971) appel rejeté 409 U.S. 81 (1972). Voir également L. SULLIVAN, « Same Sex Marriage and the Constitution », *supra*, note 4, p. 275 à 283.
12. (1974) 52 D.L.R. (3d) 280. Il s'agissait en l'occurrence des dispositions du *Marriage Act*, R.S.M. 1970, c. M-50, dont l'article 2 se lit comme suit : « 2. If duty authorized as herein provided, a person eighteen years of age or more who is : (a) a minister, a clergyman, a rabbi, or an official of a religious denomination corresponding to a minister, clergyman, or a rabbi, duly ordained or appointed according to the rites and ceremonies of the religious denomination to which he belongs ; or (b) a catechist, and evangelist, a missionary, or a theological student duly appointed or commissioned by the governing body or a religious denomination with special authority to solemnize marriages ; may solemnize the ceremony of marriage between any two persons not under a legal disqualification to contract the marriage ».
13. R.S.M. 1970, c. V-60, art. 12(13) qui se lit comme suit : « 12(3) Upon the receipt within one year from the day of a marriage of a completed statement in the prescribed form respecting the marriage, the division registrar, if he is satisfied as to the truth and sufficiency thereof, shall register the marriage by signing the statement, and thereupon the statement constitutes the registration of the marriage ».

Ce dernier, affirme le juge, n'avait pas exercé un pouvoir judiciaire, mais une discrétion administrative que le législateur provincial pouvait valablement lui permettre d'exercer car :

« There is a significant difference between deciding that a marriage is invalid and deciding that no marriage exists to be registered. The former decision may well be a judicial decision, one that the Legislature could not empower the respondent to make. The latter decision, however, clearly involves the exercise of administrative discretion, a power within the legislative competence of the Province and delegated to the respondent by s. 12(3) of the *Vital Statistics Act*, ... »¹⁴

Pour le juge, en effet, que toutes les conditions de forme aient été respectées n'altérerait pas le fait qu'il n'y avait pas eu mariage, puisque celui-ci, par essence, est une union hétérosexuelle. Il s'appuyait ici sur la définition judiciaire qu'en avait donnée Lord Penzance, en 1866, dans l'affaire *Hyde v. Hyde and Woodmansee*, définition qui est venue cristalliser la tradition judéo-chrétienne¹⁵.

Le juge s'appuyait également sur l'affaire *Corbett v. Corbett* dont les circonstances cependant étaient différentes, puisqu'il s'agissait de statuer sur la validité d'un mariage célébré entre un transsexué et un hétérosexuel ; le juge Ormford¹⁶, à propos de l'hétérosexualité de l'union matrimoniale, s'y exprimait comme suit :

« The fundamental purpose of law is the regulation of the relations between persons, and between persons and the State or community. For the limited purposes of this case, legal relations can be classified into those in which the sex of the individuals concerned is either irrelevant, relevant or an essential determinant of the nature of the relationship. Over a very large area the law is indifferent to sex. It is irrelevant to most of the relationships which give rise to contractual or tortious rights and obligations, and to the greater part of the criminal law. In some contractual relationships, eg life assurance and pensions

14. [1974] 52 D.L.R. (3d) 280, p. 286.

15. « Marriage has been well said to be something more than a contract, either religious or civil — to be an Institution. It creates mutual rights and obligations, as all contracts do, but beyond that it confers a status. The position or status of "husband" and "wife" is a recognised one throughout Christendom : the laws of all Christian nations throw about that status a variety of legal incidents during the lives of the parties, and induce definite rights upon their offspring. What then, is the nature of this institution as understood in Christendom ? Its incidents vary in different countries, but what are its essential elements and invariable features ? If it be of common acceptance and existence, it must needs (however varied in different countries in its minor incidents) have some pervading identity and universal basis. *I conceive that marriage, as understood in Christendom, may for this purpose be defined as the voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others* », (1866) L.R. 1 P & D 130, p. 133. Les soulignés sont du juge Philp.

16. [1970] 2 All. E.R., 33, p. 48 : commentaire, T. PARSCHIN-RIBKIN, (1972) 5 *Ottawa L. Rev.* 503.

schemes, sex is a relevant factor in determining the rate of premium or contributions. It is relevant also to some aspects of the law regulating conditions of employment, and to various State-run schemes such as national insurance, or to such fiscal matters as selective employment tax. It is not an essential determinant of the relationship in these cases because there is nothing to prevent the parties to a contract of insurance or a pension scheme from agreeing that the person concerned should be treated as a man or as a woman, as the case may be. Similarly, the authorities, if they think fit, can agree with the individual that he shall be treated as a woman for national insurance purposes, as in this case. On the other hand, sex is clearly an essential determinant of the relationship called marriage, because it is and always has been recognized as the union of man and woman. It is the institution on which the family is built, and in which the capacity for natural heterosexual intercourse is an essential element. It has, of course, many other characteristics, of which companionship and mutual support is an important one, but the characteristics which distinguish it from all other relationships can only be met by two persons of opposite sex. There are some other relationships such as adultery, rape and gross indecency in which, by definition, the sex of the participants is an essential determinant.»

Considérant par ailleurs qu'il était important de s'assurer que le sens du mot mariage avait une portée universelle, le juge appuie en outre sa décision sur les définitions contenues dans le *Webster's Third New International Dictionary*, l'*Encyclopédia Americana* et l'*Encyclopedia Britannica*¹⁷.

Au Québec, dans une telle hypothèse, on conclurait probablement aussi à l'inexistence du mariage. Bien que la jurisprudence, ainsi que le souligne Jean Pineau, «parce que restée fidèle à la vieille doctrine classique — pourtant si critiquable des nullités»¹⁸, ait été pendant longtemps confuse, employant indifféremment les mots, inexistant, nul, illégal et invalide¹⁹, il est permis d'affirmer qu'à tout le moins, même si, comme on le prétend, la Cour suprême du Canada n'a pas clarifié la théorie des nullités du mariage, la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Paré c. Bonin*²⁰ permet d'affirmer qu'en droit québécois, un tel mariage serait considéré comme un non-mariage — inexistant au sens commun comme au strict sens juridique du terme. Le juge Beetz, à propos de cette théorie, y affirme en effet :

«Poussée jusqu'à ses limites extrêmes dans tous les cas où on l'a mise de l'avant, la théorie du mariage inexistant pourrait avoir les conséquences les plus graves, en droit civil et même en droit pénal; on pourrait par exemple vouloir en quelque sorte se faire justice à soi-même en se dispensant, avant de contracter un nouveau mariage, de faire à tout le moins constater par jugement la lacune du premier. D'autre part, rejeter totalement la théorie du mariage

17. *Re North and Matheson*, *supra*, note 12, p. 285.

18. *La famille*, *supra*, note 2, p. 59, n° 85.

19. *Id.*

20. [1977] 2 R.C.S. 342, confirmant, mais par des motifs différents [1973] C.A. 875.

inexistant pourrait vouloir dire que l'on assimile au mariage le concubinage et peut-être d'autres sortes d'unions n'ayant même pas les apparences du mariage. Le professeur Carbonnier démontre que la théorie du mariage inexistant, loin d'être inspirée "par une sorte de nécessité rationnelle répondait à des fins pratiques" : le besoin d'échapper à la règle qui voulait autrefois qu'il n'y ait pas, en matière de mariage, de nullité sans texte, et surtout le souci de protéger en droit interne, sinon en droit international privé, le monopole de l'état civil. J. Carbonnier, *Droit civil*, 1969, t. 2, aux p. 111 et 112.²¹

On rejoint ainsi la solution du droit anglo-canadien et du droit américain où un tel mariage serait considéré comme « void »²², c'est-à-dire inexistant. L'art. 401 du *Code civil du Québec*, non en vigueur, est quant à lui non ambigu sur la question. En effet, il dispose :

Le consentement au mariage consiste dans la volonté qu'expriment un homme et une femme de se prendre pour époux.

On pourrait toutefois se demander si cette définition du consentement qu'on nous propose aujourd'hui se concilie avec le principe d'égalité devant la loi, tel qu'enchaîné dans la Constitution²³. Les études américaines sur le sujet seront certainement pour nos juges des guides précieux. Il ne nous appartient pas, il est vrai, d'anticiper ni même d'aborder le sujet car nous quitterions le champ du droit privé pour celui du droit constitutionnel²⁴.

On ne peut cependant ignorer les revendications des homosexuels(les) relativement à la reconnaissance de leur union. À ce sujet, Jacqueline Pousson-Petit écrit :

« Une société pluraliste et libérale ne peut éluder la question. Dans l'état actuel des choses, le droit doit tolérer l'union homosexuelle. Doit-il faire plus et la reconnaître légalement ? La différence sexuelle est un élément essentiel, inhérent au mariage, tellement important que certains systèmes juridiques sanctionnent l'identité ou l'ambiguïté sexuelle par l'inexistence du mariage.

(...)

21. Sur la théorie de l'inexistence, on se reportera également avec intérêt à l'analyse qu'en a faite la Cour d'appel dans la même affaire. Pour une critique de la théorie de l'inexistence en matière de mariage, voir J. POUSSON-PETIT, *supra*, note 1, p. 57 à 80 et P.J. JOBIN, « Le défaut de consentement — Écart entre le droit commun et le mariage », 1966-67, 8 C. de D. 225.

22. Sur la distinction entre « void » et « voidable marriage », voir *Power on Divorce*, 3^e éd., par C. DAVIES, Carswell, Toronto, 1980, p. 49 à 60, 80; H.R. HAHLO, « Nullity of Marriage », in D. MENDES DA COSTA, *Studies in Canadian Family Law*, Toronto, Butterworths, 1972, 651, p. 654.

23. *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 15, *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 10.

24. Sur cette question on consultera avec intérêt, L. SULLIVAN, « Same Sex Marriage and the Constitution », in *Legal Problems in Family Law*, *supra*, note 4, et E. VEITCH, « The essence of Marriage — A comment on the Homosexual Challenge », (1976) 5 *Anglo-Am. L. Rev.* 41.

Il ne faut pas modifier ce concept. Mais comme le droit ne doit pas seulement sauvegarder les intérêts de la majorité, mais assurer à tous le fameux droit au bonheur, c'est-à-dire des meilleures conditions d'épanouissement personnel, l'élaboration d'un statut de l'homosexuel fixant ses droits et obligations devrait être préconisé. Ce statut devrait prévoir le droit de vivre en commun avec un partenaire adulte du même sexe. Les modalités de l'union seraient précisées par les parties dans le cadre du statut. L'union homosexuelle moyennant certaines conditions serait reconnue légalement, elle lierait les parties et serait opposable aux tiers. Les bonnes mœurs ne feraient plus obstacle à cet engagement réciproque de vie en commun. Mais, en aucun cas, l'union homosexuelle ne pourrait être élevée au rang du mariage. Dès le départ, ce lien est en effet sérieusement handicapé par une série de facteurs. L'attrait homosexuel par définition supprime la découverte de "l'autre". Les obstacles que dresse la société sont encore nombreux et nuisent à la relation.²⁵

Si cependant l'union sexuelle n'est pas une union matrimoniale, qu'en est-il du mariage contracté par une personne hétérosexuelle et une personne homosexuelle ? Le conjoint hétérosexuel pourrait-il éventuellement en demander la nullité ? Ceci nous mène à notre second volet.

1.1.2. L'homosexualité, motif d'annulation du mariage ?

Il semble bien que oui puisqu'en 1978, le juge Marcel Nichols annulait, à la demande de l'épouse, le mariage qu'elle avait contracté avec un homosexuel qui — et c'est d'ailleurs à cette seule condition que, dans les circonstances, on pouvait envisager d'en demander l'annulation, — ne lui avait pas dévoilé son orientation.

Et c'est précisément à partir de l'hétérosexualité qu'implique l'union matrimoniale que le juge a bâti son argumentation pour conclure que, dans les circonstances, il y avait erreur sur les attributs essentiels de la personne, soit sur l'orientation sexuelle du conjoint de la demanderesse et donc, une erreur dans la personne au sens de l'article 148 du *Code civil*. Cette interprétation, selon le juge — et nous ne pensons pas non plus qu'elle soit trop libérale —, se concilie fort bien avec l'attitude restrictive adoptée jusque-là par nos tribunaux quant à la notion d'erreur²⁶, ces derniers s'étant refusés — tout au moins majoritairement²⁷ — à sanctionner l'erreur sur les qualités par la nullité.

S'appuyant sur l'autorité de Carbonnier et arguant des trois éléments d'une définition technique que, selon cet auteur, contient le *Code civil*, le juge s'exprime ainsi :

25. *Le dé mariage en droit comparé*, *supra*, note 1, p. 406.

26. Sur cette question, voir PINEAU, *La famille*, note 2, p. 29, n° 43 et seq.

27. Voir pour exemples les arrêts cités par le juge Nichols dans son jugement : *Piché c. Trottier*, [1978] C.S. 81, p. 88.

« L'association durable d'un homme et d'une femme, répondant à une nécessité physique et morale de l'espèce humaine, ne peut reposer sur l'hypocrisie d'un partenaire souffrant d'une perversion qui, sur le plan sexuel, le dissocie de son partenaire plutôt que de l'y associer.

Qu'il s'agisse d'une déviation, d'une perversion, d'une maladie voire même d'un droit fondamental de la personne²⁸, il reste que cette condition d'homosexuel affecte les attributs fondamentaux d'un individu. Lorsqu'un conjoint, de bonne foi, croit trouver chez une personne de sexe opposé un partenaire avec qui il croit pouvoir fonder une association durable répondant aux normes sociales généralement acceptées dans notre milieu et qu'il est induit en erreur sur un attribut aussi fondamental de la personnalité de son conjoint que ses dispositions sexuelles envers le sexe opposé, il y a là, à mon sens, "une erreur dans la personne" susceptible de donner ouverture à une demande d'annulation à moins qu'on finisse par accepter une telle situation et qu'on se résout à subir les conséquences de cette erreur en poursuivant la cohabitation au-delà de la période de six mois prévue par l'article 149... »

Et le juge d'ajouter,

« Je n'ignore pas que la *Loi sur le divorce*²⁹ fasse de l'homosexualité une cause de divorce : (art. 3b)³⁰. La possibilité du divorce n'exclut pas la possibilité de l'annulation.

Je conçois qu'il n'y aurait ouverture qu'au divorce dans le cas d'un conjoint qui deviendrait homosexuel pendant le mariage et dans le cas du conjoint ambivalent dont la condition est connue du partenaire au moment de l'union. Mais ici nous sommes en présence d'un homosexuel, adulte de 34 ans, qui n'a jamais eu l'intention de mettre un terme à ses activités perverses, qui a pris des précautions préalables pour cacher sa condition, et qui a affiché envers sa partenaire un désintéressement quasi total.

Si le législateur cherche d'une part à reconnaître aux homosexuels le droit d'association entre eux, je ne sache pas qu'il ne faille d'autre part protéger ceux qui sont erronément entraînés dans une fausse association par ces mêmes homosexuels.³¹

1.2. L'homosexualité, délit matrimonial

En vertu de l'article 3b) de la *Loi sur le divorce*, l'un des conjoints peut présenter à un tribunal une requête en divorce parce que, depuis la

28. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 10.

29. S.R.C. 1970, c. D-8.

30. Voir à ce sujet : *Gaveronski c. Gaveronski*, (1974) 45 D.L.R. 317 et J.D. PAYNE. *Digest of cases and materials on the Divorce Act*, Suppl. V, Ottawa, M. Bégin, 1976, p. 15 s. Cf. *infra*, 1.2. L'homosexualité, délit matrimonial.

31. *Piché c. Trotter*, *supra*, note 27, p. 90-91. Il est d'ailleurs intéressant de souligner que si le nouveau *Code canonique* fait de l'homosexualité un empêchement autonome au mariage, depuis longtemps déjà, la jurisprudence de la Rote voyait dans l'homosexualité une cause directe ou indirecte de nullité (Cf. J. Pousson-Petit, *supra*, note 1, p. 407-408) et que dans de nombreux pays, elle est considérée comme une cause d'erreur suffisante pour vicier le mariage (*Id.*, p. 409).

célébration du mariage, l'autre conjoint a commis des voies de fait comportant des relations sexuelles, un acte de sodomie ou de bestialité, ou s'est livré à un acte d'homosexualité³².

La première question que soulève cet article en est une d'interprétation : qu'est-ce, en effet, qu'un acte d'homosexualité ? C'est une question que se posent la majorité des auteurs³³ et l'on comprend la perplexité et surtout le malaise des juges qui ont à circonscrire les éléments constitutifs du « délit »³⁴.

De fait, nous n'avons relevé dans les rapports judiciaires que trois décisions se rapportant à l'article 3b). Ainsi que le confirme le document récemment publié par Statistique Canada, on comprend que devant la difficulté que soulève la preuve, les requérants se rabattent le plus souvent sur la cruauté mentale³⁵.

Si tous les auteurs³⁶ comme la jurisprudence³⁷ s'entendent aussi pour exclure la sodomie de cette non-définition — elle constitue en soi un délit — ils s'accordent aussi sur le fait qu'elle implique un acte positif, à caractère sexuel : l'orientation sexuelle ne peut donc pas être considérée en soi comme un délit donnant ouverture au divorce³⁸. À ce sujet, le juge Dewar de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba écrivait :

« This petition can succeed only on proof that the wife has engaged in a homosexual act with W. The term "homosexual act" is not defined in the Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8. In my view it includes any act of physical

32. S.R.C. 1970, c. D-8, modifié par S.C. 1980-81-82, c. 125, art. 30. Avant la modification, l'article se lisait comme suit : « ... depuis la célébration du mariage, l'autre conjoint s'est rendu coupable de sodomie, de bestialité ou de viol, ou s'est livré à un acte d'homosexualité. » La modification opérée n'a rien changé donc en regard de l'homosexualité. De fait, il s'agit d'une modification de concordance en regard des modifications opérées au *Code criminel* au chapitre des infractions sexuelles.

Soulignons que la législation canadienne est l'une des rares qui retiennent l'homosexualité à titre de motif autonome, la plupart des législations, l'absorbant dans une cause plus générale. Cf. J. POUSSON-PETIT, *supra*, note 1, p. 410-413.

33. Cf. *Power on Divorce*, *supra*, note 22, p. 73 et MENDES D. DA COSTA, *supra*, note 22, p. 439.

34. Cf. les commentaires du juge dans *M. v. M.*, (1972) R.F.L. 384, 24 D.L.R. (3d) 114, P.E.I.S. Ct., qui, constatant la réticence du législateur à décrire le type de conduite sexuelle qu'inclut un acte homosexuel s'exprimait comme suit : « I realize that the burden of deciding the particular kinds of sexual behaviour which are included in the scope of this particular section of the *Divorce Act* is on the Courts and I agree with the author that the courts will probably not be too happy with the assignment » (p. 124). Le juge faisait ici référence à l'ouvrage de M. PLOSCOWE, *Sex and the Law*, Prentice Hall Inc., New York, 1962.

35. *Divorce — La loi et la famille au Canada*, Statistique Canada, Ministère des Approvisionnements et services Canada, Ottawa, 1983, 145. Voir pour exemples d'allégation sous le chef de cruauté mentale (article 3d), *Hartwood v. Thomas*, (1981) 21 R.F.L. (2d) 1 (N.S.S. Ct.).

36. D. MENDES DA COSTA, in *Studies in Family Law*, *supra*, note 22, p. 439.

37. *M. v. M.*, *supra*, note 34, p. 115.

38. Cf. *Power on Divorce*, *supra*, note 22, p. 73.

conduct between two persons of the same sex having as an object gratification of the sexual impulses or drives of either or both participants, the sexual quality of the act being the determining ingredient. More explicit definition is unnecessary. In any event, in this case there is no evidence of specific acts or conduct that could be compared with a catalogue of female homosexual practices, if one exists. »³⁹

Le juge ajoutait par ailleurs, référant ici à l'arrêt *Smith v. Smith*^{39a}, que si, pour établir l'offense, une preuve circonstancielle suffit, il convient, compte tenu de sa nature particulière, de se montrer encore plus circonspect dans son appréciation :

« Evidence of familiarity and opportunity is commonly offered in proof of adultery, commission of the act being a matter of inference from established objective facts. In such cases, however, the inference drawn is one of conduct generally considered to be probable, given proof of circumstances of familiarity and opportunity. It is an inference influenced by human experience that, as between male and female, natural or normal sexual conduct will probably occur. The same influence does not operate in proved circumstances of familiarity and opportunity involving two persons of the same sex where the sexual conduct to be inferred is unnatural or abnormal. This does not mean an inference cannot be drawn or that the standard of proof is to be varied. Rather, the gravity of the consequences of a finding that the attachment between the respondents is homosexual or that they have engaged in homosexual acts during the relevant periods demands cautious scrutiny of the circumstances disclosed by the evidence.

The relationship between the respondents may well be an inverted one, the expression of propensity or preference on the part of each of them for a person of the same sex, but a finding as to the precise nature of the relationship does not advance the petitioner's case unless it follows that, given the circumstances of opportunity and the relationship disclosed by the evidence, physical sexual conduct as alleged would probably occur. »⁴⁰

Par contre, dans l'affaire *M. v. M.*, le juge en est venu à une conclusion positive, la preuve ayant révélé que l'épouse et son amie s'étaient livrées à certains actes qui les avaient toutes deux amenées à l'orgasme⁴¹. Et — distinction encore — dans la troisième affaire que nous avons relevée, le juge a conclu à la commission de l'offense bien qu'on n'ait pas fait la preuve que les caresses que l'épouse et sa compagne s'étaient échangées leur aient fourni une quelconque gratification au plan sexuel.

« In that case he had evidence of homosexual gratification or orgasm between the women. The evidence in the present case does not go that far, but proof of gratification is not essential to any other sexual offence, matrimonial or

39. *T. v. T. et W.*, 24 R.F.L. (2d) 57, p. 61.

39a. [1952] 2 R.C.S. 312.

40. *Id.*, p. 62-63.

41. *Supra*, note 34, p. 126.

criminal, and I see no reason to infer that Parliament required it in "a homosexual act". Nor do I see any reason to require that there must be proof of vaginal contact. The test must be: Was the act homosexual? In some cases, perhaps, a friendly caress of the bosom of one female by another may not be homosexual, but in the present case it was.»⁴²

Si l'on se souvient que, antérieurement à la loi de 1968, le viol, la sodomie et la bestialité étaient, dans les provinces canadiennes de tradition juridique anglo-saxonne, des causes de divorce et de séparation exclusives à la femme, on peut se demander si, en ajoutant à ces trois éléments, l'acte homosexuel (lequel n'avait pas été inclus par les membres du Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes⁴³), le législateur n'a pas cherché tout simplement à s'assurer : 1) que l'on ne confonde pas orientation sexuelle et faute (on se rappellera à ce sujet que l'homosexualité entre adultes consentants a été décriminalisée en 1968), et 2) qu'il soit tout à fait clair que cette définition englobe le lesbianisme⁴⁴.

La question que l'on peut aujourd'hui se poser, ou plutôt la conclusion à laquelle on peut en arriver, c'est qu'il eût été préférable, si telle était son intention, d'adopter la définition de l'adultère qui avait été proposée par le Barreau du Nouveau-Brunswick au comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes qui, en 1966, avait été chargé d'étudier la question au Canada. Cette définition, dans la perspective où l'on croyait encore au concept de divorce-sanction, avait au moins le mérite du générisme, tout en plaçant clairement les deux sexes sur le même pied⁴⁵.

2. Homosexualité et relations parentales

C'est par rapport au droit de garde et à son corollaire, le droit de visite et de sortie, que nous nous situerons plus particulièrement. La majorité des décisions rapportées en la matière touchent en effet plus particulièrement cette question, liée au problème plus global de l'écclatement de la famille, i.e. lorsqu'il y a, ou il y a eu (c'est l'hypothèse de la demande de révision), séparation de corps ou divorce.

2.1. L'intérêt de l'enfant : une considération déterminante

Il fut un temps, écrit le juge Albert Mayrand, où il y avait deux catégories d'époux séparés ou divorcés : les innocents et les coupables ; « à

42. Juge MacPherson in *Gaveronski v. Gaveronski*, [1974] 4 W.W.R. 106, 15 R.F.L. 160, p. 161 (Sask. Queen's Bench).

43. Imprimerie de la Reine, Ottawa, 1967, p. 12.

44. D. MENDES DA COSTA, *supra*, note 22, p. 439.

45. *Rapport*, cité *supra*, note 43, p. 111. Cette définition se lisait comme suit : adultère : relations sexuelles ou relations sexuelles anormales commises volontairement par le défendeur avec une personne autre que le plaignant après le mariage (p. 90).

l'innocent, on donnait la garde des enfants, premier prix de bonne conduite, le coupable était privé de cette garde et c'était une de ses punitions »⁴⁶. Très tôt cependant, les tribunaux ont affirmé comme critère prépondérant, celui de l'intérêt de l'enfant⁴⁷. Ce même critère se trouve aujourd'hui codifié, puisque l'article 30 du *Code civil du Bas-Canada*, tel qu'introduit par la Loi n° 89⁴⁸ dispose :

« L'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet.

On peut prendre en considération, notamment, l'âge, le sexe, la religion, la langue, le caractère de l'enfant, son milieu familial et les autres circonstances dans lesquelles il se trouve. »

Si donc l'intérêt de l'enfant (*welfare of the child*) doit être la considération déterminante (*paramount consideration*) dans le choix du gardien de l'enfant, qu'on se situe d'ailleurs dans le cadre de mesures accessoires (divorce — séparation) ou non (hypothèses de séparation de fait, de conflits entre des parents et des tiers à qui ils auraient pu, ou on aurait pu confier l'enfant), elle n'est cependant pas la seule considération. La loi elle-même énumère, sans qu'elle soit exhaustive⁴⁹, une liste de critères qui permettent au juge de mesurer cet intérêt, et nos tribunaux ont toujours accordé une grande importance à la conduite des parents, notamment à la conduite morale :

« Whilst a judge is right to give great weight to the welfare of the children, and indeed to make it, as the statute says, the first and paramount consideration, he must nevertheless remember that whilst it is the paramount consideration, it is

46. A. MAYRAND, « L'incidence de la conduite des époux sur le droit de garde de l'enfant », (1982) 85 R. du N. 28, p. 29. Ainsi que le souligne l'auteur, cette manière de voir avait un fondement juridique apparent dans l'article 214 C.C., avant sa modification en 1969, L.Q. 1969, c. 74, art. 14.

47. Sur l'évolution du droit en la matière, voir A. MAYRAND, note précédente ; É. DELEURY, J.M. NEAULT et M. RIVET, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 C. de D. 735, p. 820 s. ; J. PINEAU et M. OUELLETTE, « La protection de l'enfant et le droit de la famille », (1978) 9 R.D.U.S. 76 ; F.S. FREEDMAN, « The Status and Protection of the Child in Quebec », (1979) R. du B. 3 ; J. DESCHESNES, « La défense des droits de l'enfant », (1977) 7 R.D.U.S. 429 ; MENDES D. DA COSTA, « Custody and Access », in *Studies in Canadian Family Law*, *supra*, note 22, p. 569 s.

48. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, sanctionnée le 19 décembre 1980, L.R.Q. 1980, ch. 39. Cette disposition est entrée en vigueur le 2 avril 1981, (1981) 113 G.O.Q. 1565.

49. L'article 11(1) c) de la *Loi sur le divorce*, *supra*, note 32, dispose en effet : « En prononçant un jugement conditionnel de divorce, le tribunal peut, s'il l'estime juste et approprié, compte tenu de la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent, rendre une ou plusieurs des ordonnances suivantes, savoir : ... c) une ordonnance pourvoyant à la garde, à l'administration et à l'éducation des enfants du mariage. »

not the sole consideration. In this case, whilst no doubt the mother is a good mother in one sense of the word, in that she looks after the children well, giving them love and, as far as she can, security, one must remember that to be a good mother involves not only looking after the children, but making and keeping a home for them with their father, bringing up the two children in the love and security of the home with both parents. In so far as she herself by her conduct broke up the home, she is not a good mother.»⁵⁰

Et « si la moralité comprend des règles de vie qui ne se limitent pas au comportement sexuel, (...) ce dernier, occasion fréquente de divorce, est souvent l'objet de la considération des juges dans l'attribution du droit de garde des enfants »⁵¹.

2.2. L'incidence du comportement sexuel du ou des parents

Si donc le droit de garde ne doit être ni la récompense ni la punition d'une conduite bonne ou mauvaise⁵², écrit le juge Mayrand, « la conduite du gardien et son mode de vie (...) doivent être suffisamment favorables au développement physique, intellectuel et moral de l'enfant », car, « par la force des choses, ajoute l'auteur, au droit de garde est liée l'obligation d'entretien et d'éducation » de l'enfant⁵³.

Plus particulièrement, c'est en fonction du danger moral, i.e. l'influence sur les conceptions de la vie que l'enfant est en train d'élaborer, du scandale social qu'il représente, i.e. les réactions négatives suscitées dans l'entourage et de la stabilité du milieu familial offert par le parent ou les parents que le comportement sexuel sera pris en considération⁵⁴.

Ainsi que le souligne Harvey Brownstone, implicitement, de telles considérations ont une connotation et font appel à un jugement moral :

« The fact that the legislation regarding parental fitness is so vague, thereby vesting tremendous discretion in the trial court, tends to maximize the opportunities for a judge to assess the propriety of that parent's conduct, not according to some uniform act of legal standards but, rather, according to his

50. Lord DENNING in *Re L.* (infants), (1962) 3 All. E.R., 1 p. 3 (C.A.) dont l'opinion a été reprise par le juge Spence de la Cour suprême du Canada, dans *MacDonald c. MacDonald*, [1976] 2 R.C.S. 259, p. 261-262. Voir également *Talsky c. Talsky*, [1976] 2 R.C.S. 292, p. 303.

51. A. MAYRAND, *supra*, note 46, p. 41. Voir également H.W. EVANS, « Parent and Child: M.J.P. v. J.G.P.: An analysis of the Relevance of Parental Homosexuality in Child Custody Determination », (1982) 35 *Okla. L. Rev.* 633, p. 636 s.

52. « Il ne s'agit pas de punir celui qui a torpillé le navire, mais de désigner celui qui est le plus en mesure de rescaper les enfants du naufrage », A. MAYRAND, « L'incidence de la conduite des époux sur le droit de garde de l'enfant », *supra*, note 46, p. 40.

53. A. MAYRAND, *id.*

54. Pour une analyse de ces différents éléments, voir M.D. CASTELLI, « Garde d'enfants et relations extra-conjugales des parents », (1978) 9 *R.D.U.S.* 165.

own subjective notions of "good parent" qualities. Thus, while broadly worded legislation in this area of law may well be necessary and even beneficial, given the unique nature of each family situation, it seems an inevitable consequence of such legislation that the resolution of the parental fitness issue is often based on little more than the personal moral code of the trial judge.»⁵⁵

Il faut admettre cependant, avec ce même auteur, que s'il y a eu érosion de la morale traditionnelle en faveur de l'acceptation de modes de vie plus divers, «la nouvelle moralité» est tellement changeante et le niveau de tolérance sociale fluctue si rapidement et de manière si imprévisible, que saisir les tendances évolutives de la morale publique et les refléter le plus fidèlement possible dans leurs décisions n'est pas une tâche facile pour les juges. À ce sujet, cette opinion exprimée par un juge américain et rapportée par J. & W. Noble, n'est pas sans intérêt :

«Sure, I'm black and have been the object of prejudicial abuse. But now I'm middle-aged... I find I have as many prejudices as the next man... This is why divorce and custody should be decided by people much closer to the social scene than we are. Who do we turn to for clinical advice? And where would we get the time to steep ourselves in all this knowledge that's coming out? Just the other week I awarded custody to a father, and I suppose he was a good father and would take care of his children. But my reason for awarding custody was because the mother was a lesbian and flaunted it. She walked down the street with her girl friend holding hands. I suppose if she kept the whole relationship hidden in a back room somewhere I'd have let the kids stay with her. So maybe I awarded them to the father for the wrong reasons. Maybe two years from now I would be more tolerant of an openly lesbian mother.»⁵⁶

De fait, il est permis d'affirmer aujourd'hui que l'homosexualité, pas plus que l'adultère ou le concubinage de l'un des parents n'est pas, en soi, considérée comme un motif autorisant à priver un parent de la garde de ses enfants ou même à restreindre ses droits de visite et de sortie :

«... l'homosexualité n'est pas en soi un empêchement au droit de garde d'un parent. Tout dépend des circonstances et malgré la répugnance que peut nourrir certain public pour cette forme particulière de relations physiques, il est évident que, dans notre société moderne et compte tenu de son caractère de permissivité, il s'agit là d'un comportement humain qui, dans l'opinion générale, ne souffre plus du stigmate qui s'y attachait jadis.»⁵⁷

55. H. BROWNSTONE, «The Homosexual Parent in Custody Disputes», (1980) 5 *Queen's L.J.* 199, p. 200. Voir également A. T. PAYNE, «The Law and the Problem Parent: Custody and Parental Rights of Homosexual, Mentally Retarded, Mentally Ill and Incarcerated Parents», (1978) 16 *J. Family L.* 797.
56. J. NOBLE & W. NOBLE, *The Custody Trapp*, 138-39, (1975) cités par A. T. PAYNE, *supra*, note 55, p. 799. Ce même auteur souligne également la relation souvent faite par les juges entre les lois pénales et leur analyse de l'incidence du mode de vie du parent lorsqu'ils ont à statuer sur la garde. *Id.*, p. 797-798.
57. *Cloutier c. Trudel*, [1982] C.S. 951, p. 952. Voir également *Monette c. Sylvestre*, [1981] C.S. 731; *Droit de la famille — 14*, J.E. 83-135. Pour une analyse doctrinale de la question, voir

D'ailleurs, refuser la garde de l'enfant sur la seule base de l'orientation sexuelle de celui qui la réclame serait nettement discriminatoire, puisque contraire à l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵⁸. Nos tribunaux ont eu l'occasion de le rappeler à quelques reprises, rejetant notamment comme illégales les clauses qui, dans une convention, visent à restreindre les droits de visite et de sortie du parent, au motif qu'il ou elle entretient une relation homosexuelle⁵⁹.

Ceci étant établi, quels sont donc, face à une relation homosexuelle d'un parent⁶⁰, les facteurs qui inciteront le juge à lui refuser la garde de son enfant ou à restreindre ses droits de visite et de sortie ?

2.3. L'impact négatif de la relation homosexuelle sur le développement harmonieux de l'enfant

Si donc il semble que les homosexuels ne sont pas moins équilibrés que d'autres et que leurs tendances sexuelles n'affectent pas leur capacité parentale, deux choses, écrit Mireille D. Castelli, peuvent être nuisibles à l'enfant : l'influence déviante que l'attitude du parent peut exercer sur l'enfant et le scandale social suscité par l'entourage, qui sera celui de l'enfant si on le lui confie⁶¹.

A. MAYRAND, *supra*, note 46, p. 44 s.; M.D. CASTELLI, *supra*, note 54, p. 174 s.; H. BROWNSTONE, *supra*, note 55, p. 224; C. BOYLE, « Custody, Adoption and the Homosexual Parents », (1976) 23 *R.F.L.* 129; D.M. BLUMALL, « Child Custody Determination Issues for Psychological Evaluation », (1980) 12 *R.F.L.* (2d) 18, p. 24 et, en droit américain, A. T. PAYNE, *supra*, note 55, p. 802 et H.W. EVANS, *supra*, note 51, p. 644 s.

58. *Supra*, note 28.

59. « Suivant les admissions faites ici, si la passion de l'intimée était dirigée hétérosexuellement vers un mâle, il n'y aurait aucun problème et il ne saurait être question de restreindre son droit de visite et de sortie.

Refuser la présence de la tierce personne pour le seul motif d'orientation sexuelle serait donc carrément discriminatoire ». Juge Letarte dans *Johnston c. Rochette*, [1982] C.S. 407, p. 408. Voir également *Cloutier c. Trudel*, *supra*, note 57 et H.W. EVANS, *supra*, note 51, p. 651-652.

60. Exception faite d'un cas impliquant un père homosexuel, tous les autres arrêts que nous avons pu relever réfèrent à des homosexuelles vivant en couple. Ce phénomène n'est d'ailleurs pas sans relation avec cette règle de bon sens qui veut que les juges privilégient la mère comme gardien, lorsque l'enfant est en bas âge; cf. *Talsky v. Talsky*, *supra*, note 50, p. 306. Pour une analyse quantitative de cette règle, voir B. PRENTICE, « Divorce, Children and Custody: A Quantitative Study of Three Legal Factors », (1979) 2 *Rev. Can. dr. Fam.*, 35; R. ROSEN, « Children of Divorce: An Evaluation of two Common Assumptions », (1979) 12 *Rev. Can. dr. fam.*, 403, et *Statistique Canada, Divorce: La Loi et la famille au Canada*, *supra*, note 35, p. 251. Pour une analyse psycho-sociale du phénomène qui veut que peu de pères homosexuels réclament ou cherchent à réclamer la garde de leurs enfants, voir H. BROWNSTONE, *supra*, note 55, p. 229.

61. *Supra*, note 54, p. 175.

2.3.1. Le risque de déviance

Il s'agit ici d'évaluer si le mode de vie que l'enfant a sous les yeux peut influencer son sens moral et plus particulièrement provoquer chez lui des « déviations sexuelles ». À ce sujet, le juge Smith, dans l'affaire *D. v. D.*, s'exprimait ainsi :

« The question of homosexuality must be faced squarely. In my view, it continues to be the welfare of the children which is paramount, whether you are dealing with a problem of homosexuality, a racial problem, a psychiatric one or any other kind of a problem which may damage the children's psychological, moral, intellectual or physical well-being and their orderly development and adaptation to society... The Court's concern ought to be the children's position in their peer group, the children's sexual orientation, and the manner in which the relationship of children to parent is or can be affected by the deviation from the norm in the latter's sexual preference. »⁶²

On ne peut cependant déduire ce danger de la seule orientation sexuelle du parent :

« One must guard against magnifying the issue of homosexuality as it applies to the capacity for performing the duties of a parent. Heterosexuals produce children who become homosexual and the evidence of psychiatrist and psychologist in this case did not indicate the odds of becoming or being a homosexual would increase solely by reason of being reared by a homosexual parent. »⁶³

62. (1978) 20 O.R. (2d) 727, 783, 88 D.L.R. (3d) 578, p. 583 (Ont. County Court).

63. Juge Rowe, in *K. v. K.*, (1975) 23 R.F.L. 58, p. 64 (Alta. Prov. Ct.). Voir également le jugement rendu par le juge Gratton dans *Droit de la famille — 14* (J.E. 83-135). Celui-ci, à la page 3 de son jugement, s'exprimait ainsi : « La littérature psychologique ou psychiatrique comprend probablement des études sur les conséquences de l'homosexualité d'un parent sur le développement d'un enfant. Je ne les connais pas. Mais, comme l'exprimait le psychologue (...) au cours de l'enquête, il n'est pas plus probable pour un enfant de devenir homosexuel parce qu'il grandit dans un tel milieu. Ceux qui pratiquent ce mode de vie ne sont-ils pas issus de foyers hétérosexuels ? ». Voir également, dans le même sens, les arrêts cités par H.W. EVANS, *supra*, note 51, p. 649 s., pour le droit américain. Cet auteur cite par ailleurs toute une série d'études qui tendent à démontrer que la plupart des craintes que suscite l'homosexualité d'un parent à l'endroit du devenir et du bien-être de l'enfant sont non fondées (*Ib.*). Dans le même sens, cf. M. BROWNSTONE, *supra*, note 55, p. 232-233. Sur la suspicion que peut engendrer l'orientation sexuelle du parent, voir *Case v. Case*, où le juge mentionnait, parmi les facteurs qui, selon lui, inclinaient à donner la garde au père de préférence à la mère qui vivait une union homosexuelle : « There is another factor and that is that I greatly fear that if these children are raised by the mother they will be too much in contact with people of abnormal tastes and proclivities », [1975] 18 R.F.L. 132, p. 138 (Sask. Q.B.). Cf. également *Monette c. Sylvestre*, [1981] C.S. 731 : « (...) le Tribunal tient qu'il est préférable de fournir à l'enfant un modèle familial complet. Il est indéniable que l'enfant modèle ses comportements sur celui de ses pairs » (p. 734), et *Droit de la famille — 31*, où l'homosexualité, comme telle, est considérée comme un élément négatif, [1983] C.S. 69, p. 72 s.

Tout dépend donc de l'attitude et de l'entourage du parent. Ainsi l'instabilité affective du parent homosexuel qui, dans la circonstance, était également *peregrin* et avait cherché à limiter les droits de visite et de sortie de l'autre parent, a-t-elle été considérée comme un facteur négatif⁶⁴. De même, l'alcoolisme dont elle souffrait et la violence à laquelle elle-même et sa partenaire étaient enclines ont-elles fait perdre à une mère homosexuelle la garde de son enfant⁶⁵.

Par ailleurs, les juges québécois et canadiens semblent attacher beaucoup d'importance à la discrétion dont le parent fait montre en regard de son orientation sexuelle. Celle-ci, d'ailleurs, est le plus généralement considérée sous deux angles, soit l'attitude et le comportement sexuel du parent⁶⁶ ou du couple, ce qui est le plus souvent le cas, et l'appartenance ou non à la sous-culture « gaie » :

« It has not been established that Mr. D.'s sexual preferences exclude members of the opposite sex. He describes himself as bisexual. He is discreet. He has not indulged in unusual exhibitionistic behaviour in the presence of the children, although there was evidence led which sought to establish that he did. His sexual orientation is not known outside his immediate circle; he does not flaunt it. Visitors to his home include married couples, mainly. He has never exhibited any missionary attitude or inclinations towards militancy in this difficult area of homosexual behaviour. He disclaims membership in any club, although he admits to having frequented a bar which has earned the reputation of having become a meeting place for people of homosexual leanings. »

« Mrs K. and Mrs O. sleep together in the same bed but do not engage in sexual contact in the presence of children. (...) Mrs K. is not a crusader and had until her meeting with Mrs. O. spent her life as a heterosexual. She may in the future, return to a heterosexual relationship (...).

Mrs. K. is not a missionary about to convert heterosexuals to her present way of life. She does not regard herself as "gay" in the sense that heterosexuals are morose...

Having had the opportunity to observe her in the course of her testimony together with that of Mrs. O., I am satisfied that their relationship will be discreet and will not flaunted to the children or to the community at large. »⁶⁷

Aussi le témoignage, tout comme l'absence de témoignage de la compagne ou du compagnon du parent, sont-ils importants. Ils permettront au juge d'apprécier l'atmosphère et le milieu dans lequel va évoluer l'enfant :

« Her absence from the witness box, however puts me in a position of uncertainty as to whether I should commit the children to the mother (...).

64. *Bezaire v. Bezaire*, (1981) 20 R.F.L. (2d), 358 (Ont. C.A.).

65. *Bernhardt v. Bernhardt*, (1979) 10 R.F.L. (2d) 33 (Man. Q.B.).

66. *D. v. D.*, *supra*, note 62, p. 333.

67. *K. v. K.*, *supra*, note 63, p. 59, 61, 62, 63 et 64.

I am afraid that I have a strong feeling that she hid E.M. from me and I do not know why.»⁶⁸

Souvent, également, on fera appel à un expert pour apprécier la capacité parentale du parent homosexuel et l'incidence de son orientation sexuelle sur le développement harmonieux de l'enfant⁶⁹.

S'il est permis d'affirmer que l'affichage par le parent de son orientation sexuelle, son militantisme et sa fréquentation de personnes appartenant au même milieu⁷⁰ sont généralement considérés comme un facteur de risque important qui conduira à refuser la garde de l'enfant, il se dégage cependant de l'ensemble des arrêts que nous avons consultés une attention et une insistance particulière, au plan de la preuve — dont la charge repose sur le parent homosexuel — sur la discrétion avec laquelle il vit son orientation, et plus particulièrement son union homosexuelle ainsi que sur son absence d'appartenance à un groupe ou à un mouvement « gai »⁷¹ :

« Toutes ont déclaré que les relations amoureuses de l'intimée se font des plus discrètement et qu'il n'existe chez elle aucune promiscuité ni exhibitionnisme.

68. *Case v. Case*, *supra*, note 63, p. 136 à 138. Sur l'incidence du témoignage du « conjoint homosexuel », voir H. W. EVANS, *supra*, note 51, p. 649 s. et H. BROWNSTONE, *supra*, note 55, p. 221 s.

69. Sur cette question, voir H. W. EVANS, *supra*, note 51, p. 649-650, et H. BROWNSTONE, *supra*, note 55, p. 228.

70. « Mrs. Case has been many times to a homosexual club in Regina and to a homosexual club in Saskatoon where she is vice-president of the women's section. She frequently invites members of the club to her home in couples or singly ». (*Case v. Case*, *supra*, note 63, p. 136).

« Même si aucune preuve directe et positive n'avait été apportée de l'existence de propensions sexuelles anormales dans ce milieu, la preuve soumise par l'intimé au sujet de la moralité des personnes vivant dans l'intimité de la requérante a créé une impression des plus défavorables » (*X. v. Y.*, C.S. Québec, n° 09-00173-75, 8 juillet 1976, cité par M.D. CASTELLI, *supra*, note 54, p. 176).

71. Devant certaines ingérences et de fait, une quasi-inquisition dans leur vie privée, certains parents homosexuels ont soulevé devant les tribunaux américains la question du respect de ce droit fondamental, sans compter celui de la liberté d'expression et du droit d'association garantis, au Canada, en partie par la Charte constitutionnelle et par la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec* et le principe d'égalité devant la loi. De fait, s'il faut admettre que ces droits fondamentaux doivent être limités lorsque confrontés aux droits et intérêts de l'enfant, certaines restrictions imposées parfois aux parents homosexuels en regard de leur mode de vie ne peuvent se justifier que s'il est prouvé qu'il nuit de façon précise au développement harmonieux de l'enfant.

Par ailleurs, ainsi que le souligne Harvey Brownstone : « When a court contends that the child's best interests justify putting the gay parent to the ultimatum of choosing between his natural lifestyle and custody of the children, it must be argued that, in truth, the child's best interests will not be furthered and quite likely will be harmed if a parent accepts custody with such restrictions :

L'intimée ne milite dans aucun mouvement homosexuel et ne prend part à aucune manifestation de cet ordre...

L'intimée a des amis de sexe masculin et fréquente des couples qu'elle reçoit à la maison. La fillette a des amis des deux sexes, qu'elle voit régulièrement...

Elle admet son orientation sexuelle qu'elle déclare accepter fort bien. Elle ne manifeste pas publiquement cette orientation. Ses relations ne se font pas devant sa fille. »⁷²

En ce sens, nos tribunaux semblent moins libéraux que la jurisprudence américaine. Ainsi la Cour supérieure de l'État de Washington a-t-elle accordé la garde de trois adolescentes à leur mère homosexuelle et à sa compagne, nonobstant le fait que les deux femmes aient largement publicisé la nature de leur relation, tant dans la presse écrite qu'à la radio et à la télévision, en vue d'attirer l'attention du public sur leur cas ⁷³.

... if the courts purpose in breaking up lesbian relationship to protect the children from homophilia, the demand appears questionable. Regardless of whether their mother manifests her lesbianism or whether she endeavours to conceal her feelings, children are going to sense that she is "different". Decisions that attempt to destroy homosexual friendships therefore do nothing but foster dishonesty between parent and child. They do not deter homosexuality; they only make homosexuals miserable.

Even for the gay parent who makes a sincere effort to abide by the court order and thereby severs his homosexual liaison, undoubtedly his feelings of frustration, anger, and anxiety would impair his capacity to be a good parent, since such an emotional trauma can only have a detrimental effect on parent-child interaction. It might therefore be argued that the state's concern in promoting the child's best interests would in fact be defeated by the imposition of restrictive conditions of this nature. ». Voir également, RILEY, « The Avowed Lesbian Mother and her Rights to Child Custody! A Constitutional Challenge that can no Longer be Denied », (1975) 12 *San Diego Law Rev.* 799.

72. *Monette c. Sylvestre*, *supra*, note 63, p. 732-733 : « Il paraît acquis que jamais elle ne poserait de geste de nature à les inciter à suivre la voie sentimentale et l'orientation sexuelle qu'elle a personnellement choisie. Selon toutes probabilités, on peut escompter que, durant les quelques nuits où les enfants seront présents sous son toit, il ne se passera aucun incident qui puisse être répréhensible sous l'article 168 du Code criminel ». *Cloutier c. Trudel*, *supra*, note 59, p. 953 : « Dans le cas présent, eu égard aux relations mère-enfant, aucune allégation d'attitudes ou de gestes répréhensibles n'existe et rien n'indique qu'en présence des enfants, l'intimée n'est autre chose qu'une mère normale et responsable. Rien n'indique, d'autre part, que face aux enfants, Mme T.D.F. agisse autrement » ; *Johnson c. Rochette*, [1982] C.S. 407, p. 408 ; « (...) any possible effects for Lynn from the mother's sexual orientation have been minimized by the following circumstances : (1) she is not militant ; (2) she does not flaunt her homosexuality ; (3) she does not seem to be biased about Lynn's orientation and seems to assume that Lynn will be heterosexual ; (4) there is no covert contact apart from sleeping in the same bed ; (5) the sexual partner has a reasonably good relationship with the child » , *Re Barkley and Barkley*, (1980) 108 D.L.R. (3d) 613, p. 617-618.
73. *Schuster v. Schuster*, 90 Wash. 2d 626, 585, P 2d 130 (1978) ; voir également *Bezio v. Patenaude*, 410 N.E. 2d 1207 (Mass. 1980). À ce sujet, H. BROWNSTONE écrit : « ... at least some courts have adopted the proposition that the "openness" of a homosexual parent is to be restricted only at the point where detriment to the children's best interests is likely to occur, i.e. at the point where there is reflect. It may be that the Canadian position is the

2.3.2. L'opprobe sociale

La crainte que l'enfant ne souffre du climat de rejet ou d'indignation que l'orientation sexuelle de son parent suscite dans la communauté est un autre facteur qui influe sur la décision du juge.

En effet, l'enfant, écrit Mireille D. Castelli, risque d'être fortement éprouvé :

« Ce risque existe, et il peut être très grave dans certains cas. À travers les relations fortement négatives suscitées dans l'entourage, l'enfant peut percevoir une image très dévalorisée de son parent. Il peut, de plus, être personnellement atteint par assimilation au groupe parental auquel il est confié. Un tel état de fait, difficile à cerner parce que souvent tissé d'un réseau de réflexions, d'attitudes, de sous-entendus... n'en risque pas moins d'être traumatisant pour un enfant pris dans une situation qui lui échappe. Certes, celui-ci pourra en être affecté de manière fort variable. Certains dotés d'une forte personnalité et d'une sensibilité peu aiguisée y seront relativement indifférents. Pour d'autres au contraire, les faire vivre dans un climat d'hostilité affectera définitivement leur personnalité dans un sens plus négatif tels, repliement sur soi ou agressivité : or, aussi bien les réactions de l'enfant que celles de son entourage sont difficiles à apprécier. »⁷⁴

L'évaluation de ce second ordre de risque dépendra, dans une certaine mesure, de la façon dont le parent réagira lui-même face à l'enfant et à la communauté en regard de la désapprobation sociale⁷⁵, mais elle peut aussi être fonction du degré d'urbanisation du milieu auquel appartiennent l'enfant et son parent⁷⁶ :

same, in which case the difference is that American courts seem to be prepared to go further than Canadian courts in determining the point at which a homosexual parents openness will harm a child's welfare », *supra*, note 55, p. 220 à 227.

74. *Supra*, note 54, p. 168-169.

75. « The degree of risk in the entire area of the child's necessary adjustments to the situation will depend, no doubt, on the good sense of the mother in handling the issue and on the interplay with peers and the public at large. It is possible that the public will not be aware of the homosexual situation. It is difficult to know to what extent Lynn's peers will know. It is difficult to know how Lynn herself will react.

It is my view that there has been a certain amount of liberalization of the public attitude about homosexuality and such cases as *People v. Brown*, (1973), 49 Mich. App. 358, may well have put to rest any presumptions that homosexuality in itself renders a home an unfit place for children.

... Whatever significant risks remain in the area of Lynn's necessary adjustments to our "homophobic" society, they are too esoteric and speculative for me to attach much weight to. I think they must give way here to the more concrete indicia of "best interests". »

Re Barkley and Barkley, *supra*, note 72, p. 615, 618; dans le même sens, voir *Cloutier c. Trudel*, *supra*, note 59, p. 953 et en droit américain, *Whitehead v. Black*, 2 *Fam. L. Rep.* (B.N.A.) 2593 (Me Super. Ct.), 1979. Voir également C. BOYLE, *supra*, note 57, p. 135.

76. A. MAYRAND, *supra*, note 46, p. 46.

« Considérant que Ge... C... approche de l'âge où, à l'école, l'homosexualité de sa mère pourrait éventuellement être connue dans une petite ville comme..., si ce n'est déjà le cas et, son meilleur intérêt milite en faveur de sa garde par son père, l'intimé en cette cause. »⁷⁷

Si, par ailleurs, l'analogie entre la situation de l'enfant gardé et élevé par un parent homosexuel avec celle de l'enfant vivant avec un parent hétérosexuel mais de race différente a autorisé, dans certains cas, à considérer la réaction du milieu comme un facteur non déterminant⁷⁸, il n'est pas certain qu'elle puisse refléter une vision uniforme de l'appréciation de l'intérêt de l'enfant par les tribunaux⁷⁹.

Aussi bien faut-il encore souligner, pour en conclure avec l'évaluation de la capacité parentale et de l'intérêt de l'enfant face au « syndrome » homosexuel que, dans tous les cas où ni le risque de déviance, ni la désapprobation sociale n'ont été démontrés et où donc, rien n'autorisait à enlever l'enfant à son père ou à sa mère, ou à restreindre leurs droits de visite et de sortie, les tribunaux ont toujours rappelé que leur décision, par sa nature, pouvait toujours être modifiée au cas où la situation deviendrait nocive pour l'enfant⁸⁰.

Les éléments dont nous avons fait état sous cette rubrique peuvent tout autant être transposés en matière d'adoption, puisqu'il s'agit ici encore d'apprécier l'aptitude du parent ou du couple adoptif à assurer le développement le plus harmonieux possible de l'enfant.

Dans la mesure en effet où « toute personne majeure peut maintenant, seule ou conjointement avec une autre personne, adopter un enfant »⁸¹ et où « l'adoption ne peut avoir lieu que dans l'intérêt de l'enfant et aux conditions prévues par la loi »⁸², toute personne homosexuelle ou un couple homosexuel

77. *Droit de la famille* — 31, *supra*, note 63, p. 12 du jugement.

78. « I considered also the fact that community standards in Mrs. K's town might be less sophisticated than that of Edmonton or Toronto with respect to homosexuality and am of the view that such differences, if they exist, are not material. A heterosexual living with a partner of the opposite sex but of a different race would be equally likely to suffer from negative community reaction and this would in turn be visited upon the children », *K. v. K.*, *supra*, note 63, p. 64-65.

79. Comparer notamment avec *Hayre c. Hayre*, 21 R.F.L. 191 (B.C.C.A.) où le tribunal, face à des parents d'égale aptitude à s'occuper de l'enfant, confia l'enfant au père, de race Sikh, plutôt qu'à la mère qui était canadienne, l'enfant s'identifiant davantage à la race Sikh.

80. Cet élément de précision se retrouve en effet dans la majorité des arrêts que nous avons étudiés.

81. Art. 596 C.C.Q., tel qu'introduit par la loi n° 89 et entré en vigueur le 1^{er} décembre 1982.

82. Art. 595 C.C.Q.

devient éligible à l'adoption⁸³. Cette éventualité, on le sait, fait l'objet de vives critiques⁸⁴, « fondées en théorie peut-être, écrit Monique Ouellette, mais en pratique non justifiées » :

« Le besoin de l'enfant d'évoluer dans un milieu "normal" de s'identifier à ses parents, sont des arguments qui peuvent emporter la décision du juge. Le risque grandit si la priorité est accordée aux besoins affectifs : besoin de sécurité, de se sentir aimé, protégé. L'intérêt de l'enfant logé à cette enseigne complique la décision du juge qui devra porter un jugement moral sur l'option sexuelle des requérants. »⁸⁵

Sur ce point donc, le parallélisme se justifie et l'on est en droit de penser que la jurisprudence en matière de garde d'enfant sera un guide précieux. C'est cependant oublier un autre élément, souligné par ce même auteur, car il faudra compter, en effet, avec les politiques internes que se donneront les C.S.S. qui, au plan local et sous réserve des placements privés prévus par le Code, détiennent le monopole du placement en matière d'adoption :

« Voulant éviter toute discrimination, il est probable que le législateur ait créé un problème dont la solution n'est pas simple. Il sera sans doute maîtrisé par le biais des règles internes que se donneront les agences d'adoption lesquelles fixeront des critères d'évaluation et des listes de priorités applicables aux adoptants. Cette solution ne nous semble pas plus heureuse : la loi sera faite par un organisme administratif, sans les garanties du processus judiciaire. Ce ne sont là que spéculations en attendant soit la jurisprudence, soit des textes législatifs complémentaires. »⁸⁶

En ce sens, la conclusion à laquelle arrivait Christine Boyle, dans son article intitulé *Custody Adoption and the Homosexual parent*, nous apparaît-elle extrêmement pertinente, car elle reflète bien tout le dilemme de l'appartenance à une minorité :

83. Soulignons que si la plupart des lois provinciales canadiennes autorisent (la seule exception étant l'Ontario) une personne seule à adopter un enfant, elles exigent aussi, lorsqu'il s'agit d'une adoption conjointe, le consentement du conjoint légal : *Child Welfare Act*, R.S.A. 1980, c. C-8, art. 45; *Adoption Act*, R.S.B.C. 1979, c. 4, art. 3; *Child Welfare Act*, S.M. 1974, c. 30, l. c. 80, art. 99; *Provincial Court Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-21, art. 66; *Adoption of Children Act*, S.N.Fld 1972, Act n° 36, art. 4; *Children's Services Act*, S.N.S. 1976, c. 8, C.S.N.S., c. 13, art. 13; *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, art. 74; *Adoption Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. A-1, art. 3; *Family Services Act*, R.S.S. 1978, c. F-7, art. 51; *Child Welfare Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. C-3, art. 80; *Child Welfare Ordinance*, R.O.Y.T. 1971, c. C-4, art. 67.

84. Il suffit de se référer aux discussions qui ont eu lieu en commission parlementaire qui ont précédées l'adoption de la loi.

85. « La loi n° 89 : la filiation par le sexe et l'adoption », [1981] *C.P. du N.*, 123, p. 148. Voir également, du même auteur, « Le nouveau droit de la famille et l'adoption », (1982) 13 *R.G.D.* 109.

86. *Id.*, p. 126-127.

« The factor of homosexuality should be and seems to be treated in the same way in both custody and adoption disputes. The general approach is that it is not harmful for a child to have contact with a homosexual parent, so long as there are not other factors which create a risk that the child will become homosexual, or that he will suffer considerably from a negative community reaction. This approach is correct, although it might be argued on public policy grounds that a homosexual parent should not be treated any differently from a heterosexual parent. The same public policy argument would apply vis-à-vis inter-racial relationships and political activities. It can also be argued that there is no reason why a child should not be brought up as a homosexual. The only reason why this is undesirable is because homosexuals are not completely tolerated in our society. In other words, we have the classic vicious circle —homosexuals may be discriminated against because they are discriminated against. For whatever reasons, homosexuals often have a difficult time in our society, and it is not unnatural for the courts to wish to protect children from this to some extent, although this attitude, seen in a general context, may be part of the reason why homosexuals suffer in the first place. »⁸⁷

Conclusion

Dans ce champ particulier qu'est le droit de la famille, nous pensons avoir fait la démonstration que l'homosexualité, en tant qu'élément composant de la personne, n'est plus un sujet tabou, mais demeure, à priori, de par sa marginalité, encore suspecte — elle constitue, on s'en rappelle, un délit matrimonial. Bien que tolérée, elle ne peut pas, lorsqu'elle s'exprime en termes d'affectivité, être élevée au rang d'union.

87. *Supra*, note 57, p. 138-139.