

**MÉMOIRE SUR LA LOI INSTITUANT L'UNION CIVILE
DES PERSONNES DE MÊME SEXE
ET MODIFIANT LE *CODE CIVIL*
ET D'AUTRES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES
(Avant-projet de loi)**

Janvier 2002

MÉMOIRE DU BARREAU DU QUÉBEC

SUR LA

***LOI INSTITUANT L'UNION CIVILE DES PERSONNES
DE MÊME SEXE ET MODIFIANT LE CODE CIVIL ET D'AUTRES
DISPOSITIONS LÉGISLATIVES***

Avant-projet de loi

Premier trimestre 2002



LE BARREAU DU QUÉBEC

Créé en 1849, le Barreau du Québec a abordé le 21^{ème} siècle fort de ses 150 années d'existence marquées par de nombreuses transformations. Celles-ci n'ont toutefois nullement altéré le rôle du Barreau comme institution essentielle à la protection des valeurs d'une société libre et démocratique comme la nôtre. À ce titre, il veille à assurer la primauté du droit, à maintenir la séparation des pouvoirs, à promouvoir l'égalité de tous devant la loi et à protéger l'équilibre souvent précaire entre les droits du citoyen et les pouvoirs de l'État.

Le Barreau du Québec regroupe un peu plus de 19 300 membres en règle. Ses effectifs comptent près de 42% de femmes. Il a comme principal mandat d'assurer la protection du public. Pour ce faire, il doit veiller à la discipline de la profession, au respect de la déontologie ainsi qu'à la vérification de la compétence tant de ses membres que des personnes qui veulent joindre ses rangs.

Le Comité du Barreau du Québec sur le droit de la famille :

P^r Dominique Goubau – Québec, président
M^c Jean-Marie Fortin – Sherbrooke
M^c Roger Garneau – Québec
M^c Miriam Grassby – Montréal
M^c Suzanne Moisan – Montréal
M^c Eva Petras – Montréal
M^c Suzanne Pilon – Longueuil
M^c Élisabeth Pinard – Québec
M^c Claire Savard – Montréal
M^c José Turgeon – Montréal
M^c Pierre Valin – Québec

M^c Suzanne Vadboncoeur, secrétaire
Directrice du Service de recherche et de législation
Barreau du Québec

Le Comité du Barreau du Québec sur les droits de la personne :

M^c Nicole Trudeau – Montréal, présidente
M^c François Crépeau – Montréal
M^c Esther Elkrieff – Montréal
M^c Carmelle Marchessault – Montréal
M^c Pierre Poupart – Montréal

M^c Julie Delaney, secrétaire
Avocate au Service de recherche et de législation
Barreau du Québec

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
INTRODUCTION.....	6
COMMENTAIRES GÉNÉRAUX.....	8
1. La liberté de choix.....	8
2. La terminologie.....	9
3. L'union civile et l'adoption.....	10
4. L'union civile et le mariage.....	13
5. Le problème constitutionnel.....	14
6. La force exécutoire de l'acte notarié.....	16
7. La dissolution de l'union civile.....	17
CONCLUSION.....	20

INTRODUCTION

Le droit de la famille et le droit des personnes sont deux secteurs du droit qui ont toujours retenu l'attention du Barreau du Québec. D'ailleurs, le Barreau est intervenu dans tous les grands débats, tant sociaux que législatifs, et a, dans la plupart des cas, présenté sa position aussi bien à l'Assemblée nationale qu'au Sénat et à la Chambre des communes. Cet avant-projet de loi s'inscrit dans la foulée des réformes législatives visant à reconnaître les droits des personnes homosexuelles tant au niveau national qu'international. Il crée une nouvelle institution, l'union civile, réservée aux couples de même sexe qui souhaitent s'engager publiquement à faire vie commune et à respecter les droits et obligations que cet engagement engendre. Ainsi, le législateur tente de régler les liens entre les partenaires et leur relation avec les enfants.

Le Comité du Barreau sur le droit de la famille, composé d'experts qui exercent tant à Montréal, à Québec qu'en province, de même que le Comité sur les droits de la personne, ont procédé à l'étude de l'avant-projet de loi. Les délais, malheureusement un peu courts, dont ils disposaient pour traiter d'un sujet d'une telle portée socio-juridique ne leur ont toutefois pas permis d'analyser en profondeur les législations des autres pays ou États où l'union civile (*domestic partnership* dans les États anglophones) est reconnue, notamment aux fins d'évaluer pourquoi certains ont permis l'adoption par le couple et d'autres non. On doit également reconnaître qu'aucune discussion publique n'a vraiment eu lieu sur le sujet, d'où l'importance de la présente commission parlementaire.

Ceci étant et considérant qu'il s'agit d'un avant-projet de loi, le Barreau du Québec soumet sa position préliminaire en énonçant des commentaires généraux et, à l'occasion, en formulant certaines recommandations, qui s'articulent autour des thèmes suivants : la liberté de choix, la confusion terminologique, l'union civile et l'adoption, l'union civile et

le mariage, le problème constitutionnel, la force exécutoire de l'acte notarié et la dissolution de l'union. Ce faisant, le Barreau du Québec remplit sa mission générale de protection du public à la lumière des principes de justice fondamentale et des règles de droit.

Les différents points de vue qui s'exprimeront et les échanges qui se feront entre les participants et les parlementaires au cours des auditions qui se tiendront devant la Commission des Institutions seront sans doute de nature à jeter un éclairage intéressant sur le débat de façon à ce que le Québec, au bout du processus législatif, puisse être doté d'une législation qui soit d'avant-garde mais également respectueuse des valeurs que la société québécoise s'est données.

COMMENTAIRES GÉNÉRAUX

1. La liberté de choix

D'entrée de jeu, le Barreau du Québec constate avec contentement que l'avant-projet de loi respecte la liberté de choix afin d'offrir aux couples de même sexe la possibilité de choisir tout comme les couples de sexe différent de soumettre ou non leur relation conjugale à un cadre juridique préétabli. En effet, les couples hétérosexuels peuvent actuellement opter soit pour le mariage et alors être régis par une série de règles, soit pour l'union de fait et n'être soumis à aucune règle particulière en dehors des règles normales du droit civil et celles du droit social qui reconnaît la réalité des couples non mariés. Dorénavant, les couples homosexuels auront la même opportunité, celle de choisir ou non l'union civile avec les conséquences juridiques afférentes à ce choix. À cet égard, il est utile de rappeler que même en n'optant pas pour ce nouveau partenariat qu'est l'union civile, les couples homosexuels sont sur le même pied que les couples hétérosexuels non mariés.

Certains souhaitent étendre cette nouvelle institution de l'union civile aux conjoints de fait; le Barreau du Québec n'en voit pas la nécessité. Il partage en effet la décision du législateur de laisser libres les couples hétérosexuels et homosexuels de décider de s'assujettir ou non à des normes, l'union civile étant à cet égard le miroir du mariage. L'État n'ayant pas à s'immiscer dans la vie privée des gens, le Barreau se réjouit qu'aucun régime ne soit imposé à qui que ce soit et que l'on maintienne la liberté de choix pour tous les couples lorsqu'il s'agit de leur statut domestique en droit privé.

2. La terminologie

En second lieu, le Barreau du Québec soumet que la terminologie utilisée dans l'avant-projet de loi est souvent source de confusion. Bien que nous n'ayons pas l'intention de relever toutes les incongruités du texte, nous en dénoncerons quelques-unes. La source primaire de confusion se situe au niveau des termes « partenaires », « conjoints » et « époux » et l'ajout d'un article à la *Loi d'interprétation*¹ ne nous éclaire pas toujours sur le sujet. À titre d'exemple, à l'article 3167 du *Code civil* le mot « époux » est remplacé par « conjoints » alors qu'à l'article 856 le mot « conjoint » est remplacé par « époux ou partenaire ». Est-ce à dire que les conjoints de fait seraient visés par l'article 3167 du *Code* mais non par l'article 856? Autre exemple de confusion : l'article 307 du *Code de procédure civile* est modifié par le remplacement des mots « pendant le mariage » par « au cours de la vie commune » : réfère-t-on à la vie commune tant des époux, des partenaires que des conjoints de fait? Il serait utile de le préciser. Les conjoints de fait n'ont jamais été régis par les dispositions du Livre II du *Code civil* ni par celles du *Code de procédure civile*; mais si l'on se fie aux notes explicatives de l'avant-projet, il semble qu'il en sera désormais autrement en ce qui concerne certains droits en particulier.

Il est impératif que le législateur veille à ce que toutes les modifications pertinentes soient apportées au *Code civil* et aux autres législations visées; par exemple, chaque fois que le mot « conjoint » s'y retrouve, une vérification doit être faite à savoir si une modification corrélative s'impose. Entre autres, l'article 15 du *Code* devrait être modifié pour permettre aux conjoints de fait de consentir aux soins et ce, en conformité avec les notes explicatives de l'avant-projet de loi qui prévoient que « l'avant-projet de loi rend applicable [sic], non seulement aux personnes liées par une union civile, mais également aux conjoints de fait, de même sexe ou de sexe différent, des dispositions qui visent certaines situations de vie commune. Ces dispositions portent, notamment, sur le

¹ L'article 142 de l'avant-projet ajoute l'article 61.1 à la *Loi d'interprétation*, dont le second alinéa émet comme principe que les conjoints de fait sont assimilés aux époux et aux partenaires à moins que le contexte ne s'y oppose.

consentement pour autrui aux soins requis par l'état de santé... ». Dans la hiérarchie des personnes pouvant donner un consentement substitué, les « partenaires » et les « conjoints », y compris les conjoints de fait, devraient être sur le même pied et passer avant les proches parents et les personnes qui démontrent un intérêt particulier.

Dans le même ordre d'idées, les articles 397 et 398 du *Code civil* devraient être modifiés pour vraiment refléter la volonté du législateur de donner aux époux et aux partenaires, à peu de choses près, les mêmes droits et les mêmes obligations. Le Barreau insiste sur la nécessité que le justiciable, autant que tout autre intervenant dans l'administration de la justice, comprenne bien la portée réelle des dispositions du *Code* sans devoir, par un exercice complexe d'interprétation du nouvel article 61.1 de la *Loi d'interprétation*, vérifier dans chaque cas si le droit ou l'obligation s'applique également aux conjoints de fait.

Enfin, par souci de clarté, les divers éléments contenus au quatrième alinéa du nouvel article 521.5 mériteraient d'être départagés en plusieurs articles. La scission de cette disposition se justifie par l'importance des concepts qu'elle englobe, notamment la résidence familiale, le patrimoine familial et la prestation compensatoire. La simple utilisation de l'expression « avec les adaptations nécessaires » ne suffit pas.

3. L'union civile et l'adoption

Le Barreau du Québec s'interroge sur les intentions gouvernementales de permettre ou non l'adoption par les couples homosexuels : la transcription de la conférence de presse donnée par le ministre Bégin le 7 décembre 2001 est formelle : alors qu'il répondait à une question, Monsieur Bégin a clairement affirmé que « la question de l'adoption [qui] n'est pas incluse dans l'avant-projet de loi. ». Pourtant, plusieurs dispositions² de l'avant-projet utilisent l'expression « enfants communs » : comment un couple homosexuel (hommes ou

² Voir notamment l'article 521.14.

femmes) peut-il avoir des *enfants communs* sinon par le biais de l'adoption? En outre, l'article 521.5 fait référence à « la direction de la famille », ce qui laisse supposer que les enfants ont un lien avec les deux partenaires et non seulement avec le parent biologique ou adoptif. Comment ce lien se crée-t-il sinon par l'adoption par le couple? Dans l'hypothèse où le gouvernement ne souhaiterait pas permettre l'adoption par les couples homosexuels, la rédaction de l'avant-projet de loi devra être revue puisque actuellement, elle laisse croire le contraire. Afin d'enrayer la confusion, le législateur devrait utiliser uniquement le terme « enfants ».

Par ailleurs, la possibilité pour les personnes homosexuelles d'avoir recours à l'adoption ne nous semble pas expressément exclue dans l'état actuel du *Code civil*. En effet, l'article 546 du *Code* édicte que toute personne majeure peut, seule ou conjointement avec une autre personne, adopter un enfant; cette disposition, qui n'est pas modifiée par l'avant-projet, ne précise guère de quel sexe doit être cette autre personne. De plus, l'article 555 du *Code civil* est modifié par le remplacement des termes « du conjoint ou du concubin du père ou de la mère, si, étant concubins » par les mots « du conjoint du père ou de la mère, si, lorsqu'il s'agit de conjoints de fait », ce qui laisse croire en la possibilité pour un partenaire d'adopter l'enfant de son conjoint si l'on se fie à l'article 61.1 de la *Loi d'interprétation* (ajouté par l'article 142 de l'avant-projet de loi) qui nous indique que « sont des conjoints de fait, deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui se présentent publiquement comme un couple, sans égard, sauf disposition contraire, à la durée de leur vie commune. ». Cela étant, le législateur se doit de clarifier certains articles si son intention est réellement d'exclure l'adoption pour les couples de même sexe. D'ailleurs, le *Code civil* actuel est construit sur une base qui rendrait difficilement applicables les effets d'une adoption par un couple homosexuel : sur le plan des successions notamment, les règles de dévolution successorale sont fonction des lignes maternelle et paternelle.

Sur la question de l'opportunité d'ouvrir l'adoption aux couples de même sexe, il faut être prudent compte tenu que l'adoption a pour effet de créer des liens de filiation. On doit en effet distinguer la filiation de l'autorité parentale. Lorsque les homosexuels et les lesbiennes réclament le droit d'être parents, on est en droit de se demander s'ils veulent avoir sur l'enfant de leur conjoint les attributs de l'autorité parentale ou créer de véritables liens de filiation. Une étude américaine analysée dans un document du *Conseil du statut de la femme* indique que 20% des lesbiennes sont mères, 10% des homosexuels sont pères et que la plupart de ces parents ont des enfants issus d'une union hétérosexuelle³. Est-il essentiel de permettre l'adoption? Un couple de même sexe peut avoir la garde d'un enfant mais cette notion n'engendre aucun lien de filiation.

L'enfant a toujours un père et une mère (connus ou inconnus), peu importe qu'il soit gardé par sa mère et sa partenaire ou son père et son partenaire. Il est possible de créer une famille par le biais de la garde et de l'autorité parentale sans pour autant créer un lien de filiation. Une différence fondamentale demeure entre les questions de garde, de surveillance et d'éducation et celles qui vont plus loin en introduisant le concept de filiation. Le *Code* précise que l'adoption ne peut avoir lieu que dans l'intérêt de l'enfant et aux conditions prévues par la loi⁴. La *Convention relative aux droits de l'enfant* vise à assurer le respect du meilleur intérêt de l'enfant⁵. Bien que toute personne majeure puisse adopter un enfant, encore faut-il que l'intérêt de cet enfant soit respecté. Quel serait l'impact d'une nouvelle politique de filiation où dorénavant, la filiation n'impliquerait plus nécessairement un père et une mère comme cela existe depuis toujours mais établirait désormais un lien entre un enfant et deux mères ou deux pères? La filiation ne serait-elle pas, ainsi, vidée de son sens? Il importe de discuter plus amplement de cette question et d'analyser tous les impacts qu'un tel changement entraînerait. Entre autres, il y aurait lieu – le temps nous a manqué – d'analyser les motifs qui ont incité la plupart des pays qui

³ RECHERCHE DU CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, « Une plus une : la reconnaissance légale des couples de lesbiennes », Gouvernement du Québec, Août 1998 à la p. 28.

⁴ *Code civil*, article 543.

⁵ *Convention relative aux droits de l'enfant*, article 3.

reconnaissent un certain statut juridique aux couples de même sexe, à ne pas inclure dans ce statut le droit à l'adoption.

Enfin, on doit garder à l'esprit, dans l'hypothèse où l'adoption ne leur serait pas reconnue, que rien n'empêche l'un des deux partenaires d'adopter un enfant. D'autre part, l'introduction en droit québécois de la notion de *in loco parentis* permettrait au conjoint du parent adoptif de se voir reconnaître un lien privilégié avec l'enfant. L'application de cette notion en droit québécois profiterait également aux conjoints de fait hétérosexuels placés dans une situation analogue. Elle bénéficierait surtout aux enfants, quel que soit le statut conjugal des adultes avec lesquels il vit, puisque cette notion entraîne pour l'adulte qui a agi *in loco parentis* une éventuelle obligation alimentaire. Rappelons que cette notion s'applique déjà au Québec, mais seulement par le biais de la *Loi sur le divorce*, ce qui crée une discrimination à l'égard des enfants dont un parent vit avec un nouveau conjoint en dehors des liens du mariage.

4. L'union civile et le mariage

Le mariage, l'union d'un homme et d'une femme dans le but, notamment, de procréer, est une institution traditionnelle qui s'est vu conférer un statut fort particulier en raison de sa notoriété, de son caractère sacré, qu'il soit religieux ou non, et peu importe les âges et les pays où il se célèbre et les rites qui l'entourent. Par ailleurs, les obligations découlant du mariage⁶ peuvent également se retrouver hors mariage, assurant ainsi une certaine protection et des avantages économiques aux couples non mariés, qu'ils soient de même sexe ou de sexe opposé : il leur suffit, en effet, de signer une convention purement civile aux termes de laquelle les conjoints s'imposent certaines obligations, notamment en cas de rupture. Soulignons, pour illustrer l'ampleur de ce droit, que la Cour d'appel du Québec a récemment confirmé que des conjoints de fait peuvent se soumettre contractuellement aux dispositions du Code civil concernant le partage du patrimoine

⁶ Notamment le secours et l'assistance, les obligations alimentaires, les dispositions relatives au partage du patrimoine familial, ainsi que les obligations découlant du régime matrimonial ou du contrat de mariage.

familial⁷. La volonté de ne pas se marier est justifiée par toutes sortes de considérations d'ordre socio-culturel mais également par la volonté des couples de ne pas être soumis aux conséquences économiques et juridiques du mariage. Il est important de respecter la liberté de choix, comme le législateur québécois l'a toujours fait lorsqu'il s'est agi de savoir s'il fallait imposer ou non un cadre juridique aux conjoints de fait en droit privé. L'avant-projet de loi accorde aux personnes liées par l'union civile, à peu d'exceptions près, les mêmes droits et obligations que les personnes liées par le mariage. En fait, cette union civile a tout du mariage sauf le nom. Elle en a entre autres le caractère public et solennel. On peut par contre affirmer qu'elle comporte certains éléments discriminatoires vis-à-vis des couples mariés : on ne peut s'unir aussi jeune que dans le cadre d'un mariage – les futurs partenaires doivent en effet avoir atteint l'âge de dix-huit ans alors que seize ans suffit aux futurs époux pour contracter mariage – et les partenaires n'ont pas à se soumettre à la *Loi sur le divorce* pour obtenir la dissolution de leur union.

5. Le problème constitutionnel

Outre ces aspects, l'avant-projet de loi pourrait faire accroc à certains principes constitutionnels. Le fédéral ayant compétence en matière de mariage et de divorce, le Barreau entrevoit une contestation judiciaire basée sur l'inconstitutionnalité de l'union civile qui paraît être un mariage déguisé duquel on retire l'appellation « mariage » et l'obligation de passer par la *Loi sur le divorce* en cas de rupture. En effet, l'article 521.5 de l'avant-projet nous enseigne que

«521.5 Les partenaires ont, en union civile, les mêmes droits et les mêmes obligations.

Ils doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance.

Ils sont tenus de faire vie commune.

⁷ *S.C c. P.G.*, [2001] R.J.Q. 2047 (C.A.).

L'union civile, en ce qui concerne la direction de la famille, l'exercice de l'autorité parentale, la contribution aux charges, la résidence familiale, le patrimoine familial et la prestation compensatoire, a, compte tenu des adaptations nécessaires, les mêmes effets que le mariage et crée une alliance entre chaque partenaire et le parent de son conjoint.

Les partenaires ne peuvent déroger aux dispositions du présent article quel que soit leur régime partenarial. »

Comme pour les époux, les partenaires peuvent soumettre leur différend au tribunal s'ils ne s'entendent pas sur l'exercice de leurs droits ou l'accomplissement de leurs devoirs. La dissolution de leur régime partenarial a les mêmes effets que la dissolution du mariage, y compris sur les donations. Le décès de l'un des partenaires crée un droit successoral chez l'autre, etc.

Au niveau de la dissolution, la non-application de la *Loi sur le divorce* confère un certain avantage aux couples de même sexe sur les couples de sexe opposé. Essentiellement, c'est la seule différence entre l'union civile et le mariage : les formalités de dissolution sont de beaucoup simplifiées dans le premier cas; nous y reviendrons.

On constate donc aisément que l'essence même de cette loi consiste à créer une institution nouvelle en tous points identique à celle du mariage mais sans en avoir nécessairement le pouvoir constitutionnel. On pourra arguer qu'il s'agit essentiellement d'un contrat civil mais la frontière est très mince, on en conviendra. Souvenons-nous de la maxime « On ne saurait faire indirectement ce que la loi interdit de faire directement »; les tribunaux seront peut-être appelés à l'appliquer dans un éventuel débat judiciaire sur la constitutionnalité de cette loi.

6. La force exécutoire de l'acte notarié

Là où le bât blesse, c'est que les nouvelles dispositions introduites au *Code civil* traitant de l'union civile non seulement accordent une juridiction exclusive aux notaires en regard de la préparation d'une déclaration commune de dissolution de l'union civile mais introduisent dans le *Code* la force exécutoire de l'acte notarié en conférant à la déclaration notariée les effets d'un jugement de dissolution⁸ prononcé par le tribunal. Le Barreau du Québec ne peut que s'objecter à cette façon de modifier les compétences exclusives des deux ordres professionnels de juristes sans autre discussion ni débat. De plus, le Barreau du Québec s'élève contre cette décision aussi soudaine qu'unilatérale du gouvernement de retirer aux avocats, dans les cas de dissolution par notaire, le pouvoir de préparer et de rédiger des conventions. Il n'y a aucune raison pouvant justifier un tel revirement, lequel, de surcroît, porte atteinte à la liberté des partenaires de choisir leur professionnel.

Au surplus, cette juridiction exclusive accordée aux notaires comporte une conséquence inacceptable. Elle a pour effet, lorsque le différend se règle par médiation et qu'il n'y a pas d'enfant, de créer deux pratiques distinctes et parallèles selon que le couple est formé de personnes de même sexe ou de sexe différent. En effet, le couple hétérosexuel pourra confier le mandat à l'avocat médiateur ou à tout autre avocat si la médiation a été effectuée par un autre professionnel de compléter le dossier devant les tribunaux, c'est-à-dire de préparer la convention ainsi que la demande conjointe et de les présenter au tribunal. Au contraire, dans les mêmes circonstances, le couple homosexuel n'aura d'autre choix que de passer par la dissolution devant notaire selon les articles 521.11 et suivants du *Code civil* (convention et déclaration notariées).

⁸ Avant-projet de loi – *Loi instituant l'union civile des personnes de même sexe* et modifiant le *Code civil* et d'autres dispositions législatives, article 521.11 et 521.13.

7. **La dissolution de l'union civile**

Contrairement à la procédure à suivre en cas de divorce, l'avant-projet de loi permet au notaire de recevoir une déclaration commune de dissolution de l'union civile accompagnée d'une convention de séparation, elle-même notariée, et de donner effet à cet accord sans intervention du tribunal. Malgré cette « facilité », la déclaration a le même effet qu'un jugement de divorce, ce qui est discriminatoire envers les couples mariés qui doivent suivre les prescriptions de la *Loi sur le divorce*.

Le Barreau dénonce le fait que la désunion se fasse devant un professionnel plutôt que par voie judiciaire. L'union civile se veut une institution aussi sérieuse et solennelle que le mariage; le moyen d'en obtenir la dissolution doit l'être tout autant à défaut de quoi les gens auront l'impression qu'il s'agit d'une union de second ordre. Une institution solennelle à caractère public (formalités de publication préalable, célébration publique, etc.) ne peut être dissoute de façon privée, voire occulte, entre les quatre murs d'un bureau, celui-ci fût-il d'un officier public, à l'abri des regards et des interventions de toute personne qui pourrait se croire lésée par les arrangements convenus entre les parties. Le fait que la déclaration commune de dissolution soit notifiée au directeur de l'état civil pour soi-disant lui conférer un caractère public ne change rien à cette lacune majeure du système proposé.

Les couples mariés qui souhaitent divorcer et qui s'entendent sur les conséquences de leur divorce doivent soumettre leur projet de règlement au tribunal afin que celui-ci s'assure que le règlement projeté respecte les intérêts des parties en cause, notamment sur le plan alimentaire. Actuellement, bien que la plupart des dossiers en matière familiale se règlent sur consentement, ils demeurent soumis à cette vérification par le tribunal qui, faut-il le préciser, N'EST JAMAIS LIÉ PAR UNE CONVENTION INTERVENUE ENTRE LES PARTIES. Il est essentiel, dans l'intérêt de la justice et des justiciables, que le tribunal conserve ce pouvoir d'appréciation. Pour rassurer les gens qui y verraient un excès

de judiciarisation, précisons également que les parties n'ont généralement pas à se présenter à la Cour lorsqu'il y a entente mais les procureurs demeurent à la disposition du tribunal afin de répondre aux interrogations qu'un juge pourrait avoir, eu égard, notamment, au respect des intérêts des parties et des enfants. La dissolution devant notaire enlève au tribunal ce pouvoir discrétionnaire de refuser de donner acte à une convention qui s'avère être à l'encontre des intérêts d'une partie.

Peu importe qu'il s'agisse d'une rupture d'un mariage ou d'une union civile, la nature des obligations et des conséquences étant les mêmes, la procédure devrait être la même. Le notaire n'est pas compétent à juger de l'intérêt des parties en cause et ce, d'autant moins qu'il se trouve en conflit d'intérêts pour avoir d'abord préparé la convention pour ensuite lui donner force exécutoire. Peut-on s'attendre à ce qu'il questionne ce qu'il a lui-même écrit? Quelle protection cette façon de dissoudre l'union civile - qui se veut le miroir du mariage pour les couples homosexuels – accorde-t-elle au couple? En vertu de l'avant-projet de loi, le tribunal est saisi du dossier uniquement en l'absence d'entente entre les parties ou lorsque les intérêts de leurs « enfants communs » sont en cause⁹. Comme il leur est impossible d'avoir des « enfants communs » sauf par le biais de l'adoption, cela revient à dire qu'ils doivent aller devant le tribunal uniquement à défaut de déclaration commune de dissolution, c'est-à-dire à défaut d'entente.

Le Barreau du Québec réitère que le mariage et l'union civile étant des institutions-miroirs, non seulement la création de ces liens matrimoniaux ou partenariaux doit être similaire – et elle l'est – mais leur dissolution doit l'être également; il ne suffit pas de prendre uniquement les bons côtés de l'institution du mariage, il faut en intégrer tous les aspects ou encore établir deux institutions vraiment différentes, ce qui ne correspond pas, de toute évidence, aux souhaits du gouvernement. Le Barreau soutient donc que seul le tribunal peut assurer aux parties la protection nécessaire à la sauvegarde de leurs intérêts et recommande, à l'instar de ce qui se fait en matière non contentieuse, que la déclaration

⁹ Ibid, article 521.14.

notariée n'ait pas force exécutoire mais soit homologuée par le tribunal. Cette procédure d'homologation, assortie d'un délai de dix jours suivant le dépôt de la déclaration au greffe du tribunal, est essentielle pour permettre à des tiers qui pourraient être lésés par la convention intervenue entre les partenaires de faire opposition.¹⁰

Dans un autre ordre d'idées, à l'instar de la *Loi sur le divorce*¹¹, certaines conditions pourraient être exigées, notamment qu'il se soit écoulé une période de séparation avant de pouvoir procéder à la dissolution.

Enfin, le Barreau du Québec estime essentiel que les parties, même en cas d'entente, aient le choix, comme en matières non contentieuses, de s'adresser à un notaire (déclaration notariée suivie d'une homologation par le tribunal tel que recommandé plus haut) ou directement au tribunal par demande conjointe sur projet d'accord. Or, la seule lecture du troisième alinéa de l'article 521.11 du *Code civil* semble exclure ce choix. Par ailleurs, les articles 115 et suivants de l'avant-projet qui modifient le *Code de procédure civile* dans ses dispositions relatives au droit de la famille, pourraient y donner ouverture, bien que le droit procédural ne puisse autoriser ce que le droit substantiel ne permet pas.¹² Afin de s'assurer que ce choix existe et d'éliminer toute ambiguïté, les nouvelles dispositions 521.11 et 521.14 introduites par l'article 21 de l'avant-projet de loi devraient contenir un renvoi aux dispositions pertinentes du *Code de procédure civile*.

¹⁰ Voir les articles 863.9 à 863.12 du *Code de procédure civile* pour les matières non contentieuses.

¹¹ *Loi sur le divorce*, L.R.C., c. D-3.4, art. 8 par. 2 a).

¹² Les articles 115 et suivants de l'avant-projet de loi peuvent en effet être interprétés comme permettant que les projets d'accord puissent être soumis à la voie judiciaire; ils peuvent aussi être interprétés de façon stricte en limitant cette possibilité aux ententes impliquant des enfants.

CONCLUSION

En terminant, bien que le Barreau du Québec soit favorable à un avant-projet de loi qui assure une protection et des avantages économiques aux couples de même sexe en respectant leur autonomie et leur liberté de choix, il soutient que le législateur devra remédier à certaines lacunes. Une distinction entre certains termes et une uniformité au niveau des modifications clarifieront certes, quelques éléments confus, mais de grandes questions méritent d'être analysées, discutées et débattues, notamment en matière d'adoption et au niveau constitutionnel. Enfin, tout le processus de dissolution doit, de l'avis du Barreau, être modifié en tenant compte du caractère sérieux et solennel de l'union civile en regard du maintien de l'ordre public et des intérêts des parties en cause.