



La réception de la polygamie au regard du droit français et du droit canadien par rapport au mariage et à ses effets

Jens Urban

► To cite this version:

Jens Urban. La réception de la polygamie au regard du droit français et du droit canadien par rapport au mariage et à ses effets. Droit. Université de Perpignan, 2017. Français. NNT : 2017PERP0011 . tel-01564940

HAL Id: tel-01564940

<https://theses.hal.science/tel-01564940>

Submitted on 19 Jul 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur

Délivré par
**UNIVERSITE DE PERPIGNAN VIA
DOMITIA**

Préparée au sein de l'École doctorale INTER-MED
544

Et de l'unité de recherche CDED

Spécialité :

Droit privé

Présentée par

Jens Pierre Urban

**La réception de la polygamie au regard du
droit français et du droit canadien par
rapport au mariage et à ses effets**

Soutenue le 28 juin 2017

devant le jury composé de

M. Yves Picod, Professeur, Université de Perpignan Via Domitia
Mme Heather HARTUNG-MACRAE, Professeure, Université
York

Directeur
Codirectrice

M. Frédéric LECLERC, Professeur, Université de Perpignan Via
Domitia

M. Rémy CABRILLAC, Professeur, Université de Montpellier

M. Christophe ALBIGES, Professeur, Université de Montpellier

Mme Christine HUGON, Professeure, Université de Montpellier

Rapporteur
Rapporteur

Remerciements

La présente thèse est loin d'être un travail solitaire. En effet, ce travail doctoral n'aurait pas pu être réalisé sans le soutien d'un grand nombre de personnes.

En premier lieu, je tiens à remercier mon codirecteur de thèse, Prof. YVES PICOD, pour la confiance qu'il m'a accordée en acceptant d'encadrer ce travail doctoral, pour ses multiples conseils et pour toutes les heures qu'il a consacrées à diriger cette recherche.

Je souhaiterais exprimer ma gratitude à ma codirectrice, Prof. HEATHER HARTUNG-MACRAE pour son accueil chaleureux à chaque fois que j'ai sollicité son aide, ainsi que pour ses multiples encouragements.

Mes remerciements vont également à Mme YOVANKA DJUROVIC pour avoir accepté de corriger mes fautes d'orthographe et mes fautes de grammaire.

Enfin, j'exprime ma gratitude à tous les amis et à ma famille, notamment JOHANNA FAERBER, CLAUDE ET KARL URBAN, MARGE CROMBIE, et surtout ANNIE, NOAH et LILY.

TABLE ANALYTIQUE

(Les nombres renvoient aux pages)

INTRODUCTION	8
I. LES ORIGINES DE LA POLYGAMIE AU CANADA.....	10
1. La polygamie historique au Canada.....	10
A) Les Mormons	10
B) Les Premières Nations	15
1) <i>Relations polygamiques traditionnelles.....</i>	<i>17</i>
2) <i>Relations polygamiques entre autochtones et colons et monogamie</i>	<i>20</i>
2. La polygamie actuelle au Canada	25
II. LES ORIGINES DE LA POLYGAMIE EN FRANCE	28
1. La polygamie historique en France - Mayotte.....	28
2. La polygamie actuelle en France.....	30
III. LA POLYGAMIE CONTEMPORAINE : DÉCALAGE ENTRE DROIT ET FAIT	31
1. La polygamie en France et au Canada.....	31
2. Le besoin d'une analyse globale	32
IV. CONSIDÉRATIONS MÉTHODOLOGIQUES	36
1. Définitions.....	36
A) Polygamie	36
B) Polygynie et Polyandrie	38
C) Polyamour.....	40
2. Méthodologie et présentation du plan	41
A) L'approche comparatiste	41
B) L'approche critique	43

PREMIÈRE PARTIE : LE PRINCIPE DE LA PROHIBITION 45

TITRE 1 : LES FONDEMENTS HISTORIQUES ET SOCIOLOGIQUES 46

Chapitre I : Le mariage avant la Révolution Industrielle 47

1. La monogamie pour les raisons économiques et politiques pendant l'Antiquité 49
 - A) *Premières sources* 49
 - B) *Grèce et Rome* 51
2. La monogamie comme idéal religieux au Moyen-Âge 53
 - A) *Monogamie pour raisons économiques* 53
 - B) *Appropriation par l'Église* 54

Chapitre II : Le mariage après la Révolution Industrielle 57

1. La monogamie changeante 57
 - A) *La monogamie émotionnelle* 58
 - B) *La monogamie comme outil distributif* 63
2. La définition du mariage aujourd'hui 65
 - A) *Canada* 65
 - B) *France* 67
3. Dissolution du mariage et conséquences 70
 - A) *Canada* 70
 - B) *France* 72

Conclusion 75

TITRE 2 : LES FONDEMENTS JURIDIQUES DE LA PROHIBITION 80

Chapitre I : La prohibition directe 81

1. La prohibition pénale 82
 - A) *Code criminel et code pénal* 82
 - B) *La jurisprudence au Canada - L'affaire "Blackmore"* 85
2. La prohibition civile 92
 - A) *La législation nationale* 92
 - B) *Les conventions et les traités internationaux* 94

Chapitre II : La prohibition indirecte 96

1. La polygamie à l'encontre de l'identité nationale 96
 - A) *La législation* 96
 - B) *L'application jurisprudentielle* 101
2. La polygamie à l'encontre des valeurs 101
 - A) *L'ordre public* 101

B) <i>Les bonnes mœurs</i>	105
Conclusion	107

DEUXIÈME PARTIE : LES EFFETS DE LA PROHIBITION 109

TITRE 1 : LES EFFETS SUR LES DROITS PERSONNELS	111
---	------------

Chapitre I : Effets sur les droits entre époux 112

1. Successions entre époux.....	112
A) <i>Canada</i>	112
B) <i>France</i>	114
2. Régime matrimonial	117
A) <i>Canada</i>	117
B) <i>France</i>	121

Chapitre II : Effets sur les droits sociaux 123

1. Pensions et allocations veuvage	124
A) <i>Canada</i>	124
B) <i>France</i>	127
2. Assurance santé et allocations familiales	130
A) <i>Canada</i>	130
B) <i>France</i>	131

Chapitre III : Effets sur le droit des étrangers 134

1. Nationalité	134
2. Condition d'entrée et de séjour.....	135
A) <i>Canada</i>	135
B) <i>France</i>	137

Conclusion..... 143

TITRE 2 : DROIT DU MARIAGE ET DROITS FONDAMENTAUX	145
--	------------

Chapitre I : Les effets paradoxaux directs..... 146

1. Violation du principe de l'égalité	148
A) <i>Égalité entre les sexes</i>	148
B) <i>Égalité entre les polygames et les monogames</i>	152
2. Violation de la liberté d'expression, de religion et d'association.....	156
A) <i>Liberté de religion négative</i>	157
B) <i>Liberté de religion positive</i>	158

Chapitre II : Les effets paradoxaux indirects	160
1. Les effets sur les familles polygamiques	160
A) <i>Manque de protection légale suffisante en cas de divorce</i>	160
B) <i>Possible augmentation de violence domestique</i>	161
C) <i>Exclusion de personnes particulièrement vulnérables</i>	163
2. Effets sur autres groupes de la société	166
A) <i>L'effet de la légitimation des droits</i>	166
B) <i>L'effet de la subordination des droits</i>	167
Conclusion	170

TROISIÈME PARTIE : LES ALTERNATIVES À LA PROHIBITION 172

TITRE 1 : UNE APPROCHE CRITIQUE DU RÉGIME ACTUEL 174

Chapitre I : Raisonnement indéterminé et contradictoire	177
1. Manque de causalité prouvée entre préjudices et polygamie	178
A) <i>L'effet cigogne</i>	178
B) <i>Comparer l'incomparable pour manque de sources</i>	182
C) <i>Raisonnement post hoc</i>	190
2. Justification imprécise de la prohibition	191
A) <i>La fin ne justifie pas les moyens</i>	192
B) <i>Inefficacité de la prohibition comme telle</i>	195
Chapitre II : Absence de neutralité de droit	197
1. Hypocrisie législative	197
A) <i>Libéralisation du mariage</i>	197
B) <i>L'acceptation de la quasi-polygamie et les bonnes mœurs</i>	200
2. Polygamie et édification de la nation	204
A) <i>Un autre historique</i>	204
B) <i>Valeurs subjectives</i>	206
Chapitre III : Évolution culturelle et juridique	209
1. Changement culturel	209
A) <i>Le caractère public du mariage</i>	210
B) <i>Le caractère privé du mariage</i>	212
2. Changement juridique	213
A) <i>Individualisation et contractualisation du mariage</i>	213
B) <i>Besoin de réforme – les relations de soin</i>	213

Conclusion.....	216
TITRE 2 : PERSPECTIVES D'ÉVOLUTION.....	218
Chapitre I : Polygamie et responsabilité individuelle	221
1. Les premiers pas	221
A) <i>Application des outils existants.....</i>	<i>221</i>
B) <i>Dépénalisation de la polygamie.....</i>	<i>223</i>
2. Les prochaines étapes.....	227
A) <i>État civil vs. Relations de soin</i>	<i>228</i>
B) <i>Le coût de la polygamie</i>	<i>233</i>
Chapitre II : Vers une prise en charge sociale des conséquences de la polygamie	238
1. Les droits à consolider	239
A) <i>Polygamie et valeurs nationales.....</i>	<i>239</i>
B) <i>Pensions et allocations veuvage et familiales.....</i>	<i>242</i>
C) <i>Droit successoral et régime matrimonial.....</i>	<i>245</i>
2. Les domaines législatifs susceptibles d'évoluer	246
A) <i>Congé familial et pour raison de santé</i>	<i>246</i>
B) <i>Sécurité sociale et services sociaux.....</i>	<i>248</i>
C) <i>Responsabilité parentale après dissolution de la relation.....</i>	<i>249</i>
CONCLUSION	252
BIBLIOGRAPHIE.....	262
LÉGISLATION	262
JURISPRUDENCE	266
DOCTRINE: MONOGRAPHIES	271
DOCTRINE: ARTICLES	276
AUTRES	292

INTRODUCTION

En 2005, le Canada a changé d'une façon significative la définition traditionnelle du mariage comme étant une union volontaire d'un homme et d'une femme à l'exclusion de tout autre. Cette année, la Cour Suprême du Canada¹ a légalisé le mariage entre deux personnes du même sexe, ce qui a été codifié par la *Loi sur le Mariage Civil*.² Huit ans plus tard, la France suit et adopte le « mariage pour tous » par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.³ Après un long débat, le mariage homosexuel est donc permis dans ces deux pays.

La nature de l'institution ou du contrat de mariage a vécu un changement fondamental pendant les dernières années en France et au Canada. Ce qui reste de la définition du mariage, qui est souvent décrite comme « traditionnelle » dans ces deux pays et dans la plupart des pays occidentaux, est principalement la prohibition des mariages polygamiques, une stipulation qui est codifiée dans l'article 293 du *Code Criminel* du Canada⁴ et dans l'article 433-20 du *Code pénal* de la France.⁵ Toute autre stipulation, sauf la prohibition du mariage des mineurs dans la majorité des cas, a été atténuée, a disparu ou la prohibition peut être contournée par l'application d'autres lois, surtout parce que le législateur a reconnu le besoin d'un changement.

Reflétant la législation civile et pénale canadienne, la prohibition du mariage polygamique a été directement confirmée par la Cour suprême de la Colombie Britannique dans un cas impliquant les membres de la secte mormone *Fundamentalist Church of Jesus Christ of the Latter Day Saints*

¹ *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698 [*Renvoi relatif au mariage*].

² *Loi sur le mariage civil*, LRC 2005, ch. 33 [*Loi sur le mariage*].

³ *Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, JO, 17 mai 2013, 8253 [*Loi n° 2013-404*].

⁴ *Code criminel*, LRC 1985, c C-46.

⁵ art. 433-20 C pén.

(*FLDS*).⁶ En France, la polygamie apparaît surtout devant les Cours dans le contexte de la jurisprudence concernant l'immigration de personnes polygamiques et des personnes voulant acquérir la nationalité française.

Dans les deux pays que nous allons comparer à l'issue de la présente thèse, la polygamie a été au centre des débats politiques dans le cadre de l'augmentation d'immigrants qui vivaient dans des relations polygamiques dans leur pays d'origine. En conséquence, la France a adopté des lois d'immigration et de nationalité plus strictes⁷ dans le but d'éradiquer la polygamie, tandis que le gouvernement conservateur du Canada pendant sa mandature de 2006 à 2015 a adopté une loi contre les « pratiques culturelles barbares », qui réitère les stipulations de l'interdiction existante.⁸

À part des immigrants qui « importent » la polygamie, le Canada a une très petite population polygamique « de souche », les mormons dans l'Ouest du pays. Malgré le fait que la majorité des mormons ne pratique plus la polygamie, ce petit groupe continue cette pratique, ce qui a finalement forcé la Cour suprême de la Colombie-Britannique à juger sur la prohibition de la polygamie. Finalement, la France ainsi que le Canada ont une petite population autochtone qui pratiquait la polygamie dans le passé – certaines Premières Nations au Canada et les habitants de Mayotte en France. Pour mieux comprendre les racines de la polygamie dans ces deux pays, il est important de rappeler les origines polygamiques en France et au Canada.

⁶ *Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada*, 2011 BCSC 1588 [*Reference re: Section 293*].

⁷ Voir Titre 2, Chapitre II de la présente thèse.

⁸ *Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles barbares*, LRC 2015, c 29 [*Loi sur la tolérance zéro*].

I. Les origines de la polygamie au Canada

Parmi les pays occidentaux, le Canada est un des pays qui a fait comparativement souvent face à la polygamie, étant donné que la polygamie a été pratiquée avant, pendant et après la colonisation par les Européens. Généralement, il y a donc trois groupes principaux au Canada qui pratiquent ou qui pratiquaient la polygamie : les Premières Nations, les Mormons, et les « nouveaux » immigrants. Il est vrai que récemment la problématique de la polygamie est principalement associée aux Canadiens et aux Canadiennes de la religion mormone, surtout à cause du fait qu'un petit groupe de Mormons en Colombie-Britannique à l'Ouest du pays pratique ouvertement la polygamie et continue à contester la prohibition de la polygamie en justice. Ceci étant dit, certaines Premières Nations du pays pratiquaient la polygamie dans le passé, et aujourd'hui la polygamie est, comme en France, souvent « importée » par les immigrants récents musulmans. Il s'agit donc d'examiner ces trois groupes de plus près.

1. La polygamie historique au Canada

A) Les Mormons

Historiquement, le plus grand nombre de familles polygamiques au Canada parvenait des familles de religion mormone.⁹ Originaire des États-Unis,¹⁰ la religion mormone a été fondée par un jeune homme, Joseph Smith

⁹ Brigham Young Card, *The Mormon presence in Canada*, Edmonton, The University of Alberta Press, 1990; Sarah Barringer Gordon, *The Mormon question: polygamy and constitutional conflict in nineteenth-century America*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2002 [Gordon, « The Mormon question »]; Martha Bailey et Amy J. Kaufman, *Polygamy in the monogamous world*, Westport, Praeger, 2010; Sarah Carter, *The importance of being monogamous*, Edmonton, The University of Alberta Press, 2008.

¹⁰ Sarah Barringer Gordon, « The Liberty of Self-Degradation : Polygamy, Woman Suffrage, and Consent in Nineteenth-Century America » (1996) 83:3 *Journal of American History* 815–847; Maura I. Strassberg, « The Crime of Polygamy » (2003) 12 *Temple Political & Civil Rights Law Review* 353–431; Stephen A. Kent, « Harm, Human Rights, and the Continued Criminalization of Fundamentalist Mormon Polygamy », dans Marci Hamilton et Mark Rozell (éds.), *Fundamentalism, Politics, and the Law*, New York, Palgrave, 2011, 161–193; Quinn D. Michael, « LDS Church Authority and New Plural Marriages, 1890-1904 » (1985) 18:1 *Journal of Mormon Thought* 9–105; Irwin Altman et J. Ginat, *Polygamous Families in Contemporary Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996; Jeffrey Michael Hayes, « Polygamy

Jr., et son église « Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints » le 6 avril 1830 dans l'État de New York à Fayette, une ville d'ailleurs très proche de la frontière Canadienne. Il a été souvent noté que la création des mormons faisait partie d'une certaine résistance plus large de la population américaine religieuse et conservatrice, qui essayait de se défendre contre la libéralisation du pays en fondant des religions et des cultes socialement plus stricts.¹¹

Dès le début, cette religion mormone, basée sur des visions et des révélations contemporaines ainsi que le « Book of Mormon », avait eu une influence sur les villages à l'est du Canada, proche des États-Unis. Au début des années 1840, il y avait environ deux milles mormons sur le territoire des deux colonies anglaises, le Haut-Canada et le Bas-Canada - colonies qui devenaient finalement le pays du Canada en 1867. Malgré l'ascendance rapide de ce mouvement, cette religion mormone n'avait presque plus de membres vers 1851, surtout à cause d'organisation et de supervision spirituelle au début de son existence. Étant pratiquée depuis seulement vingt ans, elle était simplement déficitaire de prêtres qualifiés, et de plus cette jeune religion n'était pas intégrée dans la société de la même façon que les méthodistes, les anglicans et les catholiques l'étaient depuis longtemps aux États-Unis.¹² En outre, les mormons n'investissaient pas, ou peu d'argent dans le soutien de leurs églises et de leurs communautés, et ils continuaient plutôt le prosélytisme dans l'ouest du pays, où ils avaient beaucoup plus de succès.

Comes Out of the Closet: The New Strategy of Polygamy Activists » (2007) 3 Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties 99–377; Todd Gillett, « The Absolution of Reynolds: The Constitutionality of Religious Polygamy » (2000) 8:2 William & Mary Bill of Rights Journal 497; Charles A. Cannon, *The Awesome Power of Sex: The Polemical Campaign Against Mormon Polygamy*, Berkeley, University of California Press, 1974; Martha M. Ertman, « The Story of Reynolds V. United States: Federal “Hell Hounds” Punishing Mormon Treason » SSRN eLibrary, en ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1135610 ; Douglas H. Parker, « Victory in Defeat - Polygamy and the Mormon Legal Encounter with the Federal Government » (1990) 12 Cardozo L Rev 805; Ann Eliza Young, *Wife no. 19*, Cincinnati, Hartford, Dustin, Gilman, 1876.

¹¹ David Brion Davis, « The New England Origins of Mormonism », dans Marvin S. Hill et James B. Allen (eds.), *Mormonism and American Culture*, New York, Harper & Row, 1972, 18-19.

¹² Richard Bennett, « Plucking Not Planting – Mormonism in Eastern Canada 1830-1850 » dans Young Card, *op. cit.* note 9, aux pages 19-34.

Le fait que cette religion émergente était en conflit avec la population non-mormone aggravait la situation considérablement, surtout à cause du désir des mormons de vivre en dehors des lois et de créer leur propre pays. L'opposition des mormons à l'esclavage et leur pratique de la polygamie n'aidaient pas à l'intégration de ses pratiquants pendant cette période de fondation.¹³ Malgré le fait que la polygamie n'était jamais légale sur le territoire des États-Unis,¹⁴ il y avait beaucoup plus d'inquiétude parmi les politiciens qui réalisaient que les mormons essayaient de dominer la politique sur tous les niveaux étatiques, dont locaux, régionaux et fédéraux.¹⁵ Les grandes communautés mormones en Ohio et au Missouri ont par conséquent été forcées par les gouvernements de ces états de finalement quitter leurs territoires, et ils sont tous partis à Nauvoo en Illinois pendant l'année 1839.

La polygamie a officiellement été reconnue par les mormons en 1843 lorsqu'ils se sont établis en Illinois, quand Joseph Smith a eu une révélation sur ce sujet.¹⁶ Les membres de la religion ont continué à être poursuivis en Illinois, encore une fois à cause de leur influence sur les institutions locales, et une foule enragée a tué Joseph Smith, qui était en prison pendant l'attaque. Son successeur, Brigham Young, a continué, de 1845 à 1848, à faire migrer les mormons par l'Iowa et le Nebraska jusqu'à l'Utah, où les familles mormones se sentaient assez isolées pour pouvoir vivre leur vie selon leur croyance religieuse.¹⁷ En 1850, le congrès des États-Unis créa l'État de l'Utah pour sédentariser l'immigration des mormons, et Brigham Young fut nommé gouverneur de ce nouveau territoire. En 1852, Brigham Young donna son

¹³ Shayna M. Sigman, « Everything Lawyers Know About Polygamy is Wrong », (2006) 16:1 Cornell Journal of Law and Public Policy, à la page 112 [Sigman, « Everything »].

¹⁴ *The Bigamy Act, 1603* (R-U), 1 Jac. I c. 11; Paul Finkelman, « Essay: The Ten Commandments on the Courthouse Lawn and Elsewhere », (2005) 73 Fordham L. Rev. 1477, à la page 1507.

¹⁵ Sigman, « Everything », *op. cit.* note 13, à la page 111.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.* p. 113; Davis Bitton et Leonard J. Arrington, *Mormons and their historians*, Salt Lake City, University of Utah Press, 1988.

approbation officielle à la polygamie, elle n'avait néanmoins pas été pratiquée excessivement jusqu'en 1856.¹⁸

Malgré sa nomination au poste de gouverneur, Brigham Young se refusait à pratiquer la séparation politique de l'État et de l'Église, et après un incident impliquant deux juges fédéraux, le président James Buchanan nomma un gouverneur non-mormon, Alfred Cumming, soutenu par une armée de 2 500 soldats fédéraux.¹⁹ Cette tension politique a abouti à un conflit armé, « La Guerre Mormone » de l'Utah en 1857, qui dura seulement seize mois. Elle n'atténua pas les tensions entre les mormons et le gouvernement fédéral, surtout parce que les Républicains ne cessaient de comparer la polygamie à l'esclavage, une association que les Démocrates n'arrivaient pas à défaire.²⁰ Après la Guerre Civile, le congrès et les cours américaines ont commencé à attaquer les mormons par le biais de l'interdiction de la polygamie.²¹ En 1862, après avoir refusé l'émancipation de l'Utah comme état indépendant, le gouvernement fédéral cerna les polygames mormons avec le *Morrill Act*,²² une législation interdisant la polygamie dans territoires contrôlés par le gouvernement fédéral. Néanmoins, le *Morrill Act* fut un échec, même si à part d'interdire la polygamie, il révoquait l'incorporation de l'église mormone et limitait le pouvoir de l'église à détenir des immeubles. Juridiquement, il s'avérait simplement trop difficile à démontrer en justice que le comportement de citoyens mormons spécifiques constituait de la polygamie, particulièrement d'un point de vue du droit de la preuve.²³

En 1874, le Congrès adopta alors le *Poland Act*,²⁴ qui transférait effectivement la juridiction en cas d'appel de décisions concernant la

¹⁸ John Kincid, « Extinguishing the Twin Relics of Barbaric Multiculturalism - Slavery and Polygamie - From American Federalism », (2003) 33 *Publius* 75, à la page 82.

¹⁹ E.B. Long, *The Saints and The Union: Utah Territory during the Civil War*, Chicago, University of Illinois, 2001, à la page 32.

²⁰ Sigman, « Everything », *op. cit.* note 13, à la page 117

²¹ *Ibid.* p. 118.

²² *The Morrill Anti-Bigamy Act of 1862*, 37th United States Congress, Sess. 2., ch. 126, 12 Stat. 501.

²³ Sigman, « Everything », *op. cit.* note 13, à la page 119.

²⁴ *An act in relation to courts and judicial officers in the Territory of Utah of 1874*, Ch. 469, 18 Stat. 253.

polygamie à la juridiction fédérale. Le résultat fut une vague d'arrestations contre les mormons de l'Utah. En 1878, les lois interdisant la polygamie furent contestées devant la Cour Suprême des États-Unis. Dans l'arrêt *Reynolds*,²⁵ le tribunal confirma que la polygamie constituait « une infraction contre la société, perceptible par les cours civiles et punissable avec plus ou moins de rigueur ».²⁶ Le *Edmunds Act*,²⁷ adopté en 1882, résolvait le problème de la preuve de la polygamie en interdisant aux polygames et aux supporteurs de la polygamie la cohabitation, ainsi que le droit d'être juré à la cour. L'application du *Edmunds Act* continua à priver considérablement tous les mormons de leur droit d'être élu et mena à une série d'arrestations et de condamnations pendant environ 25 ans.²⁸

En conséquence, une vague de prosélytisme et d'immigration mormone commença entre les années 1887 et 1901 dans l'ouest du Canada, principalement en Alberta. La persécution aux États-Unis, les politiques agressives forçant la colonisation de l'ouest du territoire par le Canada, et le besoin de main d'œuvre pour construire le chemin de fer à travers le pays eut pour résultat que le Canada avait un grand intérêt à recevoir les immigrants mormons.²⁹ En même temps aux États-Unis, la grande majorité des mormons renonça à la polygamie à partir des années 1888, et l'église dénonça officiellement la polygamie en 1891 après ces années de persécution.³⁰ Le gouvernement fédéral gracia la plupart des polygames condamnés dans les années qui suivirent, les immeubles de l'église furent restitués aux mormons, et l'Utah put devenir un état des États-Unis, à condition d'incorporer l'interdiction de la polygamie dans sa constitution.³¹

²⁵ *Reynolds v. United States*, 98 U.S. (8 Otto.) 145 (1878)

²⁶ *Ibid.* (notre traduction).

²⁷ *The Edmunds Act of 1882*, ch. 47, 22 Stat. 30.

²⁸ Gordon, « The Mormon question », *op. cit.* note 9.

²⁹ Jessie L. Embry, « Exiles for the Principle: LDS Polygamy in Canada » (1985) 18:3 *Journal of Mormon Thought* 108–116; Amy J. Kaufman, « Polygamous Marriages in Canada » (2004) 21 *Can J Fam L* 315.

³⁰ Bitton et Arrington, *op. cit.* note 17, aux pages 183-184.

³¹ Gordon, « The Mormon question », *op. cit.* note 9, à la page 220.

Comme aux États-Unis, de nos jours la grande majorité des mormons au Canada ne pratique plus la polygamie. Il était néanmoins nécessaire de démontrer brièvement l'acheminement des mormons aux États-Unis et finalement au Canada, puisqu'il est important à ne pas oublier que les mormons étaient jusqu'à un certain degré reçus à bras ouvert au Canada pour coloniser l'ouest du pays, territoire qui était loin de la capitale Ottawa et difficile à contrôler – nous en allons parler davantage plus tard.

De nos jours, les mormons polygamiques au Canada appartiennent pratiquement tous à la secte mormone *Fundamentalist Church of Jesus Christ of the Latter Day Saints (FLDS)*. Ce mouvement continue à pratiquer la polygamie illégalement, et il y a environ 6 000 à 10 000 adhérents dans des communautés aux États-Unis, au Mexique et dans un village au Canada, plus précisément dans le village de Bountiful en Colombie-Britannique.³² Le nombre des personnes touchées par la polygamie mormone au Canada est estimé à 1 000 environ, et ceci exclusivement dans la communauté de Bountiful.³³

B) Les Premières Nations

Les colons mormons n'étaient d'ailleurs pas les premiers pratiquants de la polygamie sur le vaste territoire qui venait juste de devenir le pays du Canada, puisqu'il y avait déjà des relations polygamiques entre certains individus parmi les membres de plusieurs Premières Nations.³⁴ En revanche, il ne faut pas oublier que les relations entre les membres des Premières Nations sont basées sur une vue du monde différente que celle des colons chrétiens, mormons ou autres. La vie dans un environnement rigoureux influençait fortement le déroulement des relations familiales, et cette vie

³² James Brooke, « Utah Struggles With a Revival of Polygamy » New York Times [New York, N.Y.] 23 August 1998, Late Edition (East Coast).

³³ Bailey et Kaufman, *op. cit.* note 9.

³⁴ Carter, *op. cit.* note 9; Bailey et Kaufman, *op. cit.* note 9; Bradford W. Morse, « Indian and Inuit Family Law and the Canadian Legal System » (1980) 8:2 American Indian Law Review 199–257.

traditionnelle était souvent complètement juxtaposée et étrangère aux traditions légales et culturelles du continent européen. En bref, les règles concernant la vie conjugale des Premières Nations étaient complexes, diverses, flexibles, adaptables et différentes de nation à nation.³⁵ Elles ne sont en conséquence pas directement comparables aux stipulations du droit familial en général et à l'institution du mariage en particulier qui ont été importées par les colons européens.

Il est à noter que, malgré le fait que la polygamie ne soit pas permise, certaines pratiques polygamiques des immigrants européens étaient initialement tolérées par le gouvernement fédéral afin d'attirer des volontaires pour pouvoir coloniser le pays. Cette reconnaissance, même partielle, n'a pas été accordée aux Premières Nations du Canada qui pratiquaient parfois la polygamie ou avaient des relations ressemblant à la polygamie. Certains chercheurs soumettent que, jusqu'aux années 1960, l'institution du mariage monogamique a été utilisée au Canada principalement pour l'exploration de l'ouest du pays. La professeure d'histoire S. Carter explique³⁶ que la définition chrétienne du mariage « traditionnel » faisait partie de l'agenda national quand l'ouest du Canada a été colonisé dans la deuxième partie du 19^{ième} siècle, et l'application sévère des lois réglant le mariage constituait un des outils principaux pour pouvoir contrôler la population du vaste pays. Renforcé par l'Église, le Canada commençait à mettre en œuvre des lois strictes contre la bigamie et le divorce. En effet, le parlement du Canada se prononçait sur chaque divorce séparément à la Chambre des communes à Ottawa. Le département des affaires indiennes commençait aussi à imposer le mariage monogamique aux Premières Nations, aux couples mixtes autochtones et blancs et aux colonisateurs mormons. Puisque les membres du gouvernement étaient très peu présents dans l'ouest du pays, l'institution du mariage représentait pour l'État un outil permettant de prendre le contrôle de cette partie du pays et d'imposer le style de vie chrétien des colonisateurs.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Carter, *op. cit.* note 9.

Entre autres, il n'était pas possible d'acquérir du terrain agricole sans prouver qu'on vivait dans une relation monogamique chrétienne.

Une analyse détaillée de cet aspect de la prohibition de la polygamie pourrait constituer une toute autre thèse, et la professeure S. Carter a probablement écrit *l'opus magnum* sur cet aspect de la colonisation du Canada. Pour les fins de la présente thèse, nous pensons qu'il est important de retenir surtout que, d'un point de vue rétrospectif et certainement post-colonialiste, le Canada (et de même la France dans certaines colonies où la population pratiquait la polygamie) a fondamentalement changé la vie conjugale et les systèmes de droit conjugal de la population du pays colonisé avec l'introduction et le renforcement de la prohibition de la polygamie. La condamnation de la polygamie constituait à cette époque peut-être une partie de ce qu'Albert Memmi appelait « le refus du colonisé ».³⁷ Dans son œuvre majeure *Portrait du colonisé, Portrait du colonisateur* Memmi décrit cette dévaluation de la culture des colonisés comme une nécessité incontournable de la colonisation.³⁸

1) Relations polygamiques traditionnelles

Pour mieux comprendre le passé polygamique du Canada, surtout en ce qui concerne une certaine tolérance initiale puis une application stricte des lois plus tard, il est important de distinguer les relations polygamiques traditionnelles entre les membres de Premières Nations des relations polygamiques entre autochtones et colons. Comme nous allons le voir, ces relations entre « blancs » et « indiens », l'indépendance du Canada, et la colonisation du territoire forçaient finalement le gouvernement à développer une stratégie afin d'éliminer la polygamie au pays.

³⁷ Voir aussi : Albert Memmi, *Portrait du colonisé: précédé de, Portrait du colonisateur*, Paris, Gallimard, 2002.

³⁸ *Ibid.* aux pages 86-89.

Saisir la dynamique familiale de la plupart des Premières Nations, ça veut souvent dire pour le lecteur occidental oublier les notions préconçues de la vie familiale et conjugale. Par exemple, l'anthropologue R. DeMallie explique que pour beaucoup de Premières Nations, le système des affinités n'équivaut pas nécessairement au système des relations biologiques.³⁹ En d'autres termes, la tante d'un enfant est souvent littéralement et véritablement vue comme une deuxième mère, et des cousins et des cousines représentent l'équivalent de frères ou de sœurs. Le fait qu'il ne s'agit pas de la mère ou des frères et sœurs biologiques n'a aucune importance significative dans ces cultures.⁴⁰

Ces différences culturelles et sociétales expliquent que le concept de la polygamie n'a pas vraiment d'analogie dans les sociétés des Premières Nations et, malgré le fait que les relations polygamiques ne constituaient pas du tout la norme,⁴¹ il existait plusieurs situations qui pouvaient aboutir à la pratique de relations « polygamiques ». Les hommes des Cris des Plaines par exemple, qui habitaient dans le territoire qui comprend maintenant les provinces de l'Alberta, du Saskatchewan et du Manitoba, « échangeaient » parfois leurs épouses, tandis que les femmes cris divorçaient et se remariaient fréquemment.⁴² Souvent, la sœur d'une femme se mariait au même homme quand son propre époux décédait, pratique qui existe d'ailleurs encore dans les sociétés musulmanes. Ceci était néanmoins rare et la première femme était normalement consultée, car seuls les hommes riches étaient capables de nourrir une grande famille avec plusieurs femmes.⁴³ Ces familles polygamiques étaient donc souvent créées par nécessité et non pas par choix, puisque, selon la majorité des cultures autochtones, une femme devait avoir un époux pour survivre. Si son époux décédait ou s'il n'y avait

³⁹ Raymond J. DeMallie, « Kinship: The Foundation for Native American Society, » dans Russel Thornton (ed.), *Studying Native America: Problems and Prospects*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1998, à la page 323; Carter, *op. cit.* note 9, aux pages 104-105.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Carter, *op. cit.* note 9, à la page 129.

⁴² Carter, *op. cit.* note 9, aux pages 114-115; David G. Mandelbaum, *The Plains Cree: An Ethnographic, Historical, and Comparative Study*, Regina, University of Regina Press, 1979, à la page 148.

⁴³ Carter, *op. cit.* note 9, à la page 115.

plus d'hommes non-mariés dans la communauté, un homme d'une famille proche l'épousait.⁴⁴ Ces pratiques ont aussi été observées parmi les membres des Nations de la Confédération des Pieds Noirs (*Blackfoot Confederacy*), qui comprend les trois tribus des Grandes Plaines, les Siksikas, les Pikunis et les Gens-du-Sang.⁴⁵

Les femmes impliquées dans ces relations polygamiques avaient plusieurs raisons pour y consentir.⁴⁶ Un mariage polygamique assurait à la femme et à ses enfants de survivre quand le mari décédait, ce qui était plus fréquent à ces époques à cause des dangers de la chasse et des guerres entre les Premières Nations. Effectivement, en raison de cette vie dangereuse il y avait normalement un plus grand nombre de femmes que d'hommes dans les communautés aborigènes. Une autre raison favorisant une vie polygamique était constituée par le partage de travail entre les coépouses, facilitant la vie dure des aborigènes. De plus, il était possible pour les femmes qui ne pouvaient pas avoir d'enfants pour des raisons biologiques de « partager » les enfants – comme nous l'avons dit, parmi les Premières Nations, les enfants ne faisaient pas de différence entre les mères biologiques et les mères adoptives. En effet, les chercheurs ont trouvé qu'il y avait moins d'enfants par mère dans les familles polygamiques que dans les familles monogamiques.⁴⁷ Finalement, les femmes continuaient à se soutenir entre elles quand elles étaient plus âgées, même après la mort de leur mari.

Malgré le fait que la polygamie entre les membres des Premières Nations constituait une pratique exceptionnelle, le recensement de la Compagnie de la Baie Hudson de 1838 démontre qu'entre 5 et 15 pour-cent

⁴⁴ David Thompson, *Travels in Western North America, 1784-1812*, Toronto, Macmillan of Canada, 1971, à la page 116.

⁴⁵ Eugene Y. Arima, *Blackfeet and Palefaces: The Pikani and Rocky Mountain House : a Commemorative History from the Upper Saskatchewan and Missouri Fur Trade*, Toronto, Golden Dog Press, 1995, à la page 87; Adolph Hungry-Wolf, *Blackfoot Papers - Pikunni Biographies-Volume Four*, Skookumchuck, B.C., Good Medicine Cultural Foundation, 2006, à la page 1336.

⁴⁶ Carter, *op. cit.* note 9, aux pages 117-122.

⁴⁷ John H. Moore, « The Developmental Cycle of Cheyenne Polygyny » (1991) *American Indian Quarterly* 15, aux pages 311-26.

des hommes des Premières Nations pratiquaient la polygamie.⁴⁸ Il s'agissait donc d'une pratique minoritaire, mais toutefois d'une minorité considérable quand on estime qu'environ 100 000 à 150 000 membres de Premières Nations vivaient au Canada à ce moment-là.

2) Relations polygamiques entre autochtones et colons et monogamie

Cependant, malgré le fait que le concept du mariage était plutôt inconnu parmi les Premières Nations, le gouvernement Canadien commença à pousser les autochtones à célébrer des mariages monogamiques et chrétiens à la façon des colons. En même temps, du côté non-gouvernemental, il se formait une alliance non-officielle composée de missionnaires, de groupes locaux puritains, de féministes et de comités qui se ralliaient contre « la sexualité hors-mariage et non-reproductive ». ⁴⁹ La stratégie était de décrire les femmes autochtones comme des « prostituées », sans valeurs morales, et qui avaient une mauvaise influence sur les hommes blancs. Les colons se plaignaient également de la concurrence des Premières Nations sur les marchés locaux - les autochtones commençaient à pratiquer l'agriculture et à vendre leurs produits et donc à mettre en danger le monopole des agriculteurs immigrés de l'Europe. Les colons demandaient au gouvernement de délocaliser les Premières Nations plus au Nord du territoire pour éliminer cette compétition.⁵⁰ Finalement, le gouvernement, qui avait signé des traités avec plusieurs Premières Nations, hésitait de plus en plus à payer des rentes aux épouses polygamiques.

⁴⁸ Carter, *op. cit.* note 9, aux pages 121-122.

⁴⁹ Judith R. Walkowitz, *City of Dreadful Delight: Narratives of Sexual Danger in Late-Victorian London*, London, Little, Brown Book Group Limited, 1992, aux pages 81, 83. Carter, *op. cit.* note 9, à la page 151.

⁵⁰ Sarah A. Carter, « Capturing Women: The Manipulation of Cultural Imagery in Canada's Prairie West », McGill-Queen's Press - MQUP, Nov 17, 1997, au pages 145-148.

Avec ces développements en vue, le gouvernement et les églises chrétiennes pensaient que la meilleure façon de conquérir et de contrôler « l'Ouest » était d'imposer le mariage chrétien monogamique et d'éliminer toute forme de polygamie.⁵¹ Pour y parvenir, le gouvernement entreprenait plusieurs démarches. Premièrement, il s'agissait de reconnaître officiellement le mariage aborigène afin d'ensuite pouvoir établir un cas de polygamie si on était en présence de relations conjugales avec des personnes en dehors du couple. Un aspect à relever consistait dans le fait que parfois certains colons pratiquaient des relations polygamiques ou bigamiques, ayant en même temps, ou successivement, une femme « indienne » pendant leurs voyages dans les territoires du Canada, et une femme « blanche » dans la ville ou dans leur pays d'origine.⁵² Cette réalité avait pour conséquence que les Cours commençaient à reconnaître ces mariages coutumiers « à la façon du pays » pour pouvoir condamner les accusés pour cause de polygamie ou de bigamie.

N'oublions pas que le territoire qui était en train de devenir le Canada d'aujourd'hui, représentait un territoire colonial dangereux avec des distances de voyage très étendues. Par manque de moyens de communication, il était souvent difficile de savoir si les épouses ou les époux habitant dans les plus grandes villes au sud-est du pays, ou encore en Europe, étaient encore vivants, et on pouvait devenir bigame par inadvertance : ⁵³

« Ainsi, bien que diversifiée, la jurisprudence française condamne largement les pratiques bigames et polygames. Il en est de même dans le contexte colonial en Nouvelle-France où les mariages posent toutefois un problème particulier vis-à-vis de ces crimes. Nombreux sont les cas où certaines personnes sont dans le doute quant à leur situation maritale, du fait de la disparition, plus ou moins certaine, de leur conjoint. Les conditions de vie dans la colonie, la forte population en transit, les guerres, les prisonniers font peser le doute sur la situation juridique de nombreux individus. L'institution ecclésiastique se met donc en devoir de contrôler

⁵¹ Carter, *op. cit.* note 9, aux pages 2-17.

⁵² *Ibid.*

⁵³ David Gilles, « Le Droit face à la polygamie: des fondements historiques de la civilisation occidentale à la confrontation des cultures au XIXe siècle », (2013-14) *Droit et Religions*, Vol. 7., Université d'Aix-Marseille, à la page 451 [Gilles, « Polygamie »].

la situation des futurs époux avant d'accepter de les lier, et dans certains cas la survenance ou la redécouverte d'un conjoint oublié oblige les juridictions judiciaires à intervenir pour sanctionner ces cas de bigamies, parfois de bonne foi, et en régler les conséquences juridiques. »

Dès 1867, l'année de la fondation du pays du Canada indépendant, les cours commençaient donc à reconnaître le mariage aborigène afin de pouvoir démontrer une relation polygamique si cela était le cas. La cause notoire qui illustre bien le raisonnement des juges dans ces situations est l'affaire *Connolly v. Woolrich*.⁵⁴ William Connolly, un homme blanc, s'était marié dans les Territoires du Nord-Ouest à une femme Cris, Miyo Nipiy, à laquelle la cour réfère, signe de l'arrogance coloniale de cette époque, comme « Susanne Pas-de-nom ». Le couple avait des enfants, mais Connolly abandonna sa femme Cris pour retourner aux Bas-Canada. Il épousa Julia Woolrich, une femme blanche et catholique, et ils eurent aussi des enfants ensemble. À son décès, la propriété de Connolly revint à sa deuxième famille et à Julia Woolrich, mais un enfant de son premier mariage contesta le testament. Selon cet enfant issu du premier mariage, seul le premier mariage était en effet valide, pas le deuxième.

Le juge Monk dans cette affaire trouvait que le premier mariage était effectivement valide, puisque ces régions du territoire étaient encore dominées par le droit des Premières Nations y résidant :⁵⁵

« Quand Connolly est allé à Athabaska, en 1803, il y trouva les coutumes immémoriales des Indiens inchangées par le pouvoir Européen ou le droit Chrétien.

[...]

[L]a Cour aimerait remarquer qu'il était de toute façon impossible pour M. Connolly d'apporter dans son sac à dos la

⁵⁴ *Connolly v. Woolrich* (1867), 11 L.C.J. 197, 17 R.J.R.Q. 75 (C.S.) (notre traduction) [*Connolly v. Woolrich*]. Voir aussi *Robb v. Robb* (1891), 20 O.R. 591 Ontario Common Pleas; et *Re Sheran*, 4, Territories Law Reports, 83 (1899).

⁵⁵ *Connolly v. Woolrich*, à la page 96 (notre traduction).

Common Law de l'Angleterre à Rat River, et il était encore moins capable de ramener le droit de divorce au Bas-Canada dans un canoë en écorce. »

Il est à noter que le juge rejetait d'ailleurs la notion que ce jugement portait directement sur la polygamie et il refusa de se prononcer sur la légalité de la polygamie en soi.⁵⁶

Ce jugement reflète le déclenchement de la position plus ciblée du gouvernement en ce qui concerne les mariages des Premières Nations. Notamment, en 1886 le gouvernement commença à réagir aux dénonciations des missionnaires et des colons entourant les événements reliés au « trafic des jeunes filles indiennes ».⁵⁷ Il s'agissait de rapports de missionnaires et de lettres de plus en plus nombreuses parues dans les journaux de l'est du pays provenant de résidents qui signalaient l'existence de pratiques « immorales » dans les territoires de l'ouest, visant particulièrement des hommes blancs qui vivaient avec une ou plusieurs jeunes aborigènes sans avoir été mariés.⁵⁸ En 1887, le rapport du comité du Conseil Privé du 31 Octobre,⁵⁹ fortement influencé par le Ministre de la Justice et le futur Premier Ministre John Thompson, constituait effectivement le plan d'action du gouvernement pour des décennies à venir, sans doute jusqu'aux années 1960. En effet, le Premier Ministre et Ministre des Affaires Indiennes, John A. MacDonald, suggéra dans ce rapport que la seule façon de « civiliser » ces « Indiens », était « l'inculcation » du mariage chrétien indissoluble des « communautés civilisées » dans les consciences des Premières Nations.⁶⁰

La validité du mariage « indien » continuait à être reconnue, et le juge dans l'affaire *Regina c. Nan-e-quis-a-ka* de 1889 confirmait cette politique en

⁵⁶ *Ibid.*, p. 74-75.

⁵⁷ Carter, *op. cit.* note 9, à la page 149.

⁵⁸ Carter, *op. cit.* note 9, à la page 150.

⁵⁹ Le Conseil Privé est une sorte d'assemblée nationale qui conseille le gouverneur général du pays, rôle qui est depuis complètement assumé par le parlement du Canada, qui consiste de la Chambre des communes et du Sénat.

⁶⁰ *Committee of the Honourable Privy Council* approved by His Excellency the Governor General in Council on the 31 October 1887, p. 1-2, file 32345, vol. 3762, RG 10, LAC; Carter, *op. cit.* note 9, aux pages 161-162.

déclarant que la *Loi sur les Indiens*,⁶¹ qui référait au mariage dans plusieurs articles, constituait en effet une reconnaissance du mariage aborigène par le gouvernement.⁶² En même temps, le gouvernement n'acceptait pas le divorce aborigène. En effet, le divorce pendant cette période historique du pays, aborigène ou non, était extrêmement difficile à obtenir, et il fallait demander directement aux parlements des provinces concernées de passer un projet de loi privé pour chaque cas de divorce individuel – sauf dans les territoires non-provinciaux où le parlement fédéral avait juridiction.⁶³

En même temps, le gouvernement employait de plus en plus d'autres moyens pour forcer les membres des Premières Nations à se marier de façon chrétienne. Sans aller plus en détail, il s'agissait premièrement de la politique du refus du gouvernement de donner accès aux terres agricoles aux familles aborigènes dont le couple ne s'était pas marié de façon chrétienne.⁶⁴ Deuxièmement, le gouvernement enlevait les enfants de ces couples et les mettait dans des pensionnats autochtones, souvent à des milliers de kilomètres de leurs parents. Cette pratique a continué, sous une forme ou une autre, jusqu'à l'année 1996 quand le dernier pensionnat autochtone a fermé au Canada. Le système des pensionnats autochtones constitue jusqu'à nos jours une des plus grandes tragédies concernant les relations entre les Premières Nations et les colons au Canada - plus de 3 000 enfants autochtones ont perdu leurs vies dans ces écoles, et plusieurs générations de Premières Nations ont été sévèrement affectées par cette pratique jusqu'à nos jours.⁶⁵

Pour récapituler, la dénonciation du mode de vie des Premières Nations par les missionnaires et les colons a eu pour résultat la reconnaissance initiale des mariages autochtones au Canada à la fin du XIXe

⁶¹ *An Act to amend and consolidate the laws respecting Indians*, S.C. 1876, c. 18.

⁶² Carter, *op. cit.* note 9, à la page 163; *Regina v. Nan-e-quis-a-ka* (1889), 1 Terr. L.R. 211 (N.W.T.S.C.).

⁶³ En Ontario, ce droit était en vigueur jusqu'en 1930, au Québec et en Terre-Neuve même jusqu'en 1968!

⁶⁴ Carter, *op. cit.* note 9, à la page 163.

⁶⁵ Voir sous « Réconciliation » sur le site du Minsitère des Affaires autochtones : <http://www.aadnc-aandc.gc.ca>.

siècle. Ceci était suivi par la perte progressive des droits des autochtones qui ne s'étaient pas mariés de façon monogamique, indissoluble et chrétienne : refus d'accès aux terres agricoles, coupures des rentes aux épouses, et enlèvement des enfants. Effectivement, c'est par ces politiques que la polygamie disparaissait du Canada avant son interdiction formelle. En même temps, le gouvernement arrivait à s'établir à l'ouest de son territoire et à former un nouveau pays selon les valeurs chrétiennes et européennes.

En conclusion, nous souscrivons à l'analyse de la professeure S. Carter, qui conclût dans son livre qu'au Canada « le modèle du mariage monogamique n'est pas ancien ni universel ». ⁶⁶ Au contraire, il semble évident que l'introduction du mariage chrétien au Canada demandait beaucoup d'effort et de mesures draconiennes, et que l'institution du mariage moderne au pays, à l'exception des cas de polygamie, ressemble beaucoup plus aux traditions autochtones avant l'arrivée de colons. ⁶⁷ Selon Carter, il est beaucoup plus vrai de dire que la nature flexible et diversifiée du mariage accepté par notre société aujourd'hui, et la facilité relative avec laquelle on peut divorcer, ressemblent beaucoup plus aux traditions des Premières Nations que le mariage monogamique et indissoluble introduit par les colons. ⁶⁸

2. La polygamie actuelle au Canada

À l'exception de la polygamie pratiquée par le groupe de mormons de Bountiful, la polygamie contemporaine au Canada est très peu documentée parce qu'elle est pratiquée clandestinement. Avec plus de 250 000 nouveaux immigrants chaque année, ⁶⁹ le Canada est parfois appelé une terre d'immigrants, et en effet plus de vingt pour cent de la population actuelle sont

⁶⁶ Carter, *op. cit.* note 9, à la page 16.

⁶⁷ Carter, *op. cit.* note 9, à la page 17.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Gouvernement du Canada, *Faits et chiffres 2013 – Aperçu de l'immigration : Résidents permanents*, en ligne :

Statistiques

Canada

<<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/statistiques/faits2013/permanents/01.asp> .

nés à l'extérieur du pays.⁷⁰ Comme on peut s'y attendre, certains de ces nouveaux immigrants viennent de cultures dans lesquelles la polygamie est légale, majoritairement les membres de la religion musulmane qui vivent parfois dans des relations polygamiques⁷¹ ou bigamiques.⁷² La polygamie étant illégale au Canada, ces relations ne sont habituellement pas dévoilées par ces immigrants récents et sont donc très peu étudiées. Une estimation des nombres exacts des relations polygamiques est en conséquence largement basée sur des sources anecdotiques. Mumtaz Ali, qui était le président de l'Association Musulmane du Canada en 2007, estime qu'il y a probablement des centaines de familles musulmanes qui vivent dans des relations polygamiques, et cela juste dans la ville de Toronto.⁷³ En 2008, Aly Hindy, imam à Toronto, rapportait qu'il avait personnellement célébré plus de trente mariages polygamiques des années 2003 à 2008.⁷⁴

D'un autre côté, « Haroon Salamat, du TARIC Islamic Centre de Toronto, estime que moins de 1 % des musulmans canadiens pratiquent la polygamie », ⁷⁵ surtout à cause des coûts de vie élevés au Canada, du mode de vie différent et de l'adaptation des familles musulmanes au style de vie occidental. Néanmoins, statistiquement il est probable que le nombre est un peu plus élevé, puisque la provenance des immigrants donne un indice approximatif du pourcentage de relations polygamiques. Certaines cultures des pays de provenance musulmanes pratiquent plus ou moins souvent la polygamie, comme le Ghana, le Mali, la Mauritanie, le Nigeria et le Sénégal.⁷⁶

⁷⁰ Gouvernement du Canada, *Immigration et diversité ethnoculturelle au Canada*, Statistiques Canada <<http://www12.statcan.gc.ca/nhs-enm/2011/as-sa/99-010-x/99-010-x2011001-fra.cfm> .

⁷¹ Voir le travail sur le terrain de Pascale Fournier, « Calculating claims: Jewish and Muslim women navigating religion, economics and law in Canada » (2012) 8:01 *International Journal of Law in Context* 47–74 [Fournier, « Calculating claims »].

⁷² Mélanie Méthot, « Bigamists meet polygamists: Confronting the popular image of bigamists in Canadian society » (2007) 12:3 *The History of the Family* 169–177.

⁷³ Tom Godfrey, « Muslims claiming cash for numerous wives » (5 octobre 2015), *canoe.ca*, en ligne : <<http://cnews.canoe.ca/CNEWS/Canada/2008/02/08/4834833-sun.html> .

⁷⁴ Lena Sin, « Polygamy in Canada stretches beyond Bountiful », *National Post* (8 janvier 2009).

⁷⁵ Karina Marceau, « Polygamie », *Gazette des femmes* (1^{er} décembre 2006), en ligne : <<https://www.gazettedesfemmes.ca/2572/polygamie/> .

⁷⁶ Bailey et Kaufman, *op. cit.* note 9; Brooke Rodgers-Miller, « Out of Jahiliyya: Historic and Modern Incarnations of Polygamy in the Islamic World » (2005) 11:3 *William & Mary Journal*

Mais la polygamie est aussi permise dans les pays comme l'Arabie-Saoudite, les autres pays arabes et certains pays de l'Extrême Orient, et ces pays constituent aussi des pays d'origine des immigrants au Canada.⁷⁷

Pour notre thèse, il suffit de constater que très probablement des centaines si non pas des milliers d'habitants au Canada vivent dans des familles polygamiques, même si cette relation polygamique n'est pas déclarée officiellement.

of Women and the Law 541; Heather Johnson, « There are Worse Things Than Being Alone: Polygamy in Islam, Past, Present, and Future » (2005) 11:3 William & Mary Journal of Women and the Law 563.

⁷⁷ *Ibid.*

II. Les origines de la polygamie en France

1. La polygamie historique en France - Mayotte

La polygamie en France a surtout un historique récent, mais il existe néanmoins une exception significative. Le 31 mars 2011, l'archipel de Mayotte est devenu officiellement le 101^{ème} département français après que les 200 000 habitants de cette collectivité de l'Océan Indien, qui fait géographiquement partie de l'archipel des Comores, avaient approuvé à 95,2 % ce nouveau statut en 2009. Ce nouveau titre implique également d'autres dispositifs comme celui relevant de l'ordonnance 2010-590 du 03 juin 2010 interdisant désormais tout mariage polygamique pour les hommes nés après 1987.⁷⁸ Ceci a été confirmé en jurisprudence, quand le tribunal considère :⁷⁹

« que la circonstance que certains ressortissants, originaires de collectivités territoriales d'Outre-Mer ou de pays qui étaient autrefois liées à la France, aient conservé la nationalité française, en dépit de leur polygamie, n'interdit nullement à l'Administration de regarder la polygamie comme un défaut d'assimilation à la communauté française, au sens de l'article 21-24 précité du Code civil, faisant obstacle à la naturalisation ou à la réintégration dans la nationalité française des personnes qui en font la demande. »

Malgré cette stipulation, les hommes ayant conclu une relation polygamique avant 1987 sont devenus citoyens français. Nous allons voir plus tard que la relation polygamique pose un obstacle à l'acquisition de la nationalité française, comment alors le gouvernement continue-t-il à permettre la polygamie à Mayotte à ces citoyens français spécifiques ? La réponse se trouve dans l'article 75 de la Constitution qui garantit aux citoyens de la République, non soumis au statut civil de droit commun, le maintien de leur

⁷⁸ art. 21-24 C civ; Olivier Guillaumont, « La réforme du statut civil de droit local et l'abandon de la polygamie à Mayotte. Loi de programme pour l'outre-mer numéro 2003-660 du 21 juillet 2003 (art. 68) » (2003) 37 JCP G Semaine Juridique (édition générale) 1553-1554 [Guillaumont, « Mayotte »].

⁷⁹ CA Nantes, 3^e chambre, 5 oct. 2001, n° 00NT00675 inédit au recueil Lebon (Légifrance).

statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé.⁸⁰ Malgré le fait que la France ait entrepris l'adaptation du droit civil commun à l'outre-mer,⁸¹ la situation à Mayotte documente bien, comme au Canada, l'impact de la prohibition de la polygamie sur les droits des nations colonisées.

Il semble que, d'un point de vue moral, les Mahorais récusent la polygamie, tandis qu'elle continue d'exister dans les faits. La polygamie est pratiquée sous couvert d'un mariage coutumier qui n'a pas de reconnaissance légale. Curieusement, Mayotte est une société traditionnellement matrilineaire, ce qui veut dire que, la femme est détenteur du patrimoine par transmission héréditaire.⁸² Comme en France, le caractère coutumier de la pratique polygamique à Mayotte ne permet pas de statistiques exactes sur les familles polygamiques sur cette île. Cependant, les recensements de la population de Mayotte de 2007 par L'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) identifient environ 7 500 « ménages complexes » à Mayotte.⁸³ Pour les fins du recensement, l'INSEE définit ces ménages comme étant des ménages qui ne sont ni une personne seule dans le logement, ni une famille monoparentale, ni un couple sans enfants, ni un couple avec au moins un enfant.⁸⁴ Sans vouloir tirer des conclusions sans confirmation, nous présumons qu'une grande partie de ces ménages complexes représente en effet des familles polygamiques. La catégorie des ménages complexes n'est plus appliquée par l'INSEE après 2007.

⁸⁰ Cass civ 1^{re}, 25 février 1997, n° 94-19321 (Juricaf).

⁸¹ Guillaumont, « Mayotte », *op. cit.* note 78.

⁸² Le Figaro, « À Mayotte, la France n'est pas une référence culturelle » (31 mars 2011), en ligne : <<http://plus.lefigaro.fr/note/a-mayotte-la-france-nest-pas-une-reference-culturelle-20110331-431917> .

⁸³ Institut national de la statistique et des études économiques, « Les Tableaux détaillés du recensement de la population 2007 à Mayotte », (31 juillet 2007), en ligne : <http://www.insee.fr/fr/themes/detail.asp?reg_id=27&ref_id=1102&page=donnees_detaillees/rp2007/resultats_detailles/rp2007_menages_men5m.htm .

⁸⁴ Institut national de la statistique et des études économiques, Définition « Ménages complexes », en ligne : <<http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/menage-complexe-recensement.htm> .

2. La polygamie actuelle en France

En ce qui concerne la France, il n'y a malheureusement pareillement que très peu de sources statistiques fiables sur la polygamie contemporaine, mais compte tenu de l'historique unique de la France et de la provenance de ses immigrants, le nombre des membres de familles polygamiques estimé est considérable. En 2006, l'Institut Montaigne estimait le nombre des familles polygamiques en France de 10 000 à 20 000.⁸⁵ Les dernières estimations du nombre des personnes vivant dans une famille polygamique en France ont récemment été reprises par J. A. Selby,⁸⁶ et leur nombre évalué alors à un maximum de 180 000 personnes,⁸⁷ passe de 150 000 à 400 000 personnes, ce qui représente donc entre 8 000 et 40 000 familles.⁸⁸ Quoi qu'il en soit, il semble évident qu'il s'agit presque exclusivement de familles musulmanes,⁸⁹ même si le gouvernement Français ne collecte pas d'information sur l'affiliation religieuse de ses citoyens pour des raisons de laïcité.⁹⁰

La très grande majorité des familles polygamiques en France est composée d'immigrants de la Gambie, du Sénégal, de la Mauritanie et du Mali. On estime d'ailleurs qu'environ 80% des familles polygames viennent du Mali⁹¹ et il y a des rapports que 44% des immigrants du Mali vivent dans une relation polygamique.⁹²

⁸⁵ Sonia Imloul, « La polygamie en France: une fatalité? », Étude, (2009) Institut Montaigne.

⁸⁶ Jennifer A. Selby, « Polygamy in the Parisian Banlieues: Discourse and Debate on the 2005 French Urban Riots », dans Gillian Calder et Lori Beaman (eds.), *Polygamy's Rights and Wrongs: Perspectives on Harm, Family, and Law*, Vancouver, UBC Press, 2013, 89-103.

⁸⁷ Commission Nationale Consultative des Droits de l'homme (CNCDH), *Étude et propositions: la polygamie en France*, Étude, (2006) CNCDH.

⁸⁸ Geneviève Oger, « France's Polygamy Problem » Deutsche Welle (DW) (31 juillet 2007), en ligne: <<http://www.dw.de/frances-polygamy-problem/a-1664241-1> .

⁸⁹ Mathias Rohe, *Das islamische Recht: Geschichte und Gegenwart*, München, C.H.Beck, 2009; CNCDH, *op. cit.* note 84. Pour une bonne analyse de la polygamie arabe, voir Ghassan Ascha, *Mariage, polygamie et répudiation en Islam: justifications des auteurs arabo-musulmans contemporains*, Paris, Éditions L'Harmattan, 1998.

⁹⁰ *Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État*, J.O., 11 décembre 1905, 7205.

⁹¹ Rohe, *op.cit.* note 89.

⁹² Carolyn Sargent et Dennis Cordell, « Polygamy, disrupted reproduction, and the state: Malian migrants in Paris, France » (2003) 56 *Social Science and Medicine* 1961-72 à la page 1961.

III. La polygamie contemporaine : décalage entre droit et fait

1. La polygamie en France et au Canada

Ayant connaissance de cette contextualisation sur l'état de la polygamie, une question fondamentale se pose dans le cadre de la présente thèse : est-ce que la polygamie dans les pays occidentaux, et plus spécifiquement en France et au Canada, constitue un problème marginal ? Nous soutenons que ce n'est pas le cas. En faisant les premières recherches sur ce sujet dans le cadre des procédures devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, il devenait très rapidement clair que la discussion contournant la polygamie ouvrait une porte sur une thématique plus large impliquant les notions de mariage, d'immigration, de droits sociaux et de droits fondamentaux pour toutes les personnes touchées par la polygamie, incluant les enfants des relations polygamiques.

Certes, d'un point de vue pratique pour les juristes, la discussion autour des mariages polygamiques est particulièrement intéressante au Canada et en France pour deux raisons principales. Nous avons d'abord vu que de plus en plus de familles polygamiques immigrèrent effectivement au Canada et en France sans divulguer leur statut de mariage polygamique. Ensuite, nous savons que les mariages polygamiques sont célébrés clandestinement au Canada et en France par certains membres des communautés musulmanes et africaines,⁹³ ayant pour résultat des unions plures qui ne sont ni reconnues ni protégées par la loi.⁹⁴

Ceci étant dit, la problématique va au-delà de ces questions juridiques techniques et de droit international appliqué, puisque la prohibition générale de la polygamie au Canada et en France fait naître beaucoup d'effets parfois paradoxaux concernant la relation patrimoniale des conjoints ainsi que des

⁹³ Fournier, « Calculating claims », *op. cit.* note 71.

⁹⁴ Bailey et Kaufman, *op. cit.* note 9.

effets qui sont, selon nous, à l'encontre des droits fondamentaux des polygames. Un signe qui indique l'importance pionnière ou avant-gardiste de la question polygamique est le fait que les effets négatifs patrimoniaux causés par la prohibition de la polygamie ont été corrigés législativement en atténuant le principe de la prohibition et en reconnaissant implicitement la polygamie à plusieurs fins, surtout en ce qui concerne les effets du droit successoral et du régime matrimonial. La prohibition générale de la polygamie semble donc en réalité un peu plus adoucie afin de refléter l'évolution de la justice sociale. En effet, une brève analyse de l'évolution du mariage et les relations conjugales d'un point de vue juridique et étatique au Canada et en France démontre que, récemment, la législation met de plus en plus de poids sur la réglementation de l'aspect distributif ou patrimonial de ces relations afin de protéger les droits des personnes impliquées.

2. Le besoin d'une analyse globale

Étant donné que les législateurs en France et au Canada reconnaissent déjà à un certain degré le besoin d'adapter certaines lois afin de protéger par exemple les droits patrimoniaux et les droits de succession des membres de familles polygamiques, il est aussi important d'analyser l'impact de la prohibition de la polygamie sur le droit naturel et non seulement sur le droit positif. Nous allons démontrer qu'il existe en effet un décalage considérable entre l'intention du droit et son application pratique en ce qui concerne la polygamie. Pour le dire clairement, les législateurs en France et au Canada condamnent la polygamie et l'interdisent - mais en même temps elle est reconnue à des fins de justice sociale.

Dans cet esprit, le but de la présente thèse est de consolider la théorie et les approches existantes sur la question de la polygamie et de pousser le débat au-delà des analyses strictement techniques du droit positif, comme cela est souvent proposé par les auteurs juristes des pays du droit civil. D'une certaine manière, les observations parfois plutôt philosophiques des auteurs

des pays de la Common Law occultent souvent l'aspect technique, juridique de la discussion. Notre recherche vise à démontrer pourquoi la prohibition de la polygamie viole non seulement les droits patrimoniaux et personnels des personnes impliquées, mais aussi leurs droits fondamentaux. À notre connaissance, il n'existe pas de monographie juridique qui décortique la polygamie et le mariage monogamique à partir du début de leur historique, qui démontre les contradictions et l'incompatibilité du statu quo en ce qui concerne le mariage occidental, et qui finalement propose une solution qui améliorera la protection des droits des personnes polygamiques ainsi que les sociétés des pays où ils vivent. Notre but est donc de faire le tour de la question polygamique afin de donner un aperçu global qui permet d'intégrer la recherche existante pour en tirer des conclusions juridiques pratiques - une approche qui, selon nous, fait défaut parmi les monographies actuelles.

La présente thèse propose ainsi une analyse de la polygamie dans le cadre de la notion juridique du mariage en France et au Canada. Ni au Canada, ni en France il n'existe un débat profond dans la société qui remette en question les raisons pour lesquelles la notion du mariage s'est libéralisée, permettant ainsi de règlementer le divorce, les unions civiles, la dépénalisation du concubinage et le mariage entre les personnes du même sexe sans permettre les relations entre plus de deux personnes adultes, polygamiques ou autre.

Le premier but de notre recherche est donc d'analyser pourquoi dans les pays occidentaux, parmi lesquels nous choisissons le Canada et la France, la prohibition de la polygamie est un des derniers piliers ou des éléments du mariage que nous apercevons comme « traditionnel » et qui demeure inchangé. Pourquoi est-ce que les législateurs ne permettent pas la polygamie après avoir libéralisé presque tous les autres aspects du mariage ? À part des raisons appuyées par les législateurs justifiant la prohibition de la polygamie, notre analyse va forcément nous amener à examiner ce que l'État, ou la société, veut vraiment achever avec la régulation du mariage et les autres relations conjugales en général. En d'autres mots, pourquoi est-ce

qu'en France et au Canada nous donnons un statut particulier au mariage ou, plus généralement, aux relations monogamiques ?

Cette analyse initiale des origines du mariage et de la prohibition de la polygamie va nous conduire à un second aspect de notre développement à savoir l'examen des effets de la prohibition. Est-ce que les buts visés par le gouvernement en régulant les relations monogamiques et en prohibant la polygamie sont atteints, et quels sont les effets de la législation actuelle ? Notre recherche va démontrer que la prohibition de la polygamie cause plusieurs effets patrimoniaux indésirables sur les droits personnels qui sont parfois corrigés par la législation en acceptant la relation polygamique pour ces fins spécifiques. Ensuite, nous suggérons que plusieurs effets sur les droits fondamentaux de la prohibition ne sont pas abordés par les législateurs français et canadiens et nous soumettons que ces effets causent des injustices considérables pour les personnes impliquées et pour les droits fondamentaux en général, même si cela est souvent fait par inadvertance et indirectement. Lors de cette étude nous allons voir que, même pour ces droits fondamentaux, les législateurs ont parfois été forcés d'adopter des atténuations au principe de la prohibition afin de corriger certaines réalités culturelles et sociales. Le fil rouge qui court tout au long de la thèse est la question de savoir si le droit fondamental de l'égalité des sexes et des époux, tel qu'ancré dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, la *Constitution de la République française* et la *Charte canadienne*,⁹⁵ est mis en danger par la relation polygamique. Ou est-ce que ce ne serait pas le contraire, et la prohibition de la polygamie ne renforcerait-elle pas l'inégalité entre les époux polygamiques ?

Finalement, nous allons examiner la prohibition de la polygamie en France et au Canada à travers une approche critique pour ensuite suggérer les perspectives d'évolution proposées à cette prohibition générale. Nous allons donc voir comment exactement la prohibition de la polygamie crée des

⁹⁵ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés AG 217 (III) Doc off AG NU, 3^e sess, sup n° 13, Doc NU a/810 (1948) 71, arts. 2, 16(1) [DUDH]; Préambule, art. 213 C civ.; *Charte canadienne*, art. 15.

effets paradoxaux sur les droits fondamentaux, et comment les législateurs et les sociétés pourraient parvenir à leurs buts législatifs et sociétaux sans causer ces effets indésirables sur les droits. En conclusion, nous allons proposer une approche alternative relativement simple mais possiblement controversée à la régulation du mariage et des relations monogamiques actuelles, notamment en remplaçant la législation des relations conjugales, donc le mariage en soi, par un système de réglementation des relations de soin entre les personnes interdépendantes.

IV. Considérations méthodologiques

1. Définitions

Avant de parcourir une courte histoire de la polygamie et du mariage, il est important de définir certains termes. La discussion sur la polygamie ne nécessite pas beaucoup de clarification en ce qui concerne les définitions terminologiques particulières. Néanmoins, quatre termes spécifiques vont réapparaître dans notre thèse, souvent confondus ou mélangés par les auteurs, et il est important de bien expliquer la différence et l'importance entre la polygamie, la polygynie, la polyandrie et le polyamour.

A) Polygamie

Le terme « polygamie » englobe toute relation « d'une personne (homme ou femme) mariée simultanément à plusieurs femmes, à plusieurs hommes. »⁹⁶ Il est important de noter que la polygamie peut exister sous deux formes, dont surtout la deuxième est pratiquée de nos jours parmi les membres des religions musulmane et mormone. La polygamie⁹⁷

« existe sous diverses formes. Elle peut être simultanée : le mariage est célébré avec plusieurs épouses, généralement deux sœurs ; ou sérielle : les mariages se succèdent dans le temps. »

La définition exacte de la terminologie étant en évolution, nous proposons d'ailleurs d'expliquer davantage la relation entre la polygamie et la notion de la bigamie. Le gouvernement du Canada, dans sa publication sur la

⁹⁶ Larousse en ligne, en ligne:

<<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/polygame/62305> .

⁹⁷ Ibrahim Fadlallah, « Polygamie » (2010) (Dalloz); Bailey et Kaufman, *op. cit.* note 9.

polygynie et les obligations du pays en vertu du droit international, en a fait une bonne analyse:⁹⁸

« Le terme « polygamie » signifie l'union simultanée d'un homme ou d'une femme à plus d'un conjoint. Ce générique englobe donc les notions de bigamie, de polyandrie et de polygynie.

Le terme « bigamie » est généralement utilisé dans la législation interne lorsque l'on parle de l'interdiction du mariage simultané avec plus d'une personne. Bien que ce rapport ne prétende pas traiter en profondeur de l'interdiction de la bigamie et de la polygamie au Canada, la législation interne est utile pour clarifier la terminologie. Aux termes du Code criminel, commet la bigamie quiconque, étant marié, passe par une formalité de mariage avec une autre personne, le même jour ou simultanément, passe par une formalité de mariage avec plus d'une personne ou sachant qu'une autre personne est mariée, passe par une formalité de mariage avec cette personne. Le Code criminel ne propose pas de définition claire de la polygamie. Cependant, la principale différence entre la bigamie et la polygamie telle que présentée dans le Code criminel réside dans le fait que la bigamie, contrairement à la polygamie, nécessite une « formalité de mariage », notion définie à l'article 214. Dans son rapport de 1985 sur la bigamie, la Commission de réforme du droit du Canada propose une définition de la polygamie :

[...] la polygamie consiste dans le maintien d'un lien conjugal de plus de deux personnes. Lorsque ce lien réunit les époux en une seule entité matrimoniale ou familiale, on parle plus volontiers de polygamie.

Cette définition, en soulignant la formation d'une « seule entité matrimoniale ou familiale » sans qu'il y ait la nécessité de la validité légale des mariages (comme c'est le cas pour la bigamie), comprend donc les unions polygames dont les mariages sont célébrés strictement selon la religion ou la coutume. C'est cette optique de mariages de fait religieux ou culturels qui est au centre de l'interdiction légale de la polygamie. Interdire uniquement la bigamie, qui nécessite de multiples mariages de jure, serait un échec au traitement de la réalité de ces unions conjugales de facto. »

⁹⁸ Rebecca J. Cook et Lisa M. Kelly, *La polygynie et les obligations du Canada en vertu du droit international en matière de droits de la personne*, Rapport de recherche, Ottawa, Ministère de la justice, Section de la famille, des enfants et des adolescents, 2006.

Il est à souligner que la polygamie, par sa définition même, est déjà associée à une certaine pratique religieuse ou de culte, puisqu'il ne serait pas nécessaire de la distinguer de la bigamie s'il s'agissait seulement d'interdire le mariage formel avec plus d'une personne en même temps. Sans aller plus avant ici, il est évident que ce fait en-soi démontre les difficultés qu'une interprétation large du terme « polygamie » peut causer pour toute sorte de styles de vie complexes et diverses qui existent de nos jours.

Sous une forme ou l'autre, la polygamie est légale dans certains pays africains, dont le Ghana, le Mali, la Mauritanie, le Nigeria, le Sénégal, l'Égypte, le Maroc, le Soudan, l'Uganda, le Kenya, la Tanzanie, l'Afrique du Sud, le Botswana et le Malawi.⁹⁹ Elle est aussi pratiquée légalement au Moyen-Orient, notamment en Arabie saoudite, en Iraq, en Jordanie, au Liban, en Iran et au Yémen.¹⁰⁰ Finalement, elle est répandue dans des régions de certains pays de l'Asie, comme l'Indonésie, le Pakistan, le Bangladesh, la Malaisie, les Philippines, le Singapour, les Maldives, la Birmanie et le Sri Lanka.¹⁰¹

B) Polygynie et Polyandrie

Comme nous l'avons mentionné auparavant, la polygynie représente donc le cas particulier de la polygamie dans lequel un homme se marie à plusieurs femmes.¹⁰² Nous allons voir plus tard que la polygynie est la forme de polygamie la plus répandue au monde, et ceci pratiquement exclusivement.¹⁰³ Quand nous parlons donc de la polygamie, nous nous

⁹⁹ Martha Bailey et Kaufman, *op. cit.* note 9.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*; Judith Stacey, *Unhitched: Love, Marriage, and Family Values from West Hollywood to Western China*, New York, NYU Press, 2011; Fadlallah, *op. cit.* note 100. Pour une étude détaillée sur la prévalence de la polygamie mondiale à travers les pays et le temps, voir: Davis Bitton et Val Lambson, « Demographic Limits of Nineteenth-Century Mormon Polygyny » (2012) 51:4 *BYU Studies Quarterly* 7-26.

¹⁰² Bailey et Kaufman, *op. cit.* note 9; Cook et Kelly, *op. cit.* note 101; Larousse en ligne, en ligne: <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/polygynie/62322> .

¹⁰³ Stacey, *op. cit.* note 104; Carter, *op. cit.* note 9; Bailey et Kaufman, *op. cit.* note 9; Douglas R. White, « *Rethinking Polygyny: Co-Wives, Codes, and Cultural Systems* », (1988) 29:4 *Current Anthropology* 529–572.

référons surtout à la polygynie, sans vouloir limiter nos analyses et conclusions à cette forme de la polygamie. En effet, toutes nos perspectives d'évolution à la fin de cette thèse s'appliquent à toute forme de polygamie, même si statistiquement une forme est plus fréquente que l'autre.

Ceci nous amène à la polyandrie, ce qui est la forme de polygamie avec une pluralité de maris, donc quand une femme se marie à plusieurs hommes.¹⁰⁴ La polyandrie est, comme nous l'avons dit, beaucoup moins répandue que la polygynie, même extrêmement rare,¹⁰⁵ mais ils existait néanmoins certaines cultures qui pratiquaient la polyandrie en Afrique, en Asie et aux Amériques.¹⁰⁶ Il est quand même important de ne pas ignorer la polyandrie pour les fins de cette thèse puisque, historiquement, quelques Premières Nations au Canada, surtout dans le nord du pays en Arctique parmi les nations Inuit, pratiquaient la polyandrie.¹⁰⁷ Cette pratique rare de polygynie en Arctique s'explique probablement par la vie dure et dangereuse de ces nations, due aux dangers encourus par les hommes Inuit pendant la chasse. Les anthropologues K. Starkweather et R. Hames ont analysés cette rare forme de polygamie :

« La polyandrie à court terme semble être une conséquence de l'isolation dans le contexte d'une dépopulation sévère. La polygamie à long terme est une conséquence d'une fausse persistance de la sex-ratio et une adaptation relativement stable. »¹⁰⁸

¹⁰⁴ Bailey et Kaufman, *op. cit.* note 9; Miriam Koktvedgaard Zeitzen, *Polygamy: A Cross-Cultural Analysis*, Paris, Berg, 2008.

¹⁰⁵ Vernon Dorjahn, recension de *Women with many husbands : Polyandrous alliance and marital flexibility in Africa and Asia* de Nancy E. Levine et Walter H. Sangree (1982) 84 *American Anthropologist* 912 (1982) (referant à la polyandrie comme un phénomène rare). Pour une étude très exhaustive sur cette forme de la polygamie, voir : Katherine E. Starkweather et Raymond Hames, « A Survey of Non-Classical Polyandry », (2012) 23:2 *Human Nature* 149-172 [Starkweather et Hames, « Polyandrie »].

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Stacey, *op. cit.* note 104; Carter, *op. cit.* note 9; Bénédicte Manier, *Quand les femmes auront disparu : l'élimination des filles en Inde et en Asie*, Paris, Éditions La Découverte, 2006; Stavros Perentidis, « Sur la polyandrie, la parenté et la définition du mariage à Sparte », dans Alain Bresson et al. (éd.), *Parenté et société dans le monde Grec de l'Antiquité à l'Âge moderne, Colloque international (Volos 19-20-21 juin 2003)*, Bordeaux, Éditions Ausonius, 2006, aux pages 131-152; Starkweather et Hames, « Polyandrie », *op. cit.* note 108.

¹⁰⁸ *Ibid.* à la page 163 (notre traduction).

Et plus loin :

« Essentiellement, en ce qui concerne la condition reproductive de l'homme, le fait de partager une épouse pourrait être plus avantageux que de ne pas avoir d'épouse du tout. Les femmes répondent à ce qui semble être un environnement dangereux (où les hommes adultes meurent jeunes ou sont absents pour de longues périodes), en élaborant des stratégies pour se protéger et être ravitaillées par un mari supplémentaire. »¹⁰⁹

Sans aller plus en détail, cette forme de polygamie démontre que ce sont souvent des facteurs extérieurs qui influencent la décision à pratiquer cette forme de cohabitation. Même si moins importante de nos jours, cette réalité causant la polyandrie peut aider à comprendre certaines causes semblables menant à la polygynie des immigrants polygames au Canada et en France de nos jours.

C) Polyamour

Enfin, il est nécessaire de présenter brièvement le polyamour. Le polyamour est « la volonté, la pratique ou l'acceptation de vivre une relation amoureuse impliquant plus de deux personnes avec la pleine connaissance et le consentement de chaque personne concernée ».¹¹⁰ Dans le cas idéal, il s'agit d'un comportement qui se veut honnête, transparent, respectueux et responsable, et le polyamour est donc nécessairement consensuel et répond à une certaine éthique. Le polyamour est peu examiné par la littérature scientifique mais souvent discuté dans le cadre des relations familiales alternatives¹¹¹ et il a même été décrit comme un projet féministe d'amour libre.¹¹²

¹⁰⁹ *Ibid.* à la page 167 (notre traduction).

¹¹⁰ L'Association Québécoise des Polyamoureux, Polyamour-Quebec.ca, en ligne : <<http://polyamour-quebec.ca/> .

¹¹¹ D. Marisa Black, « Beyond Child Bride Polygamy: Polyamory, Unique Familial Constructions, and the Law » (2006) 8 JL & Fam Stud 497.

¹¹² Tobias Becker & Claudia Voigt, « Die endgültige Emanzipation » (10/2017) *Der Spiegel*, Hamburg, à la page 106.

Il est important de l'évoquer ici, puisque toute réglementation de la polygamie a un impact indirect sur la pratique du polyamour, qui, par définition, englobe toutes les situations non-monogamiques qui existent dans notre société. Nous allons d'ailleurs voir que dans le cas du Canada, les associations officielles de polyamour sont très impliquées dans la discussion concernant la polygamie, surtout parce-qu'il y a une crainte que l'interdiction et la poursuite de la polygamie ait des effets négatifs sur les relations polyamoureuses.

Dans le cadre de notre recherche, nous nous référons souvent aux pays « occidentaux ». Ce terme est controversé puisqu'il s'oppose tacitement au reste du monde, ce qui déclenche une problématique toute autre. Nous utilisons le terme « occidental » strictement pour englober les pays dont les systèmes juridiques ont évolué des mêmes racines, concepts et traditions, et qui continuent de s'inspirer de la jurisprudence et de la législation des autres. Il n'est pas nécessaire de définir ce terme davantage pour la présente thèse, il suffit de rappeler que le Canada, à cause de son passé colonial, est influencé par la *Common Law*, le droit romano-civiliste (au Québec) et parfois aussi par le droit coutumier des Premières Nations. La France en revanche est évidemment un pays de tradition de droit civil, sans oublier qu'en matière de mariage, il y existe des influences du droit coutumier.

Au lieu de nous conformer à la règle courante du masculin générique, nous nous sommes efforcés de recourir à des vocables ou à des expressions neutres qui se rapportent à la fois au genre féminin et masculin. Cette règle a été appliquée là où c'était possible sans alourdir le texte.

2. Méthodologie et présentation du plan

A) L'approche comparatiste

Nous aimerions ici éclairer les raisons du choix du Canada et de la France pour notre thèse. Au-delà des motivations strictement personnelles,

ces deux pays s'imposent pour une thèse sur la polygamie. La France, avec sa tradition du droit romain, a beaucoup d'expérience jurisprudentielle avec l'application pratique et formelle des droits prohibant la polygamie, mais moins de sources doctrinales critiques sur le sujet. Le Canada en revanche, pays majoritairement de tradition issue de la *Common Law*, le droit commun, a une vaste collection de doctrine sur la polygamie, souvent influencé par les auteurs critiques des États-Unis, mais quasiment aucune jurisprudence appliquant les lois prohibant la polygamie. Comme si souvent, ces deux traditions légales se rencontrent au Québec – notre lieu de résidence - province francophone du Canada avec un mélange du droit romain et de la *Common Law*. Comme dans la « vraie vie », nous espérons que ces perspectives différentes des deux côtés de l'Atlantique servent à mettre en perspective les préconceptions juridiques sur la prohibition de la polygamie.

Une autre raison de choisir le Canada et la France est le fait qu'il s'agit de deux pays occidentaux qui ont leurs racines dans une histoire et une tradition légale similaire, et les deux pays se voient confrontés à une réalité immigrante qui nécessite une réflexion sur l'identité culturelle et l'institution et la notion du mariage. Il est d'ailleurs intéressant que la France en tant que société semble avoir choisi le chemin de la laïcité intégrale, tandis que le Canada a adopté une approche officielle de multiculturalisme, ou de laïcité ouverte. Nous allons voir comment ces deux notions influencent le traitement du mariage polygamique devant les cours à travers la doctrine.

Finalement, du point de vue juridique, il va être intéressant de noter que dans les cas où les législateurs et les cours canadiennes justifient la prohibition de la polygamie, ils se réfèrent plutôt au préjudice perçu dont les familles polygamiques souffrent, tandis qu'en France la discussion tourne notamment davantage autour du rôle culturel du mariage et sa fonction d'outil expression d'identité nationale. En conclusion, nous espérons que la comparaison entre ces deux pays concernant le traitement de la polygamie résulte dans un avantage réciproque pour le lecteur ou la lectrice juriste de l'un ou de l'autre des deux pays.

B) L'approche critique

En ce qui concerne notre façon d'aborder ce sujet parfois délicat, nous optons pour une critique qui examine davantage les effets de la prohibition de la polygamie et qui compare ces effets avec les buts visés par les législateurs. Selon nous, la méthodologie critique (« *Critical Legal Studies* ») est le véhicule idéal pour une telle analyse et elle n'a pas encore été appliquée dans la littérature légale sur ce sujet. L'avantage de la méthodologie critique est qu'elle se concentre sur les effets du droit sur les personnes impliquées. Notre analyse examinera donc les effets de la prohibition de la polygamie sous l'angle des trois observations établies de cette théorie : le droit varie selon la place et le temps, le raisonnement légal est indéterminé et contradictoire, et le droit n'est pas neutre.¹¹³

Le but étant l'analyse critique, la présente thèse proposera de nouvelles approches et présentera les perspectives d'évolution à la prohibition de la polygamie. La finalité est de proposer des concepts légaux et des politiques qui reflètent mieux les objectifs visés par le législateur, notamment la prévention des préjudices et l'intégration aux sociétés du Canada et de la France. L'individualisation des relations entre les membres de ces sociétés demande des règlements plus flexibles qui se concentrent plutôt sur les relations de soin très diverses et individualisées et moins sur l'encadrement des relations dans des institutions à caractère de panacée universelle, comme le mariage monogamique.

Pour développer notre thèse, nous l'avons divisée en trois parties de six titres clés, résultant finalement dans quatorze chapitres distincts. Le premier objet de la thèse est d'analyser, dans une première partie, les fondements du mariage contemporain et de la prohibition de la polygamie au Canada et en France. Après avoir exposé ce préambule sur les fondements de la prohibition de la polygamie, la présente thèse décrit dans sa deuxième

¹¹³ Joseph William Singer, « The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory » (1984) 94:1 The Yale Law Journal 1–70.

partie les effets parfois paradoxaux de cette prohibition. Pour offrir des alternatives à ce tour d'adresse entre la prohibition et la reconnaissance partielle de la polygamie, nous allons suggérer des alternatives dans la troisième partie de notre thèse.

PREMIÈRE PARTIE : LE PRINCIPE DE LA PROHIBITION

« Il est résolu QUE la Constitution confère au Congrès le pouvoir souverain sur les territoires des États-Unis pour son gouvernement, et que l'exercice de ce pouvoir constitue à la fois le droit et la responsabilité du Congrès d'interdire dans les territoires ces deux reliquats du barbarisme — la polygamie et l'esclavage. »¹¹⁴

Avant de proposer où les perspectives d'évolution pourraient nous amener, il est important de se souvenir d'où nous venons. Nous allons voir que le mariage monogamique s'est établi pour plusieurs raisons politiques, économiques et personnelles en France et au Canada (Titre 1), comme d'ailleurs dans les autres pays occidentaux. Quels sont les fondements historiques et sociologiques qui ont eu pour résultat que le mariage monogamique s'est établi à l'opposé de la polygamie dans les pays de l'occident jusqu'à la Révolution industrielle ? Ceci nous amènera à essayer à décrire la nature du mariage contemporain au Canada et en France depuis la Révolution industrielle, afin de répondre à la question pourquoi le législateur réglemente le mariage en France et au Canada.

Ensuite, la thèse étudiera le traitement de la polygamie devant les cours juridiques et dans la législation du Canada et de la France, donc les fondements juridiques de la prohibition actuelle (Titre 2). En examinant quels instruments sont utilisés pour renforcer la prohibition de la polygamie, il sera davantage possible de tirer des conclusions sur les motifs de la prohibition et, vice versa, la raison pour laquelle l'État préfère promouvoir le mariage monogamique. Notre recherche va démontrer qu'au Canada, officiellement, le poids est actuellement surtout mis sur la prévention des préjudices, tandis qu'en France la polygamie est surtout vue comme un défaut d'intégration dans la société puisqu'elle est à l'encontre de l'ordre public.

¹¹⁴ Plateforme du parti républicain des États-Unis du 12 septembre 1856 à Baltimore, dans Walter Raleigh Houghton, *Conspectus of the History of Political Parties and the Federal Government*, Indianapolis, Granger, Davis & Company, 1880, p. 47-48 (notre traduction)

Titre 1 : Les fondements historiques et sociologiques

Il est important de faire un survol de l'établissement du mariage monogamique occidental. Cette analyse est nécessaire afin de démontrer que, avant la Révolution industrielle, le mariage était surtout un outil économique et politique, et, plus tard, un idéal religieux (Chapitre I). À partir de la Révolution industrielle, et malgré l'introduction de l'aspect émotionnel du mariage, le mariage est généralement devenu pour l'État un outil pour distribuer d'une façon plus ou moins juste les moyens économiques du couple et pour protéger les membres de la famille économiquement plus faibles. En effet, toute législation primaire et secondaire touchant le mariage au Canada et en France est de caractère distributif, ce qui veut dire qu'elle règle presque exclusivement les aspects économiques en cas de mariage et de divorce (Chapitre II).

Chapitre I : Le mariage avant la Révolution Industrielle

L'histoire de la prohibition de la polygamie dans les pays occidentaux représente en même temps l'histoire de l'établissement du mariage monogamique dans ces pays, et il est impossible d'analyser l'un sans y parler de l'autre. C'est pour cette raison que nous allons examiner les deux aspects de cette réalité. Avant d'aborder l'analyse juridique *stricto sensu* de la prohibition de la polygamie en France et au Canada, il est donc essentiel d'examiner les origines et les fondements historiques et sociologiques de la prohibition de la polygamie dans les pays occidentaux. Certainement, nous nous apercevons que l'institution du mariage peut représenter, entre autres, des perspectives économiques, politiques, religieuses et émotionnelles - tout dépend de la situation et de la culture individuelle des personnes impliquées - et en conséquence ces considérations sont souvent à l'origine des décisions législatives. Tout le passé historique et sociologique d'une société est reflété dans la définition actuelle du mariage, et, comme nous allons le soumettre plus tard, nous nous trouvons très probablement à un point dans l'histoire du droit occidental qui pourrait encore une fois changer la définition du mariage tout en respectant son histoire et son sens variable et différent pour chaque individu.

Ceci étant dit, le présent chapitre démontrera qu'il y a beaucoup de similarités entre l'évolution du mariage au Canada et en France, surtout à cause du fait que les histoires de ces deux pays ont évolué à partir d'un passé commun, ont partagé une grande partie du chemin historique, et constituent deux pays de ce qu'on décrit habituellement comme « l'occident » avec des traditions légales proches. Ce qui représente probablement la différence la plus importante entre ces deux pays que nous examinons à titre d'exemple pour les développements occidentaux, c'est l'influence et l'adaptation du droit commun anglo-saxon (la *Common Law*) au Canada. Ce système de droit, qui se base davantage sur la jurisprudence que sur les lois codifiées, a fortement changé l'approche canadienne au droit du mariage, même si le Québec est

techniquement une juridiction mixte de droit civil et de *Common Law*. Cette influence de la *Common Law* donne, à notre avis, une interprétation et une perspective différente de ce que l'État doit réglementer dans le domaine des droits personnels et des aspects personnels du droit du mariage. Comme nous allons le voir un peu plus tard, cette réalité est peut-être reflétée par la présence d'une prohibition indirecte plus prononcée en France, ce qui pourrait être le résultat d'une application plus stricte des lois codifiées dans les pays du droit romain.

La prohibition de la polygamie a toujours été accompagnée du renforcement gouvernemental du mariage monogamique. Selon nous, il est donc en conséquence important de se demander pourquoi, parmi la majorité des sociétés occidentales, il y a eu un développement vers la monogamie, et pour quelles raisons la présence de la polygamie constitue une difficulté pour la société et pour l'État des pays occidentaux comme la France et le Canada. Certes, il existe une recherche minoritaire, enrichissante et engagée qui avance que l'interdiction de la polygamie a contribué à la démocratisation du monde,¹¹⁵ mais nous sommes d'avis que le contraire est beaucoup plus probable : c'est la démocratisation du monde, dans son sens le plus large, qui a contribué à la disparition de la polygamie. Pourquoi donc le modèle monogamique s'est-il imposé plus fortement ? Rappelons qu'environ 50% des mariages en Amérique du Nord et en Europe vont aboutir à un divorce.¹¹⁶

Un indice important pour répondre à cette question se trouve dans le constat que, bien avant le temps de l'influence de l'église chrétienne, les raisons pour lesquelles on se mariait étaient exclusivement économiques et politiques. Ceci n'est pas vraiment surprenant, puisque le mariage permettait depuis toujours de régler plusieurs aspects de la vie de couple d'un seul coup, dont l'argent, les besoins sexuels, les enfants, l'ordre et la famille. En même temps, le mariage servait à un but politique et stratégique en distribuant les

¹¹⁵ Andrey Korotayev et Dmitri Bondarenko, « Polygyny and Democracy: A Cross-Cultural Comparison », (2000) 34:2 Cross-Cultural Research, 190–208.

¹¹⁶ Stephanie Coontz, *The way we never were*, New York, Basic Books Inc., 1992, à la page 182.

richesses et les pouvoirs associés à ces richesses. Le mariage a d'ailleurs été décrit comme « une façon importante d'organiser l'économie d'une société ». ¹¹⁷ La journaliste E.J. Graff insiste de plus sur ce point en alléguant que le mariage est en effet toujours un arrangement économique, même si la reconnaissance et l'application explicite de ce fait dépend de l'économie dans la place et dans le temps. ¹¹⁸

1. La monogamie pour les raisons économiques et politiques pendant l'Antiquité

A) Premières sources

Les premières sources accessibles qui parlent du mariage occidental dans l'Antiquité indiquent que le mariage représentait toujours cette transaction purement économique et politique. ¹¹⁹ Il est important de noter que quand on dit « économique et politique », il s'agit plutôt d'une précision de la pratique du mariage entre les familles des époux en ce temps-là, ce que C. Salles décrit comme « une alliance trouvant sa justification dans leur descendance. » ¹²⁰ Cette réalité limitait l'émergence répandue de la polygamie donc dès le début : le mariage était largement une transaction ou un contrat économique qui, de sa propre nature, créait normalement un lien entre seulement deux parties, donc deux familles. Ceci ne veut pas dire qu'il n'y avait pas des relations sexuelles ou amoureuses au-delà des deux époux, c'est à dire en dehors du mariage. Au contraire, elles étaient très courantes, mais il s'agissait là rarement d'une vraie relation polygamique avec tous les droits et obligations d'un mariage. Le mariage constituait donc un contrat entre deux familles, et non entre deux individus.

¹¹⁷ E.J. Graff, *What Is Marriage For?*, Boston, Beacon Press, 1999, à la page 2.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Sabine Melchior-Bonnet et Catherine Salles, *Histoire du mariage*, Montréal, R. Laffont, 2009; Elizabeth Abbott, *A History of Marriage*, New York, Seven Stories Press, 2011; Marie-Luise Schwarz-Schilling, *Die Ehe- Ein Seitensprung der Geschichte*, Dielmann, 2004; Rosemarie Nave-Herz, *Ehe- und Familiensoziologie: eine Einführung in Geschichte, theoretische Ansätze und empirische Befunde*, Weinheim/München, Juventa, 2004; Jack Goody, *Die Entwicklung von Ehe und Familie in Europa*, Berlin, Suhrkamp, 1989; Edward Westermarck, *Short History of Human Marriage*, Whitefish, Kessinger Publishing, 2003.

¹²⁰ Melchior-Bonnet et Salles, *op. cit.* note 120, à la page 9.

En Égypte par exemple, les familles du couple jouaient un grand rôle en ce qui concernait la décision du mariage, comme d'ailleurs dans presque toutes les cultures de l'époque. Il est à noter qu'il n'existait cependant pas vraiment de procédure officielle ou religieuse pour se marier en Égypte. Malgré ce manque de formalité étatique, il était clair que la polygamie n'était pas reconnue par la loi, mais il s'agissait seulement d'une coutume pratiquée ouvertement de fait par les hommes. Malgré ces relations polygamiques plus ou moins acceptées, la concubine n'avait néanmoins aucun droit et ses enfants ne possédaient aucun statut juridique.¹²¹ Par contre, l'adultère commis par la femme était très problématique, puisque la femme était considérée comme la propriété du mari et les enfants qu'elle mettait au monde risquaient alors d'être de son amant et non pas de son mari. Les punitions pour ces amants étaient donc considérables.¹²²

En Mésopotamie, malgré une histoire longue et compliquée, les chercheurs ont pu constater que depuis l'invention de l'écriture vers 3 400 et 3 200 av. J.-C., les mariages étaient généralement monogamiques. À travers les différents États de la Mésopotamie documentés il existait néanmoins deux exceptions qui permettaient la pratique de la polygamie. Premièrement, si l'épouse était stérile, le mari pouvait prendre une seconde épouse ou des concubines. Deuxièmement, les souverains pratiquaient la polygamie sous la forme de harem.¹²³ En plus, les mariages étaient très souvent endogamiques, ce qui veut dire qu'ils étaient conclus entre des membres de la famille proche.¹²⁴ Le but principal du mariage dans ces sociétés majoritairement patriarcales était la procréation d'un héritier mâle légitime, mais il faut noter que les enfants d'esclaves pouvaient être considérés comme légitimes dans certaines circonstances. L'essentiel dans ces sociétés était, encore une fois, de protéger le patrimoine de la famille.¹²⁵

¹²¹ Melchior-Bonnet et Salles, *op. cit.* note 120.

¹²² *Ibid.* à la page 17.

¹²³ *Ibid.* à la page 17.

¹²⁴ *Ibid.* à la page 26

¹²⁵ *Ibid.* à la page 33.

B) Grèce et Rome

La formalisation du mariage du point de vue social avançait surtout plus tard en Grèce et à Rome, et ce sont évidemment les premières influences qui sont à l'origine des systèmes de droit de nos sociétés occidentales contemporaines. Pendant la période homérique en Grèce, l'institution du mariage représentait, comme en Égypte et en Mésopotamie, une alliance économique et politique entre deux familles. La polygamie se pratiquait rarement mais elle était désormais tolérée et il était acceptable pour les concubines de cohabiter avec le couple marié.¹²⁶ Il ne faut pas oublier qu'à Athènes et dans la plupart des autres états grecs, le mariage ne constituait pas encore une institution légale, religieuse ou sociale. Il s'agissait plutôt d'une alliance stratégique et économique entre deux familles qui n'avait pas encore de forme légale précise et réglementée.¹²⁷ Ceci étant dit, plusieurs règles de pratique commençaient à s'établir. Par exemple, dans ces états grecs, comme en Égypte, les concubines étaient seulement tolérées si elles n'étaient pas mariées elles-mêmes.¹²⁸ Une exception remarquable à ces règles existait à Sparte : les femmes étaient libres d'avoir des relations sexuelles sans être mariées, et leurs enfants avaient le plein statut juridique, même si s'ils avaient été conçus hors mariage. La société spartiate était matrilocale, ce qui signifie que les maris emménageaient dans la maison ou dans le village de l'épouse après le mariage.¹²⁹

Plus tard, c'est à Rome que le mariage faisait l'objet d'une législation plus formelle, et le *jus conubii* documentait d'une façon détaillée toutes les règles concernant le mariage. Cette multitude de lois et de règlements déterminait qui pouvait épouser qui, quel âge les épouses devaient avoir, comment la cérémonie du mariage était célébrée et comment toutes les autres formes d'union conjugale étaient réglées. Essentiellement, trois formes de mariage juste (*justum matrimonium*) courantes existaient entre les *gentes*, donc les familles romaines jouissant de tous les droits (le mariage entre les

¹²⁶ *Ibid.* à la page 54 et s.

¹²⁷ Schwarz-Schilling, *op. cit.* note 120, à la page 112 et s.

¹²⁸ Melchior-Bonnet et Salles, *op. cit.* note 120.

¹²⁹ Schwarz-Schilling, *op. cit.* note 120, à la page 117.

esclaves en revanche se nommait *contubernium*). Le *Confarreatio* était la forme la plus vieille et le mariage était indissoluble, le *Coemptio* représentait un « achat » symbolique de l'épouse, et l'*Usus* était un mariage de fait après une cohabitation d'un an. Sans aller plus en détail, il est à noter qu'outre les alliances politiques et financières entre les familles, les romains considéraient de même le courage, la beauté, les bonnes mœurs et la sagesse des futurs époux. Enfin, il existait aussi la forme d'union bien règlementée du concubinage (*concubinatus*) pour les personnes qui n'avaient pas la capacité juridique pour se marier, mais l'adultère et les relations polygamiques n'étaient généralement pas tolérés pendant toute l'existence de l'empire romain,¹³⁰ et l'interdiction se dirigeait surtout contre la communauté juive :¹³¹

« Les interventions normatives romano-chrétiennes qui visent incidemment la polygamie sont essentiellement celles à destination des communautés juives. Ainsi, on trouve une constitution du 30 décembre 393 de l'empereur Théodose, reprise dans le code Justinien, établissant « qu'[a]ucun juif ne conservera sa coutume en matière matrimoniale ni ne se mariera selon sa Loi ni ne fera de mariages concomitants ». Ici, les deux droits se confrontaient, car contrairement à la loi hébraïque, le droit romain ne donnait aucun droit à l'enfant né d'une seconde épouse considéré comme né de l'adultère (*spurius*) et ne pouvant hériter du patrimoine de son père hors de toute reconnaissance ou adoption. Valentinien II aurait selon certains auteurs toutefois émis une constitution autorisant la pratique, mais qui semble ne pas avoir été effectivement appliquée et supprimée de facto par ses successeurs. »

Enfin, mentionnons brièvement une autre source historique concernant le mariage occidental, celle de la culture des Celtes, même si cette partie de l'histoire a eu moins d'influence sur le droit de notre époque. Notons simplement que, selon nos connaissances limitées, pour les Celtes, le mariage représentait un contrat purement économique. Une différence importante est d'ailleurs que c'était la femme qui choisissait son mari, et l'homme suivait la femme dans sa famille, comme chez les Spartiates. On

¹³⁰ Melchior-Bonnet et Salles, *op. cit.* note 120, à la page 94 et s.

¹³¹ Gilles, « Polygamie », *op. cit.* note 53, à la page 441.

considérerait le rôle de l'homme et de la femme comme égal et, entre autres, ils devaient payer la même dot.¹³²

Avec l'émergence des premiers Chrétiens, il y a eu de plus en plus de tension entre l'idéal religieux et chrétien de la monogamie et la pratique des aristocrates qui avaient les moyens économiques d'avoir plusieurs épouses. À l'époque, le Christianisme n'avait pas encore d'influence majeure, puisqu'il était encore en train de se transformer de secte en religion. Mais, comme nous allons le voir, l'aspect religieux du mariage devenait de plus en plus important.

2. La monogamie comme idéal religieux au Moyen-Âge

A) Monogamie pour raisons économiques

En Europe, dans la période que nous appelons aujourd'hui le Moyen-Âge,¹³³ l'aspect religieux est introduit dans le concept du mariage. Malgré cela, et sans entrer dans les détails des coutumes locales et régionales, la majorité des époux étaient forcés de mettre en commun leurs gains en se mariant pour survivre, car le mariage était d'abord et surtout une décision économique créée par les circonstances d'un système monarchique qui traitait la majorité de la population simplement comme de la main d'œuvre. En Europe, les femmes ne restaient généralement pas à la maison avec les enfants avant le 18^{ième} siècle, elles devaient aider leurs maris au travail pour pouvoir assurer la survie des membres de la famille. Un survol de la littérature pertinente démontre que le mariage continuait donc d'être un arrangement fortement influencé par les intérêts économiques et la nécessité de survivre

¹³² Schwarz-Schilling, *op. cit.* note 120, à la page 135.

¹³³ Nous allons utiliser la définition de la période du « Moyen-Âge » suivante: De 476 (la mort du dernier empereur romain) à 1492 (la prise de Grenade).

dans les conditions difficiles de ces époques, et le mariage était souvent négocié entre les parents des époux.¹³⁴

Il ne faut pas oublier qu'au Moyen-Âge, il n'existait pas encore la même structure économique qu'après la Révolution Industrielle – chaque homme travaillait plus ou moins pour un maître, et seuls les artisans et les bourgeois avaient les moyens de se marier. En effet, le mariage commençait à s'établir pour les plus pauvres comme une étape importante vers l'intégration et l'acceptation dans la société. Quand cela leur était possible, les domestiques essayaient d'épargner un peu d'argent pour pouvoir se marier un jour et ainsi ne plus être dépendants de leurs maîtres.¹³⁵ En réalité, la grande majorité de la population n'avait donc pas les moyens économiques de monter l'échelle sociale et de se marier. Évidemment, il faut souligner que pour les aristocrates et les bourgeois plus riches, le mariage continuait à représenter un instrument primordial pour distribuer et maintenir la fortune de la famille à travers les générations.

B) Appropriation par l'Église

Le changement le plus important affectant le mariage pendant le Moyen-Âge fut, comme le suggère le titre de cette partie, le fait que l'église chrétienne commençait à s'approprier le contrôle du mariage et à le réglementer. Sous la réforme grégorienne à partir de la fin du XI^e siècle, l'Église décida de faire du mariage un sacrement, soit un rituel religieux dont l'effet est, selon l'Église, relié directement à Dieu. Durant les deux derniers siècles du Moyen-Âge, l'Église alla encore un peu plus loin en arrivant à faire du sacrement du mariage le monopole de l'Église. Malgré l'influence grandissante de l'Église, persistera, même sous la pression continue de

¹³⁴ Melchior-Bonnet et Salles, *op. cit.* note 120; Elizabeth Abbott, *op. cit.* note 120; Schwarz-Schilling, *op. cit.* note 120; Nave-Herz, *op. cit.* note 120; Goody, *op. cit.* note 120; Westermarck, *op. cit.* note 120; Kevin MacDonald, « The establishment and maintenance of socially imposed monogamy in Western Europe » (1995) 14:1 Politics and the Life Sciences 3–23.

¹³⁵ Graff, *op. cit.* note 117.

l'église sur la population aristocrate, la différence entre le mariage des aristocrates qui pratiquaient encore ouvertement la polygynie, et le mariage des gens du peuple qui n'avaient ni les moyens, ni la permission de déroger au mariage monogame :¹³⁶

« L'interdiction de la pratique polygamique s'affirme tant sur le plan juridique que moral et religieux. La plupart des théologiens et des pères de l'Église rapprochent la pratique de la commission du péché de luxure ou d'adultère, et la rejette ainsi. Ils reprennent l'exemple de l'union monogame d'Adam et Ève afin de fonder la préférence divine pour la monogamie. Quasiment sans contestation jusqu'au XVI^e siècle, la monogamie sera toutefois remise en question – modérément dans un premier temps – à la faveur du schisme entre Protestants et Catholiques. Si Luther et Calvin ne s'engagèrent pas ou peu dans le débat, plusieurs auteurs protestants, au XVII^e siècle puis au XVIII^e, s'interrogeront sur la pertinence du choix monogame, notamment au regard de la loi naturelle. »

Une tradition polygamique chrétienne clandestine continua à exister pendant des centaines d'années, mais le seul groupe chrétien qui le pratique encore aujourd'hui est une partie des membres de la secte mormone, en particulier le groupe à Bountiful en Colombie-Britannique.¹³⁷

Pendant l'Époque Moderne, période qui se situe entre le Moyen-Âge et la Révolution Française, l'Église continuait à obtenir avec force le monopole en matière de mariage, et, malgré une libéralisation et la perte du caractère sacramental du mariage pendant cette époque historique, le mariage monogamique devint la forme idéale de la vie chrétienne. Finalement, avant l'arrivée de la Révolution Industrielle tous les pays occidentaux avaient établi que toute relation polygamique constituait désormais un crime ou un délit.¹³⁸

¹³⁶ Gilles, « Polygamie », *op. cit.* note 53, à la page 442.

¹³⁷ John Cairncross, *After polygamy was made a sin: the social history of Christian polygamy*, Abingdon, Taylor & Francis, 1974.

¹³⁸ Ingrid Ahrendt-Schulte, « Ländliche Ordnung und obrigkeitliche Moralpolitik. Zum Umgang mit unehelichen Schwangerschaften in der frühneuzeitlichen Grafschaft Lippe », dans Sabine Klocke-Daffa (éd.), *Tabu: verdrängte Probleme und erlittene Wirklichkeit: Themen aus der lippischen Sozialgeschichte*, (2006) Landesverband Lippe, 87–115; Alexandra Lutz, *Ehepaare vor Gericht: Konflikte und Lebenswelten in der Frühen Neuzeit*, Frankfurt, Campus Verlag, 2006.

Les raisons de l'établissement du mariage monogamique dans les pays occidentaux étaient donc politiques, économiques et religieuses. Avec la Révolution Industrielle, ces raisons devenaient d'ailleurs de moins en moins importantes, et les couples commençaient à se marier pour des raisons personnelles.

Chapitre II : Le mariage après la Révolution Industrielle

L'arrivée de la Révolution Industrielle changea incidemment la définition contemporaine du mariage occidental. Autrement dit, la réponse à la question « pourquoi se marier ? » relevait jusqu'à la Révolution Industrielle surtout des raisons économiques, politiques et religieuses. À partir de l'industrialisation, d'autres aspects se sont ajoutés, et on pourrait même dire qu'ils dominent jusqu'à aujourd'hui la perception de ce que constitue le mariage pour une grande partie de la population occidentale.

1. La monogamie changeante

Le concept contemporain du mariage, qui se situe souvent en dehors de considérations légales, économiques ou politiques, et l'augmentation des motifs culturels et surtout émotionnels du mariage a ses racines dans les développements causés par la Révolution Industrielle. Certes, l'amour et les notions romantiques du mariage existaient avant la Révolution Industrielle - les œuvres poétiques et la littérature le confirment depuis toujours - mais avant la fin du 19^{ème} siècle ces émotions ne constituaient pas simplement une raison légitime pour se marier.

Pour le couple, les avantages économiques et politiques du mariage commencèrent à devenir moins importants à cette époque. D'un point de vue purement économique, ceci est souvent associé à l'établissement du capitalisme et à l'individualisation de la main-d'œuvre. La main-d'œuvre se dissociait davantage de l'espace privé et de la famille, et la femme n'était plus obligée d'aider son mari au travail. Ainsi, le fait qu'une partie de plus en plus grande de la population travaille pour des employeurs, ou dans des usines appartenant à des tiers, éliminait une des raisons importantes pour se marier : la nécessité d'associer les mains d'œuvres par le mariage disparut

rapidement dans ce système capitaliste.¹³⁹ En plus, il devint possible de nourrir une famille avec le salaire d'une seule personne – simplement dit : l'épouse pouvait rester à la maison et s'occuper du ménage et des enfants. L'introduction du capitalisme constituait effectivement une scission de la vie privée et de la vie professionnelle, et le mariage perdit aussitôt et rapidement sa fonction économique, comme le dit E.J. Graff dans son livre :¹⁴⁰

« Il n'est pas étonnant qu'il y ait eu peu de divorces avant que le capitalisme ne change le sens du mariage. [...] Est-ce que vous pouvez imaginer que Bill Gates congédie 50 pour cent de ses employés parce qu'il ne les aime pas personnellement ? »

Il est certain que l'aspect économique peut quand même encore jouer un rôle pour le mariage occidental, mais pour la majorité des couples contemporains, c'est seulement la notion de la dot qui a survécu à cette transformation fondamentale du mariage, même si elle représente simplement une relique symbolique pour la plupart des mariages contemporains.

A) La monogamie émotionnelle

Après la séparation de la vie privée et de la vie professionnelle pendant la Révolution Industrielle, plusieurs autres évolutions touchant les droits sociaux, plus ou moins interconnectées, transformèrent fondamentalement la nature du mariage. La professeure de droit américaine N. D. Polikoff en a fait une analyse et elle énumère plusieurs de ces changements dans son livre sur le mariage contemporain. N. D. Polikoff observe que pendant la Révolution Industrielle le concept de l'égalité des femmes commença à s'établir plus ou moins rapidement parmi les pays occidentaux. Ce développement donna lieu ultérieurement à des jugements devant les cours judiciaires qui reconnaissaient que les bénéfices et les obligations sociaux des sociétés occidentales n'étaient plus liés à l'état civil de la femme. En particulier, les

¹³⁹ Graff, *op. cit.* note 118; Abbott, *op. cit.* note 120; Lawrence Stone, *The family, sex and marriage in England 1500-1800*, London, Weidenfeld & Nicolson, 1977.

¹⁴⁰ Graff, *op. cit.* note 118, à la page 14 (notre traduction).

femmes commencèrent à avoir droit aux pensions alimentaires et à une partie des biens communautaires nonobstant le fait qu'elles soient mariées à leur partenaire ou non.¹⁴¹ En même temps, les cours judiciaires rejetaient le concept des enfants « illégitimes » en droit, ce qui donnait effectivement les mêmes bénéfices aux enfants nés dans une relation hors mariage qu'aux enfants nés dans une relation maritale.¹⁴²

De plus, l'acceptation par la société des relations sexuelles sans être marié et le divorce par consentement mutuel constituaient un autre élément qui changeait effectivement et complètement l'institution du mariage. Polikoff résume :¹⁴³

« Le mariage n'était plus nécessaire pour créer un lien légal avec ses enfants. Le mariage n'était plus nécessaire pour repousser des jugements moraux renforcés par la loi. Il devenait possible d'avoir des relations sexuelles sans se marier. Le dernier changement radical de cette période transformait le droit du divorce, permettant aux couples mariés de mettre fin à ces mariages pour des raisons sans précédent. »

Il est aussi important de noter qu'en même temps, la séparation de la sexualité de son rôle reproductif commença à s'établir avec l'aide des découvertes médicales. Il était maintenant possible d'avoir des relations sexuelles sans avoir d'enfants, mais en même temps il était aussi devenu possible d'avoir des enfants sans relations sexuelles grâce à l'apparition de la fécondation in-vitro, de l'insémination artificielle, des banques de spermes et du transfert d'embryon.¹⁴⁴

Avec l'élimination de l'exclusivité des avantages traditionnels attribués au mariage, qu'est-ce qui poussait les couples à se marier malgré tout ? Il est

¹⁴¹ Nancy D. Polikoff, *Beyond straight and gay marriage: valuing all families under the law*, Boston, Beacon Press, 2008, à la page 25.

¹⁴² *Ibid.*, à la page 29.

¹⁴³ *Ibid.*, à la page 31. (notre traduction)

¹⁴⁴ Coontz, *op. cit.* note 117, à la page 191.

très probable que tous ces changements pendant la Révolution Industrielle donnèrent lieu au fait que, avec le déclin de l'importance de l'aspect économique du mariage, la notion du mariage d'inclination s'établissait comme une réalité de plus en plus évidente de la culture occidentale. Le sociologue canadien D. Dagenais par exemple explique la transformation de la famille lors les derniers 500 ans. En adoptant une approche multidisciplinaire, il analyse le lien entre la famille moderne et la culture occidentale, et il conclut que la famille est de moins en moins définie à travers l'identité culturelle de ses membres.¹⁴⁵ Selon Dagenais, l'identité culturelle de la famille occidentale a graduellement été remplacée par une identité de société qui voit la famille comme une affaire privée et individuelle. Ce qui est particulièrement notable dans son œuvre est la référence au travail complexe sur l'amour du sociologue allemand Niklas Luhmann.

L'analyse sophistiquée de Luhmann s'inspire de la notion que l'amour n'est pas une émotion ou une sensation, mais un code symbolique de communication. Ainsi, il s'agit d'un moyen qui permet à deux individus de se connecter afin d'établir une interaction. En même temps, l'amour est aussi un moyen qui peut aider à situer la position de l'individu entre les relations personnelles et impersonnelles, particulièrement pour pouvoir distinguer entre les relations amicales et amoureuses.¹⁴⁶ Selon Luhman, l'analyse du terme « amour » permet de définir les fonctions différentes des relations entre humains, et notamment celles du mariage, qui est seulement lié à l'amour depuis très récemment.¹⁴⁷ Plus particulièrement, Luhman pense que l'introduction de l'amour dans la notion du mariage était nécessaire pour donner un nouveau sens au mariage, puisque les raisons traditionnelles économiques n'existent plus ou qu'elles sont devenues moindres :¹⁴⁸

¹⁴⁵ Daniel Dagenais et Jane Brierley, *The (un)making of the modern family*, Vancouver, UBC Press, 2009, aux pages xi-xv et 1-13.

¹⁴⁶ Voir aussi: Michel Foucault, *Histoire de la sexualité II*, Paris, Gallimard, 1984, p. 187 et s., où Foucault s'intéresse à l'institution du mariage comme une économie qui gère à la fois la sexualité et le plaisir.

¹⁴⁷ Niklas Luhmann, Jeremy Gaines, et Doris L. Jones, *Love as passion: the codification of intimacy*, Palo Alto, Stanford University Press, 1998.

¹⁴⁸ *Ibid.*, à la page 145 (notre traduction).

« Avec l'arrivée du 18^e siècle, les familles bourgeoises avaient déjà perdu leur importance comme « supporteurs de l'État ». Les raisons socio-structurelles pour le contrôle du mariage avaient alors cessé d'exister, et quelle raison y avait-il pour empêcher la société de remplacer des mariages arrangés par des mariages d'amour ? »

Luhman pense que, pour l'État, la famille s'est transformée dans une unité de consommation, dénuée de toute importance socio-structurelle, et c'est cette unité économique que les politiques de l'État veulent protéger afin de ne pas devoir assumer les responsabilités qui ont traditionnellement été exécutées par les membres de la famille gratuitement. Cette analyse est constitutive pour notre thèse, puisque plus loin nous soutenons que l'État devrait se concentrer sur cette fonction de la famille, même si cette famille rassemblée par l'émotion est composée de deux ou de plusieurs adultes, de sexe différent ou de même sexe.

La professeure canadienne de droit B. Cossman partage la conclusion de Luhman. Selon elle, la grande majorité des couples occidentaux associe au concept du mariage une définition qui peut être décrite comme un verbe, ou une pratique continuelle qui demande au couple d'agir d'une certaine façon pendant sa relation.¹⁴⁹ Cossman pense que ceci est le résultat d'une transformation du mariage qui est devenu individualisé, volontaire et avec le bonheur et l'amour comme buts majeurs de cette relation :¹⁵⁰

« Le mariage n'est pas simplement une ligne de démarcation d'état civil qui indique ce qui en fait partie ou non. Il s'agit aussi d'une pratique continue - une sorte de verbe, ce que quelqu'un fait - et pour cette raison, cela doit être fait d'une façon particulière. Les pratiques du mariage constituent les termes de l'hétéronormativité du mariage, non seulement pour la communauté gay et lesbienne qui a traditionnellement été exclue, mais aussi pour les normes et les comportements attendus des sujets hétérosexuels qu'il inclut. »

¹⁴⁹ Brenda Cossman, *Sexual citizens: the legal and cultural regulation of sex and belonging*, Palo Alto, Stanford University Press, 2007; aussi: Pamela Haag, *Marriage Confidential: The Post-Romantic Age of Workhorse Wives, Royal Children, Undersexed Spouses, and Rebel Couples Who Are Rewriting the Rules*, New York, HarperCollins, 2011.

¹⁵⁰ Cossman, *Ibid.*, à la page 71. (notre traduction).

Pour la majorité des couples occidentaux, le mariage est donc devenu une pratique où « l'accent est mis sur l'engagement réciproque et le sentiment amoureux plutôt que sur la perspective de fonder une famille, sur le présent plus que sur le futur ».¹⁵¹ En effet, on peut bien observer que la majorité des livres et des films populaires des dernières décennies reflètent surtout cet aspect émotionnel du mariage.¹⁵² En même temps, les États en France, au Canada et dans la grande majorité des pays occidentaux s'adaptent aux formes différentes de la famille et ils se concentrent de plus en plus sur le règlement de la vie familiale en soi, peu importe si cette famille est formée à partir d'un couple marié ou non :¹⁵³

« Comme le précisait Anne Lefebvre-Teillard à propos du droit français, et la remarque s'applique parfaitement à la situation québécoise et canadienne, 'le couple devient une fin en soi et non un moyen en vue d'une fin qui lui est supérieure. [...] Le mariage tend petit à petit [...] à devenir une affaire personnelle, se « privatise », au moment même où l'État s'immisce de plus en plus dans la vie familiale, une vie qu'il veut saisir dans toutes ses formes et non plus seulement au travers du mariage »

Ce changement culturel profond a pour conséquence plusieurs phénomènes qui sont d'importance pour notre thèse. Premièrement, il est à noter que le pourcentage des couples mariés est en déclin presque partout dans le monde occidental depuis les années 1960.¹⁵⁴ De plus, en raison de l'allongement de l'espérance de vie de la population, même les personnes mariées passent en effet la plus grande partie de leur vie dans un état non marié.¹⁵⁵ Deuxièmement, et nous allons en parler dans les parties suivantes, il y a eu des changements rapides et profonds en droit de la famille depuis les années 1960 afin d'adapter le mariage aux nouveaux besoins du couple.¹⁵⁶

¹⁵¹ Jean Pineau and Marie Pratte, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, à la page 24.

¹⁵² Voir par exemple: Elizabeth Gilbert, *Committed: a skeptic makes peace with marriage*, New York, Penguin, 2010.

¹⁵³ Pineau et Pratte, *op. cit.* note 151, à la page 24.

¹⁵⁴ Gouvernement du Canada, *Vie Familiale – Mariage*, en ligne : Statistiques Canada <<http://mieux-etre.edsc.gc.ca/misme-iowb/.3nd.3c.1t.4r@-fra.jsp?iid=78> .

¹⁵⁵ Coontz, *op. cit.* note 116, à la page 186.

¹⁵⁶ Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, Chicago, University of Chicago Press, 1997.

Finalement, la notion du mariage a été étendue pour y inclure les couples du même sexe au Canada depuis 2005 et depuis 2013 en France, pour permettre le divorce et pour donner aux couples non mariés certains avantages traditionnellement réservés aux couples mariés.¹⁵⁷

B) La monogamie comme outil distributif

Depuis la Révolution Industrielle et l'introduction des motifs émotionnels menant au mariage, les pays occidentaux comme la France et le Canada ont commencé à différencier entre les raisons pour lesquelles les couples se marient, et les effets du mariage que l'État et le législateur veulent protéger par la réglementation du mariage.¹⁵⁸ Aujourd'hui, au Canada et en France, comme dans la plupart des pays occidentaux, le mariage se manifeste légalement en fonction de son caractère distributif.¹⁵⁹ Le professeur J. Eekelaar explique que :¹⁶⁰

« [L]e paradoxe est que, tandis que les motifs qu'ils [les couples] ont pour se marier sont souvent très privés, le fait de se marier peut avoir des conséquences légales significatives, même si elles se manifestent surtout en cas de divorce. »

En d'autres mots, et dans l'esprit des recherches de Luhman et d'autres auteurs cités auparavant, la législation du mariage sert surtout à organiser les aspects économiques pendant le mariage et à distribuer la propriété en cas de divorce - les lois traitant du mariage se « concernent surtout à l'action régulatrice et aux questions matérielles, instrumentales. »¹⁶¹ Comme ces lois sont souvent indépendantes du statut familial, de moins en

¹⁵⁷ Nous allons en parler plus tard dans la présente thèse.

¹⁵⁸ Voir aussi: Mavis MacLean et John Eekelaar, « The Significance of Marriage: Contrasts between White British and Ethnic Minority Groups in England », (2005) 27:3 Law & Policy, aux pages 379-398 [MacLean et Eekelaar, « Contrasts »].

¹⁵⁹ Tamara Metz, *Untying the knot: marriage, the state, and the case for their divorce*, Princeton, Princeton University Press, 2010, à la page 94.

¹⁶⁰ John Eekelaar, « Why People Marry: The Many Faces of an Institution », (2007) 41:3 Family Law Quarterly, aux pages 413-431 (notre traduction) [Eekelaar, « Why »].

¹⁶¹ *Ibid.* (notre traduction).

moins de couples au Canada¹⁶² et en France¹⁶³ se marient, et un grand nombre de personnes vivent dans des relations conjugales alternatives.¹⁶⁴ En effet, ceci aboutit à l'adoption de législation similaire à celle du mariage pour les conjoints de faits et les couples du même sexe.

Sans vouloir nous répéter, mais pour bien clarifier ces développements, il faut encore une fois le souligner : la majorité des États occidentaux, et nous prenons à titre d'exemple la France et le Canada, ne poursuivent pas nécessairement le même but en légiférant sur le mariage. Pour les individus dans ces pays, le mariage est largement devenu une affirmation et une confirmation d'une relation émotionnelle, tandis que la législation étatique traite presque uniquement les aspects distributifs du mariage. En d'autres mots, l'État ne s'intéresse quasiment pas aux raisons du mariage, mais seulement aux effets économiques impliquant les personnes touchées par la vie conjugale, incluant les enfants. Ceci est tellement évident que la protection législative s'étend dans une forme ou l'autre au-delà du mariage, englobant les individus touchés par autres formes de vie conjugale, comme l'union de fait et les relations homosexuelles, et, comme nous allons le voir, certains aspects distributifs de la relation polygamique.

Malgré le fait que la législation concernant le mariage est largement similaire en France et au Canada, plusieurs distinctions importantes soulignent toutefois les différents objectifs non-distributifs des législateurs de ces deux pays, en particulier quand on examine le raisonnement qui est offert par les législateurs pour justifier la prohibition de la polygamie. Nous allons brièvement examiner la législation et la jurisprudence pertinente des deux pays afin de donner une idée de la nature et de la définition du mariage.

¹⁶² Institut Vanier de la Famille, *Portrait des familles et situation des particuliers dans les ménages au Canada* (2010), en ligne : <<http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2011/as-sa/98-312-x/98-312-x2011001-fra.cfm> .

¹⁶³ Gouvernement du Canada, *op. cit.* note 154.

¹⁶⁴ Roger H. Rubin, « Alternative Lifestyles Revisited, or Whatever Happened to Swingers, Group Marriages, and Communes? » (2001) 22:6 *Journal of Family Issues* 711–726.

2. La définition du mariage aujourd'hui

A) Canada

Avant d'établir la nature et le but du mariage visé par l'État au Canada, il est important de noter qu'il n'y a pas de définition définitive du mariage du point de vue légal. Juridiquement, la définition du mariage est de compétence fédérale.¹⁶⁵ Néanmoins, plusieurs aspects qui touchent au mariage et au divorce sont partagés entre la juridiction fédérale et provinciale. Le soutien de l'épouse et des enfants pendant et après le divorce est de juridiction fédérale.¹⁶⁶ Par contre, la célébration du mariage est de juridiction provinciale,¹⁶⁷ comme le soutien de l'épouse et des enfants, la division de propriété, la garde et l'accès aux enfants, l'adoption et la protection de l'enfant.¹⁶⁸

Ceci étant dit, en cas de mariage, il y a juridiction concomitante avec la *Loi sur le divorce* et en cas de conflit, cette loi fédérale est déterminante. Finalement, toute autre matière privée, ceci inclut donc les couples non mariés, est de juridiction provinciale.¹⁶⁹ Chaque province a par conséquent sa propre législation concernant la division de propriété.

Au Canada, la définition « traditionnelle » du mariage de la Common Law a été reconnue légalement en 1866 dans l'arrêt *Hyde v. Hyde and Woodmansee*.¹⁷⁰ Dans cet arrêt John Hyde, un ancien mormon anglais, déposait une action en divorce contre sa femme pour concubinage. Dans l'*obiter dictum*, le juge Lord Penzance offrait une définition du mariage qui a été utilisé dans les pays de la Common Law pendant plus de cent ans. Pour

¹⁶⁵ *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3 art. 91(26) [*Loi constitutionnelle de 1867*]; Donald J MacDougall, « Marriage Resolution and Recognition in Canada », (1995) 29 Fam LQ 541.

¹⁶⁶ *Loi sur le divorce*, LRC 1985, c 3 (2e suppl.).

¹⁶⁷ Voir la *Loi constitutionnelle de 1867*, *op. cit.* note 165, art. 92(12).

¹⁶⁸ *Ibid.* art. 92(13).

¹⁶⁹ *Ibid.* art. 92(16).

¹⁷⁰ *Hyde v. Hyde and Woodmansee* (1866) LR 1 P. & D. 130 [*Hyde v. Hyde*] (notre traduction).

la cour, la définition du mariage était donc « une union volontaire d'un homme et d'une femme de toute leur vie et à l'exclusion de tous autres ».¹⁷¹

Cette définition a été acceptée par le Canada pendant 139 ans jusqu'en 2005. Cette année-là, l'inclusion du mariage entre les personnes du même sexe a été confirmée par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*¹⁷² après avoir déjà été adoptée par les cours de huit des dix provinces du pays. Ce jugement a rapidement été codifié dans le cadre de l'adoption de la *Loi sur le mariage civil*,¹⁷³ dont le préambule définit le mariage comme « une institution fondamentale au sein de la société canadienne et qu'il incombe au Parlement du Canada de la soutenir parce qu'elle renforce le lien conjugal et constitue, pour nombre de Canadiens, le fondement de la famille ».¹⁷⁴

En 2014, le gouvernement du Canada a introduit la *Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles barbares*¹⁷⁵ dont la partie 2 prévoit de modifier la *Loi sur le mariage civil* afin d'y prévoir l'exigence légale du consentement libre et éclairé au mariage ainsi que celle de la dissolution ou de l'annulation de tout mariage antérieur avant qu'un nouveau mariage puisse être contracté. Ces deux exigences sont d'ailleurs déjà prévues par la *Loi d'harmonisation*¹⁷⁶ fédérale et le *Code civil*¹⁷⁷ du Québec et par la jurisprudence dans les autres provinces. Ce qui est nouveau, c'est que la loi modifie en outre la *Loi sur le mariage civil* pour y prévoir un âge minimal pour le mariage, fixé à seize ans. Cette exigence est d'ailleurs aussi déjà prévue par la *Loi d'harmonisation* fédérale et au Code civil du Québec, et la *Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles barbares* demeure une loi largement symbolique, introduit par le gouvernement conservateur préalable du Canada qui a perdu le pouvoir en 2015.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² *Renvoi relatif au mariage*, op. cit. note 1.

¹⁷³ *Loi sur le mariage civil*, op. cit. note 2.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Loi sur la tolérance zéro*, op. cit. note 8.

¹⁷⁶ *Loi d'harmonisation no 1 du droit fédéral avec le droit civil*, LRC 2001, c 4 [*Loi d'harmonisation*].

¹⁷⁷ CcQ.

Il est donc à retenir que l'État canadien se prononce très peu directement sur le mariage à travers des lois, et il souligne plutôt vaguement qu'il s'agit d'une institution fondamentale qui renforce le lien conjugal et constitue le fondement de la famille. Nous allons voir plus tard que la législation en France se limite de même à une telle définition générale.

B) France

Pour pouvoir bien examiner la définition actuelle du mariage en France, il est important de faire un résumé sur l'établissement du mariage moderne dans ce pays. Jusqu'à la Révolution Française, seul le mariage religieux était reconnu et les registres paroissiaux tenaient alors lieu d'état civil. La *Loi du 20 septembre 1792* instaure le mariage civil,¹⁷⁸ enregistré en mairie, qui devient alors le seul mariage valable aux yeux de la loi. Ce mariage civil doit précéder toute cérémonie religieuse et le non-respect de cette règle est constitutif d'un délit. En 1804, le Code civil napoléonien¹⁷⁹ définit en détail les conditions du mariage qui figurent toujours au *Titre V, Livre I du Code civil*.¹⁸⁰ Depuis 1970, il y a reconnaissance de l'égalité entre les époux dans leurs rapports respectifs, à l'égard des tiers et vis-à-vis de leurs enfants et le couple doit s'efforcer de veiller à la pacification des relations conjugales et familiales.¹⁸¹

Selon l'interprétation du Ministère de la Justice de la France, « le mariage civil n'est pas une formalité administrative. Il s'agit avant tout d'un acte juridique qui suppose la réunion d'un certain nombre de conditions posées par le *Code civil*. Il suppose la constitution d'un dossier et l'accomplissement d'un certain nombre de formalités. »¹⁸² Plus loin, le ministère explique que « le mariage est un acte public, juridique et solennel

¹⁷⁸ Décret du 20 septembre 1792 qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens.

¹⁷⁹ CcF.

¹⁸⁰ C civ.

¹⁸¹ Informations de : République Française, *Le Mariage Civil*, Ministère de la Justice et des Libertés, en ligne : <<http://www.justice.gouv.fr/justice-civile-11861/mariage-civil-12133/>> ; République Française, *Mariage en France*, Service-public.fr, en ligne : <<http://vosdroits.service-public.fr/F930.xhtml>> .

¹⁸² République Française, Ministère de la Justice et des Libertés, *Ibid.*.

par lequel un homme et une femme s'engagent l'un envers l'autre dans la durée, devant et envers la société, pour fonder ensemble un foyer. » Les époux dirigent ensemble la famille et exercent en commun l'autorité parentale définie comme ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.¹⁸³

Outre le mariage, depuis 1999¹⁸⁴ un *Pacte civil de solidarité (PACS)*¹⁸⁵ peut être conclu par deux personnes majeures, de sexe différent ou de même sexe. Certaines conditions sont cependant exigées, et un PACS ne peut être conclu entre ascendants et descendants en ligne directe, entre collatéraux jusqu'au 3ème degré (c'est-à-dire dire frères et sœurs, oncles et nièces, etc.), entre alliés en ligne directe (comme belle-mère et gendre, beau-père et bru, etc.), si l'une des deux personnes est déjà mariée, ou si l'une des deux personnes est déjà engagée par un PACS. Les partenaires liés par un PACS s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproque (par exemple en cas de maladie, de chômage). L'aide matérielle est proportionnelle à la capacité financière respective de chacun des partenaires, sauf si ceux-ci en disposent autrement dans la convention. Les partenaires sont également solidaires des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante. Toutefois, cette solidarité n'a pas lieu pour les dépenses manifestement excessives.¹⁸⁶

À défaut de précision dans la convention de PACS, les partenaires sont soumis en ce qui concerne la gestion de leurs biens au régime légal de la séparation des patrimoines. Ainsi, chacun des partenaires conserve la pleine propriété de ses biens personnels possédés avant la conclusion du PACS. Les partenaires peuvent choisir de soumettre au régime de l'indivision les biens qu'ils acquièrent, ensemble ou séparément, à compter de l'enregistrement de ces conventions.

¹⁸³ art. 71-1 C civ.

¹⁸⁴ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité (J.O. du 16 novembre 1999)

¹⁸⁵ art. 515-1 et s. C civ.

¹⁸⁶ République Française, *Pacte civil de solidarité (Pacs)*, Service-public.fr, en ligne : <http://vosdroits.service-public.fr/N144.xhtml>.

Jusqu'en 2013 les personnes du même sexe ne pouvaient pas se marier en France, le Code civil parlant seulement du couple hétérosexuel : « L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus. »¹⁸⁷ Le gouvernement a d'ailleurs adopté la *loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*¹⁸⁸ et maintenant il est donc possible pour un couple du même sexe de se marier et d'adopter des enfants sous certaines conditions. En général, deux personnes peuvent ainsi se marier à condition qu'elles aient atteint l'âge nubile, c'est-à-dire 18 ans révolus.¹⁸⁹ Toutefois, une dispense d'âge pour des « motifs graves » peut être accordée par le procureur de la République du lieu de célébration du mariage. Les mineurs ne peuvent contracter le mariage sans le consentement de leur père et mère¹⁹⁰ et ce, même lorsqu'ils sont émancipés. L'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe a malheureusement également été appelée « mariage pour tous », malgré le fait que la loi continue à interdire les mariages bigamiques et polygamiques.

En France, du point de vue du législateur, le mariage engage donc deux individus, l'un envers l'autre, dans la durée, devant et envers la société, pour fonder ensemble un foyer et une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproque. Comme au Canada, on voit que les législateurs préfèrent une définition large du mariage, mais l'accent est sans doute mis sur une certaine réciprocité, assistance mutuelle et solidarité entre les mariés. Avec ces définitions assez générales, il est nécessaire d'examiner la législation, la jurisprudence et la doctrine additionnelle en matière du mariage afin de pouvoir déterminer davantage ce que l'État veut accomplir et protéger en légiférant le mariage. La meilleure source pour déterminer les buts visés par les législateurs est en conséquence la législation qui traite des mariages qui échouent, qui, nous l'avons mentionné, constituent environ 50 pourcent des mariages en France et au Canada.

¹⁸⁷ art. 144 C civ.

¹⁸⁸ *Loi n° 2013-404, op. cit.* note 3.

¹⁸⁹ art. 144 C civ.

¹⁹⁰ art. 148 C civ.

3. Dissolution du mariage et conséquences

Nous pensons qu'on apprend beaucoup sur la nature actuelle du mariage en analysant la législation concernant le divorce. C'est dans le cas du divorce que le caractère distributif du mariage occidental se prononce davantage, et il est nécessaire de donner un aperçu des lois pertinentes.

A) Canada

Au Canada, les époux peuvent divorcer d'une façon non-contentieuse. Pour pouvoir divorcer d'une façon contentieuse, la loi reconnaît comme motif la séparation des époux depuis un an, l'adultère commis par l'un des époux (infidélité), et la cruauté physique ou mentale faite par l'un des époux envers l'autre rendant la vie commune impossible lorsque la cruauté devient intolérable par l'époux qui la subit. Il n'est pas nécessaire d'obtenir une séparation de corps (séparation légale) avant de demander le divorce.

Au Canada, la *Loi sur le divorce*¹⁹¹ s'applique pour le soutien de l'époux ou de l'épouse si le couple est marié, les lois provinciales s'appliquent aux couples non mariés et aux couples séparés mais non pas encore divorcés. Il est important de noter qu'au Québec il y a seulement droit au soutien si le couple était marié ou dans une union civile. Au Québec, il n'y a donc aucun soutien automatique pour les couples non mariés. Ce fait a été confirmé par la Cour Suprême du Canada dans l'affaire « Lola » en 2013.¹⁹² Dans cette décision, la Cour Suprême du Canada devait juger sur la décision précédente de la Cour d'appel du Québec. Celle-ci avait accordé à la conjointe d'un entrepreneur très riche un soutien mensuel, malgré le fait qu'il n'y avait ni mariage ni union civile, donc aucun contrat entre le couple. La Cour Suprême décidait donc que le fait de ne pas devoir payer un soutien à l'époux ou l'épouse non marié ne violait pas l'article 15 de la *Charte*

¹⁹¹ *Loi sur le divorce*, LRC 1985, c 3 (2e suppl.) [*Loi sur le divorce*].

¹⁹² *Québec (PG) c. A.* [2013] 1 R.C.S. 61 [*L'affaire « Lola »*].

Canadienne des Droit et des Libertés,¹⁹³ article qui garantit le droit à l'égalité.¹⁹⁴

Pour la division de propriété au Canada, il existe une différence additionnelle entre le Québec et les autres provinces. Pour les couples, le *Code civil du Québec*¹⁹⁵ s'applique et les futurs mariés peuvent choisir l'un des trois régimes matrimoniaux suivants : la société d'acquêts, la séparation de biens ou la communauté de biens. En respectant les dispositions du *Code civil du Québec*, un couple peut aussi créer son propre régime. Par exemple, il pourrait déterminer que seule une partie des biens sera reconnue comme biens acquêts, et que le reste des biens sera régi par les règles du régime de la séparation de biens. À l'exception du régime légal de la société d'acquêts, qui s'applique automatiquement aux couples mariés qui n'ont passé aucun contrat de mariage, les régimes matrimoniaux doivent faire l'objet d'un contrat notarié.

Dans les autres provinces du Canada, il existe essentiellement la liberté de contrat, malgré le fait que la plupart des provinces permettent une certaine réglementation minimale.¹⁹⁶ Ceci étant dit, les Cours n'aiment généralement pas intervenir. Dans l'arrêt *Hartshorne c. Hartshorne* la Cour explique pourquoi :¹⁹⁷

« Dès qu'un contrat — voire même un contrat de mariage — est conclu, les parties à ce contrat sont censées s'acquitter des obligations qu'elles y ont contractées. Une partie ne peut pas simplement affirmer, par la suite, qu'elle n'avait pas l'intention de respecter sa part du marché. Certes, il peut arriver que des contrats qui paraissent équitables au moment de leur conclusion deviennent inéquitables au moment où survient

¹⁹³ *Charte canadienne*, art. 15.

¹⁹⁴ *L'affaire « Lola »*, *op. cit.* note 192.

¹⁹⁵ Art. 391 ss. CcQ.

¹⁹⁶ Ontario, *Loi sur le droit de la famille*, LRO 1990, c F-3 art. 56(4); Terre-Neuve-et-Labrador, *Family Law Act*, RSNL 1990, c F-2 art. 66(4); Île-du-Prince-Édouard, *Family Law Act*, RSPEI 1988, c F-2.1 art. 55(4); Nouvelle-Écosse, *Matrimonial Property Act*, RSNS 1989, c 275 art. 29; Saskatchewan, *Loi sur les biens familiaux*, LS 1997, c F-6.3 art. 24(2); Nouveau Brunswick, *Loi sur les biens matrimoniaux*, LN-B 1980, c M-1.1 art. 41; Colombie-Britannique, *Family Relations Act*, RSBC 1996, c 128 art. 65.

¹⁹⁷ *Hartshorne c. Hartshorne*, [2004] 1 R.C.S. 550 [*Hartshorne c. Hartshorne*] au par. 67.

l'événement déclencheur, selon la façon dont la vie des parties a évolué. Il est également clair que la FRA [la loi en question] permet à un tribunal, sur demande, de conclure qu'un contrat ou le régime légal est inéquitable, et de redistribuer les biens. Cependant, lorsqu'il est loisible aux particuliers de veiller eux-mêmes à leur bien-être financier à la dissolution du mariage, les tribunaux doivent hésiter à remettre en question les mesures et l'arrangement qu'ils ont pris, surtout s'ils ont reçu des avis juridiques indépendants. Les tribunaux ne devraient pas conclure que l'on peut prouver qu'un contrat de mariage est inéquitable en démontrant simplement qu'il s'écarte du régime légal applicable aux biens matrimoniaux. »

On voit donc qu'au Canada le législateur et les Cours sont très hésitantes quand il s'agit d'intervenir en cas de divorce. Le principe s'approche de plus en plus de la liberté contractuelle, donnant ainsi plus de pouvoirs aux époux contractants.

B) France

Comme au Canada, il existe plusieurs cas de divorce. Certains divorces sont de type contentieux (divorce pour faute, pour altération définitive du lien conjugal ou pour acceptation du principe de la rupture). À l'inverse, le divorce par consentement mutuel est de type non contentieux. Les époux en France peuvent choisir plus ou moins librement leur régime matrimonial en établissant un contrat de mariage devant notaire. Le *Code civil* stipule comme suit : « La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent. »¹⁹⁸ Le *Code civil* permet expressément aux époux de déroger au partage égal établi par la loi.¹⁹⁹

Et plus loin : ²⁰⁰

¹⁹⁸ art. 1387 C civ.

¹⁹⁹ Art. 1520 C civ.

²⁰⁰ art. 1387-1 C civ.

« Lorsque le divorce est prononcé, si des dettes ou sûretés ont été consenties par les époux, solidairement ou séparément, dans le cadre de la gestion d'une entreprise, le tribunal de grande instance peut décider d'en faire supporter la charge exclusive au conjoint qui conserve le patrimoine professionnel ou, à défaut, la qualification professionnelle ayant servi de fondement à l'entreprise. »

Il est important de noter encore une fois que ces stipulations ont des limites quand il s'agit du bien-être des parties impliquées : « Les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle. »²⁰¹

A défaut de contrat, les époux en France sont soumis automatiquement au régime légal de la communauté de biens réduite aux acquêts.²⁰² Si les futurs époux souhaitent établir un contrat de mariage, ils ont le choix entre quatre régimes distincts. Tous les régimes matrimoniaux peuvent faire l'objet d'aménagements en fonction des objectifs recherchés par les époux. Quel que soit le régime matrimonial choisi au moment du mariage, les époux peuvent en changer ou le modifier, deux ans après le mariage. Un acte notarié, soumis à l'homologation du Tribunal de grande instance, doit être établi à cet effet. Sans contrat de mariage, il s'agit du régime auquel les époux sont soumis d'office. Cependant, les époux peuvent adopter ce régime par contrat de mariage en y apportant, s'ils le souhaitent, certains aménagements. Chaque époux conserve comme biens propres les biens qu'il possédait avant le mariage, les biens qu'il reçoit par héritage ou par donation durant le mariage. Tous les biens acquis après le mariage, ainsi que les dettes contractées par l'un ou l'autre des époux, constituent leur patrimoine commun.

²⁰¹ art. 1388 C civ.

²⁰² art. 1394 al. 3 C civ.

La séparation de biens instaure une séparation des patrimoines des époux. Tous les biens acquis avant et pendant le mariage restent la propriété de celui qui les a achetés. Chacun reste personnellement responsable des dettes qu'il a contractées seul, sauf s'il s'agit des dettes ménagères ayant pour finalité l'entretien du ménage et l'éducation des enfants. La communauté universelle met tous les biens en commun, et ces biens, meubles ou immeubles, acquis ou reçus, par succession ou donation, avant ou pendant le mariage sont communs. Les époux sont débiteurs solidaires de toutes les dettes.

Pendant le mariage, la participation aux acquêts fonctionne comme la séparation de biens : chacun est propriétaire des biens qu'il achète. A la dissolution du mariage, par décès ou divorce, le patrimoine constitué pendant le mariage est partagé en deux parts égales, excepté les biens acquis par héritage ou donation. L'époux qui s'est le plus enrichi pendant le mariage doit à l'autre une créance de participation.

Il reste à mentionner que la procédure de divorce en France a changé depuis le 1er janvier 2017.²⁰³ Jusqu'à cette date, le juge aux affaires familiales prononçait le divorce après avoir reçu les époux l'un après l'autre et ensuite ensemble avec leurs avocats. Depuis 2017 le divorce par consentement mutuel se réalise sans juge. Après un délai de réflexion de 15 jours, la convention de divorce contresigné par deux avocats est envoyée au notaire, qui l'enregistre au rang des minutes, pour ensuite officialiser le divorce sur les actes d'état civil. La durée de la procédure de divorce sans juge est donc très courte.

²⁰³ *Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (1)*, JO, 19 nov. 2016, 269; *Décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale*, JO, 29 déc, 2016, 302.

Conclusion

Pourquoi donc un tel survol examinant les fondements historiques et sociologiques du mariage monogamique, si le but de la présente thèse est maintenant l'examen de la prohibition de la polygamie ? Selon nous, une analyse des raisons de l'établissement du mariage monogamique en France et au Canada, en quelque sorte l'autre versant de la prohibition du mariage polygamique, démontre ceci : les institutions étatiques (et nous ne parlons pas des églises ou d'autres institutions « morales ») de ces deux pays s'intéressent moins aux raisons qui mènent à la conclusion du mariage, peu importe qu'elles soient émotionnelles, culturelles ou religieuses, que presque exclusivement aux effets que ce mariage peut et va produire. D'un point de vue global, ces effets peuvent certainement avoir une dimension et un intérêt étatiques qui touchent les émotions et la promotion d'un environnement familial stable, mais cela étant difficile à légiférer, l'État se concentre donc de plus en plus sur les effets tangibles et économiques du mariage en laissant beaucoup de liberté au couple. Autrement dit, pour l'État le mariage est généralement un outil pour distribuer d'une façon plus ou moins juste les moyens économiques du couple et pour protéger les membres de la famille économiquement plus faibles.

L'État a donc cessé (et peut être qu'il ne l'a jamais vraiment fait) de s'occuper directement des motifs religieux, émotionnels ou culturels qui donnent du sens au mariage pour beaucoup de couples, même s'il est reconnu que le mariage peut avoir une importance non économique. On pourrait même soutenir que de nos jours la famille est pour l'État d'abord une unité de consommation, tel qu'avancé par Niklas Luhman, et il la traite effectivement de telle façon.²⁰⁴ Toute législation primaire et secondaire touchant le mariage au Canada et en France est quasiment à caractère distributif, ce qui veut dire qu'elle règle presque exclusivement les aspects

²⁰⁴ Kerry Rittich et Janet E. Halley, « Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism » (2010) Am. J. Comp. L. 753 [Rittich et Halley, « Critical »].

économiques en cas de mariage et de divorce. Évidemment, et comme nous l'avons dit, le législateur légifère aussi sur les éléments du mariage qui servent à protéger les membres faibles de la famille de l'exploitation, de l'abus et de la négligence, mais ces aspects sont normalement couverts par une législation distincte, comme par exemple le droit pénal.

Quel est donc la nature et l'objectif du mariage moderne dans les sociétés occidentales de nos jours ? Comment définir le mariage en France et au Canada ? La réponse à cette question est d'importance pour déterminer pourquoi il existe une interdiction de la polygamie. Après notre analyse précédente sur cette question nous partageons la définition de la professeure américaine T. Metz,²⁰⁵ qui conclût que l'institution du mariage constitue de nos jours une institution monogamique, « formelle, complète et sociale ».²⁰⁶ Metz arrive à cette conclusion après avoir analysé profondément les positions de trois philosophes pour finalement suggérer une « théorie libérale du mariage » au lecteur, théorie que nous allons discuter plus profondément dans la dernière partie de la présente thèse.

Metz se réfère premièrement au philosophe des Lumières John Locke, qui, selon elle, voyait le mariage comme un état ou un statut (et non un contrat) très instrumental qui se base surtout sur les relations distributives entre les époux, mais aussi envers les enfants. Selon Metz, Locke propose dans son *Deuxième traité du gouvernement civil* une interprétation du mariage qui « fonctionnalise » de plus en plus cette institution²⁰⁷ et limite l'implication du gouvernement dans cette institution à seulement ces relations de soin.

Deuxièmement, Metz analyse le travail de John Stuart Mill sur le mariage, qui se laisse résumer en une phrase : l'aspect matériel du mariage (donc le côté distributif) est le seul aspect du mariage que l'État doit régler.²⁰⁸

²⁰⁵ Metz, *op. cit.* note 159.

²⁰⁶ *Ibid.* aux pages 85-111.

²⁰⁷ *Ibid.* aux pages 49-63.

²⁰⁸ *Ibid.* aux pages 63-73.

Finalement, Metz analyse le travail de la philosophe Susan Moller Okin, qui examine le mariage d'un point de vue féministe et elle avance que le rôle de l'État est surtout de se charger de la protection des membres de la famille qui travaillent sans être payés dans la famille, ce qui touche majoritairement les femmes.²⁰⁹

Ceci étant dit, Metz critique cette concentration sur les aspects matériels du mariage par les trois auteurs. Mais selon elle, l'argument que l'État doit seulement s'occuper du côté distributif du mariage représente quand même un point valable (et elle va défendre le détachement du mariage de l'État plus tard), sans oublier que la majorité des personnes qui se marient ne le font très probablement pas à cause des avantages économiques, surtout dans les pays occidentaux. Tenant compte des situations individuelles, le mariage est donc une institution très complexe et la décision de se marier est souvent prise pour des raisons qui ne sont pas rationnelles.²¹⁰

« Cette description du mariage comme une institution formelle, complète et sociale - plus qu'un contrat, une institution légale instrumentale, une ressource expressive, un statut constitutif générique, ou une institution sociale informelle - est plausible, familière, et utile. Elle complète notre image de la signification du mariage, dans le sens que *quoi* constitue la valeur additionnelle du mariage (sa capacité unique d'intégrer les individus entre eux et envers leur communauté, de l'intérieur à l'extérieur) et *comment* cette valeur est achevée (par la reconnaissance formelle et la réglementation par une autorité morale). »

Malgré le fait qu'il n'y ait donc pas de définition définitive et simple d'un mariage « traditionnel » ou de raisons « traditionnelles » en faveur du mariage monogamique,²¹¹ nous concluons que le mariage est important pour les couples pour plusieurs raisons qui peuvent être culturelles, religieuses, émotionnelles ou autres, tandis que l'État s'intéresse surtout au règlement

²⁰⁹ *Ibid.* aux pages 73-81.

²¹⁰ *Ibid.* aux pages 107 (notre traduction).

²¹¹ Graff, *op. cit.* note 117.

des effets économiques, distributifs du mariage. Cet outil distributif de l'État peut être utilisé pour équilibrer les injustices économiques dans la famille, ou, comme nous l'avons vu dans le cas de la colonisation du Canada, pour atteindre des buts macro-économiques.²¹²

En résumé, nous avons donc vu que l'ensemble de la législation rattachée au mariage est connecté aux aspects économiques du mariage, et ce surtout en cas de divorce, quand le mariage est dissolu. De plus, on peut constater que le mariage devient de plus en plus individualisé et presque contractuel. La responsabilité individuelle et la liberté des parties contractantes semblent être le principe soulignant tout le droit du mariage. Nous avons aussi vu que les Cours n'aiment généralement pas intervenir (voir par exemple l'arrêt *Hartshorne c. Hartshorne*),²¹³ que le mariage entre personnes du même sexe est possible, que le divorce est permis et pratiqué largement, et que l'âge du mariage peut être de 16 ans.

Les seules exceptions à la liberté contractuelle sont, au Québec, le choix limité à trois régimes matrimoniaux, et l'interdiction de la polygamie dans l'ensemble du pays. D'un autre côté, il semble que dans le reste du Canada et en France les gouvernements mettent néanmoins l'accent sur le caractère constitutif et expressif²¹⁴ du mariage et son rôle important comme ciment de la famille. Jusqu'à un certain degré les relations monogamiques bénéficient d'une législation particulière pas seulement à cause de l'importance économique, mais aussi de l'importance religieuse et culturelle qui leur est accordée par l'État.

En assumant donc que l'intérêt majeur de l'État consiste effectivement à régler l'aspect économique du mariage, notre thèse doit essayer de répondre à la question suivante : si l'intérêt de l'État de légiférer le mariage est presque exclusivement économique ou distributif, pourquoi alors l'État légifère-t-il sur le mariage et les relations similaires en excluant la polygamie ?

²¹² Carter, *op. cit.* note 9.

²¹³ *Hartshorne c. Hartshorne*, *op. cit.* note 197.

²¹⁴ Metz, *op. cit.* note 159, aux pages 89–91.

Pourquoi les États en France et au Canada interdisent-ils la polygamie au lieu de réglementer ses paramètres distributifs ? Pour répondre à cette question, il est nécessaire de se pencher davantage sur l'analyse des instruments qui interdisent la polygamie et, plus particulièrement, d'examiner les raisonnements qui ont été donnés par les législateurs et les Cours qui menaient finalement à adopter cette position. Comme nous allons le voir, quand il s'agit d'interdire certaines formes de mariage, le législateur et les Cours essaient souvent d'expliquer plutôt pourquoi seul le mariage monogamique doit être permis par la loi. La prochaine partie démontre que cette argumentation s'avère de plus en plus difficile dans un environnement de libéralisation des lois concernant le mariage en particulier, et les relations conjugales en général.

Titre 2 : Les fondements juridiques de la prohibition

Quand on examine la législation qui interdit explicitement la polygamie en France et au Canada, on s'aperçoit que les poursuites pour le délit de polygamie sont très rares dans les deux pays (Chapitre I). Au Canada, l'affaire *Blackmore*, mettant ouvertement en question la prohibition de la polygamie devant les Cours, força les tribunaux pour la première fois à justifier la prohibition. Cette jurisprudence laisse conclure que le but primaire du législateur canadien en prohibant la polygamie semble être la prévention de préjudices aux personnes impliquées dans les relations polygamiques, donc les femmes mais aussi les enfants. En France, les juristes traitent les allégations de polygamie presque exclusivement en matière d'obtention de nationalité ou de remise de permis de séjour sans contester l'existence de la prohibition (Chapitre II). Dans ce pays, la prohibition de la polygamie apparaît plutôt comme une question d'ordre public et de bonnes mœurs.

Chapitre I : La prohibition directe

L'objet de la présente partie est d'examiner le raisonnement et la façon dont les États en France et au Canada prohibent la polygamie. Nous avons vu au chapitre précédent que le mariage contemporain profite d'une grande liberté contractuelle entre les époux, au moins en ce qui concerne la France et le Canada. Pourquoi alors est-ce que le législateur dans ces deux pays interdit la polygamie ? Ne serait-ce pas seulement un contrat entre trois parties ou plus ? Si le législateur et les Cours se situent dans le cadre d'une approche purement distributive, donc considérant seulement l'impact patrimonial ou contractuel, il serait d'abord pertinent de savoir si la polygamie donne lieu à un désavantage économique pour les personnes impliquées. D'un côté, si les juges et les législateurs considèrent d'autres arguments excepté l'impact patrimonial, il faudra examiner quels autres désavantages non-économiques affectent les membres des familles polygamiques. L'examen plus approfondi des fondements juridiques de la prohibition de la polygamie peut nous donner des indices du raisonnement des législateurs et des Cours.

En outre, il ne faut pas oublier que la plus grande partie de la discussion sur la prohibition de la polygamie se déroule à l'extérieur des Cours et des textes législatifs. Ceci est important à noter, puisque les arguments fondamentaux pour ou contre la prohibition de la polygamie se trouvent surtout dans la doctrine. Nous allons analyser les cas exceptionnels, mais en général les Cours et les législateurs français et canadiens appliquent la loi *stricto sensu* afin d'éviter un débat fondamental sur la prohibition de la polygamie. En d'autres mots, l'existence de la prohibition n'est normalement pas mise en question devant les Cours, et, à l'exception de l'affaire *Blackmore* au Canada, il s'agit d'une application technique de la loi. Ceci étant dit, bien qu'il soit techniquement difficile de commettre le délit de polygamie en France et au Canada, l'analyse de l'application de la loi devant les cours nous emmènera au débat doctrinal plus approfondi.

Actuellement, la polygamie est interdite et constitue un délit pénal au Canada et en France. Comme nous allons le voir, en ce qui concerne l'interdiction de la polygamie au Canada, le raisonnement concernant cette interdiction tourne surtout autour de violations alléguées aux droits de la personne - tel que mentionné, il y a même certains auteurs qui attribuent la démocratisation des pays occidentaux à l'établissement du mariage monogame.²¹⁵ L'excellente analyse dans l'affaire *Blackmore* démontre qu'au Canada les législateurs et les Cours justifient la prohibition de la polygamie surtout en vertu des préjudices que la relation polygamique causerait.²¹⁶ En France, l'analyse des lois et des jugements prohibant directement la polygamie indique que les Cours et le législateur pensent que la pratique polygamique est plutôt perçue comme un danger à l'ordre public et à l'encontre de l'identité nationale. Un des grands experts du droit civil, l'éminent professeur J. Carbonnier, confirmait ce sentiment quand il disait que la monogamie constitue « une clef de voûte de la civilisation juridique européenne. »²¹⁷ Essayons donc de décortiquer les différentes facettes de la prohibition dans ces deux pays en commençant par la prohibition directe.

1. La prohibition pénale

A) Code criminel et code pénal

Nous avons abordé l'histoire de la prohibition de la polygamie au Canada dans les premiers chapitres, et effectivement de nos jours la polygamie reste illégale au Canada selon l'article 293 du *Code criminel*, qui se lit comme suit :²¹⁸

« 293.

(1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans quiconque, selon le cas :

²¹⁵ Korotayev et Bondarenko, « Polygyny and Democracy », *op. cit.* note 116.

²¹⁶ *Reference re: Section 293*, *op. cit.* note 6.

²¹⁷ Jean Carbonnier, *Droit civil: La famille*, Paris, Presses Univ. de France, 1979.

²¹⁸ *Code criminel*, *op. cit.* note 4, art. 293.

a) pratique ou contracte, ou d'une façon quelconque accepte ou convient de pratiquer ou de contracter :

(i) soit la polygamie sous une forme quelconque,

(ii) soit une sorte d'union conjugale avec plus d'une personne à la fois,

qu'elle soit ou non reconnue par la loi comme une formalité de mariage qui lie ;

b) célèbre un rite, une cérémonie, un contrat ou un consentement tendant à sanctionner un lien mentionné aux sous-alinéas a)(i) ou (ii), ou y aide ou participe.

(2) Lorsqu'un prévenu est inculqué d'une infraction visée au présent article, il n'est pas nécessaire d'affirmer ou de prouver, dans l'acte d'accusation ou lors du procès du prévenu, le mode par lequel le lien présumé a été contracté, accepté ou convenu. Il n'est pas nécessaire non plus, au procès, de prouver que les personnes qui auraient contracté le lien ont eu, ou avaient l'intention d'avoir, des rapports sexuels. »

En automne 2014, le gouvernement conservateur du Canada a introduit la *Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles barbares*,²¹⁹ qui modifie la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR)*, la *Loi sur le mariage civil* et le *Code criminel*. La partie modifiant le *Code criminel* visait à clarifier que le fait, pour un célébrant, de célébrer sciemment un mariage en violation du droit fédéral constitue une infraction. De plus, le gouvernement demande « d'ériger en infraction le fait de célébrer un rite ou une cérémonie de mariage, d'y aider ou d'y participer, sachant que l'une des personnes qui se marient le fait contre son gré ou n'a pas atteint l'âge de seize ans ». ²²⁰ Ensuite, le projet de loi prévoyait d'établir une infraction pour éviter le danger entrevu des mariages de jeunes filles mormones à des Mormons étrangers. Le *Code criminel* devrait alors condamner tout acte consistant à faire « passer à l'étranger un enfant avec l'intention qu'y soit commis un acte qui, s'il était commis au Canada, constituerait l'infraction de célébrer un rite ou une cérémonie de mariage, d'y aider ou d'y participer,

²¹⁹ *Loi sur la tolérance zéro*, op. cit. note 8.

²²⁰ *Ibid.*

sachant que l'enfant se marie contre son gré ou est âgé de moins de seize ans. »²²¹ La loi fut approuvée par la Chambre des communes le 16 juin 2015, et la Sanction royale fut accordée par le Gouverneur Général le 18 juin 2015. Le gouvernement libéral élu en automne 2015 n'a pas exprimé l'intention d'abolir cette loi.

L'histoire de la polygamie en France est peut-être plus récente, mais comme au Canada, la polygamie constitue aussi en France un délit pénal. Le *Code pénal* français est clair :²²²

« Le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. »

En réalité, il est très difficile de commettre ce délit en France, sauf s'il s'agit de défaillance dans l'instruction du dossier ou d'une tromperie par la production d'actes étrangers insuffisamment contrôlés.²²³ En plus, tout mariage célébré en France, même entre des étrangers, est entaché de nullité absolue dès lors que l'un au moins des conjoints est, au moment du mariage, engagé dans les liens d'un précédent mariage non dissous.²²⁴ De même, il importe peu que le mariage antérieur entaché de bigamie ait été dissous par divorce postérieurement à la célébration du second mariage - autrement dit : il n'y a pas de régularisation *a posteriori*.²²⁵ La Cour de cassation a d'ailleurs décidé qu'il importe peu que le second mariage soit célébré entre les deux mêmes personnes, déjà mariées une première fois.²²⁶

²²¹ *Ibid.*

²²² art. 433-20 C pén.

²²³ Voir par exemple CA Reims, 19 janvier 1976, (1976) JDI 916 (annotation Fadlallah).

²²⁴ CA Rouen, 29 nov. 2007, (2007) JurisData 2007-350794; CA Versailles, 1^{re} ch., sect. 1, 20 déc. 1988, (1988) JurisData 1988-048417; CA Montpellier, 2 avr. 1990, (1990) JurisData 1990-000194; CA Paris, 14 janv. 1997, (1997) JurisData 1997-020023; CA Dijon, 25 mai 1995, (1995) JurisData 1995-046149; CA Montpellier, 21 oct. 2008, (2008) JurisData 2008-371508; CA Metz, 5 déc. 2006, (2006) JurisData 2006-323039.

²²⁵ CA Paris, 12 févr. 2009, (2009) JurisData 2009-000851; CA Grenoble, 23 janv. 2001, (2002) Dr. Famille 2002, comm. 54; Marie Lamarche, « Ne confondons pas polygamie et bigamie! Distinguons unions légales et unions de fait », (2010) 7 Droit de la famille 3-4.

²²⁶ Cass civ 1^{re}, 3 févr. 2004, (2004) JurisData 2004-022089.

Encore une fois, très rares sont les cas où les Cours au Canada ou en France sont confrontées à un cas de polygamie comme tel. Au Canada, par exemple, il n'y avait aucune application de l'article 293 du Code Criminel avant l'affaire *Blackmore* pendant plus de soixante ans. La prohibition de la polygamie est surtout appliquée et interprétée indirectement par les cours dans ces deux pays, il existe très peu de poursuites directes en vertu de l'interdiction de la polygamie. En effet, la jurisprudence des dernières décennies qui traite directement de la polygamie dans l'un ou l'autre des deux pays est l'affaire *Blackmore*, une des inspirations principales de la présente thèse.

B) La jurisprudence au Canada - L'affaire "Blackmore"

L'article du *Code criminel* prohibant la polygamie au Canada a été examiné et interprété en détail par la Cour Suprême de la Colombie Britannique en 2011. Plus spécifiquement, la Cour devait décider si l'article est compatible avec la *Charte*, la constitution du Canada.²²⁷

Les faits sont simples. Les deux accusés, Winston Blackmore et James Oler sont tous les deux chefs de la secte mormone *Fundamentalist Church of Jesus Christ of the Latter Day Saints (FLDS)* dans le village de Bountiful en Colombie-Britannique à l'Ouest du Canada. Winston Blackmore était accusé d'avoir épousé 19 femmes alors que James Oler était accusé d'en avoir épousé trois. En septembre 2009, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté pour des raisons techniques les accusations de polygamie auxquelles faisaient face Blackmore et Oler. Le procureur général de la province eut des difficultés à trouver des procureurs acceptant de poursuivre cette cause délicate pour le gouvernement, et la Cour rejeta la cause car elle trouvait que le procureur n'avait pas le droit de faire un choix parmi ses procureurs.

²²⁷ Reference re: Section 293, *op. cit.* note 6.

À la suite de cette défaite, le procureur général suggéra au gouvernement provincial de demander à la Cour Suprême de la Colombie Britannique de trancher la question en principe, ce que le gouvernement fit par voie de renvoi. Le gouvernement avait alors sollicité l'avis de la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour savoir si la loi canadienne interdisant la polygamie respectait la *Charte des droits et libertés*.²²⁸ En 2011, après une étude profonde et le témoignage de multiples experts et de personnes impliquées, le juge rendit sa décision.

Dans son introduction, le juge souligne tout de suite que cet arrêt tourne essentiellement autour du préjudice, ou plutôt de l'appréhension raisonnable du préjudice par le Parlement du Canada. Il s'agit surtout d'analyser les préjudices aux femmes, aux enfants, à la société et à l'institution du mariage monogame. Selon le juge, les questions à déterminer dans ce renvoi par le gouvernement étaient donc les suivantes :

- 1) Est-ce que l'article 293 du *Code criminel* est compatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés* ? Si non, dans quelle situation particulière et dans quelle étendue ?
- 2) Quels sont les éléments du délit selon l'article 293 du *Code criminel* ? Sans vouloir limiter cette question, est-ce que l'article 293 requiert que la polygamie ou l'union conjugale implique un mineur ou qu'elle soit le résultat de dépendance, exploitation, abus d'autorité, déséquilibre flagrant de pouvoir, ou d'influence excessive ?

Les procureurs généraux soumettaient que l'objectif de l'article 293 du *Code criminel* est la prévention de dommages et du préjudice. Selon eux, la polygamie est non seulement associée au préjudice contre les femmes et les

²²⁸ *Charte canadienne*.

enfants impliqués, mais aussi aux préjudices contre la société. L'article 293 est donc compatible avec la *Charte*.

De l'autre côté, l'*amicus curiae* soutenait que l'article 293 est le résultat d'un sentiment anti-mormon et qu'il a été adopté pour donner mandat à la monogamie, un concept associé au christianisme. L'*amicus curiae* demande caution et que le préjudice associé à la polygamie est souvent relié à d'autres facteurs – les mêmes préjudices existent aussi dans les familles monogamiques et la polygamie en-soi n'est pas cause de préjudice. L'article 293 est donc incompatible avec la *Charte*, surtout en ce qui concerne la liberté de religion, la liberté d'expression et le principe de l'égalité. Finalement, il est aussi incompatible avec l'article 7 de la *Charte* qui garantit la vie, la liberté et la sécurité de la personne.

Dans son jugement, le juge analysait l'histoire du mariage et de la polygamie et il acceptait que, malgré une certaine ambiguïté, la monogamie date d'une période antérieure à l'établissement du Christianisme. Le juge acceptait aussi les explications des témoins experts qui soutenaient que la polygamie est reliée aux préjudices contre les femmes, les enfants et les jeunes hommes (les « lost boys ») de la communauté polygamique. De plus, le juge soulignait que le Canada avait signé plusieurs traités internationaux qui requéraient l'abolition de la polygamie par les pays signataires. Enfin, il considérait que la polygamie est mauvaise pour la société puisqu'elle met en danger le mariage monogamique. Il allait même plus loin en soulignant que la polygamie cause en effet des préjudices en-soi.

Selon le juge, le Parlement devait démontrer une appréhension raisonnable du préjudice pour exercer ses pouvoirs en droit pénal. Il n'est pas nécessaire d'avoir une preuve scientifique. Le préjudice ne doit d'ailleurs pas être *de minimus*, insignifiant ou trivial. Finalement, selon le juge la preuve devant la Cour permet de dire que la polygamie est conforme à ces critères énumérés et que le préjudice causé par la polygamie est inhérent à cette pratique.

Tel que mentionné, l'*amicus curiae* avait auparavant soumis que l'article 293 va à l'encontre des libertés fondamentales garanties par la Charte,²²⁹ notamment les articles suivants :

- Art. 2a) Garantie de la liberté de conscience et de religion ;
- Art. 2b) Garantie de la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication ;
- Art. 2d) Garantie de la liberté d'association.
- Art. 7 Garantie du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ;
- Art. 15 Garantie de l'égalité. Selon cet article « La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. »

Après avoir résumé ces soumissions, le juge Bauman répondait à chaque point soulevé par l'*amicus curiae*. En ce qui concerne l'article 2a) de la Charte, qui garantit la liberté de conscience et de religion, le juge soulignait que l'article 293 du *Code criminel* n'a pas été créé pour des raisons anti-mormons, mais seulement pour prévenir les préjudices aux personnes impliquées. Il admettait d'ailleurs que l'article 293 empiète sur la liberté de religion et qu'il fallait soumettre l'article au test de l'arrêt *Oakes* pour justifier cette limite à la liberté de religion.²³⁰

Pour ce qui est du droit à la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression de l'article 2b) de la Charte, le juge faisait référence à l'affaire

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ *R. c. Oakes*, [1986] 1 RCS 103.

EGALE et il stipulait que la cérémonie de mariage ne fait simplement pas partie de la liberté d'expression.²³¹ Le juge Bauman ne pensait pas qu'il existait violation de l'article 2d) de la Charte qui parle de la liberté d'association puisqu'il concluait que le Parlement canadien n'a pas adopté l'article 293 du *Code criminel* pour des raisons d'association, mais afin de prévenir les préjudices.

Se référant à l'article 7 de la *Charte*, article qui parle du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, l'argument principal de l'*amicus curiae* était que l'article 293 du *Code criminel* est trop large et qu'il ouvre des sections de droit qui sont déjà réglées suffisamment par d'autres stipulations du même *Code*. Le juge répondait que les femmes ne sont pas seulement victimes mais effectivement des participantes au délit, ce qui n'est pas couvert par les autres articles. Le juge Bauman faisait d'ailleurs exception pour les femmes qui ont moins de 18 ans – selon lui, elles ne devraient plus être incluses dans la portée de l'article 293 du *Code criminel*. Ensuite, le juge expliquait brièvement qu'il ne s'agit pas d'une contradiction au droit de l'égalité de l'article 15 de la *Charte* à cause du simple fait qu'il y a des distinctions.

Finalement, le juge Bauman concluait que l'article 293 du *Code criminel* viole seulement les articles 2a) et 7 de la *Charte* qui assurent la liberté de religion et la liberté en général. Néanmoins, selon l'article 1 de la même *Charte*,²³² ces droits fondamentaux peuvent être restreints dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Comme nous l'avons mentionné, au Canada, pour décider si une violation de la Charte est justifiée, les cours appliquent le test en deux étapes de l'affaire *Oakes*, et il se présente comme suit.²³³

²³¹ *Barbeau v. British Columbia (AG)*, 2003 BCCA 251.

²³² *Charte canadienne*, art. 1.

²³³ *R. c. Oakes*, *op. cit.* note 230.

Pour restreindre un droit fondamental selon l'article 1 de la *Charte*, les conditions suivantes doivent être remplies :

- 1) Il doit y avoir un objectif réel et urgent justifiant la violation des droits de la *Charte* ;
- 2) Les moyens de la violation doivent être proportionnels, cela veut dire :
 - Les moyens doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif ;
 - Les moyens doivent porter le moins possible atteinte au droit en question ; et finalement
 - Il doit y avoir proportionnalité entre la restriction et l'objectif.

Avec ces conditions du *test Oakes* en esprit, le juge analysait comme suit :

Pour ce qui est de l'objectif réel et urgent de l'Article 293 du *Code criminel*, le juge pensait que la prévention de préjudices contre les personnes impliquées constitue un objectif suffisamment réel et urgent. La deuxième partie du *test Oakes* stipule que les moyens implémentés doivent être proportionnels et, plus spécifiquement, les moyens doivent d'abord avoir un lien rationnel avec l'objectif. Concernant cette première condition, le juge faisait référence à l'affaire *Prostitution Reference* et à l'affaire *Hutterian Brethren*²³⁴ et concluait qu'il est suffisant que le Parlement *estime* (nous soulignons) que la prohibition peut atteindre l'objectif, et non pas si cela va vraiment être le cas. À l'objection de l'*amicus curiae*, qui soutenait que la loi n'a pas eu d'effet jusqu'à date (l'article 293 du *Code criminel* a seulement été appliqué deux fois au Canada) le juge répondait que ceci n'est pas un facteur déterminant, et il se référait à l'affaire *R. v. Lucas, Malmo-Levine*.²³⁵

²³⁴ Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1) c) du *Code criminel* (Man.), [1990] 1 R.C.S. 1123; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37.

²³⁵ *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, 2003 CSC 74.

Pour la deuxième condition, qui stipule que le moyen doit porter la moindre atteinte possible au droit en question, le juge Bauman pensait que le Parlement est effectivement mieux placé pour décider si le moyen porte la moindre atteinte possible au droit en question. Pour en arriver à cette conclusion le juge se référait à l'affaire *RJR -- Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général)*.²³⁶ Pour la condition finale, qui demande qu'il doit y avoir proportionnalité entre la restriction et l'objectif, le juge pensait que cette proportionnalité existe, surtout quand un objectif est de protéger l'institution du mariage monogamique. Le juge concluait donc que l'article 293 du *Code criminel* est constitutionnel, sauf en ce qui concerne les filles qui ont moins de 18 ans, auxquelles il ne doit pas s'appliquer.

L'arrêt *Blackmore* constitue donc le plus haut jugement concernant la polygamie au Canada, et jusqu'à cette date aucune des parties n'a référé cette affaire à la Cour Suprême du Canada. Ce jugement est indispensable pour toute discussion ayant pour objet la polygamie au Canada, puisque le procès et les soumissions représentent une des sources les plus récentes et complètes qui donnent accès à l'argumentation des Cours et du législateur en faveur de la prohibition de la polygamie. Ceci est important à noter, puisque souvent la prohibition de la polygamie est acceptée comme une réalité légale qui n'est pas suffisamment soutenue par une argumentation cohérente de la part des juges ou des législateurs, au Canada comme en France. Il suffit de dire que nous avons plusieurs objections au raisonnement du juge dans cet arrêt, mais nous allons les aborder dans la troisième partie de la présente thèse.

Il reste à mentionner que les deux défendeurs ont été poursuivis pour délit de polygamie à nouveau devant la Cour Provinciale de la Colombie-Britannique dans la ville de Creston au mois d'août 2014.²³⁷ En septembre 2015 ils ont décidé devant cette Cour que c'est un jury et un juge qui allaient

²³⁶ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

²³⁷ Lorne Eckersley, « Blackmore and Oler appear in Creston court », Kootenay News Advertiser (8 décembre 2014) en ligne: <<http://www.kootenayadvertiser.com/news/285105511.html> .

trancher le différend, mais aucune date de procès n'a été publiée jusqu'à cette date.²³⁸ Selon nous, tout indique que cette affaire ira éventuellement jusqu'à la Cour Suprême du Canada dans les prochaines années.

2. La prohibition civile

Avant de nous pencher sur la prohibition indirecte de la polygamie en France et au Canada, il est important de souligner que la polygamie ne constitue pas seulement un délit pénal dans ces deux pays, mais qu'elle est aussi prohibée selon certaines stipulations de la législation du droit civil. Ces lois ne mentionnent pas explicitement la polygamie, mais la loi est formulée d'une telle façon qu'elle englobe la polygamie et la bigamie dans les pratiques interdites.

A) La législation nationale

Au Canada, la polygamie est prohibée d'un point de vue du droit civil selon une loi fédérale, la *Loi d'harmonisation*, qui stipule clairement :²³⁹

« 7. Nul ne peut contracter un nouveau mariage avant que tout mariage antérieur ait été dissous par le décès ou le divorce ou frappé de nullité. »

Et le *Code civil* du Québec le confirme dans son article 373 :²⁴⁰

« Avant de procéder au mariage, le célébrant s'assure de l'identité des futurs époux, ainsi que du respect des conditions de formation du mariage et de l'accomplissement des formalités prescrites par la loi. Il s'assure en particulier qu'ils sont libres de tout lien de mariage ou d'union civile antérieur,

²³⁸The Canadian Press, « No preliminary hearing for accused B.C. polygamist, case heads straight to trial », The Globe and Mail (2 septembre 2015), en ligne : <<http://www.theglobeandmail.com/news/british-columbia/no-preliminary-hearing-for-accused-bc-polygamist-case-heads-straight-to-trial/article26200679/>> .

²³⁹ *Loi d'harmonisation*, *op. cit.* note 176, art. 7.

²⁴⁰ Art. 373 CcQ.

sauf, en ce dernier cas, s'il s'agit des mêmes conjoints et, s'ils sont mineurs, que le titulaire de l'autorité parentale ou, le cas échéant, le tuteur a consenti au mariage. »

En plus, depuis que le gouvernement précédent du Canada a introduit la *Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles barbares*²⁴¹ en 2014, la deuxième partie prévoit de modifier la *Loi sur le mariage civil* afin d'y prévoir l'exigence légale du consentement libre et éclairé au mariage ainsi que celle de la dissolution ou de l'annulation de tout mariage antérieur avant qu'un nouveau mariage puisse être contracté. Ces deux exigences sont d'ailleurs déjà prévues par la *Loi d'harmonisation* fédérale, dans le *Code civil* du Québec et par la jurisprudence appliquée dans les autres provinces du Canada.

En France, la même prohibition est codifiée dans l'article 147 du *Code civil* qui dit simplement : « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ». ²⁴² Cette prohibition entraîne la nullité civile du mariage polygamique pour contrariété à l'ordre public. Il est intéressant de souligner encore une fois que la dissolution du premier mariage par un divorce prononcé après le deuxième mariage ne rend pas ce deuxième mariage légal.²⁴³ Finalement, la validité ou la nullité d'un second mariage ne peuvent être appréciées qu'à la lumière de celles du premier. La nullité d'un premier mariage entraînant sa disparition rétroactive, le second mariage ne peut être annulé du chef de bigamie.²⁴⁴

Au Canada, mais surtout en France, il existe de la jurisprudence utilisant ces lois civiles à cause de l'application relativement fréquente de cette législation aux immigrants récents, mais l'analyse générale de ces causes serait en dehors du sujet de la présente thèse. Nous dirons simplement qu'en France des juristes débattent pour savoir si un mariage

²⁴¹ *Loi sur la tolérance zéro*, op. cit. note 8

²⁴² Art. 147 C civ.

²⁴³ Trib admin Grenoble, 23 janv. 2001, (2001) Dr. fam. 54 (annotation Lécuyer); Implicitement, Cass civ 2^e, 1er déc. 2011, (2012) Rev. crit. DIP 339 (annotation Lagarde).

²⁴⁴ Cass civ 1re, 25 sept. 2013 no. 12-26.041, Publié au bulletin.

polygamique contracté par les agents diplomatiques ou consulaires en vertu d'une loi étrangère qui permet la polygamie est valide ou non.²⁴⁵ De toute façon, nous allons nous référer à toute jurisprudence civile pertinente dans le prochain chapitre.

B) Les conventions et les traités internationaux

Finalement, le Canada et la France sont tous deux signataires de plusieurs documents internationaux qui défavorisent directement ou indirectement la polygamie,²⁴⁶ dont certains paragraphes de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*,²⁴⁷ la *Convention relative aux droits de l'enfant*,²⁴⁸ et la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* (CEDEF).²⁴⁹ Il faut d'ailleurs constater que ces outils légaux ont une application limitée selon nous, et nous soumettons deux avertissements, ou mises en garde, en ce qui concerne les conventions et les traités internationaux concernant la polygamie.

Premièrement, le droit international est souvent vu comme du « soft law », ou du « droit mou » ou « souple », c'est-à-dire du droit qui ne lie pas nécessairement les systèmes du droit interne des pays signataires. Autrement dit, les traités internationaux sont vite signés, mais l'application consistante de ses principes et leur fonction se limite souvent à « un rôle interprétatif » concernant la législation interne.²⁵⁰ Deuxièmement, dans l'interprétation du droit international, la polygamie est souvent automatiquement classée sous les violations du droit à l'égalité des femmes sans directement démontrer le

²⁴⁵ Pierre Mayer, *Droit international privé*, 10e éd., Montchrestien, 2010, à la page 555; Paul Lagarde, « Recherches sur l'ordre public en droit international privé » (1959) 12:4 *Revue int. D. droit comp.* 864; *Le principe de proximité en droit international privé contemporain*, Rec. cours La Haye, t. 196, 1986-I, à la page 113.

²⁴⁶ Cook et Kelly, *op. cit.* note 101; Geadah, *op. cit.* note 93.

²⁴⁷ DUDH, arts. 1, 2, 10, 13, 16, 23.

²⁴⁸ *La Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3, art. 34.

²⁴⁹ *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 34 RTNU 46, arts. 5, 16.

²⁵⁰ Cook et Kelly, *op. cit.* note 98, à la page 83.

lien entre la polygamie et la violation de ces droits. Un bel exemple de ce principe est la *Recommandation Générale 21* de la CEDEF qui précise :²⁵¹

« 14. On constate dans les rapports des Etats parties qu'un certain nombre de pays conservent la pratique de la polygamie. La polygamie est contraire à l'égalité des sexes et peut avoir de si graves conséquences affectives et financières pour la femme et les personnes à sa charge qu'il faudrait décourager et même interdire cette forme de mariage. Il est inquiétant de constater que certains Etats parties, dont la Constitution garantit pourtant l'égalité des droits des deux sexes, autorisent la polygamie, soit par conviction, soit pour respecter la tradition, portant ainsi atteinte aux droits constitutionnels des femmes et en infraction à la disposition 5a) de la Convention. »

Comme nous allons le voir plus tard, nous ne sommes pas convaincus que la polygamie en-soi viole le droit à l'égalité des sexes, et même si c'était le cas, nous ne pensons pas que son interdiction catégorique aiderait à la promotion de ce droit. Selon nous, le débat qui tente de déterminer si la polygamie en-soi viole les droits fondamentaux distrait du but de renforcer ces droits. Cependant, nous allons soumettre plus tard beaucoup d'indices qui indiquent que la polygamie est plutôt un des symptômes possibles résultant d'une violation de certains droits fondamentaux, mais non pas nécessairement une cause.

Avec peu de poursuites pour le délit de la polygamie en France et au Canada, l'affaire *Blackmore*, représente en ce moment la seule jurisprudence exhaustive analysant les raisons pour une prohibition de la polygamie. Selon l'analyse des juges, le but ultime pour le législateur canadien est la prévention de préjudices aux personnes impliquées dans les relations polygamiques. D'un autre côté, en France la prohibition de la polygamie constitue un fait juridique accompli, mais nous allons voir par son application indirecte qu'il s'agit pour le législateur français d'une question d'ordre public et de bonnes mœurs.

²⁵¹ *Recommandation générale 21*, U.N.Doc.HRI\GEN\1\Rev.1 (1994), 13^e sess.

Chapitre II : La prohibition indirecte

Nous avons vu que les pratiquants de la polygamie ne sont en réalité jamais poursuivis en vertu de la législation qui interdit directement la polygamie, mais beaucoup plus souvent à travers des lois indirectement liées aux préjudices présumés de la polygamie. Nous avons aussi vu que les cours et les législateurs n'analysent pas nécessairement de manière approfondie quels préjudices particuliers sont supposément causés par la polygamie, la décision dans l'affaire *Blackmore* représentant une exception rare pour le cas du Canada qui nous a permis de découvrir les raisons « officielles » du législateur canadien. Sans cette décision importante, la prohibition de la polygamie est normalement prise comme acquis par le législateur et les Cours au Canada.

Puisque le même raisonnement s'applique en France, comment établir pourquoi le législateur continue à prohiber la polygamie sans aucun débat parlementaire récent sur cette question ? La réponse se trouve jusqu'à un certain degré dans la législation et la jurisprudence concernant l'immigration, et c'est dans ce champs d'application de la loi que les Cours françaises font normalement face aux cas de polygamie. Pour le législateur et les cours en France, la polygamie constitue une incompatibilité avec l'identité nationale parce qu'elle est vue comme une violation à l'ordre public et aux bonnes mœurs, donc la morale.

1. La polygamie à l'encontre de l'identité nationale

A) La législation

Le législateur essaye de combattre la polygamie, qui est pratiquement entièrement « importée » par les immigrants, en mettant de plus en plus de

poids sur l'estimation que la polygamie va à l'encontre de l'identité française. Cette assertion a pour résultat, selon le législateur français, un défaut d'assimilation pour les immigrants concernés. En effet, la polygamie est considérée comme tellement contraire à l'ordre public français²⁵² qu'elle constituera un obstacle à l'acquisition de la nationalité française :²⁵³

« La profondeur de notre civilisation c'est le mariage monogamique. L'Islam avec sa polygamie fut-elle théorique, est plus étranger à notre âme que n'importe quel autre système de droit. De Moscou à New York, la répulsion pour le mariage polygamique trace la véritable ligne d'unité de civilisation. »

En conséquence, la Commission nationale consultative des Droits de l'Homme favorise de limiter l'entrée des personnes polygamiques en France et d'aider ces familles à la décohabitation.²⁵⁴ Ce refus de donner la nationalité française aux immigrants polygamiques est d'ailleurs explicitement formulé dans le *Code civil* :²⁵⁵

« Le Gouvernement peut s'opposer par décret en Conseil d'Etat, pour indignité ou défaut d'assimilation, autre que linguistique, à l'acquisition de la nationalité française par le conjoint étranger dans un délai de deux ans à compter de la date du récépissé prévu au deuxième alinéa de l'article 26 ou, si l'enregistrement a été refusé, à compter du jour où la décision judiciaire admettant la régularité de la déclaration est passée en force de chose jugée.

La situation effective de polygamie du conjoint étranger ou la condamnation prononcée à son encontre au titre de l'infraction définie à l'article 222-9 du code pénal, lorsque celle-ci a été

²⁵² CE, 24 janv. 1994 et 11 févr. 1994, (1995), p. 108 (annotation Guiho); Michel Farge, « Comment peut-on être polygame et acquérir la nationalité française? » (2005) 12 Droit de la famille 36–37; Jérôme Michel, « Le non-renouvellement de la carte de résident à une étrangère en situation de polygamie » (2003) 16 Actualité Juridique Droit Administratif 851–854; Frédérique Niboyet, *L'ordre public matrimonial*, (2008) LGDJ 59; art. 21-24 C civ; Rép. min. no 11002, 10 mai 1995, (1995) Rev. crit. DIP 879; Rép. min. du 2 déc. 2010, JO Sénat, p. 3166, à la question écrite no 13.547.

²⁵³ Carbonnier, *op. cit.* note 217, à la page 341.

²⁵⁴ France, Commission nationale consultative des Droits de l'Homme, « Avis sur la situation de la polygamie en France », Avis adopté le 9 mars 2006 (9 mars 2006).

²⁵⁵ art. 21-4 C civ.

commise sur un mineur de quinze ans, sont constitutives du défaut d'assimilation.

En cas d'opposition du Gouvernement, l'intéressé est réputé n'avoir jamais acquis la nationalité française.

Toutefois, la validité des actes passés entre la déclaration et le décret d'opposition ne pourra être contestée pour le motif que l'auteur n'a pu acquérir la nationalité française. »

La stipulation du *Code civil* citée est effectivement le résultat de la « loi Pasqua » de 1993, qui introduisait deux dispositions contre la polygamie dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 et donc une approche beaucoup plus stricte en ce qui concerne les titres de séjour pour les membres des familles polygamiques :²⁵⁶

« Article 15bis : « La carte de résident [dix ans] ne peut être délivrée à un ressortissant étranger qui vit en état de polygamie ni aux conjoints d'un tel ressortissant. Une carte de résident délivrée en méconnaissance de ces dispositions doit être retirée ».

Et, plus loin, la loi stipule que les regroupements des familles polygamiques en France ne seront généralement plus possible :²⁵⁷

« Article 30 : « Lorsqu'un étranger polygame réside sur le territoire français avec un premier conjoint, le bénéfice du regroupement familial ne peut être accordé à un autre conjoint. Sauf si cet autre conjoint est décédé ou déchu de ses droits parentaux, ses enfants ne bénéficient pas non plus du regroupement familial.

Le titre de séjour sollicité ou obtenu par un autre conjoint est, selon le cas, refusé ou retiré. Le titre de séjour du ressortissant étranger polygame qui a fait venir auprès de lui plus d'un conjoint, ou des enfants autres que ceux du premier conjoint

²⁵⁶ Loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, JO, 29 août 1993, 1219 (modifiant l'Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France) [« Loi Pasqua »].

²⁵⁷ Ibid.

ou d'un autre conjoint décédé ou déchu de ses droits parentaux, lui est retiré ».

La « loi Chevènement » de 1998 conserve les deux dispositions introduites par Charles Pasqua. Elle exclut, en outre, les étrangers qui vivent « en état de polygamie » de la délivrance d'une carte de séjour temporaire (un an) dans cinq situations qui y donnent droit :²⁵⁸

« art. 12 bis 3 : résidence habituelle (non régulière) depuis au moins dix ans (quinze pour les étudiants) ;

art. 12 bis 4 : mariage avec un(e) Français(e) ;

art. 12 bis 5 : conjoint d'un étranger titulaire de la carte de séjour « scientifique » ;

art. 12 bis 6 : père et mère d'un enfant français ;

art. 12 bis 7 : situation faisant que « les liens personnels et familiaux en France sont tels que le refus d'autoriser [le] séjour porterait [au] droit au respect de [la] vie privée et familiale une atteinte disproportionnée ».

En plus, selon le *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, l'octroi d'une carte de séjour, temporaire ou de résident est subordonné au fait que l'étranger ne soit pas en état de polygamie. De même, l'étranger en situation irrégulière n'est pas protégé contre une mesure de reconduite à la frontière ou d'expulsion s'il est en état de polygamie.²⁵⁹

En 2011, l'idée d'une identité nationale avec des valeurs spécifiques a été confirmée par une loi²⁶⁰ qui clarifie l'article 21-24 du *Code civil*²⁶¹ qui se lit maintenant comme suit :

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ arts. L541-1, L313-14, L314-9, L313-11, L511-4, L521-2, L521-3 Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile [C étrang]; Denis Besle, « Quel titre de séjour pour un réfugié polygame? » (2006) 1 Actualité juridique Droit Administratif 47–49.

²⁶⁰ *Loi n°2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, JO, 17 juin 2011, 10290, art. 2.

²⁶¹ art. 21-24 C civ.

« Nul ne peut être naturalisé s'il ne justifie de son assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue, de l'histoire, de la culture et de la société françaises, dont le niveau et les modalités d'évaluation sont fixés par décret en Conseil d'Etat, et des droits et devoirs conférés par la nationalité française ainsi que par l'adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République.

A l'issue du contrôle de son assimilation, l'intéressé signe la charte des droits et devoirs du citoyen français. Cette charte, approuvée par décret en Conseil d'Etat, rappelle les principes, valeurs et symboles essentiels de la République française. »

Selon le législateur français, la polygamie va catégoriquement à l'encontre de l'égalité des sexes, une valeur essentielle de la République.²⁶² Cette notion apparaît dans le décret no 2012-127 du 30 janvier 2012²⁶³ approuvant la *Charte des droits et devoirs du citoyen français*, un document qui doit être signé au moment d'obtenir la nationalité française. Finalement, l'article 21-4 du *Code civil*²⁶⁴ déclare « que la situation effective de polygamie du conjoint étranger est constitutive du défaut d'assimilation permettant au gouvernement de s'opposer, dans les délais indiqués, à l'acquisition de la nationalité française par ce conjoint étranger. En cas d'opposition du Gouvernement, l'intéressé est réputé n'avoir jamais acquis la nationalité française. »²⁶⁵

²⁶² *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, STE 5, art. 14 [*Convention européenne des droits de l'homme*]; art. 21-24 C civ souligne que « l'homme et la femme ont dans tous les domaines les mêmes droits ».

²⁶³ *Décret n° 2012-127 du 30 janvier 2012 approuvant la charte des droits et devoirs du citoyen français prévue à l'article 21-24 du code civil*, JO, 31 janvier 2012, 1769.

²⁶⁴ art. 21-4 C civ; *Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration*, JO, 25 juillet 2006, 11047.

²⁶⁵ Fadlallah, *op. cit.* note 97, au par. 50.

B) L'application jurisprudentielle

Plusieurs arrêts illustrent l'application de cette législation sous plusieurs angles différents, et, afin de ne pas nous répéter, nous en parlons en détail dans la prochaine partie concernant les effets de la prohibition de la polygamie. Ce qui est important de retenir est le fait qu'en France la prohibition de la polygamie a le plus grand impact d'application jurisprudentielle sur les familles polygamiques en matière de nationalité et en ce qui concerne la condition des étrangers. Les stipulations du *Code pénal* et des stipulations civiles ne sont pas utilisées directement dans ces cas, mais l'état de polygamie mène indirectement à l'application des lois pertinentes. Autrement dit, l'interdiction de la polygamie en France est exclusivement utilisée afin de déterminer l'obtention ou la perte de la nationalité française, ou, dans un premier temps, pour déterminer si on doit émettre un permis de séjour ou non.

2. La polygamie à l'encontre des valeurs

A) L'ordre public

Nous avons vu qu'au Canada, le juge dans l'arrêt *Blackmore* essaye de définir pourquoi le législateur continue de prohiber la polygamie dans ce pays. Selon lui, il s'agit surtout d'éviter les préjudices aux personnes vulnérables des familles polygamiques, comme les multiples femmes et les enfants. En France, le législateur classe la polygamie généralement comme allant à l'encontre de l'égalité des sexes. Ce droit est considéré comme une valeur fondamentale de la nationalité française, malgré le fait que les unions polygamiques des étrangers contractées conformément à leur loi nationale peuvent produire des effets en France.²⁶⁶ Souvent, et plus généralement, l'ordre public et les bonnes mœurs sont les mots choisis pour décrire les valeurs de la République Française.

²⁶⁶ Question écrite no. 079930 de M. Louis Souvet (Doubs-RPR) et Réponse du ministère : Justice, JO Sénat, 5 avr. 1990, 726.

Malgré cette description qui essaie d'englober les valeurs qui devraient idéalement unir toutes les Françaises et tous les Français, le concept plus ou moins flou²⁶⁷ de l'ordre public est rarement analysé d'une façon approfondie devant les tribunaux, surtout dans le cadre de la polygamie. La législation et la jurisprudence n'analysent pas souvent en détail la nature exacte des violations contre l'ordre public, et il est présumé que toutes les Françaises et tous les Français partagent les mêmes valeurs. Généralement, la doctrine réfère au principe de l'égalité conjugale tel qu'il est exprimé dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*²⁶⁸ et dans le *Code civil*.²⁶⁹ L'auteure Madame F. Niboyet explique que, dans le contexte de l'ordre public en France, la polygamie « vient heurter de front notre conception du mariage et de l'égalité entre époux. »²⁷⁰ Il existe donc une certaine présupposition parmi les tribunaux, le législateur et la majorité de la doctrine en France qu'il existe une forme de mariage « nationale », qui reflète les valeurs de la population.

Le professeur Fadlallah est d'avis que « l'ordre public ne s'oppose pas au mariage potentiellement (ou virtuellement) polygamique, qui est un mariage encore monogamique en fait, mais appartenant à un système juridique admettant la polygamie ». ²⁷¹ Selon lui, le droit français a toujours traité le mariage polygamique sans discrimination, sauf lorsqu'il exige des déclarations en vue du séjour et de la naturalisation, et en limitant la polygamie coloniale par les options de législations. Il demande : « S'agit-il d'une rigueur accrue de l'ordre public, ou d'un consensus pour restreindre l'immigration ? » ²⁷²

²⁶⁷ Frédérique Niboyet, *L'ordre public matrimonial*, Éditions Lextenso, Paris, 2008, à la page

1.

²⁶⁸ DUDH, op. cit., note 95, art. 16(1).

²⁶⁹ Art. 213 C civ.

²⁷⁰ Niboyet, op. cit. note 267, à la page 59.

²⁷¹ Fadlallah, op. cit. note 97, au par. 12.

²⁷² *Ibid.*

Le juriste M. S. Gnakpaou donne un bon aperçu²⁷³ de l'argumentation des tribunaux français concernant l'ordre public en cas de polygamie, et son article peut servir comme une sorte de clé de détermination pour les cas spécifiques. Selon M. Gnakpaou il est d'abord important de « ne pas confondre l'ordre public international, [...], et l'ordre public national (interne) ». ²⁷⁴ Nous allons voir plus tard, dans la partie qui traite des effets des unions polygamiques, que les tribunaux français acceptent *a priori* la polygamie contraire à la conception française de l'ordre public si le mariage a été célébré sans fraude à l'étranger et qu'il est conforme à la loi ayant compétence en vertu du droit international privé. ²⁷⁵ Autrement dit, « la seconde union est valide dès lors que le statut personnel de ceux-ci admet, au jour de la célébration du mariage, la polygamie » ²⁷⁶ - la loi française reconnaît la polygamie pour certaines fins, à condition que le mariage polygamique soit célébré entre étrangers, à l'étranger, et qu'il soit aussi autorisé par la loi nationale des époux. ²⁷⁷

Dans une deuxième étape, les tribunaux français examinent d'ailleurs la compatibilité de ce mariage avec l'ordre public national, ou interne. Nous allons voir que les Cours vérifient si la reconnaissance de la polygamie dans un cas spécifique entre en conflit avec une des valeurs de l'ordre public national, donc particulièrement en ce qui concerne l'égalité des sexes et l'égalité des époux. ²⁷⁸ Ces valeurs s'opposent catégoriquement à toute célébration d'un mariage polygamique en France, même si la loi personnelle des époux le permet. ²⁷⁹ Ceci étant dit, certains effets du mariage polygamique

²⁷³ Sosso Gnakpaou, « Le droit international privé français à l'épreuve de la polygamie », Le Village de la justice (14 mars 2016) en ligne : < <http://www.village-justice.com/articles/droit-international-prive,21708.html>

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ CA Paris, 22 févr. 1978, (1978) Rev. crit. DIP 507 (annotation H. Batiffol); Civ. 1re, 3 janv. 1980, (1980) Rev. crit. DIP 331 (annotation H. Batiffol).

²⁷⁶ Gnakpaou, *op. cit.*, note 273.

²⁷⁷ Françoise Monéger, « La polygamie en question » (1990) I JCP 3460; Jean-Marc Bischoff, « Le mariage polygamique en droit international privé », (1980) 2 Droit international privé 91 [Bischoff, « Mariage »]; Cécile Géraud, « Des effets en France d'unions polygamiques régulièrement contractées à l'étranger », (1999) 26 JCP N Semaine Juridique (édition notariale et immobilière) 1048–1050 [Géraud, « Effets »].

²⁷⁸ DUDH, *op. cit.*, note 95, art. 16(1); Art. 213 C civ.; Préambule, *Constitution du 4 octobre 1958*.

²⁷⁹ Gnakpaou, *op. cit.*, note 273.

légalement célébré à l'extérieur de la France sont reconnus par les tribunaux, puisqu'ils ne s'opposent pas à l'égalité des sexes. Nous allons parler de ces effets plus spécifiquement dans la prochaine partie.

Il reste à mentionner que l'ordre public matrimonial « reflète une certaine version du mariage »²⁸⁰ qui n'est peut-être plus entièrement compatible avec la réalité de la vie familiale dans une France moderne. La professeure Mme Frédérique Niboyet démontre que l'ordre public matrimonial est en évolution rapide vers un ordre public parental,²⁸¹ et que les nouvelles formes de familles mettent en question la définition de l'égalité des époux elle-même. Par exemple, les époux peuvent déroger du partage égal des biens selon l'article 1520 du *Code civil*, et, selon Mme Niboyet, l'ordre public familial se transforme « de plus en plus vers un ordre public atténué et recentré sur la protection de la personne. »²⁸²

Au Canada, la nature plutôt floue de la notion de l'ordre public « classique » n'a jamais convaincu les législateurs, et par conséquent il y a déjà eu dans ce pays une certaine reconnaissance de l'évolution de la notion de l'ordre public. Comme les grands experts des obligations au Québec J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin le constatent quand ils parlent de l'ordre public politique, moral, social et économique :²⁸³

« [l]a plupart des auteurs considèrent que les règles appartenant à l'une ou l'autre de ces catégories relèvent de l'intérêt général. Néanmoins, rares sont ceux qui ont tenté de définir ce concept. »

Plus tard, MM. Baudouin et Jobin constatent que « ...la protection des personnes vulnérables et les droits et libertés de la personne ont remplacé la religion et ont même supplanté la morale comme bases des règles d'ordre

²⁸⁰ Niboyet, *op. cit.* note 267, à la page 13.

²⁸¹ *Ibid.*, à la page 366.

²⁸² *Ibid.*, à la page 3 ; A. Bénabent, « L'ordre public en droit de la famille », dans Thierry Revet (dir), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Paris, Dalloz, 1996, à la page 27.

²⁸³ Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations 5e éd.*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 1998, à la page 153.

public 'moral' ». ²⁸⁴ C'est la raison pour laquelle ce concept n'est plus utilisé au Canada, et nous allons voir plus tard qu'il y a aussi de plus en plus d'auteurs français qui doutent du fait qu'il faille continuer à utiliser le concept de l'ordre public en droit.

B) Les bonnes mœurs

En France, on observe souvent que celui ou celle qui dit « ordre public », dit en même temps « bonnes mœurs », et vice versa. Ceci est relié au fait que les juristes en France constatent parfois que, en parlant de l'ordre public, « les bonnes mœurs peuvent apparaître comme étant sa composante morale. De son côté, l'ordre public civiliste cherche de plus en plus à 'moraliser' les contrats de droit commun ». ²⁸⁵ On ne peut probablement pas nier que la notion de bonnes mœurs s'est développée à partir de la morale chrétienne, et comme nous l'avons vu, il s'agit d'une morale qui est particulièrement stricte en ce qui concerne le concubinage et les relations avec plusieurs partenaires en même temps, même si le concubinage est maintenant accepté et même codifié par le PACS. En France, la polygamie est donc considérée comme étant non pas seulement contre l'ordre public, mais plus spécifiquement contre les bonnes mœurs, même si ce n'est pas toujours exprimé de cette façon. Nous allons voir que c'est d'ailleurs cette ambiguïté qui rend difficile la définition d'une violation des bonnes mœurs - les bonnes mœurs changent dans le temps et selon les convictions personnelles des personnes impliquées.

Au Canada, les juristes n'utilisent généralement plus la notion des bonnes mœurs, et ceci encore une fois à cause de son caractère flou, comme celui de l'ordre public. Ce que les juristes Beaudoin et Jobin ont reconnu pour le Québec s'applique généralement pour le reste du Canada : ²⁸⁶

²⁸⁴ Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations 7e éd.*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2013, à la page 159.

²⁸⁵ Niboyet, *op. cit.* note 267, à la page 233.

²⁸⁶ Baudouin et Jobin, *op. cit.* note 284, à la page 158.

« C'est avec raison que le *Code civil du Québec*, à l'article 9, fait disparaître la notion particulière de bonnes mœurs ; de tout façon, elle était assimilée par une bonne partie de la jurisprudence et la doctrine à l'ordre public et, dans le contexte social contemporain, elle n'évoquait plus une réalité sociologique véritablement distincte. »

Pour être juste, les juristes français ne s'avancent généralement pas de façon à ne pas être contraints de définir ce qui constitue une violation de l'ordre public ou des bonnes mœurs en cas de polygamie. Nous avons observé que le simple fait d'être dans une relation polygamique suffit à déclencher des conséquences légales, sans que le procureur doive prouver qu'il s'agit d'une violation des bonnes mœurs. En d'autres mots, en France il est simplement accepté que la polygamie viole l'ordre public et une discussion profonde sur les raisons exactes devant les cours n'existe pas encore comme dans les pays de la Common Law - il s'agit plutôt d'un fait qui continue d'être accepté et qui résulte peut-être du passé chrétien du pays.

Rappelons-nous que l'ordre public familial reste un concept juridique flou et difficile à définir sans le mettre en contexte d'une jurisprudence ou d'une législation actuelle. Le professeur Philippe Malaurie l'a peut-être exprimé de la meilleure façon en disant que « [n]ul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité ».²⁸⁷ Avec cette notion de l'ordre public changeant en esprit, nous espérons fournir le contexte nécessaire à travers de la présente thèse, afin d'illustrer le degré de sa transformation en droit matrimonial.

²⁸⁷ Philippe Malaurie, *Les contrats contraires à l'ordre public. Étude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.*, thèse Paris 1951, éd. Matot-Braine, à la page 3.

Conclusion

La prohibition directe de la polygamie en France et au Canada, donc à travers la législation pénale, la législation civile et, jusqu'à un certain degré, en vertu du droit international, est claire mais très rarement appliquée d'une façon immédiate. Des poursuites pour le délit de polygamie sont très rares dans ces deux pays, simplement parce qu'il n'est quasiment pas possible de conclure légalement un mariage polygamique au Canada et en France. Ceci étant dit, les défenseurs de l'affaire *Blackmore* au Canada ont ouvertement contesté la prohibition de la polygamie devant les cours, ce qui a forcé l'État à justifier l'article du *Code criminel* du Canada qui interdit la polygamie.

Ce procès constitue en effet une première en plus de soixante ans depuis que l'article 293 du *Code criminel* a été appliqué devant une cour juridique du pays. Cette réalité a révélé le fait que les fondements de cette stipulation juridique, donc le « pourquoi », a très rarement été justifié ou même analysé profondément par le législateur ou par les cours avant ce procès. La situation est similaire en France, où les juristes font face aux allégations de polygamie presque exclusivement en matière d'obtention de nationalité ou de remise de permis de séjour sans devoir justifier l'existence de la prohibition.

Malgré ce manque d'examen plus approfondi par les juges et les législateurs dans le passé, on peut néanmoins déduire deux tendances différentes dans chacun des deux pays. Au Canada, la jurisprudence de l'arrêt *Blackmore* explique et clarifie que le but primaire du législateur en prohibant la polygamie est de prévenir les préjudices des personnes impliquées dans les relations polygamiques. Ceci s'applique en pratique évidemment surtout aux femmes polygamiques, mais aussi aux enfants de ces familles polygamiques. En France par contre, la prohibition de la polygamie est plutôt une question d'ordre public et de bonnes mœurs qui est, selon les législateurs et l'application fréquente des cours en matière

d'immigration, fondamentalement à l'encontre de l'identité et des valeurs françaises.

Avec cette analyse des fondements juridiques, nous espérons avoir donné un aperçu sur le principe de la prohibition de la polygamie en France et au Canada non seulement des points de vue historique et sociologique mais aussi et surtout juridique. Ce survol aurait peut-être suffi si le but de notre thèse était d'expliquer brièvement les motifs pour lesquels dans ces deux pays, et parmi la plupart des pays occidentaux, le mariage monogamique s'est établi comme la seule et unique forme de mariage permise. Mais nous avons souhaité en même temps préparer le terrain pour les deux prochaines parties de notre thèse, puisque notre recherche sur les fondements de la prohibition de la polygamie soulève plusieurs questions qui, de notre avis, mettent un doute sur l'efficacité de la prohibition.

En particulier, nous nous demandons si la prohibition de la polygamie atteint les buts étatiques visés par le Canada et la France, notamment la minimisation des préjudices au Canada et la protection de valeurs nationales en France. Au contraire, notre recherche et notre analyse dans le cadre de la première partie de notre thèse ont exposé plusieurs effets contradictoires causés par la prohibition de la polygamie. Ces effets ont eu des conséquences tellement paradoxales, que les législateurs français et canadiens ont décidé d'accepter la polygamie pour certaines applications du droit patrimonial, afin de protéger les droits des personnes. Mais ce ne sont pas seulement les droits personnels et patrimoniaux qui sont paradoxalement affectés par la prohibition de la polygamie. Selon nous, plusieurs droits fondamentaux des membres des familles polygamiques, mais aussi d'autres membres de la société sont touchés négativement par la prohibition de la polygamie, même si cela est fait par inadvertance. Le but de la deuxième partie de notre thèse est donc d'exposer et d'expliquer ces effets.

DEUXIÈME PARTIE : LES EFFETS DE LA PROHIBITION

*« If complexity doesn't beat you, then paradox will. »*²⁸⁸

*« La polygamie, où et de quelque manière qu'elle se trouve, est une malédiction absolue. »*²⁸⁹

Généralement, la prohibition de la polygamie et, inversement, la décision de l'État d'accorder des bénéfices et des protections seulement aux relations conjugales monogamiques, créent deux catégories d'effets. La première catégorie est celle des effets sur les droits connectés à la subsistance, au patrimoine et, par extension, à la responsabilité parentale, donc ceux reliés à l'interdépendance des partenaires de la relation polygamique. Pour les fins de notre thèse, cette catégorie englobe en même temps les dispositions habituellement réglées par les codes de statut personnel, comme le mariage et les successions, mais aussi ceux du droit de la nationalité et du droit des étrangers. Nous décrivons l'ensemble de cette catégorie comme « les effets sur les droits personnels » (Titre 1). Ces effets personnels mènent donc parfois à des conséquences tellement paradoxales, que les législateurs canadiens et français ont été forcés d'adopter des atténuations à la prohibition générale de la polygamie. Autrement dit, à certaines fins de justice sociale et d'égalité des sexes, les législateurs ont effectivement reconnu la relation polygamique.

Le professeur P. Murat note qu'il s'agit ici en effet d'un ordre public atténué qui admet « que les mariages polygames, s'ils ne peuvent être célébrés en France, puissent du moins, s'ils ont été célébrés à l'étranger en conformité avec la loi nationale des époux, produire sur notre territoire

²⁸⁸ « Si la complexité ne vous conquiert pas, ce serait la paradoxité. », Tom Robbins, *Even Cowgirls Get the Blues*, Boston, Houghton Mifflin, 1976.

²⁸⁹ Ross C. Houghton, *Women of the Orient: An Account of the Religious, Intellectual, and Social Condition of Women in Japan, China, India, Egypt, Syria, and Turkey*, Cincinnati, Hitchcock and Walden, 1877, aux pages 190-191 (notre traduction).

certaines effets ». ²⁹⁰ Il existe peu de jurisprudence dans ce domaine du droit, et les cas se limitent aux personnes polygamiques qui ont immigré en France avant que les lois aux conditions d'entrée et de séjour en France aient été atténuées. Il arrive parfois qu'il y ait des « dysfonctionnements » en obtenant la nationalité française ou un permis de séjour, ²⁹¹ mais si le demandeur dissimulait sa situation polygamique, son décret de naturalisation pourrait faire l'objet d'une procédure de retrait comme ayant été obtenu par fraude. ²⁹²

En ce qui concerne le deuxième genre d'effets de la prohibition, il s'agit des effets qui formeront davantage la base de notre critique du droit du mariage en général (Titre 2). Selon nous, ces effets sur les droits fondamentaux ne résultent pas directement de la prohibition de la polygamie. Ces violations des droits fondamentaux sont beaucoup plus subtiles et parfois difficiles à détecter, puisqu'elles résultent du fait que le seul mariage permis en France et au Canada est en effet le mariage monogamique (ou les formes de relations conjugales monogamiques alternatives, comme le PACS ou l'union de fait). Nous avons classifié ces effets sous la rubrique des « effets aux droits fondamentaux ». Par l'examen de ces effets indirects nous espérons aussi démontrer dans la dernière partie de notre thèse pourquoi l'abolition de la prohibition de la polygamie ne serait pas nécessairement une alternative souhaitable.

²⁹⁰ Pierre Murat, *Droit de la famille 2014-15*, Paris, Dalloz, 2013, à la page 85.

²⁹¹ *Ibid.* à la page 86.

²⁹² CE, 2 SS, 21 février 1996, n° 146388, inédit au recueil Lebon.

Titre 1 : Les effets sur les droits personnels

Les effets paradoxaux causés par la prohibition de la polygamie sur les droits personnels sont considérables. En conséquence, en France comme au Canada, les législateurs ont dû adapter les lois afin de protéger les personnes qui seront négativement affectées par une application stricte de la prohibition de la polygamie. La polygamie est donc indirectement acceptée pour certaines fins des droits entre époux, comme le droit des successions et le régime matrimonial (Chapitre I), et des droits sociaux, comme les pensions, les allocations veuvage, l'assurance santé et les allocations familiales (Chapitre II). Le contraire est vrai pour les effets causés sur le droit des étrangers, donc la nationalité et les conditions d'entrée et de séjour. Les législateurs et les Cours dans les deux pays ne sont pas prêts à reconnaître la relation polygamique pour ces fins (Chapitre III).

Chapitre I : Effets sur les droits entre époux

La prohibition de la polygamie fait naître plusieurs effets sur le droit des successions et sur le droit du régime matrimonial, donc tous les droits ayant pour objet le régime des biens entre les époux pendant et après le mariage et en cas de décès d'un des époux. Les effets sur ces droits causés par la prohibition de la polygamie ont été considérés tellement au détriment des droits du couple, que les législateurs en France et au Canada ont décidé de reconnaître la relation polygamique pour l'application de ces lois. Cette tolérance de la polygamie est nécessaire afin de pouvoir continuer l'application de lois pertinentes pour protéger l'épouse et les autres membres de la famille, en particulier les enfants. Il faut encore une fois souligner qu'il y a très peu de jurisprudence dans ce domaine du droit, puisque les personnes concernées ne se poursuivent normalement pas afin de ne pas être condamnées pour le délit de polygamie. La jurisprudence touche donc surtout les personnes qui ont immigré avant le renforcement des lois d'immigration et de nationalité.

1. Successions entre époux

A) Canada

Au Canada, la relation polygamique a été implicitement reconnue en droit des successions depuis même avant la création du pays, notamment par deux décisions souvent citées, *Hyde v. Hyde and Woodmansee* (*obiter dictum*)²⁹³ et *Yew v. British Columbia (Attorney General)*.²⁹⁴

L'arrêt *Hyde v. Hyde*²⁹⁵ est notable, puisque, nous l'avons vu, cet arrêt définissait la notion du mariage au Canada d'une façon incontestée entre 1866 et 2005. Dans cet arrêt, la *Court of probate and divorce* en Angleterre,

²⁹³ *Hyde v. Hyde*, *op. cit.* note 170.

²⁹⁴ *Yew v. British Columbia (Attorney General)*, [1924] 1 DOD 1166 (B.C.C.A.) [*Yew v. BC*].

²⁹⁵ *Hyde v. Hyde*, *op. cit.* note 170.

donc une cour spécialisée qui avait juridiction concernant les testaments et les divorces pour l'entière du Commonwealth, refusait de reconnaître le mariage du requérant. La raison de ce refus résultait du fait que le mariage avait été célébré en Utah aux États-Unis, cet État mormon qui, rappelons-nous, à cette époque reconnaissait le mariage polygamique. Ce que nous relevons dans cette décision est le fait que dans l'*obiter dictum* de la décision, qui n'est normalement jamais citée par les juristes, le juge James Wilde (le fameux Lord Penzance) souligne explicitement que son jugement ne tranche pas la question en vertu du droit successoral ou de droit de régime matrimonial. Depuis cette première décision qui définit le mariage en Common Law, il semble donc être clair que la polygamie est interdite, mais qu'elle peut être acceptée à des fins de droit patrimonial si les faits le permettent.

Cette exception jurisprudentielle qui reconnaît la polygamie à des fins successorales a été appliquée encore au moins deux fois au Canada. Premièrement, dans *Yew v. British Columbia (Attorney General)*²⁹⁶ en 1924, un homme de nationalité chinoise décédé au Canada légua son patrimoine à ses deux femmes en Chine, qui acceptait en 1924 la polygamie dans certaines régions. La question à trancher était de savoir si les deux épouses pouvaient profiter de l'exonération fiscale en cas de succession. Le juge Martin décida qu'il n'avait pas d'autre choix que de reconnaître que les femmes avaient été « légitimement mariées » à M. Yew et que toute autre décision serait « à l'encontre du bon sens et du droit international ».²⁹⁷

Le deuxième cas plus récent a reconnu une relation quasi-polygamique en matière successorale a été décidé par une Cour de la province de l'Ontario en 1994. Il s'agit de l'arrêt *Nowell v. Town Estate*,²⁹⁸ où la Cour d'appel de l'Ontario accordait fidéicommiss dans sa propriété à la maîtresse du peintre

²⁹⁶ *Yew v. BC.*, *op. cit.* note 294.

²⁹⁷ *Ibid.* au par. 42.

²⁹⁸ *Nowell v. Town Estate*, 1994 ONSC 7285.

Harold Town, Iris Nowell, bien qu'il ait été marié pendant toute l'affaire.²⁹⁹ Le peintre, qui avait eu une relation extraconjugale pendant vingt-quatre ans, vivait avec son épouse et ses enfants pendant la semaine et avec sa maîtresse pendant les fins de semaine. Il avait offert des cadeaux d'un montant de 125 000 \$ à sa maîtresse et lui avait promis de la soutenir économiquement. La maîtresse avait contribué au travail artistique du peintre sans obtenir de compensation monétaire. Comme le peintre ne lui avait rien laissé rien dans sa succession, Mme Nowell contesta le testament. Les juges reconnurent qu'une relation d'une durée vingt-quatre ans était plus qu'une simple relation, surtout en considérant que pendant treize ans Mme Nowell et M. Town avaient quasiment vécu comme un couple.

Selon les juges, la maîtresse avait droit à une compensation adéquate puisque M. Town s'était enrichi par cette relation. M. Town avait accepté que sa maîtresse l'aide dans son travail artistique, et il en avait profité sans la payer. Ce qui amena la Cour à prendre cette décision était le fait que Mme Nowell avait consacré toute sa vie à M. Town et le fait que celui-ci lui avait promis de s'occuper d'elle. Selon la Cour, ceci ne créait pas une relation juridique, mais ces circonstances démontraient la nature de la relation entre les deux. Le tribunal accorda à Mme Nowell une compensation de 300 000 \$.

B) France

En France, les cours répartissent habituellement les droits successoraux du conjoint survivant entre les épouses. Régulièrement les tribunaux se prononcent sur les effets successoraux des unions polygamiques en France et se laissent guider par le principe suivant :³⁰⁰

« La réaction à l'encontre d'une disposition étrangère contraire à la conception française de l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à la création en France d'une

²⁹⁹ Susan G. Drummond, « Polygamy's Inscrutable Criminal Mischief », 47:2 Osgoode Hall Law Journal 2009, 317-369, à la page 345 [Drummond, « Polygamy »].

³⁰⁰ CA Paris, 22 févr. 1978, (1978) Rev. crit. DIP 507 (annotation H. Batiffol).

situation juridique prévue par la loi ou qu'il s'agit seulement de laisser acquérir des droits en France sur le fondement d'une situation créée sans fraude à l'étranger conformément à la loi ayant compétence en vertu du droit international privé. »

Un arrêt souvent cité est celui de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 3 janvier 1980.³⁰¹ Le faits sont relativement simples. Après son mariage en Algérie, et sept enfants légitimes, le mari s'installe en France, où il acquiert des biens immobiliers. Après son retour en Algérie il contracte un second mariage dont sont issus deux enfants. Il décède en 1974 et sa succession est ouverte. La Cour d'appel énonce que la seconde épouse et les enfants issus du second mariage peuvent venir à la succession en concours avec la femme et les enfants du premier mariage. La première épouse se pourvoit en cassation contre cette décision en alléguant que la loi successorale applicable était la loi française, or celle-ci ne reconnaît qu'une épouse légitime pouvant venir à la succession du mari. En plus, elle soumet que, quand la loi de conflit du for désigne une loi étrangère pour résoudre la question du lien matrimonial et la loi française pour régler la succession, la loi étrangère doit être écartée pour contrariété à l'ordre public du for car elle valide un mariage polygamique.

La Cour de cassation se demandait la question suivante : est-ce que les qualités nécessaires à la reconnaissance d'un droit accordé par une loi française doivent elle nécessairement s'apprécier au regard de cette même loi? La Cour répondait par la négative. Selon elle, la loi française régit les immeubles situés en France, mais c'est à bon droit que la Cour d'appel a réglé les questions relatives aux liens conjugaux et de filiation en appliquant la loi personnelle des individus concernés, c'est-à-dire la loi algérienne. La Cour de cassation décidait donc que l'ordre public du for ne s'oppose pas à ce qu'une situation qui lui est contraire produise des effets juridiques en France si elle a valablement été constituée à l'étranger.

³⁰¹ Cas civ 1re, 3 janv. 1980, (1980) Rev. crit. DIP 331 (annotation H. Batiffol).

Selon le professeur I. Fadlallah, la plus grande difficulté se pose aux cours quand la loi selon laquelle il y a eu le mariage polygamique n'est pas égalitaire.³⁰² Dans ces cas il est préférable de se référer à la loi successorale elle-même et d'induire un principe de répartition égalitaire selon le cas.³⁰³ Le professeur Fadlallah continue à expliquer que « [l]a répartition pose problème lorsque sont en cause les droits particuliers conférés au conjoint survivant, notamment sur son cadre de vie, du moins si les épouses ne résidaient pas séparément. »³⁰⁴ Malgré ces technicités juridiques qui sont à considérer et à évaluer au cas par cas, en présence d'un mariage polygamique contracté à l'étranger conformément à la loi personnelle des parties, la seconde conjointe et ses enfants légitimes peuvent en effet demander au même titre avec la première conjointe et ses propres enfants les biens situés en France. Ces droits sont reconnus par la loi successorale française, et les conjointes survivantes ainsi que les enfants légitimes peuvent en jouir.³⁰⁵

En matière successorale, les juges canadiens, ou plutôt les juges provinciaux, semblent moins adaptés aux problèmes que pose l'application du droit dans le cas d'une question de succession d'une famille polygamique. Ce manque de continuité jurisprudentielle est probablement lié au fait que le Canada fait beaucoup moins face à une population immigrante originaire de pays qui permettent la polygamie. Par contre, nous avons vu que les cours sont en principe prêtes à s'adapter et à accepter des relations quasi-polygamiques en droit successoral. Comment autrement expliquer le fait que les juges accordent une partie de la succession aux concubines si les faits de la cause le permettent ? Le même raisonnement pourrait donc s'appliquer si les cours canadiennes doivent trancher une question de droit de succession impliquant une famille polygamique.

³⁰² Fadlallah, *op. cit.* note 97, au par. 35.

³⁰³ *Ibid.*; Trib admin Paris, 8 nov. 1983, (1984) Rev. Crit. DIP 477 (annotation Lequette), (1984) JDI 881 (annotation Simon-Depitre).

³⁰⁴ Fadlallah, *op. cit.* note 97, au par. 43.

³⁰⁵ *Op. cit.* note 273.

La situation est plus claire en France. La production régulière d'une jurisprudence française en matière successorale dans le cas des familles polygamiques démontre que les juges français semblent beaucoup plus à l'aise d'accorder des droits successoraux égalitaires aux conjoints polygamiques et leurs enfants. Nous avons cité la jurisprudence importante qui établissait les principes juridiques des tribunaux, mais une courte recherche démontre que ces règles sont appliquées de façon relativement fréquente devant les cours françaises.³⁰⁶

En résumé, il semble qu'en droit des successions, les relations quasi-polygamiques sont en théorie reconnues par les cours au Canada si les faits le permettent, tandis qu'en France les relations polygamiques sont régulièrement reconnues par les tribunaux dans le domaine des successions. Quoi qu'il en soit, les cours ont reconnu que dans le domaine des successions, l'application stricte de la prohibition de la polygamie aurait des effets sévères pour les époux et leurs enfants qui ne sont pas considérés dans un testament. C'est donc pour ces raisons d'égalité et de justice sociale que les cours se réservent le droit d'intervenir et d'atténuer la prohibition de la polygamie rigoureuse dans ces cas.

2. Régime matrimonial

A) Canada

En ce qui concerne le régime matrimonial, plusieurs provinces et territoires du Canada ont reconnu la relation polygamique par codification législative. En effet, les femmes polygamiques sont reconnues comme « conjointes de fait » en vertu la loi en l'Ontario,³⁰⁷ au Yukon,³⁰⁸ sur l'Île du Prince Édouard,³⁰⁹ aux Territoires du Nord-Ouest³¹⁰ et au Nunavut³¹¹ afin de

³⁰⁶ Même une recherche superficielle révèle une application fréquente devant les tribunaux français.

³⁰⁷ Ontario, *Loi sur le droit de la famille*, op. cit. note 196, s. 1(2).

³⁰⁸ Yukon, *Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire*, LRY 2002, c 83, s. 1.

³⁰⁹ Île-du-Prince-Édouard, *Family Law Act*, op. cit. note 196, s. 1(1).

permettre d'accorder une pension alimentaire. Généralement, la jurisprudence canadienne a confirmé qu'il est possible qu'une personne ait un conjoint ou une conjointe de fait, même si elle est encore mariée.

Selon les arrêts *Mahoney v. King* en Ontario³¹² et *M. (P.M.) v. M. (R.W.)* en Alberta³¹³ les cours ont déterminé qu'il y avait effectivement une relation de conjoints de fait, malgré le fait que l'époux n'était pas encore divorcé de sa première épouse. Dans la décision *Mahoney v. King*, qui date de l'année 1998, la Cour de justice de l'Ontario trouvait qu'une concubine avait droit à une pension alimentaire d'un homme encore marié à sa première épouse, puisque la cour acceptait que la maîtresse et l'homme vivent dans une union de fait. Cette cause est souvent citée en conjonction de la *Loi portant Réforme du droit des successions*³¹⁴ de l'Ontario, puisque certains juristes allèguent qu'une concubine pourrait demander une pension alimentaire aux héritiers de son conjoint décédé si elle prouve que son testament ne la prend pas suffisamment en considération. Comme cet arrêt reconnaît une concubine comme une conjointe de fait, cette loi provinciale s'appliquerait, vu qu'elle accorde des droits successoraux aux conjoints de fait.

Certains juristes s'opposèrent aux conclusions de la décision *Mahoney v. King*, comme le professeur J. G. McLeod, qui pensait qu'il fallait faire une distinction avec l'affaire *Nowell v. Town Estate*, où la contribution au travail artistique de ce peintre connu par sa concubine avait enrichi M. Town économiquement. Selon McLeod, le fait d'être simplement la concubine et de partager de temps en temps une résidence ne devrait pas suffire à donner le statut de conjointe de fait à la maîtresse.³¹⁵ Malgré la critique du professeur

³¹⁰ Territoire du Nord-Ouest, *Loi sur le droit de la famille*, LTN-O 1997, c 18, amend. par LTN-O 2002, c 18, s.2(2) s. 1(2).

³¹¹ Nunavut, *Loi sur le Nunavut*, LC 1993, c 28, s. 29.

³¹² *Mahoney v. King*, 1998 OJ No. 2296 [*Mahoney v. King*].

³¹³ *M. (P.M.) v. M. (R.W.)*, 2001 ABQB 9.

³¹⁴ *Loi portant Réforme du droit des successions*, LRO 1990, c S-26.

³¹⁵ Charles B. Wagner, « Do Mistresses Have a Right to Inheritance? » (21 octobre 201), en ligne : <http://www.estatelawcanada.ca/do-mistresses-have-a-right-to-inheritance/#sthash.go1k3kLo.dpuf> .

McLeod, les cours ontariennes ont suivi le raisonnement de l'arrêt de *Mahoney v. King* au moins deux fois récemment, dans les arrêts *Saveski v. Carstensen*³¹⁶ et *Su v. Lam*.³¹⁷ Dans *Saveski v. Carstensen*, la Cour soulignait que le fait d'être toujours marié, de continuer à recevoir le courrier à sa résidence matrimoniale et encore d'être copropriétaire de cette résidence ne changeait rien au fait de pouvoir être conjointe de fait de son amant au regard du régime matrimonial. Dans *Su v. Lam*, les deux conjoints de fait étaient encore mariés à leurs époux, et le tribunal admit que cela pouvait avoir un impact au niveau de la preuve. Néanmoins, le tribunal trouva que cela ne créait pas d'obstacle pour estimer qu'il s'agissait de conjoints de fait au sens de la loi successorale et, plus fort en ce qui concerne les pensions alimentaires, au sens de la *Loi sur le droit de la famille* ontarienne.³¹⁸

Mais ce n'est pas seulement en Ontario que les relations quasi-polygamiques sont reconnues selon le régime matrimonial au Canada. Au Saskatchewan, l'arrêt *Thurlow v. Shedden*³¹⁹ confirmait de même que les conjoints étaient des conjoints de fait et qu'une personne peut être obligée de rembourser à sa conjointe non seulement la moitié de la valeur de la résidence partagée pendant la cohabitation, mais aussi une obligation alimentaire. Le juge J.D. Koch soulignait que l'article 293 du *Code criminel* interdisant la polygamie ne s'appliquait pas, sans d'ailleurs donner de raisons plus détaillées.³²⁰ Cet arrêt doit être lu avec la décision de la Cour Suprême du Canada *Walsh v. Bona*,³²¹ dans laquelle le juge Bastarache trouvait que la décision de ne pas se marier avait pour conséquence de ne pas avoir accès au partage des biens, mais que d'autres moyens, comme un contrat familial, pourraient représenter une alternative.

Un arrêt venant la Colombie-Britannique en 1992 se rapproche probablement le plus d'un jugement impliquant une relation quasi-

³¹⁶ *Saveski v. Carstensen*, 2009 CarswellOnt 4645 (Ont S.C.J.).

³¹⁷ *Su v. Lam*, 2011 ONSC 1086 (Ont S.C.J.).

³¹⁸ *Loi sur le droit de la famille*, op. cit. note 196.

³¹⁹ *Thurlow v. Shedden*, 2009 SKQB 35.

³²⁰ *Ibid.*, au par. 20-23.

³²¹ *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 8.

polygamique, il s'agit de l'affaire *Basi v. Dhaliwal*.³²² M. Dhaliwal vivait avec son épouse et la sœur de son épouse, Mme Basi, avec laquelle il avait deux enfants. Mme Basi quitta au bout de dix ans le domicile qu'elle partageait avec sa sœur et l'époux de sa sœur et elle demanda une pension alimentaire de M. Dhaliwal. Le juge Auxier était d'avis que le droit à une pension alimentaire peut aller au-delà d'une relation légale avec le conjoint ou la conjointe. Selon le juge, ce qui est important à déterminer à part de vivre dans la même résidence et d'avoir des enfants ensemble, c'est le fait que la conjointe participe dans la vie quotidienne de la famille. Mme Basi aidait à garder les enfants, elle s'occupait du linge et faisait la cuisine. Le juge souligna que dans un Canada multiculturel on pouvait s'attendre à toute sorte d'arrangements de vie entre adultes, et il donna droit à une pension alimentaire. La seule différence d'une relation polygamique dans cet arrêt est donc effectivement le simple fait qu'il n'y avait pas de mariage légal entre M. Dhaliwal et Mme Basi.

En résumé, les tribunaux canadiens acceptent donc pour les fins civiles la possibilité d'avoir multiples conjointes ou conjoints afin de compenser la partie économiquement plus faible. Pour les cours, le critère le plus important pour en arriver à cette décision semble être la durée (normalement un minimum d'un à trois ans) et le degré de la relation, par exemple s'il y a des enfants ou non, et s'il y avait une cohabitation. Il est important de souligner qu'à part des lois provinciales mentionnées, cette approche semble aussi en conformité avec les *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux*³²³ du gouvernement fédéral. Ces lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux n'ont pas force de loi et elles sont toujours utilisées dans le cadre de la législation provinciale qui pourrait s'appliquer. Toutefois, « les juges s'en inspirent souvent pour établir les montants des pensions alimentaires pour époux. »³²⁴

³²² *Basi v. Dhaliwal*, 1992 BCJ No. 1814.

³²³ Gouvernement du Canada, *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux*, en ligne : Ministère de la Justice <<http://www.justice.gc.ca/fra/df-fl/epoux-spousal/ldfpae-ssag.html> .

³²⁴ *Ibid.*

B) France

Pour le régime matrimonial, la situation est similaire en France et il peut exister une obligation alimentaire aux épouses polygamiques, ce que la Cour de cassation a reconnu par application de la loi personnelle des époux, à savoir leur loi nationale commune ou, à défaut, la loi de leur domicile commun.³²⁵ Ce principe a été reconnu depuis les deux arrêts « Chemouni ».³²⁶

M. Chemouni était un Israélite tunisien qui était déjà marié depuis 1940 avec Mme Valensi. En 1945, M. Chemouni contracta en Tunisie un second mariage selon la loi mosaïque avec Mme Krieff, avec laquelle il avait deux enfants. Ensuite, M. Chemouni s'installa en France et abandonna la seconde épouse pour y vivre avec la première. Mme Krieff demanda donc devant la juridiction française le versement d'une pension alimentaire. Après un rejet de la Cour d'appel, la Cour de cassation condamna M. Chemouni à verser une pension alimentaire à Mme Krieff. M. Chemouni invoqua ensuite la nullité de son mariage. Selon la Cour de cassation le second mariage était valable au regard de la loi personnelle des deux époux, et le mariage avec Mme Krieff avait été valablement contracté à l'étranger conformément à la loi compétente au fond comme en la forme. La Cour décida de reconnaître l'effet atténué de l'ordre public puisqu'il serait injuste de permettre à M. Chemouni de se dégager de ses obligations.³²⁷

À défaut de contrat de mariage seul le régime de séparation de biens semble compatible avec la polygamie.³²⁸ Chacun repart donc avec ses biens, et pour les biens détenus par les époux, ils sont considérés appartenir aux époux à un tiers (au cas de trois époux), à moins d'une preuve contraire.

³²⁵ Fadlallah, *op. cit.* note 100, au par. 39; Cass civ 1re, 28 janv. 1958, (1958); Cass civ 1re, 20 oct. 1987, (1988) Rev. crit. DIP 540 (annotation Y. Lequette); Cass civ 1re, 19 fév. 1963; Cass. 1re civ., 24 sept. 2002.

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ Béatrice Bourdelois, « Mariage polygamique et droit positif français », (1993) 45:4 RIDC 933–935 [Bourdelois, « Mariage »]; Géraud, « Effets », *op. cit.* note 266; Éric Fongaro, « L'adaptation du droit patrimonial de la famille au mariage polygamique » (2007) 35 Revue Lamy Droit Civil 51–57.

Dans tous les autres cas, on doit se référer soit « à un recours à la volonté tacite des époux, réputés s'être référés au régime légal de la loi qui autorise la polygamie, soit à l'acte de mariage qui comporterait des stipulations, telle la dot, impliquant la séparation de biens, soit à la difficulté de faire fonctionner des communautés simultanées, au moins à partir du second mariage. »³²⁹ Pour trouver une solution à la difficulté de coordonner des communautés successivement instaurées, les juges s'inspirent des cas de bigamie, si le second mariage est putatif, donc conclu à bonne foi par la seconde épouse.³³⁰ En principe, selon les recherches du professeur Fadlallah, la volonté des époux demeure prépondérante, mais toujours dans le cadre des règles classiques du régime matrimonial.³³¹

Notre recherche démontre que les tribunaux français sont beaucoup plus habitués à reconnaître les relations polygamiques pour des fins d'équité et d'égalité en ce qui concerne les droits entre les époux, et les juges n'hésitent pas à atténuer l'application stricte de la prohibition polygamique afin de contrebalancer les effets négatifs que la non-reconnaissance de la polygamie pourrait avoir. Au Canada, les cours sont moins familiarisées avec les cas de polygamie en soi, mais nous avons vu que les tribunaux sont prêts à conférer des droits successoraux et des droits résultant d'un régime matrimonial de conjoints de fait. En réalité, cette acceptation par les juges a pour résultat dans une reconnaissance partielle des relations quasi-polygamiques par les tribunaux au Canada et en France pour ces fins spécifiques.

³²⁹ Fadlallah, *op. cit.* note 97, au par. 42.

³³⁰ *Ibid.*; Philippe Malaurie et Laurent Aynès, *Les régimes matrimoniaux*, 3e éd., Defrénois, 2010, à la page 571; Cass Civ 2e, 5 nov. 2015, 14-25.565, Inédit.

³³¹ Fadlallah, *op. cit.* note 97, au par. 42.

Chapitre II : Effets sur les droits sociaux

Nous avons donc vu que la relation polygamique en France et les relations quasi-polygamiques au Canada peuvent créer des effets négatifs pour les droits entre les époux ou les conjoints impliqués, et les tribunaux dans les deux pays sont prêts à corriger ces effets pour des raisons d'égalité. Mais qu'est-ce qu'il en est des autres droits sociaux, c'est-à-dire des droits qui sont attribués par la société, comme par exemple les allocations familiales et l'assurance santé ?

En général, il est à retenir que dans tous les jugements qui reconnaissent la polygamie à des fins spécifiques en France, il y a toujours une condition : dans le cas d'un mariage polygamique étranger, le mariage doit être considéré comme valable et les lois nationales de chacun des époux doivent autoriser la bigamie ou la polygamie.³³² Au Canada, nous avons vu que les cours décident s'il s'agit effectivement d'une relation de conjoints de fait avant de décider si la conjointe ou le conjoint a droit aux bénéfices. Encore une fois, les cours canadiennes ne reconnaissent donc pas directement la polygamie, mais seulement la possibilité d'avoir plus d'une conjointe ou d'un conjoint en même temps.

Le fait de souligner ces conditions juridiques peut sembler répétitif, mais il est important de prendre conscience qu'en réalité les règles qui interdisent le séjour régulier d'une seconde épouse et de ses enfants vont les priver de toute protection sociale en France. Et on doit effectivement résider en France pour avoir droit à la sécurité sociale, aux allocations familiales et aux pensions.³³³ En France comme au Canada il y a un grand débat autour des droits sociaux,³³⁴ et il existe très peu de jurisprudence liant un statut

³³² La jurisprudence canadienne n'est pas claire sur ce point. Pour la France, voir la décision souvent citée: Cass civ 1re, 24 sept. 2002, (2003) Bull. civ. I 214 (annotation A. Devers); Jacques Massip, « Nullité du mariage par une Française avec un homme dont le statut personnel autorise la polygamie » (2003) 73 Les Petites Affiches 17-19.

³³³ Fadlallah, *op. cit.* note 97, au par. 72; arts. L. 380-1, R. 380-1, L. 512-1 et 2, L. 816-1 Code de la sécurité sociale [C séc].

³³⁴ Fadlallah, *op. cit.* note 97, au par. 72; Bailey et Kaufman, *op. cit.* note 9 à la p. 153.

polygamique aux droits sociaux. Dans les deux pays la majorité des droits sociaux est réglé d'une façon individuelle et indépendante du statut conjugal du demandeur. Ceci étant dit, il est important d'examiner ce que les cours ont trouvé dans les rares cas existants, puisque cette jurisprudence met en lumière certaines difficultés possibles qui pourraient guider toute proposition de réforme législative future concernant la polygamie.

Comme avec les obligations qui peuvent naître entre les époux, la reconnaissance des droits sociaux force les tribunaux à développer une « vision paradoxale ». ³³⁵ Au Canada, les Cours ne reconnaissent pas le mariage polygamique, mais elles contournent dans certains cas spécifiques cet obstacle juridique encore une fois par le moyen de déclaration d'une union de fait. En France, la Cour de cassation a développé une autre pratique, une sorte de détour juridique en vertu duquel, pour engendrer des droits sociaux, le mariage polygamique doit d'abord être annulé et déclaré putatif. ³³⁶ Selon professeur Fadlallah, « [c]ette solution procède d'un contre-sens : le mariage annulé ne peut produire plus de droits que le mariage valide ; le mariage polygamique n'est pas moins contraire à l'ordre public s'il n'est pas valide. » ³³⁷

1. Pensions et allocations veuvage

A) Canada

Tel que mentionné, nous ne sommes pas en présence d'une jurisprudence canadienne qui pourrait spécifiquement démontrer les effets de la prohibition sur les familles polygamiques en ce qui concerne les pensions et les allocations veuvage. Il est d'ailleurs possible de tirer des parallèles juridiques en examinant les implications des jugements dans l'affaire *Quinn v. Carrigan*.

³³⁵ Fadlallah, *op. cit.* note 97, au par. 74.

³³⁶ Fadlallah, *op. cit.* note 97, au par. 75; Cass Civ 2e, 16 sept. 2003, (2003) Bull. civ. II 268.

³³⁷ Fadlallah, *op. cit.* note 97, au par. 75.

Cette cause concernait le droit à la prestation à Jennifer Quinn, la conjointe de fait qui cohabitait avec le participant Ronald Carrigan, qui était marié à Melodee Carrigan de 1973 jusqu'à son décès en 2008. Mme Quinn avait cohabité avec M. Carrigan à partir de janvier 2000, donc pendant 8 ans, mais M. Carrigan continuait à payer les dépenses de son épouse, Mme Carrigan. Après le décès de M. Carrigan, sa concubine poursuivit les héritiers en vertu de l'article 48 de la *Loi sur les régimes de retraite*,³³⁸ prétextant qu'elle était l'épouse de M. Carrigan au sens de la loi, spécifiquement selon la définition des articles 1(1) et 48 de la loi.³³⁹

La Cour supérieure de l'Ontario avait donné une interprétation inattendue allant à l'encontre de celle jusque-là adoptée par l'article 48 de la *Loi sur les régimes de retraite*, stipulant que le conjoint de fait et l'épouse pourraient avoir droit concomitant aux bénéfices de la retraite.³⁴⁰ Autrement dit, selon le tribunal, il serait possible d'avoir deux épouses en même temps au sens de la loi, mais finalement, le juge accorda le droit à la conjointe Mme Quinn. En appel, la Cour d'appel de l'Ontario renversa la décision³⁴¹ en décidant que l'épouse n'avait pas droit aux bénéfices puisqu'elle ne cohabitait plus avec M. Carrigan. Par contre, le juge d'appel maintint la position du premier tribunal qui stipulait que Mme Quinn était aussi une épouse. Selon le juge LaForme « une personne peut être l'époux de deux personnes différentes en même temps ».³⁴²

Ceci étant dit, le juge décida que Mme Quinn n'avait pas droit non plus aux bénéfices puisque M. Carrigan ne l'avait pas désignée comme bénéficiaire. Aucune des deux femmes n'ayant droit aux bénéfices, les montants devaient alors être versés selon les stipulations du testament de M. Carrigan. Pour toute fin pratique, la décision touchait les participants d'un

³³⁸ *Loi sur les régimes de retraite*, LRO 1990, c P-8.

³³⁹ *Carrigan v. Carrigan Estate*, 2011 ONSC 585.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ *Carrigan v. Carrigan Estate*, 2012 ONCA 736.

³⁴² *Ibid.*, au par. 59-60 (notre traduction).

régime de retraite qui ne reçoivent pas encore de pension, qui sont légalement mariés à une personne dont ils vivent séparés de corps, et qui cohabitent avec une personne ayant qualité de conjoint de fait aux termes de la loi. Le 28 mars 2013, la Cour suprême du Canada a rejeté l'autorisation d'interjeter appel de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Carrigan v. Quinn*.³⁴³ Le 24 juillet 2014, le gouvernement ontarien modifiait la *Loi sur les régimes de retraite* afin de clarifier la législation. À partir de cette date, si le défunt ne cohabitait plus avec son épouse, même si le divorce n'avait pas encore été prononcé, les pensions et les allocations veuvage revenaient au conjoint ou à la conjointe qui vivait avec le bénéficiaire au moment du décès.

Il est important de retenir que dans ces jugements il y avait interprétation différente des juges concernant l'application de la loi, mais consensus sur la notion qu'une personne puisse avoir plusieurs époux en même temps. Soit dit en passant, Mme Quinn entreprit une deuxième poursuite³⁴⁴ dans cette affaire, cette fois en vertu de la *Loi portant Réforme du droit des successions*,³⁴⁵ cette loi que nous avons déjà vue dans l'affaire *Mahoney v. King*. La Cour Divisionnaire de l'Ontario, qui entend des appels prévus par la loi de décisions rendues par des tribunaux administratifs, développa une analyse en quatre étapes afin d'examiner les intérêts de chaque épouse. Sans aller plus en détail dans cette affaire, il faut noter qu'une fois de plus les juges confirmaient qu'une personne peut avoir plus d'un époux ou d'une épouse. Les juges Kiteley, Corbett et Harvison-Young soulignaient qu'aucune des deux relations n'était inférieure à l'autre, mais simplement différente.³⁴⁶

Avec ces décisions et ces lois à esprit, nous sommes d'avis qu'au Canada, pour ce qui concerne les pensions et les allocations veuvage après

³⁴³ *Carrigan c. Quinn*, 2013 CSC 3406.

³⁴⁴ *Quinn v. Carrigan*, 2013 ONSC 4033; *Quinn v. Carrigan*, 2014 ONSC 5682 [*Carrigan* 2014].

³⁴⁵ *Loi portant Réforme du droit des successions*, *op. cit.* note 296.

³⁴⁶ *Carrigan* 2014, au par. 158.

le décès de l'époux, la même argumentation juridique devrait s'appliquer aux relations polygamiques. Pour toute fin pratique, les tribunaux et le législateur ontariens semblent accepter derechef des relations quasi-polygamiques quand il s'agit de protéger les droits des personnes qui cohabitaient avec l'époux.

B) France

En France, il existe des pratiques plus établies en ce qui concerne les pensions et les allocations veuvages, probablement à cause du fait que les juristes sont plus souvent en présence de vrais mariages polygamiques qu'au Canada. En général, les juristes s'inspirent du droit en cas de divorce suivi de remariage³⁴⁷ ou de second mariage putatif non annulé avant le décès.³⁴⁸ Selon plusieurs chercheurs, la solution est aisément transposable à la polygamie.³⁴⁹ Comme il n'y pas de législation ou de jugements spécifiques, c'est le principe d'égalité qui devrait donc l'emporter. L'application de ces principes devient d'ailleurs plus compliquée quand il faut savoir qui exactement pourra bénéficier des versements, puisque le cumul, même en présence d'une convention, n'est pas permis.³⁵⁰

En pratique, les caisses responsables versent les montants à la première épouse qui aura fait la demande, et non pas à celle qui a été épousée en premier.³⁵¹ Une même solution a été retenue au profit de la seconde épouse alors même l'assuré aurait obtenu antérieurement le

³⁴⁷ *Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal*, JO, 17 juill. 1978, 324, arts. 38 à 45.

³⁴⁸ CE, 27 mai 1955, Dame Marchesi, (1955) Rec 774; CE 27 juin 1956, Dame Bazbaz, (1956) Lebon 271.

³⁴⁹ Roger Nerson et Jacqueline Rubellin-Devichi, (1981) RTD civ. 153; - Laurent Leveneur, « Situations de fait et droit privé », Thèse, Paris-II, (1988) 182; Fadlallah, *op. cit.* note 97, au par. 75.

³⁵⁰ Cass Civ 2^e, 19 janv. 2006, (2006) Juris-Data n° 2006-031855.

³⁵¹ Adeline Toullier, « Les tergiversations du droit de la protection sociale face à la polygamie », (2007) Dr. soc. 324 [Toullier, « Les tergiversations »]; Cass Soc, 1er mars 1973, Bull. 1973, V, n° 136, pourvoi n° 71-12.241 ; Dr. soc. 1973, p. 535, note R. Bonnet ; Rev. crit. DIP, 1975, p. 54, note P. Graulich.

bénéfice de prestations pour sa première épouse, dans la mesure où il devait être tenu pour constant qu'à la date de la demande, la seconde épouse était la seule à résider en France avec l'assuré.³⁵² Une autre épouse remplissant la condition pourra se substituer à elle.³⁵³ Si aucune épouse ne fait de demande de pension de réversion ou d'allocation veuvage, sera retenue celle qui est mentionnée comme conjointe dans la demande de pension vieillesse de l'assuré décédé est retenue et, à défaut, la femme épousée en premier.³⁵⁴ Les raisons pour lesquelles le législateur ne procéderait pas au partage égal entre les deux titulaires restent floues.

En ce qui concerne les pensions de veuves (pension de réversion), les cours françaises accordent normalement l'égalité aux paiements entre les épouses qui remplissent les conditions d'accès,³⁵⁵ et ces conditions sont normalement établies dans les conventions spécifiques entre la France et les pays concernés.³⁵⁶ « En dehors de ces conventions et des hypothèses de contrariété à l'ordre public, notamment par protection de la première épouse française, la pratique administrative est opposée au partage, alors que la solution n'alourdit pas les obligations des caisses. »³⁵⁷ Ceci étant dit, même un mariage annulé peut produire des effets à l'égard de l'épouse de bonne

³⁵² Cass Soc, 8 mars 1990, (1990) Bull. civ. V 67; Rejet Cass civ 2^e, 14 février 2007, (2007) D 05-21.816. Soc..

³⁵³ Fadlallah, *op. cit.* note 97, au par. 79.

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ Cass civ 2e, 22 avril 1986 ; Cass civ 2e, 14 fév. 2007, ch. soc. 4 fév. 2011.

³⁵⁶ *Ibid.*; Algérie, Convention générale du 01/10/1980 art. 34; Bénin, Convention générale du 06/11/1979 art. 19; Cameroun, Convention générale du 05/11/1990 art. 30; Congo, Convention générale du 11/02/1987 art 30; Côte d'Ivoire, Convention générale du 16/01/1985 art. 24; Gabon, Accord du 02/10/1980 art 48-4; Mali, Convention générale du 12/06/1979 art. 24; Maroc, Convention générale du 09/07/1965 art. 15 ; Convention de sécurité sociale du 22/10/2007 art. 31; Sénégal, Convention générale du 29/03/1974 art. 31; Niger, Arrangement administratif général du 22/03/1976 art 54; Togo, Convention générale du 07/12/1971 art.17; Tunisie, point de départ avant le 01/04/2007, Arrangement administratif du 12/09/1975 art.24 § 4. La convention franco-tunisienne du 26/06/2003 a remplacé l'arrangement administratif du 12/09/1975. Elle ne comporte pas de dispositions sur la polygamie; Mauritanie, Convention de sécurité sociale du 22/07/1965 art. 12; Gérard Vachet, « Assurance vieillesse: pension de réversion et polygamie » (2007) 27 JCP S (édition sociale) 31–32; Alain Devers, « Le partage d'une pension de réversion entre les épouses survivantes de l'assuré polygame » (2007) 9 Droit de la famille 37; Christine Bidaud-Garon, « Les droits à prestations sociales des veuves d'une union polygame » (2006) 35 Recueil Dalloz Sirey 2454–2456; Alain Devers, « Les effets d'un mariage polygame en matière de prestations aux conjoint(s) survivant(s) » (2006) 9 Droit de la famille 38–39; Toullier, « Les tergiversations » (2007) *op. cit.* note 351.

³⁵⁷ Fadlallah, *op. cit.* note 97, au par. 80.

foi. Si le mariage est reconnu comme étant putatif à une des épouses, les deux épouses devront se partager la pension de réversion au prorata de leur durée de vie avec l'époux.³⁵⁸ Une personne ne saurait exciper, en revanche, d'un second mariage contracté avant la dissolution du premier dès lors que, l'intéressée relevant de la loi française, cette seconde union ne peut être opposée à l'organisme d'assurance vieillesse.³⁵⁹ Il en va également de même, le cas échéant, des règles du mariage de l'État dont relève l'intéressé(e) au titre de son statut personnel. L'ordre public français ne faisant pas obstacle à l'acquisition en France de droits à prestations sur le fondement d'une situation créée sans fraude à l'étranger en conformité avec la loi ayant compétence en vertu du droit international privé, la seconde épouse d'un assuré polygame peut prétendre au bénéfice de la pension de réversion.³⁶⁰

La réalité pour les époux d'une relation polygamique en France est fortement influencée par le fait qu'il existe beaucoup d'obstacles administratifs, notamment résultant de la pratique établissant que, s'il y a défaut de manifestation par une des épouses, c'est normalement celle qui réclame le bénéfice la première qui l'obtient. De plus, nous allons voir que la législation de nationalité et de permis de séjour affecte gravement la capacité juridique des membres des familles polygamiques en France.

Ceci étant dit, en France la relation polygamique ainsi que la relation quasi-polygamique au Canada sont, jusqu'à un certain degré, reconnues par la législation et les tribunaux. Comme avec les effets des droits entre les époux, les cours ont adopté une interprétation plus flexible afin d'anticiper les effets qu'une application sévère pourrait avoir. L'objectif de ces lois aboutit au fait que la polygamie est tolérée par les tribunaux.

³⁵⁸ Cass civ 2e, 5 nov. 2015, 14-25.565, Inédit ; Soc., 9 novembre 1995, Bull. 1995, V, n° 296, pourvoi n° 94-10.857, RJS 12/95, n° 1286 ; Cass civ 2e., 16 septembre 2003, Bull. 2003, II, n° 268, pourvoi n° 02-30.224 ; RTD civ. 2004, p. 67, note J. Hauser.

³⁵⁹ Cass civ 2e, 29 juin 2004, pourvoi n° 03-30.207

³⁶⁰ Cass civ 2e, 14 février 2007, pourvoi n° 05-21.816 ; Cass civ 2e, 2 mai 2007, pourvoi n° 06-11.418

2. Assurance santé et allocations familiales

A) Canada

En ce qui concerne les assurances santé au Canada, le système public de soins de santé est gratuit pour tous les citoyens et tous les résidents permanents, donc l'impact de la prohibition de la polygamie est minime. D'un autre côté, les assurances gouvernementales de maternité sont normalement établies de telle façon que la période de temps accordée peut être divisée entre les parents. Si par exemple la période est d'un an, c'est aux parents de décider combien de temps de cette année ils veulent rester avec l'enfant à temps plein. En réalité, ce sont plutôt les considérations financières qui mènent à une décision ou l'autre, puisque le montant payé est normalement lié au salaire du parent. Les conventions collectives augmentent parfois le paiement standard du gouvernement, si existant. Selon nos recherches, il n'existe pas de dispositions qui considèrent plus de deux parents, une famille polygamique ou quasi-polygamique n'a alors pas de possibilité de partager ce temps sauf entre les parents biologiques.

Pour les allocations familiales, au Canada peu importe si la relation entre les parents est une relation de mariage, d'union de fait ou s'il n'y a pas de relation officielle du tout.³⁶¹ De même, la garde des enfants a toujours été décidée en « fonction de l'intérêt véritable des enfants ». ³⁶² Par contre, l'impact des prestations fiscales pour la garde de l'enfant du gouvernement fédéral pourrait d'ailleurs avoir des conséquences inattendues pour les pères des familles polygamiques, puisqu'il n'y a aucune limite législative sur le nombre des enfants tant qu'ils vivent avec le bénéficiaire. Winston Blackmore de l'affaire *Blackmore* par exemple pourrait probablement demander plus de 43 000\$ de prestations fiscales du gouvernement du Canada pour ses 133 enfants de 24 femmes.³⁶³ Comme avec des parents monogamiques qui ne

³⁶¹ Bailey et Kaufman, *op. cit.* note 9, à la page 181.

³⁶² Voir par exemple art. 19 de la loi ontarienne : *Loi portant réforme du droit de l'enfance* L.R.O. 1990, c C-12.

³⁶³ CBC As It Happens, « Bountiful's polygamist leader could see \$43,160 in child care benefits », Canadian Broadcasting Corporation, (5 août 2015), en ligne:

cohabitent pas, cette prestation est administrée selon les règles habituelles, mais nous imaginons que l'application réelle de ces versements peut certainement générer des complications dans des familles polygamiques.

B) France

Comme au Canada, pour les assurances maternité et maladie, les cours françaises ne reconnaissent généralement qu'une seule épouse. Le cas échéant, la Cour de cassation a admis ainsi au bénéfice de la qualité d'ayant droit telle des épouses de l'assuré polygame, dès lors que l'intéressée était la première pour laquelle une demande en ce sens était formulée.³⁶⁴ Une même solution a été retenue au profit de la seconde épouse alors même l'assuré aurait obtenu antérieurement le bénéfice de prestations pour sa première épouse, dans la mesure où il devait être tenu pour constant qu'à la date de la demande, la seconde épouse était la seule à résider en France avec l'assuré.³⁶⁵ Autrement dit, il s'agit donc de la première épouse qui demande des droits, ou celle qui est en France pendant que l'autre épouse est à l'étranger.³⁶⁶ Une réalité très frappante consiste dans le fait que ces assurances bénéficient en même temps à l'épouse légitime et à la concubine qui vit avec l'assuré et qui se trouve à sa charge effective totale et permanente.³⁶⁷ Le paradoxe est donc que la concubine a plus de droits que la seconde épouse, puisque celle-ci n'est pas reconnue par la loi.³⁶⁸

<<http://www.cbc.ca/radio/asithappens/as-it-happens-wednesday-edition-1.3178841/bountiful-s-polygamist-leader-could-see-43-160-in-child-care-benefits-1.3180682> .

³⁶⁴ Fadlallah, *op. cit.* note 97; Cass civ 2e, 19 janv. 2006, (2006) D 2454 (annotation C. Bidaud-Garon); Cass civ 2e, 14 févr. 2007, (2007) Dr. fam. Comm. 99 (annotation A. Devers); Cass civ 2e, 2 mai 2007, (2007) Dr. fam. Comm. 182 (annotation A. Devers); CA Chambéry, 17 oct. 1961, (1962) Rev. crit. DIP 496 (annotation Lampué); Cass soc, 1er mars 1973, 2e esp., (1973) Rev. crit. DIP 1915 (annotation Graulich).

³⁶⁵ Cass Soc., 8 mars 1990, Bull. 1990, V, n° 114, pourvoi n° 84-75.703 ; D. 1991, Somm., p. 119, obs. X. Prétot ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 694, note J. Deprez ; RJS 4/90, n° 340

³⁶⁶ *Ibid.*

³⁶⁷ art. L. 161-14 C séc.

³⁶⁸ Fadlallah, *op. cit.* note 97, par. 76; Bourdelois, « Mariage », *op. cit.* note 328, à la p. 732; Toullier, « Les tergiversations », *op. cit.* note 351, aux pages 324-325.

Pour les droits des enfants polygamiques, l'article L. 512-2 du *Code de la sécurité sociale*³⁶⁹ propose que bénéficient de plein droit des allocations familiales les titulaires en vertu soit de dispositions législatives ou réglementaires, soit de traités ou accords internationaux pour résider régulièrement en France. La France a d'ailleurs conclu des conventions avec la plupart des pays polygamiques concernés (Algérie, Bénin, Mali, Maroc, Tunisie, Turquie etc.), et selon ces accords la limite pour le nombre d'allocations familiales est normalement de quatre enfants bénéficiaires.³⁷⁰ D'un autre côté, le droit français en-soi ne limite pas à un nombre spécifique les enfants qui peuvent être inclus aux allocations familiales. Encore selon l'article L. 512-2 la condition est que les enfants doivent être nés en France, ou entrés régulièrement dans le cadre du regroupement familial.

Il faut souligner que les conventions ne s'appliquent pas lorsque l'enfant détient la nationalité française. Le professeur Fadlallah note que « la loi no 93-933 du 22 juillet 1993,³⁷¹ qui a supprimé la possibilité pour un mineur étranger né en France d'acquérir la nationalité française en raison de la résidence de ses parents, exerce ici une influence indirecte ».³⁷² Selon lui, cette limitation n'est pas compatible avec une politique de l'intégration des jeunes étrangers, surtout en vue du taux de natalité faible et l'équilibre financier des caisses.³⁷³

Sauf exceptions, les effets de la prohibition de la polygamie sur l'assurance santé sont plus prononcés en France à cause du simple fait que le Canada jouit d'un service de santé gratuit pour tous les résidents du pays. En France, l'aide médicale est souvent la seule solution pour les membres

³⁶⁹ L. 512-2 C séc.

³⁷⁰ Fadlallah, *op. cit.* note 97, au par. 73.

³⁷¹ *Loi n° 93-933 du 22 juillet 1993 réformant le droit de la nationalité*, JO, 23 juillet 1993, 10342.

³⁷² Paul Lagarde, « La nationalité française rétrécie », (1993) *Rev. crit. DIP* 535; art. 21-11 C civ.

³⁷³ Bourdelois, « Mariage », *op. cit.* note 308; Cass soc, 1er mars 1973, 1974 JDI 834; Françoise Monéger, « L'immigré et sa famille : l'incidence du statut personnel sur la protection sociale des immigrés », (1987) *RDSS* 246 ; Cass soc, 8 mars 1990, 1991 *Rev. crit. DIP* 694; Bischoff, « Mariage », *op. cit.* note 277; Cass soc, 1er mars 1973, 1975 *Rev. crit. DIP* 54.

non-assurés d'une famille polygamique. Pour les allocations familiales l'impact de la prohibition est probablement minime, puisqu'il n'y a pas de limite sur le nombre des enfants résidents des deux pays pour les fins d'allocation.

Finalement, et dans l'intérêt de l'intégralité, n'oublions pas que le fisc français s'est aussi penché sur la question de la polygamie. Ainsi, lorsqu'un contribuable vit en France en état de polygamie, seul son premier mariage produit effet en France. En d'autres termes, ses autres mariages demeurent sans incidence en France.³⁷⁴ La solidarité entre époux pour le paiement des impôts sur le revenu et des impôts sur la fortune est subordonnée à la condition que ceux-ci y soient soumis de façon commune,³⁷⁵ et seule la première épouse d'un contribuable polygamique peut être soumise à une imposition commune avec celui-ci en matière d'impôts sur le revenu et d'impôts sur la fortune.³⁷⁶

³⁷⁴ art. 3, al. 3, et 147 C civ.

³⁷⁵ art. 1691 bis et 1723 ter-00 B Code général des impôts [C imp].

³⁷⁶ France, Ministère des Finances et des Comptes Publiques, *Bulletin officiel des finances publiques impôts*, n° 617, au § 25 (20 octobre 2013); CA Paris, 13 décembre 2012, n° 11PA00737.

Chapitre III : Effets sur le droit des étrangers

En France, les juristes confrontent les allégations de polygamie presque exclusivement en matière d'obtention de nationalité ou de remise de permis de séjour sans devoir justifier l'existence de la prohibition. Au Canada, le gouvernement précédent avait adopté une loi qui avait pour but de faire obstacle à l'immigration des personnes vivant dans une union polygamique.

1. Nationalité

Nous avons déjà examiné la législation française qui empêche toute personne qui vit dans une relation polygamique d'acquérir la nationalité française, il n'est pas nécessaire d'en parler davantage afin d'éviter des répétitions. Pour les fins de notre discussion sur les effets de la prohibition de la polygamie, il reste à souligner que ces effets sont immédiats et la loi est appliquée par les autorités françaises sans clémence ou possibilité d'atténuation.

Ainsi, dans le cas suivant, même si le requérant n'aurait vécu maritalement qu'avec sa dernière épouse à l'époque de sa demande de réintégrer la nationalité française, le tribunal trouva que le fait de contracter un mariage en France en état de polygamie ne pouvait être considéré que comme un comportement constitutif d'un défaut d'assimilation.³⁷⁷ Dans un autre arrêt il eut refus d'autorisation de souscrire à une demande de réintégration dans la nationalité française selon l'article 153 du Code de nationalité ancien. La Cour fondait sa décision sur le défaut d'assimilation, concernant un Sénégalais polygamique dont deux des trois épouses ainsi que sept des dix enfants résidaient au Sénégal.³⁷⁸ Enfin, si un demandeur dissimulait sa situation polygamique, son décret de naturalisation pourrait

³⁷⁷ CA Nantes, 12 novembre 1998, n° 96NT02325; Federica Oudin, « Les français ne doivent pas épouser des polygames » (2003) 1 *Revue Juridique Personnes et Famille* 14–15.

³⁷⁸ CE, 11 mars 1988, Diagne (1988) Rec 783.

faire l'objet d'une procédure de retrait comme ayant été obtenu par fraude.³⁷⁹ Notons qu'en pratique, les autorités et les cours empêchent le polygame d'obtenir la nationalité française initialement. La polygamie n'entraîne pas la déchéance des polygames qui ont déjà la nationalité française, et le gouvernement préfère agir au niveau des droits sociaux, de la décohabitation et de la condition d'entrée.³⁸⁰

En ce qui concerne le Canada, il n'y a pas de législation spécifique interdisant aux personnes polygamiques d'obtenir la nationalité canadienne. Cependant, nous allons voir dans la partie suivante que le gouvernement vient juste d'adopter une loi qui fait obstacle à l'immigration des personnes vivant dans une union polygamique.

2. Condition d'entrée et de séjour

A) Canada

Simplement dit, selon le gouvernement canadien, « la polygamie n'est pas une forme de mariage reconnue pour les personnes désireuses d'immigrer au Canada. »³⁸¹ Le demandeur principal de la demande d'immigration peut être accompagné seulement de sa première conjointe ou peut parrainer celle-ci. Une seule conjointe peut se voir délivrer un visa de visiteur pour accompagner le demandeur principal lors d'un voyage.³⁸² Malgré son interdiction, le gouvernement canadien n'est pas en possession de statistiques concernant le recours à l'immigration pour faciliter le regroupement de familles polygamiques au Canada. Nous l'avons vu, et le

³⁷⁹ CE, 21 février 1996, n° 146388.

³⁸⁰ Le Figaro, « La polygamie n'entraînera pas la déchéance de la nationalité » (7 septembre 2010), en ligne ' < <http://www.pressreader.com/france/le-figaro/20100907/281547992213447> .

³⁸¹ *Loi sur la tolérance zéro*, *op. cit.* note 8.

³⁸² *Ibid.*

gouvernement le confirme, il n'y a pas de données empiriques permettant de savoir combien d'immigrants provenant de pays où la polygamie est légale ou bien culturellement acceptée ont formé des familles polygamiques au Canada.³⁸³

Généralement, pour entrer au Canada ou y demeurer, les étrangers et les résidents permanents doivent remplir les conditions d'admissibilité pour obtenir un visa. Ils ne doivent pas être interdits de territoire aux termes de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.³⁸⁴ Les articles 34 à 42 de cette loi donnent les motifs d'interdiction de territoire au Canada, par exemple le fait de se livrer à des activités d'espionnage, au terrorisme ou à des actes criminels, ou encore de produire de fausses déclarations dans la présentation d'une demande d'immigration. Pour interdire une personne de territoire, il faut avoir « des motifs raisonnables de croire » que les faits en cause « sont survenus, surviennent ou peuvent survenir ». Les personnes jugées interdites de territoire sont renvoyées du Canada.³⁸⁵

Tel que mentionné, depuis l'été de 2015, le gouvernement du Canada a commencé à prendre des mesures en ce qui concerne l'immigration des familles polygamiques. Selon le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada, la nouvelle *Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles barbares*³⁸⁶ « envoie un message clair aux personnes venant au Canada selon lequel les pratiques culturelles dangereuses et violentes sont inacceptables au Canada. Ces pratiques sont contraires aux valeurs canadiennes et ne seront pas tolérées. »³⁸⁷ La Loi modifie la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, la *Loi sur le mariage civil* et le *Code criminel*. Entre autres, la loi propose de créer une nouvelle interdiction de territoire en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, qui

³⁸³ *Ibid.*

³⁸⁴ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, LRC 2001, c 27.

³⁸⁵ *Loi sur la tolérance zéro*, *op. cit.* note 8.

³⁸⁶ Gouvernement du Canada, communiqué, « Protéger les Canadiens contre les pratiques culturelles barbares » (5 novembre 2014), en ligne :

<<http://nouvelles.gc.ca/web/article-fr.do?mthd=tp&crtr.page=9&nid=900399&crtr.tp1D=1> .

³⁸⁷ *Ibid.*

fait en sorte que les résidents permanents et temporaires sont interdits de territoire au Canada s'ils pratiquent la polygamie au Canada. La loi a été fortement critiquée, mais le nouveau gouvernement libéral n'a pas encore tenté de l'abroger. Jusqu'à cette date, il n'y a aucun cas rapporté sur l'application de cette loi pour des raisons de tentative d'immigration d'une personne polygamique.

Cette interdiction crée un effet paradoxal pour certaines familles polygamiques qui veulent immigrer. Dans plusieurs pays africains, les épouses peuvent choisir entre un mariage civil, qui ne permet pas de polygamie, et un mariage religieux, qui permet la polygamie.³⁸⁸ Selon la professeure Beverly Baines, ce fait a pour résultat qu'une famille pourrait être admise pour l'immigration au Canada, tandis que l'autre ne le pourrait pas, en fonction du régime de mariage. Cette distinction viole le principe du droit international privé, qui dit qu'il faut respecter l'universalité du statut personnel.³⁸⁹

B) France

Pour la France, il est à préciser qu'avant 1993 la jurisprudence n'était pas sévère à l'égard de la polygamie.³⁹⁰ Selon le notoire arrêt *Montcho* du Conseil d'État du 11 juillet 1980,³⁹¹ le refus de regroupement de famille opposé par l'administration au seul motif de la polygamie avait été décrit comme illégal. Dans cet arrêt, le Conseil d'État avait renversé une décision préfectorale refusant le permis de séjour à la deuxième épouse d'un homme cohabitant déjà en France avec son autre épouse. Le Conseil trouvait que le fait de faire immigrer une deuxième épouse ne heurtait pas l'ordre public. Néanmoins, l'arrêt *Montcho* reste seulement applicable pour les familles

³⁸⁸ Beverly Baines, « Polygamy's Challenge : Women, Religion And The Post-Liberal State » (2007) 2:1 Les ateliers de l'éthique 23, aux pages 26-27 [Baines, « Challenge »]; Danièle Lochak, « La double peine des épouses de polygames » (2006) 11 Droit social 1032.

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ Bourdelois, « Mariage », *op. cit.* note 328; CE, 18 juin 1997, n° 154377.

³⁹¹ CE, 11 juillet 1980, (1980) Rec 315 (annotation Bischoff); Bischoff, « Mariage », *op. cit.* note 277.

polygamiques régulièrement installées en France avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 août 1993.³⁹²

Cette loi, qui a été modifiée plusieurs fois sans d'ailleurs changer son application générale envers les mariages polygamiques, stipule que « la carte de résident ne peut être délivrée à un ressortissant étranger qui vit en état de polygamie ni aux conjoints d'un tel ressortissant. ».³⁹³ Bref, la demande d'autorisation d'un étranger qui vit en situation polygamique doit être refusée.³⁹⁴ Le Conseil constitutionnel, appelé à se prononcer sur la nouvelle rédaction donnée à l'article 30 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 par la loi du 24 août 1993, affirme que « les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie : que dès lors, les restrictions apportées par la loi au regroupement familial des polygames et les sanctions dont celles-ci sont assorties ne sont pas contraires à la Constitution ».³⁹⁵

Un arrêt du 18 juin 1997 rendu sur recours du Gisti et de France-Terre d'Asile contre le décret du 2 septembre 1994 exige, lors du renouvellement de la carte de résident, un engagement sur l'honneur que l'intéressé ne vit pas en état de polygamie. Le recours faisait valoir que le renouvellement de la carte de résident devrait être automatique, même pour les étrangers polygamiques, dès lors que la carte avait été délivrée avant l'entrée en vigueur de la loi Pasqua du 24 août 1993, sauf à conférer à celle-ci un caractère rétroactif. Le Conseil d'Etat considère que l'administration peut légalement refuser le renouvellement de la carte de résident d'un ressortissant étranger vivant en état de polygamie ou de ses conjoints quelle que soit la date de la délivrance de ce titre de séjour.³⁹⁶ La loi donne donc un

³⁹² « Loi Pasqua », *op. cit.* note 256.

³⁹³ *Ibid.*, art. 9.

³⁹⁴ CE, 11 mars 1988, Diagne, (1988) Rec 783; CE, 25 mars 1994, n° 129544; CE, 12 octobre 1994, n° 139907; CE, 26 juin 1996, n° 156649; CA Nantes, 10 novembre 2009, n° 08NT03526.

³⁹⁵ Cons const., 18 août 1993, (1993) JO 11722, n° 93-325 DC.

³⁹⁶ CE, 18 Juin 1997, n° 162517, 162518.

effet rétroactif et il est, en théorie, possible de perdre sa nationalité française et son titre de séjour même si on était légalement en France avant 1993.

Il est à noter que le jugement de divorce étranger non reconnu en France n'entraîne pas nécessairement le défaut d'assimilation, et il semble que les Cours sont moins strictes quand il s'agit de reconnaître un divorce qui met fin à une relation polygamique.³⁹⁷ De même, la monogamie « par défaut » à la suite du divorce ou du décès de l'une de ses épouses ne constitue pas un défaut d'assimilation.³⁹⁸ Les Cours sont donc plutôt regardantes des faits, et moins avec l'intention du marié, puisque la monogamie de fait ne permet pas de refuser la réintégration dans la nationalité française au motif que, marié sous un régime polygamique, le requérant n'est pas suffisamment assimilé à la communauté française.³⁹⁹ De l'autre côté, la polygamie de fait coutumière constitue automatiquement un défaut d'assimilation.

Un autre effet sévère de la prohibition de la polygamie en France constitue le fait que le gouvernement français encourage activement la décohabitation des femmes polygamiques. Selon la Circulaire du 25 avril 2000 du ministère de l'intérieur sur le « renouvellement des cartes de résident obtenues par des ressortissants étrangers polygames avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 août 1993 » le ministère prévoit que, sauf en cas de divorce, il y aura rapatriement dans le pays d'origine de toutes les coépouses moins une ou « décohabitation ». En effet, la descente vers la situation de sans-papiers passe par l'étape transitoire de la carte temporaire. Une seule exception s'applique à la première conjointe, c'est-à-dire celle qui a bénéficié en premier lieu de la procédure de regroupement familial - elle conserve sa carte de résidente.⁴⁰⁰ Dans sa Circulaire du 12 mai 2000, le gouvernement précise que « la circonstance que l'intéressé soit marié sous un régime de

³⁹⁷ Trib admin Nantes, 28 janv. 1997, (1997) JurisData n° 1997-046634; Trib admin Nantes, 28 janvier 1997, (1997) JurisData n° 1997-600577.

³⁹⁸ CA Nantes, 12 nov. 1998, (1998) JurisData n° 1998-047756.

³⁹⁹ Jean-Frédéric Millet, « À propos de la réintégration: polygamie de droit et monogamie de fait » (1997) 2 *Revue Française de Droit Administratif* 330–332.

⁴⁰⁰ France, Ministère de l'Intérieur, *Circulaire sur le renouvellement des cartes de résident obtenues par des ressortissants étrangers polygames avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 août 1993*, (25 avril 2000).

droit autorisant la polygamie ne permet pas à elle seule de conclure à un défaut d'assimilation et entraîner l'irrecevabilité de la demande ». ⁴⁰¹ Finalement, dans sa Circulaire du 10 juin 2001, le ministère de l'emploi et de la solidarité donne les pouvoirs et les moyens aux agences et aux services gouvernementaux affectés de supporter et de faciliter le logement des femmes décohabitant de ménages polygamiques et qui sont engagées dans un processus d'autonomie. ⁴⁰²

En 2005 rentrait en vigueur le *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (CESEDA), ⁴⁰³ qui abroge et remplace les dispositions de l'ordonnance du 2 novembre 1945. Créé en 2004 à l'initiative de Dominique de Villepin, alors ministre de l'intérieur et de Jean-Pierre Raffarin, Premier ministre, le code stipule entre autres que la demande d'octroi (ou de renouvellement) de titre de séjour formée par un étranger marié, ressortissant d'un État dont la loi personnelle autorise la polygamie, doit être accompagnée d'une déclaration de celui-ci selon laquelle il ne vit pas en France en état de polygamie. ⁴⁰⁴ En plus, la réunion des conditions légales ne permet l'obtention du titre de séjour que si l'intéressé ne vit pas en état de polygamie. ⁴⁰⁵ Il est à noter que le titre de séjour ou la carte de résident de l'étranger qui vit en France en état de polygamie lui est retiré, ainsi qu'à son conjoint. ⁴⁰⁶ Finalement, les restrictions aux mesures d'éloignement ou d'expulsion découlant d'un lien privilégié avec la France (conjoint français ; enfant français) cessent lorsque ces mesures frappent un étranger vivant en France en état de polygamie. ⁴⁰⁷

⁴⁰¹ France, Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, *Circulaire DPM n° 2000-254 relative aux naturalisations, réintégrations dans la nationalité française et perte de la nationalité française*, (12 mai 2000).

⁴⁰² France, Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, *Circulaire DPM/AC 14/ n° 2001-358 relative au logement des femmes décohabitant de ménages polygames et engagées dans un processus d'autonomie*, (10 juin 2001).

⁴⁰³ *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, 1^{er} mars 2005 [CESEDA].

⁴⁰⁴ art. R. 317-1, R. 317-2, R. 313-20 CESEDA

⁴⁰⁵ art. L. 314-5, L. 314-9, L. 313-11 et L. 313-14 CESEDA.

⁴⁰⁶ art. R. 311-14 CESEDA.

⁴⁰⁷ art. L. 541-1, L. 511-4, 6o, et 8o, L. 521-2 et L. 521-3 CESEDA.

Mentionnons que le regroupement familial est refusé au conjoint qui ne réside pas en France lorsque le polygame y vit déjà avec une épouse. Celui-ci peut faire venir une épouse, et leurs enfants mineurs communs, à l'exclusion de tout autre. Comme au Canada, le « premier conjoint » résident (et non le premier épousé) fait obstacle à tout autre regroupement ; mais si l'autre conjoint est décédé ou déchu de ses droits parentaux, ses enfants mineurs pourront bénéficier du regroupement familial.⁴⁰⁸ En cas d'infraction à ces règles, le titre de séjour est retiré non seulement aux membres de la famille accueillis en vertu du regroupement, mais aussi à l'impétrant lui-même. Ces dispositions ont été jugées conformes à la Constitution car le droit fondamental de mener une vie familiale normale, reconnu aux étrangers résidant régulièrement en France s'entend à des conditions qui prévalent dans le pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie.⁴⁰⁹

Ces lois sont conformes à la directive européenne no 2003/86/CE du Conseil, en date du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, dont l'article 4, alinéa 4, dispose : « En cas de mariage polygame, si le regroupant a déjà un conjoint vivant avec lui sur le territoire d'un État membre, l'État membre concerné n'autorise pas le regroupement familial d'un autre conjoint ». ⁴¹⁰ Le 22 juillet 1970, la Cour EDH a d'ailleurs jugé que le droit au mariage ne protégeait que les relations entre deux personnes.⁴¹¹ Saisie ultérieurement du refus d'enregistrement d'un mariage polygamique :⁴¹²

« [...] du point de vue de l'intérêt de la communauté à promouvoir les mariages monogamiques, et de celui des tiers directement concernés, au cas présent le premier mari de la requérante, la Cour conclut que, dans les circonstances du cas, les juridictions nationales n'ont manqué d'effectuer une

⁴⁰⁸ art. L. 411-7 CESEDA.

⁴⁰⁹ Cons const, 13 août 1993, (1993) Rec 93-325 DC; CE, 8 déc. 1978, GISTI, (1979) AJDA 54; Jacques Dondoux, « Le droit à la vie familiale normale, arrêt du Conseil d'État du 8 décembre 1978 », (1979) 1 Dr. soc. 57.

⁴¹⁰ Conseil de l'Europe, *Directive 2003/86/CE du Conseil relative au droit au regroupement familial*, (20 septembre 2003).

⁴¹¹ *X c. Royaume Uni* (1970), 68 CEDH 3898, 34 Coll. 10.

⁴¹² *Ibid.*

juste pesée des intérêts en conflit. Ainsi, le fait à l'origine de la requête peut être considéré comme nécessaire, dans une société démocratique, pour la défense de l'ordre et la protection des droits d'autrui ».

Les restrictions de droit découlant de la polygamie ne sont donc pas contraires à l'article 8 de la Convention EDH,⁴¹³ mais la jurisprudence montre d'ailleurs que les recours fondés sur la violation de l'article 8 de la Convention sont rejetés systématiquement :⁴¹⁴

« eu égard au motif sur lequel elle est fondée [situation de polygamie non contestée], la décision attaquée ne saurait être regardée comme méconnaissant les stipulations de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 3-1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ».

Notons que l'époux peut toujours profiter du retour momentané pendant les vacances de l'épouse pour en faire venir une autre. En réalité, en France comme au Canada, pour faire venir une seconde épouse, certains hommes répudient ou divorcent avec la première tout en continuant à cohabiter avec celle-ci.

Nous discuterons de l'impact spécifique de la prohibition de la polygamie sur les enfants plus loin dans notre présente thèse.

⁴¹³ CEDH, 8 juill. 2010, (2011) Rev. crit. DIP 665 (annotation d'Avout).

⁴¹⁴ CE, 10e sous-sect., 23 déc. 2011, req. no 336390; CA Marseille, 7 juill. 2008, req. no 06MA01801; CA Lyon, 19 févr. 2009, req. no 06LY00664; CA Lyon, 29 sept. 2009, req. no 09LY00839; CA Lyon, 28 sept. 2010, req. no 09LY02618; CA Versailles, 4 nov. 2010, req. no 08VE02454.

Conclusion

L'impact de la prohibition de la polygamie en France et au Canada sur les droits personnels est considérable. Elle crée des effets paradoxaux tellement sévères sur le droit des successions, sur le régime matrimonial, sur les pensions, sur les allocations veuvage, sur l'assurance santé et sur les allocations familiales que pour la majorité de ces droits touchés, les législateurs et les tribunaux français et canadiens ont dû atténuer cette prohibition à des fins de justice sociale.

Les juridictions au Canada admettent donc souvent la polygamie indirectement en reconnaissant les conjoints des relations quasi-polygamiques comme conjoints de fait, et les tribunaux procèdent en vertu du principe de l'égalité entre les épouses. Nous avons vu que cette approche paradoxale à la prohibition est encouragée ouvertement par les directives fédérales et elle est confirmée par plusieurs arrêts clés du droit successoral, du régime matrimonial et des allocations familiales. Pour les droits patrimoniaux la situation est similaire en France, mais elle est surtout réglée et justifiée par les conventions internationales et selon le principe qui dicte que la condition d'un mariage légal étranger entre les époux polygamiques soit la condition constituante. Le fait que, pour les droits de l'assurance santé, les concubines jouissent réellement de plus de droits que les secondes épouses, démontre, selon nous, que ce ne sont pas les relations conjugales avec plusieurs conjointes qui inquiètent le législateur et les tribunaux en France, mais le mariage polygamique comme institution.

Ceci étant dit, il n'y a peu de doute qu'en pratique, la France et le Canada reconnaissent directement ou implicitement la polygamie pour une grande partie des droits patrimoniaux dans le cadre d'un ordre public « atténué ». Selon nous, ces pratiques confirment que les États sont beaucoup plus flexibles en ce qui concerne l'aspect distributif, économique du mariage. La France et le Canada semblent accepter la polygamie à ces fins, et les législateurs ainsi que les tribunaux continuent à libéraliser le côté

économique ou distributif du mariage en donnant droit aux intentions des personnes impliquées. À toutes fins pratiques, les relations polygamiques sont, paradoxalement aux lois pénales, acceptées en France et au Canada en ce qui concerne la plupart des droits personnels.

Cette position change en ce qui concerne la nationalité et les droits de séjour des personnes polygamiques. La France et le gouvernement du Canada semblent suivre la même logique et n'acceptent pas la pratique polygamique quand il s'agit d'accorder la nationalité ou de donner des droits de séjour aux étrangers. Ceci nous indique que, s'il ne s'agit pas d'intérêts strictement patrimoniaux, les États dans ces pays considèrent donc qu'il est plus important d'éviter les dangers perçus de la polygamie que de protéger les droits fondamentaux qui pourraient être violés. Nous allons maintenant parler de ces effets de la prohibition sur certains droits fondamentaux des personnes polygamiques en France et au Canada.

Titre 2 : Droit du mariage et droits fondamentaux

*« L'oppression des femmes - la raison souvent avancée pour continuer à interdire les unions plurielles - se trouve également dans les mariages. »*⁴¹⁵

Comme le législateur et les tribunaux français et canadiens reconnaissent souvent les effets négatifs paradoxaux distributifs et économiques, ils sont parfois corrigés en acceptant la relation polygamique pour certaines fins. Les effets de la prohibition de la polygamie sur les droits fondamentaux sont beaucoup plus difficiles à détecter. Les violations du principe de l'égalité et la violation de la liberté d'expression, de religion et d'association sont évidentes et elles sont souvent avancées par les critiques (Chapitre I). Les effets paradoxaux indirects sont plus subtils et ils touchent non seulement les familles polygamiques, mais aussi d'autres groupes de la société (Chapitre II).

⁴¹⁵ Bailey et Kaufman, op. cit. note 9, à la page 165 (notre traduction).

Chapitre I : Les effets paradoxaux directs

Au Canada, dans l'affaire *Blackmore*, le tribunal est très conscient que la prohibition de la polygamie se juxtapose directement à plusieurs droits fondamentaux. Le juge avait aussi reconnu que les analyses classiques ne laissent pas suffisamment déterminer les effets d'une prohibition de la polygamie sur les droits fondamentaux des personnes impliquées. Certes, les tribunaux peuvent se référer à un vaste volume de jurisprudence décidée en vertu de la *Charte* au Canada, la *Constitution*, la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, le *préambule de la Constitution de 1946* (repris par celle de 1958) en France, ainsi que les lois et traités internationaux. Cependant, le juge était obligé d'appliquer les deux conditions du test dans l'arrêt *Oakes*, ce test juridique qui guide les juristes au Canada à savoir si une limite aux droits fondamentaux est justifiable. Tel que mentionné, le principe de ce test prescrit une analyse afin de déterminer si, premièrement, les moyens limitant les droits fondamentaux portent le moins possible atteinte au droit en question, et, deuxièmement, s'il doit y avoir proportionnalité entre la restriction et l'objectif.

En France, nous ne sommes malheureusement pas en présence de jurisprudence qui a décortiqué la question de la polygamie d'une façon comparable. En général, les législateurs, les juges et la majorité des juristes prennent la prohibition comme un acquis et élèvent le mariage monogamique au niveau d'une « clef de voûte de la civilisation juridique européenne. »⁴¹⁶ Peu de juristes s'opposent au principe accepté qui déclare que « la répulsion pour le mariage polygamique trace la véritable ligne d'unité de civilisation. »⁴¹⁷ Cela est certainement un symptôme de la tradition du droit romain en France, système de codification plus ou moins complète qui ne résulte pas dans le même débat continue, ainsi que la critique et la réévaluation constante de la *Common Law* jurisprudentielle au Canada et des autres pays de ce système juridique. Quoi qu'il en soit, selon le législateur français, et

⁴¹⁶ Carbonnier, *op. cit.* note 217.

⁴¹⁷ *Ibid.*, à la page 341.

d'une façon un peu moins pompeuse que les énonciations du professeur Carbonnier, la polygamie est catégoriquement à l'encontre de l'égalité des sexes, une valeur essentielle de la République.⁴¹⁸ Cette conclusion est plus ou moins identique avec celle du législateur du Canada, les deux pays s'y sont simplement rendus par des chemins différents.

Les législateurs et les tribunaux en France et au Canada sont donc d'accord : la polygamie s'oppose aux droits fondamentaux, surtout ceux des femmes polygamiques. Mais est-ce que qu'il s'agit d'une conclusion sans équivoque ? Nous avons vu qu'en matière des droits personnels, d'autres droits des personnes polygamiques sont tellement affectés que les cours et les législateurs ont atténué l'ordre public et la prohibition de la polygamie afin de protéger les droits fondamentaux des personnes impliquées. De plus, la prohibition impacte sans doute les droits des étrangers, ce qui est néanmoins toléré, tout bien considéré, en supposant que la prohibition de la polygamie prime sur les droits des étrangers dans ces cas.

Comment donc vérifier si les conclusions des juristes en France et au Canada sont justes ? Nous soumettons que le législateur et les juges ont négligé d'examiner plusieurs effets sur les droits fondamentaux qui sont plutôt secondaires ou tacites, mais non moins importants. Sans aller dans une analyse axée sur les faits mêmes de l'arrêt, selon nous le tribunal dans l'affaire *Blackmore* a négligé de se pencher sur l'ensemble des conséquences de la prohibition de la polygamie, et, inversement, la promotion des relations conjugales monogamiques. Autrement dit, la cour n'a pas considéré certains effets paradoxaux sur les droits fondamentaux, mais cela doit être fait pour pouvoir opposer d'une façon la plus informée possible les droits fondamentaux protégés et les droits fondamentaux violés par une telle prohibition. Ce même raisonnement s'applique évidemment aussi à la France, tout en assumant que les deux pays partagent la même volonté de protéger les droits fondamentaux. Dans la partie qui suit, nous allons donc essayer de

⁴¹⁸ Art. 21-24 C civ souligne que « l'homme et la femme ont dans tous les domaines les mêmes droits ».

compléter la liste des droits fondamentaux qui pourraient être violés en interdisant la polygamie, et en limitant les relations conjugales protégées aux relations monogamiques.

1. Violation du principe de l'égalité

A) Égalité entre les sexes

En ce qui concerne l'égalité entre les sexes, la position officielle de la France, du Canada et de l'Union Européenne est claire : la polygamie va à l'encontre du principe de l'égalité entre hommes et femmes.⁴¹⁹ Beaucoup plus vagues sont d'ailleurs les fondements qui soutiennent ce raisonnement. En France, nous l'avons vu, les tribunaux et les législateurs acceptent normalement sans le remettre en question le fait que la polygamie aille à l'encontre de l'égalité entre les sexes. S'ils le font, les tribunaux se réfèrent habituellement aux principes du droit civil énoncés dans la doctrine, comme par exemple les observations par le professeur Carbonnier que nous avons déjà citées. Mais ils s'inspirent aussi des conventions internationales, comme la CEDEF qui stipule que « [l]a polygamie est contraire à l'égalité des sexes et peut avoir de si graves conséquences affectives et financières pour la femme et les personnes à sa charge qu'il faudrait décourager et même interdire cette forme de mariage. »⁴²⁰

L'argumentation des tribunaux n'est pas plus claire selon les tribunaux canadiens, sauf qu'ils semblent souscrire à l'analyse de la CEDEF en disant que la polygamie cause des préjudices aux personnes impliquées. À la question de *l'amicus curiae*, qui demandait pourquoi et comment la polygamie viole le principe de l'égalité suffisamment pour justifier sa prohibition, mais

⁴¹⁹ DUDH, Préambule c. civ., Charte canadienne, Op. cit. note 95.

⁴²⁰ Recommandation générale n° 21, op. cit. note 251.

qu'il n'y a pas d'interdiction similaire à l'encontre du polyamour, le juge de l'affaire *Blackmore* s'étonne en répondant par un argument circulaire : ⁴²¹

« Il existe un argument qui dit que le parlement a établi une distinction sur la base de l'état civil en pénalisant seulement les polygames de même que les personnes polyamoureuses (ou d'autres personnes dans des unions avec plusieurs personnes qui ne sont pas couvertes par l'article 293 tel que je l'ai interprété) qui adoptent une conduite semblable. Encore une fois, la distinction entre ces deux groupes n'est pas basée sur des stéréotypes, mais plutôt sur le préjudice – dans ce cas le préjudice au mariage monogamique. »

Certes, contrairement aux juges et législateurs français, le juge Bauman cite, comme d'ailleurs plusieurs défenseurs de la prohibition de la polygamie, des études qui prouvent supposément que la polygamie est en effet la cause d'une inégalité entre les femmes et les hommes dans les familles polygames. Dans notre critique, plus en avant, nous allons soumettre que ces études rares ne s'appliquent souvent pas aux familles polygamiques habitant en France et au Canada.

Pour résumer, selon nous il est aisé d'argumenter que la polygamie cause l'inégalité entre les sexes, mais le constat seul ne le prouve pas. Est-ce que l'inégalité ne serait peut-être pas plutôt le résultat des circonstances et des conditions de vie ? La polygamie n'est-elle pas plutôt un symptôme et non pas une cause d'inégalité ? Si on permettait la polygamie, est-ce qu'elle serait encore considérée à l'encontre de l'égalité entre les sexes, la polygynie ainsi que la polyandrie étant, elles, autorisées ?

Les violations potentielles des droits de la personne sont en tout cas très difficiles à détecter, et nous soumettons qu'il est parfois plus facile de reconnaître que c'est en effet la prohibition de la polygamie qui cause des inégalités entre les sexes. Par exemple, d'après ce que nous avons vu en ce qui concerne les droits des étrangers, il est selon nous facilement concevable

⁴²¹ Reference re: Section 293, *op. cit.* note 6, au par. 1266 (notre traduction).

que l'application des lois existantes cause des préjudices considérables pour les femmes qui vivent dans des relations polygamiques et qui veulent immigrer. Selon la professeure Beverly Baines, l'homme polygamique qui veut immigrer peut le faire sans trop de problèmes tant qu'il choisit seulement une de ses épouses. L'autre ou les autres épouses ne jouissent d'aucune protection. Donc ces lois d'immigration non seulement violent le principe de l'égalité, mais leurs pratiques constituent aussi une sorte de violation de l'universalité des droits de la personne.⁴²²

Madame la professeure française de droit public, D. Lochak, apporte davantage de précisions en utilisant encore une fois l'exemple du droit des étrangers :⁴²³

« L'interdiction du regroupement familial polygamique n'était pas en soi critiquable : elle était d'ailleurs réclamée par de nombreuses associations de femmes immigrées, les plus directement concernées par la question.

[...] si l'on avait eu réellement le souci de protéger ces femmes, il eût été logique de régulariser la situation de celles qui étaient là avant le vote de la loi, au lieu de les laisser dans la clandestinité et la précarité.

Mais même s'agissant des hommes, on a beau détester la polygamie (du moins lorsqu'elle est officiellement consacrée par le mariage, car la tolérance pour les doubles ménages de fait, on le sait, est très grande), comment admettre que des personnes qui ont vécu en France pendant des années – plusieurs dizaines d'années parfois – avec deux épouses, sans qu'on ait rien trouvé à y redire, se voient brusquement refuser le renouvellement de leur titre de séjour et donc obligées de quitter la France ? Est-ce vraiment acceptable ? Les polygames ne sont pas, que l'on sache, de dangereux criminels. »

Particulièrement dans le contexte des droits des immigrants, il faut tenir compte de la dimension internationale d'une prohibition de la polygamie.

⁴²² Baines, « Challenge », *op. cit.* note 386.

⁴²³ Danièle Lochak, « Polygamie : ne pas se tromper de combat! », (1998) 36-37 *Plein Droit* 52.

Certes, nous avons vu que les conventions internationales condamnent ou défavorisent la polygamie. Cependant, le Conseil constitutionnel et les cours au Canada refusent souvent de traiter ces conventions comme des normes constitutionnelles.⁴²⁴ Contrairement à la décision existante sur la polygamie au Canada, les cours en France et en Europe n'ont pas jugé si la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* du 4 novembre 1950,⁴²⁵ qui impose le respect de la vie privée et familiale à l'article 8) et la non-discrimination à l'article 14), condamne ou non les restrictions relatives à la polygamie.

Il ne nous semble donc pas possible de dire sans équivoque que la polygamie cause une violation du droit à l'égalité entre hommes et femmes, cette assertion semble être faite par les législateurs et les tribunaux sans être soutenue par des études récentes ou applicables aux familles polygamiques en France et au Canada. Au contraire, l'application stricte des droits d'immigration semble causer une atteinte au droit à l'égalité entre les sexes pour les femmes polygamiques qui voudraient immigrer ou obtenir la nationalité française.

Finalement, même s'il s'avérait que le mariage polygamique cause l'inégalité entre les sexes, il en est de même pour beaucoup de pratiques qui sont acceptées dans les sociétés françaises et canadiennes. Selon la philosophe américaine S. Moller Okin, le mariage et la famille, tels qu'ils sont pratiqués dans notre société, sont des « institutions injustes » et ils favorisent l'inégalité entre les hommes et les femmes. Dans son œuvre majeure *Justice, gender, and the family* elle analyse la théorie de la justice de John Rawls, en se demandant « Dans quelle mesure est-il possible de faire coexister la justice et le genre ? ». Entre autres, Moller Okin propose qu'en conséquence, il faudrait interdire non seulement la polygamie, mais aussi le mariage monogamique, puisqu'il apporte des inégalités matérielles, psychologiques et

⁴²⁴ Voir par exemple : Cons const, 13 août 1993, (1993) Rec 93-325 DC.

⁴²⁵ *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, STE 5 [CEDH].

politiques entre hommes et femmes.⁴²⁶ S'il semble paradoxal que plusieurs philosophes féministes ne s'opposent pas nécessairement à la polygamie, il faut se souvenir d'un dernier fait qui se présente en relation avec le sujet de la polygamie : ce furent curieusement surtout les femmes polygamiques de l'Utah qui s'organisèrent dans un des premiers mouvements féministes.⁴²⁷

B) Égalité entre les polygames et les monogames

Nous avons vu que la prohibition de la polygamie peut avoir un effet paradoxal sur l'égalité entre hommes et femmes, surtout sous l'angle du droit des étrangers. Inversement, certains auteurs soumettent que l'institution du mariage monogamique (ou les unions des faits, PACS, etc ...) n'est pas neutre et qu'elle viole le principe libéral de l'égalité. Plus spécifiquement, le fait de seulement protéger et de donner des avantages aux relations conjugales monogamiques crée des inégalités entre les personnes qui vivent dans des relations avec plus de deux partenaires. Autrement dit, des chercheurs comme Susan Moller Okin et Tamara Metz suggèrent que l'État ne devrait pas avoir l'autorité de définir le mariage et les relations conjugales entre adultes, puisque chaque individu a une interprétation différente résultant de la culture, la religion et d'autres aspects de sa vie. Il est probablement vrai que les citoyens au Canada et en France ont tellement d'opinions différentes et individuelles sur ce qu'une union conjugale représente ou devrait représenter, que sa régulation viole l'égalité formelle, devant la loi, et substantive, entre les familles et les cultures différentes.⁴²⁸

Formelle, parce que, et nous l'avons abordé, les personnes dans les relations polygamiques sont complètement exclues de certaines protections légales dont jouissent les personnes dans des relations monogamiques. Substantive, parce que, surtout au Canada et en France, nous vivons dans

⁴²⁶ Susan Moller Okin, *Justice, gender, and the family*, New York, Basic Books, 1991 (Version française : *Justice, Genre et Famille*).

⁴²⁷ Joan Iversen, « Feminist Implications of Mormon Polygyny » (1984) 10 *Feminist Studies* 504–524.

⁴²⁸ Metz, *op. cit.* note 159, à la page 7.

des pays qui sont fortement influencés par la mondialisation et l'immigration des personnes de cultures différentes qui changent subtilement la nature de nos institutions tel que le mariage, l'union de fait et le PACS. Les avantages accordés aux relations monogamiques présentent donc non seulement le danger de violer le principe de l'égalité entre les sexes, mais aussi entre les personnes des relations monogamiques et ceux des relations polygamiques. Encore une fois, les tribunaux et les législateurs sont certainement conscients de ce fait, mais ils ne semblent pas vouloir accepter que la prohibition de la polygamie et la seule reconnaissance des relations monogamiques créent des effets paradoxaux d'inégalité pour les membres des familles polygamiques.

Beaucoup d'opposants à la polygamie négligent de reconnaître que le rôle de la polygamie moderne a peut-être changé, particulièrement dans les pays comme la France et le Canada, où les femmes sont protégées par d'autres lois. Il ne faut pas oublier que ces femmes, originaires des pays où la polygamie est légale, ne sont pas nécessairement traitées comme un objet dans leurs cultures, et, au contraire, le mariage polygamique les protège et leur donne un statut, un avantage inestimable pour de nouvelles immigrantes :⁴²⁹

« La légalisation de la polygamie contribue à l'inégalité des sexes, mais, paradoxalement, ce pourrait être un refuge pour les femmes avec des options limitées à acquérir au moins certains droits et des protections à travers cette forme de mariage. D'un autre côté, les unions plurielles informelles ne donnent aucune de ces protections à ces femmes. »

Le fait de donner des avantages seulement aux couples dans des relations monogamiques favorise de surcroît un danger de ne pas respecter d'une façon paradoxale le droit à l'égalité pour d'autres groupes de personnes, qui ne sont pas dans une relation polygamique. En effet, ceci touche toutes les personnes qui vivent dans des relations interpersonnelles

⁴²⁹ Bailey et Kaufman, *op. cit.* note 9, à la page 5 (notre traduction).

qui ne rentrent pas dans une des catégories permises par l'État, qui ne peuvent donc pas se marier ou dont leur union de fait n'est pas reconnue par la loi puisqu'elle ne remplit pas les conditions nécessaires.

Ces personnes, qui ne vivent pas dans une des catégories permises, ne jouissent pas de la même protection par l'État. T. Metz souligne que le statut préféré que les États donnent aux relations monogamiques met en danger la liberté et l'égalité et, plus spécifiquement qu'il ne protège pas suffisamment les relations de soin, ce qui constitue la raison principale pour laquelle les législateurs veulent protéger les relations conjugales.⁴³⁰ Metz pense que de toute façon l'État en général n'est pas très bien équipé pour être l'autorité morale qui détermine qui peut se marier ou non, et dans nos sociétés occidentales, la majorité de la population ne veut d'ailleurs pas que l'État assume un rôle moral. D'un autre côté, l'État relaye sur les relations intimes ou personnelles entre ces citoyens pour assumer les soins - en effet, cette réalité devient une préoccupation croissante avec une population occidentale vieillissante. Les gouvernements ne réalisent pas que les relations de soin n'existent pas seulement dans le couple monogamique, mais qu'elles apparaissent sous de multiples formes, telles que les couples hétérosexuels, les couples homosexuels, les frères ou sœurs, les enfants qui prennent soin de leurs parents, ou vice versa - bref, nous sommes en présence de toutes sortes de réalités. Ces relations de soin se situent normalement à l'extérieur de l'influence de l'État et elles sont caractérisées par une relation très émotionnelle d'amitié, d'amour, spirituelle ou physique.⁴³¹ En donnant des avantages économiques seulement aux relations monogamiques, l'État entrave donc à un certain degré le droit à l'égalité des personnes qui ne vivent pas dans une telle relation, mais qui se trouvent dans des relations desquelles l'État et la société profitent.

De nos jours, de nombreuses personnes prennent donc soin d'autres membres de la société à l'extérieur de la relation de mariage monogamique,

⁴³⁰ Metz, *op. cit.* note 159, à la page 114.

⁴³¹ *Ibid.*, à la page 115 et s.

sans protection spécifique par le législateur et sans définition exacte de leur relation. Il est vrai que l'aspect de soin et d'aide mutuelle est seulement l'une des multiples raisons différentes pour lesquelles les individus concluent une relation monogamique dans les pays occidentaux.⁴³² Cependant, nous avons vu que cette relation de soin constitue l'intérêt principal pour l'État de s'impliquer dans la réglementation des relations conjugales. La prohibition du mariage polygamique en tandem avec la protection exclusive des relations monogamiques amenuise donc le droit à l'égalité pour toute personne qui se trouve en dehors d'une relation monogamique, mais qui se trouve dans une bonne relation de soin, polygamique ou autre, par exemple dans une relation polyamoureuse. Pendant la discussion publique sur la polygamie au Canada dans le cadre de l'affaire *Blackmore* cette problématique d'inégalité a été discutée par les juristes et plusieurs chercheurs sont venus à la même conclusion.⁴³³

En résumé, les formes de relations et de cohabitations entre adultes en France et au Canada sont devenues tellement complexes et individualisées depuis les années 1950, que la prohibition de la polygamie a un effet négatif sur les droits des membres qui vivent dans d'autres formes de relations. Inversement, la préférence donnée aux relations monogames, comme le mariage, le PACS ou les conjoints de fait exclut beaucoup de personnes d'une protection, ce qui malmène le droit à l'égalité entre les personnes polygamiques et les personnes monogamiques. En plus, l'extension d'une telle protection serait dans l'intérêt des gouvernements français et canadiens, puisque les relations de soins entre les personnes sans l'intervention de l'État sont avantageuses pour l'ensemble de la société d'un point de vue d'organisation et de financement.

⁴³² MacLean et Eekelaar, « Contrasts », *op. cit.* note 158; Eekelaar, « Why », *op. cit.* note 160.

⁴³³ Elisabeth Sheff, « Polyamorous Women, Sexual Subjectivity and Power » (2005) 34:3 *Journal of Contemporary Ethnography* 251–283; Ann E. Tweedy, « Polyamory as a Sexual Orientation » (2010) *Legal Studies Research Paper Series* 08–15.

2. Violation de la liberté d'expression, de religion et d'association

L'interdiction de la polygamie atteint assurément la liberté d'expression, de religion et de l'association, le juge dans l'affaire *Blackmore* le reconnaît sans équivoque. Pour cette raison, l'article premier de la *Charte* s'applique au Canada. L'article premier de la *Charte* est connu sous le nom de la « clause des limites raisonnables », car le gouvernement peut invoquer cette disposition pour justifier l'imposition d'une restriction sur les droits garantis par la *Charte*. Les droits énoncés dans la *Charte* ne sont donc pas absolus et le gouvernement peut y porter atteinte si le tribunal détermine que l'atteinte est raisonnablement justifiée. L'article premier de la *Charte* protège donc les droits en s'assurant que le gouvernement ne peut pas les restreindre sans justification. Par conséquent, l'article 1 limite et garantit à la fois les droits énoncés dans la *Charte*. Tel que mentionné auparavant, les critères énoncés dans l'arrêt *Oakes* déterminent si l'application est justifiée. Premièrement, il doit y avoir un objectif urgent et réel qui motive l'adoption d'une telle loi ou l'action du gouvernement. Deuxièmement, les moyens choisis pour atteindre l'objectif doivent être proportionnels au fardeau imposé sur les droits du demandeur. Pour déterminer si l'objectif est proportionnel, l'objectif doit avoir un lien rationnel avec la restriction imposée sur le droit garanti par la *Charte*, la restriction doit porter une atteinte minimale au droit garanti par la *Charte*, et finalement les avantages de la restriction et ses effets préjudiciables doivent être proportionnels, il doit y avoir un équilibre global.⁴³⁴ Selon le juge, tous les critères ont été remplis afin de justifier la restriction de certains droits fondamentaux en interdisant la polygamie.⁴³⁵

Le même raisonnement peut certainement s'appliquer quand on examine l'interdiction de la polygamie en France, où la limite aux droits fondamentaux peut être justifiée selon l'article 4 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*. Cet article stipule que l'exercice des droits

⁴³⁴ *R. c. Oakes*, op. cit. note 230.

⁴³⁵ *Reference re: Section 293*, op. cit. note 6.

et libertés fondamentaux n'a de limites « que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits ».⁴³⁶ Ceci étant dit, nous soumettons que l'analyse de l'impact sur les droits fondamentaux n'est pas complète, puisque les législateurs et les tribunaux négligent d'examiner comment la limite des relations conjugales sanctionnées par la loi aux relations monogamiques pourrait violer certains droits fondamentaux, et plus spécifiquement le droit de la liberté de religion.

A) Liberté de religion négative

Qui dit liberté de religion positive, dit aussi liberté de religion négative.⁴³⁷ Ce droit fondamental garantit non seulement de pratiquer une religion, mais aussi de n'en pas pratiquer. Nous avons vu qu'en examinant les droits fondamentaux en matière de mariage, la discussion tourne souvent autour du fait que le droit de la liberté religieuse est directement en conflit potentiel avec le droit à l'égalité et peut-être même le droit de l'association.⁴³⁸ En réalité, les grandes religions chrétiennes ont influencé l'établissement du mariage monogamique, et nous en avons parlé au début de la présente thèse. Jusqu'à aujourd'hui, et contrairement à la France laïque, les Églises ont même le droit d'administrer la cérémonie du mariage au nom de l'État au Canada, et cet arrangement équilibre la liberté des religions dominantes avec la liberté aux croyances différentes des individus.

Par contre, si on ne veut pas se marier de la façon monogamique prescrite par la loi, qui a fortement été influencée par les interprétations religieuses spécifiques du mariage, il existe selon nous un conflit avec le droit de la liberté de la religion. En effet, on peut soutenir que l'application stricte des règles du mariage punit certaines façons de vivre qui ne sont pas vraiment à l'encontre de son rôle purement étatique comme outil

⁴³⁶ *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*, 26 août 1789, art. 4.

⁴³⁷ Pour un survol du droit français, voir : Jacques Robert, « La liberté de religion, de pensée et de croyance », dans Rémy Cabrillac (éd.), *Libertés et Droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2016.

⁴³⁸ Beverley Baines, « Equality's Nemesis? » 5:1 *Journal of Law and Equality* 57-80.

d'identification nationale ou d'outil de distribution de soins, tel que soumis par les législateurs.⁴³⁹ Comment est-ce qu'on pourrait justifier une violation du droit à la liberté de la religion (qui a défini le mariage monogamique dans ce cas) si on était par exemple en présence d'une famille polygamique patriotique et engagée, sans préjudices ou cas d'abus entre ses membres ?

B) Liberté de religion positive

Curieusement, les grandes religions établies ne se rendent pas compte qu'une prohibition de la polygamie enfreint indirectement aussi leurs propres droits fondamentaux concernant la liberté de religion. Le droit canonique de l'Église catholique par exemple interdit le divorce, puisque selon l'article 1141 du *Codex Iuris Canonici*⁴⁴⁰ "[l]e mariage conclu et consommé ne peut être dissous par aucune puissance humaine ni par aucune cause, sauf par la mort." Cependant, la *Loi sur le divorce* du Canada est claire en permettant le divorce,⁴⁴¹ comme l'accorde d'ailleurs le *Code civil* en France.⁴⁴² Selon les articles 13 et 14 de la loi canadienne, le divorce accordé en application de la loi est valide dans tout le Canada et il dissout le mariage des époux,⁴⁴³ tout comme la décision qui prononce le divorce en France « dissout le mariage à la date à laquelle elle prend force de chose jugée. »⁴⁴⁴

D'autre part, l'article 293 du *Code criminel* stipule⁴⁴⁵ qu'est « coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans quiconque » [...] « pratique ou contracte » [...] « une sorte d'union conjugale avec plus d'une personne à la fois. » En France, l'article 433-21 du *Code civil*⁴⁴⁶ dit que « [t]out ministre d'un culte qui procédera, de manière habituelle, aux cérémonies religieuses de mariage sans que ne lui ait été justifié l'acte de

⁴³⁹ Metz, *op. cit.* note 159, à la page 7.

⁴⁴⁰ *Codex Iuris Canonici* (1983) 1983 Code c 1141.

⁴⁴¹ *Lois sur le divorce*, *op. cit.* note 191, art. 13 et 14.

⁴⁴² arts. 229 et s. C civ.

⁴⁴³ Drummond, « Polygamy », *op. cit.* note 299, à la page 341.

⁴⁴⁴ art. 260 C civ.

⁴⁴⁵ *Code criminel*, *op. cit.* note 4, art. 293.

⁴⁴⁶ art. 433-21 C civ.

mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil sera puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. » La différence dans les deux pays est donc évidente : théoriquement, le Canada tolère la bigamie informelle, puisqu'il permet la coexistence d'un mariage civil à une personne et le mariage religieux à une autre. Contrairement à la France, qui est très claire en ce qui concerne les cérémonies religieuses, la célébration solennelle du mariage au Canada sans mariage civil n'est pas prohibée par la législation provinciale, fédérale ou par la jurisprudence. Au Canada, l'État n'a aucune influence et aucun intérêt à déterminer ce qui constitue un mariage religieux ou non. De l'autre côté, puisque le *Code criminel* au Canada parle d'une « sorte d'union conjugale » sans spécifier de quelle sorte d'union il s'agit exactement et sans appliquer cette partie de la loi aux cérémonies religieuses, le Canada permet tacitement la bigamie et même la polygamie en tolérant le mariage civil avec une personne et un mariage civil avec une ou plusieurs autres personnes en même temps. Il est très difficile de s'imaginer que le Canada multiculturel de nos jours commencerait à renforcer cette partie de l'article 293 en prohibant les cérémonies religieuses. Mais quelle est donc la valeur de cette stipulation si elle n'est pas renforcée ?⁴⁴⁷ Et est-ce que son renforcement serait à l'encontre du droit à la liberté de religion ?

La prohibition de la polygamie, ainsi que la possibilité de seulement pouvoir conclure des unions monogamiques au Canada et en France entrave clairement le droit à l'égalité et le droit de liberté de religion. Selon nous, ces deux violations de droits fondamentaux n'ont pas suffisamment été justifiées par les législateurs ou les tribunaux dans ces deux pays. En outre, ces deux réalités juridiques violent le droit de la liberté de religion en permettant seulement une forme d'union conjugale qui a clairement été influencée par la religion chrétienne, l'union monogamique. Finalement, en théorie le droit du mariage existant en France et au Canada viole le droit canonique, qui ne permet pas le divorce, ainsi que le droit criminel au Canada qui permet, encore théoriquement, la polygamie en acceptant en même temps un mariage religieux et un mariage étatique.

⁴⁴⁷ Drummond, « Polygamy », *op. cit.* note 299, à la page 342.

Chapitre II : Les effets paradoxaux indirects

Enfin, il ne faut pas négliger d'attirer l'attention sur les autres effets paradoxaux causés par la prohibition de la polygamie ou par le fait que seulement les unions monogamiques sont soutenues par les États en France et au Canada. Ces effets qui aboutissent à une violation quasiment tacite de certains droits peuvent être répartis en deux catégories. Premièrement, plusieurs de ces violations apparaissent en observant des faits et des événements entourant les familles qui continuent à pratiquer un style de vie polygamique malgré l'interdiction formelle. Deuxièmement, d'autres effets se laissent déduire quand on compare les expériences similaires d'autres groupes minoritaires de la société, comme les personnes homosexuelles par exemple. Ces effets n'ont pas seulement un impact sur les membres des familles polygamiques, mais sur d'autres minorités des sociétés françaises et canadiennes.

1. Les effets sur les familles polygamiques

A) Manque de protection légale suffisante en cas de divorce

Un des effets principaux de la prohibition de la polygamie est le simple fait que les femmes dans les relations polygamiques qui veulent divorcer n'ont pas la même protection légale que les femmes monogamiques.⁴⁴⁸ Premièrement, les femmes polygamiques n'ont aucun accès aux lois légiférant le divorce, ce qui les exclut catégoriquement de plusieurs protections accordées par ces lois en France et au Canada. Deuxièmement, la criminalisation crée un environnement politique qui permet aux gouvernements de ne pas inclure les familles polygamiques en ce qui concerne le droit des successions et le régime matrimonial. Malgré les progrès qui ont été réalisés par la jurisprudence et la législation en France et dans certaines provinces canadiennes, il ne s'agit pas encore de principes

⁴⁴⁸ Baines, « Challenge », *op. cit.* note 386.

juridiques universellement acceptés.⁴⁴⁹ Les protections pour les femmes polygamiques divorcées au Canada et en France représentent souvent des cas spécifiques ou rares, de lignes directrices facultatives, ou, comme au Canada, de pratiques qui ne sont pas appliquées dans toutes les régions du pays pour cause de juridiction provinciale.

De plus, les tribunaux, surtout au Canada, n'ont pas beaucoup d'expérience en traitant des cas de divorce polygamique, et les juges ont souvent un pouvoir discrétionnaire considérable, surtout à cause du manque de jurisprudence. Il ne faut pas oublier que ces stipulations législatives, qui représentent plutôt l'exception à la règle, s'appliquent majoritairement aux relations polygamiques qui ont été conclus à l'extérieur du Canada ou de la France, puisqu'un mariage polygamique célébré dans ces pays ne serait simplement pas reconnu légalement. Finalement, il ne faut pas sous-estimer l'aspect culturel en ce qui concerne l'accès à la justice pour les femmes polygamiques. Étant presque exclusivement membres de minorités culturelles et en vivant souvent dans des sortes de sociétés « parallèles », une législation ambiguë et une prohibition générale de la polygamie n'encouragent probablement pas davantage de se révéler comme polygame et de risquer une poursuite pénale.

B) Possible augmentation de violence domestique

Les prochains deux effets possibles sont reliés, mais nous pensons qu'il est pertinent de faire une distinction entre l'effet qui pourrait augmenter la violence domestique et l'effet qui contribue seulement à un désavantage qui n'est pas nécessairement abusif. Nous avons mentionné qu'il existe très peu d'études résultant du vrai travail sur le terrain, surtout à cause du fait que les familles polygamiques vivent souvent d'une façon très recluse. Néanmoins, les travaux de la juriste A. Campbell, et surtout ceux de l'anthropologue J. Bennion, aident à déterminer les effets sur les familles polygamiques. Les

⁴⁴⁹ *Ibid.*

études de cette dernière laissent conclure que la violence domestique reliée à la polygamie devient plus prononcée quand on interdit la polygamie en forçant les familles polygamiques à vivre plus ou moins en secret.⁴⁵⁰

Bennion se base sur sa recherche de plus de 15 ans quand elle étudiait de près les mormons fondamentaux au Montana, au Mexique, et en Utah. L'anthropologue trouvait qu'il y avait trois facteurs qui contribuaient aux abus sexuels des enfants et à la violence domestique envers les femmes. Premièrement, l'idéologie de la suprématie de l'homme perpétué par les textes bibliques et les circonstances économiques constituent un facteur important. Deuxièmement, l'isolation géographique et sociale des femmes et des enfants rend les abus beaucoup plus possibles. Troisièmement, la privation économique résulte dans une augmentation du chômage des hommes et une insatisfaction générale de leur rôle masculin. Bennion pense que ce sont ces trois éléments qui causent la violence domestique, et non pas la polygamie en-soi. Une prohibition de la polygamie et sa stigmatisation en résultant pourrait promouvoir ces trois facteurs au lieu de les éliminer. La pratique polygamique se poursuit en secret et ceci facilite possiblement les abus. L'auteure pense que c'est le fondamentalisme pratiqué dans cette société forcée à la clandestinité et non la pratique de la polygamie qui représente le vrai problème.⁴⁵¹

« La culture contribue directement à la violence envers les femmes en la classifiant comme exceptée, normale ou méritée. La police contribue à l'abus en appelant le viol une simple dispute conjugale ; les Cours contribuent à l'abus en réduisant les peines des auteurs, et la communauté contribue en cachant les agresseurs dans leurs maisons, leurs églises et leurs écoles. »

La juriste E. J. Duncan démontre d'ailleurs dans ses études ce qui peut arriver quand on force les communautés polygamiques à se cacher et à

⁴⁵⁰ Janet Bennion, « Abbas Raptus : Exploring Factors that Contribute to the Sexual Abuse of Females in Rural Mormon Fundamentalist Communities », (2006) 1 Forum on Public Policy Online.

⁴⁵¹ *Ibid.*, à la page 18 (notre traduction).

pratiquer la polygamie clandestinement.⁴⁵² Selon elle, le plus grand problème d'une polygamie clandestine constitue sans doute le mariage des mineurs. En Utah par exemple, le mariage des mineurs continue malgré le fait que l'âge légal du mariage soit passé de quatorze ans à seize ans.⁴⁵³ Un autre résultat de l'interdiction de la polygamie et de sa pratique en secret, est le fait que le châtiment corporel, la violence domestique, et l'abus religieux, verbal et émotionnel contre les femmes et les enfants de la famille polygamique n'est pas rapporté aux autorités.⁴⁵⁴ En plus, les enfants des familles polygamiques étudient souvent à domicile, ce qui les isole encore plus du monde extérieur.⁴⁵⁵

En résumé, nous pensons que la prohibition ainsi qu'une stigmatisation de la polygamie a effectivement un effet contraire et paradoxal sur les droits que cette interdiction veut protéger selon les législateurs. En forçant les familles polygamiques de se cacher et de pratiquer leur style de vie dans la clandestinité, le gouvernement a peu ou pas de contrôle sur la violence domestique et dans ces familles.

C) Exclusion de personnes particulièrement vulnérables

Un effet paradoxal relié à la violence domestique, mais plutôt affectant les personnes vulnérables en général et non pas abusées directement, est soulevé par la professeure en droit américaine N. D. Polikoff. L'auteure soutient que le fait de limiter l'institution du mariage seulement aux relations monogamiques va, par sa nature même, toujours exclure des personnes qui ont particulièrement besoin de protections spécifiques.⁴⁵⁶ En faisant le parallèle avec le mariage entre les personnes du même sexe, elle note que

⁴⁵² Emily J. Duncan, « The Positive Effects of Legalizing Polygamy: "Love is a Many Splendored Thing" », (2008) 15 Duke Journal of Gender Law & Policy 315-338 [Duncan, « Effects »].

⁴⁵³ *Ibid.*, à la page 326.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, à la page 328.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, à la page 329.

⁴⁵⁶ Polikoff, *op. cit.* note 141, aux pages 7-8 (notre traduction).

toutes les personnes dans une relation qui n'est pas le mariage monogamique souffrent des désavantages économiques, de soins médicaux et aussi émotionnels, par exemple quand les enfants d'une relation moins acceptée par la société ne peuvent pas être fiers de leurs parents.⁴⁵⁷ Elle conclut que, même quand on a permis le mariage entre les personnes du même sexe, « tous ceux, dont la forme de la famille pour une raison ou une autre n'est pas le mariage, vont continuer d'être sans le soutien que chaque famille mérite. »⁴⁵⁸

Un exemple de cet effet de la prohibition de la polygamie est illustré par la situation en Russie et en Asie centrale. L'anthropologue anglaise C. Humphrey étudie le peuple des Bouriates qui vivent au nord de la Mongolie en Sibérie. Elle a constaté que beaucoup de femmes dans cette région encouragent et demandent la polygamie pour des raisons économiques, puisque la population russe diminue d'environ trois pourcent par an et que le nombre en surplus des femmes de ce peuple ne bénéficie d'aucune protection par le gouvernement dans cette région qui pratique la polygamie informelle.⁴⁵⁹

Mais ce ne sont pas seulement les effets sur les épouses qui peuvent poser un problème. En France, le droit du regroupement doit peut-être aussi être apprécié envers les enfants et au regard de l'article 14 de la *Convention Européenne des Droits de l'Homme*.⁴⁶⁰ Le droit français n'interdit pas le regroupement familial en soi, mais il érige ce droit fondamental garanti par la Constitution seulement au profit d'une seule épouse et de ses enfants mineurs. La directive no 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial justifie les mesures restrictives opposées au regroupement des ménages polygamiques « par le respect nécessaire des valeurs et principes

⁴⁵⁷ *Ibid.*

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ Mira Katbamna, « Half a good man is better than none at all », *The Guardian* (27 octobre 2009), en ligne : <<http://www.theguardian.com/education/2009/oct/27/polygamy-study-russia-central-asia>> .

⁴⁶⁰ CEDH, *op. cit.* note 411.

recommandés par les États-membres, s'agissant notamment des droits des femmes et des enfants ».⁴⁶¹

Il est également vrai que la Cour Européenne des Droits de l'Homme a sanctionné la discrimination selon la nature de la filiation.⁴⁶² Mais il est possible qu'il ne paraisse pas conforme aux objectifs de la Convention que l'on invoque, contre les enfants exclus, le refus du regroupement opposé à leur mère, puisque le texte ne tient compte ni de l'accord éventuel du conjoint non résident, ni de l'autorité parentale, ni même de l'intérêt de l'enfant.⁴⁶³ Finalement, le texte actuel de l'article 411-7 du CESEDA prévoit que:⁴⁶⁴

« Lorsqu'un étranger polygame réside en France avec un premier conjoint, le bénéfice du regroupement familial ne peut être accordé à un autre conjoint. Sauf si cet autre conjoint est décédé ou déchu de ses droits parentaux, ses enfants ne bénéficient pas non plus du regroupement familial.

Le titre de séjour sollicité ou obtenu par un autre conjoint est, selon le cas, refusé ou retiré. Le titre de séjour du ressortissant étranger polygame qui a fait venir auprès de lui plus d'un conjoint, ou des enfants autres que ceux du premier conjoint ou d'un autre conjoint décédé ou déchu de ses droits parentaux, lui est retiré. »

Cet article pourrait être contraire à l'article 14 de la Convention EDH puisqu'il écarte du regroupement familial les enfants du conjoint résidant à l'étranger. Une prohibition de la polygamie crée donc des effets désavantageux pour les enfants de ces relations polygamiques, enfants qui sont normalement déjà désavantagés à cause de leur statut d'immigrants.

⁴⁶¹ CE, *Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial*, [2003] JO, L 251 pages 0012 – 0018.

⁴⁶² *Vermeire c. Belgique* (1991) 87 CEDH (Sér A) 799.

⁴⁶³ CE, 10e sous-sect., 23 déc. 2011, req. no 336390.

⁴⁶⁴ art. 411-7 CESEDA.

2. Effets sur autres groupes de la société

A) L'effet de la légitimation des droits

Nous allons à présent aborder deux effets paradoxaux plus théoriques qui pourraient résulter de la prohibition de la polygamie. Le premier de ces effets est celui de la légitimation des droits, qui a été expliqué d'une façon très approfondie par le professeur en droit américain D. Kennedy.⁴⁶⁵ Cet effet se laisse surtout observer en conjonction avec une libéralisation du droit de mariage pour d'autres groupes, comme par exemple pour les personnes du même sexe. Sans aller dans tous les détails de l'analyse de ce géant du droit théorique américain, pour nos fins nous pouvons résumer cet effet comme suit : quand on accorde un droit spécifique à un groupe, le refus de ce même droit pour d'autres groupes semble encore plus justifié qu'avant.

Comme mentionné, cet effet a été observé par plusieurs auteurs à travers l'adoption du mariage entre les personnes du même sexe.⁴⁶⁶ La sociologue J. Stacey par exemple note comme suit :⁴⁶⁷

« À moins que la reconnaissance du mariage entre les personnes du même sexe soit accompagnée de la reconnaissance sociale et du soutien économique pour un large éventail de formes de familles contemporaines, dans lesquelles les enfants et les adultes de tous les sexes et orientations sexuelles vivent actuellement, leur gain pourrait être une perte pour un grand nombre d'autres enfants et de familles. »

La journaliste T. Siegel Bernard du New York Times trouve qu'il existe un phénomène similaire aux États-Unis.⁴⁶⁸ Depuis la légitimation du mariage

⁴⁶⁵ Duncan Kennedy, *A critique of adjudication: fin de siècle*, Boston, Harvard University Press, 1998, aux pages 236–263.

⁴⁶⁶ Judith Stacey, « Legal Recognition of Same-Sex Couples: The Impact on Children and Families » (2004) 23 QLR 529; Polikoff, *op. cit.* note 141, à la page 109; Tara Siegel Bernard, « As Same-Sex Marriage Becomes Legal, Some Choices May Be Lost », *The New York Times*, (8 juillet 2011), en ligne : <<http://www.nytimes.com/2011/07/09/business/some-companies-want-gays-to-wed-to-get-health-benefits.html> [Bernard, « Choices »].

⁴⁶⁷ Judith Stacey, « Legal Recognition of Same-Sex Couples: The Impact on Children and Families » (2004) 23 QLR 529 (notre traduction) [Stacey, « Recognition »].

homosexuel dans plusieurs États du pays, les couples affectés ont certainement beaucoup plus d'avantages et de bénéfices, mais en même temps il n'y a pas encore de protection pour les familles qui ne sont pas organisées en couple monogamique. Ceci pose par exemple des problèmes pour des couples qui déménagent dans un État où le mariage entre les personnes du même sexe n'est pas accepté, ou pour des couples homosexuels qui s'occupent des enfants qu'ils ne peuvent pas adopter. En effet, la juriste G. Calder soutient ainsi que les « contestations de la notion traditionnelle de la famille au Canada ont eu pour effet paradoxal d'ériger une frontière plus rigide autour de la famille traditionnelle monogamique et conjugale. »⁴⁶⁹ Un exemple de la tension créée par ce paradoxe peut s'exprimer de la façon suivante : le mariage homosexuel ne reflète pas assez la tradition patriarcale du mariage, mais le mariage polygamique est considéré comme trop patriarcal.⁴⁷⁰

En somme, certains auteurs soutiennent que, pour éliminer cet effet paradoxal, en particulier si on accepte les unions entre les personnes du même sexe, on doit en conséquence aussi accepter les unions entre plusieurs épouses.⁴⁷¹ Nous allons d'ailleurs utiliser ce même argument plus tard pour offrir des réglementations alternatives au mariage.

B) L'effet de la subordination des droits

Finalement, la prohibition du mariage polygamique pourrait avoir pour résultat de créer l'effet paradoxal de la subordination du droit, qui est, comme l'effet de la légitimation du droit, relié au fait qu'on a déjà accordé un droit

⁴⁶⁸ Bernard, « Choices », *op. cit.* note 464.

⁴⁶⁹ Gillian Calder, « Penguins and Polyamory: Using Law and Film to Explore the Essence of Marriage in Canadian Family Law » (2009) 21:1 Canadian Journal of Women and the Law 55–89, à la page 55 [notre traduction].

⁴⁷⁰ William R. Handley, « Belonging(s): Plural Marriage, Gay Marriage and the Subversion of "Good Order" » (2004) 26:3 Discourse 85-109.

⁴⁷¹ David L. Chambers, « Polygamy and Same-Sex Marriage » (1997) 26 Hofstra L Rev 53.

similaire à un autre groupe de la société. W. Brown⁴⁷² décrit cette conséquence comme telle : dès que les droits d'un groupe subordonné ont été reconnus, ils peuvent changer leur caractère et tacitement devenir des outils du groupe dominant sur des sous-groupes. Dans son chapitre « Rights and Losses » (« Droits et pertes ») de son livre *States of Injury*, qui parle généralement de la relation entre la liberté et l'égalité, Brown se concentre sur la question suivante : quand est-ce que la reconnaissance légale devient un instrument de régulation et même de discrimination ? L'auteure s'intéresse au paradoxe qui existe dès que les droits d'un groupe minoritaire ont été acceptés et reconnus. Elle soutient que ces droits peuvent changer de caractère et devenir un instrument de l'ancien groupe minoritaire, qui fait maintenant partie de la majorité, pour se distancer des autres groupes minoritaires et de les isoler encore plus. En effet, les droits deviennent donc « plutôt des instruments de la production et de la régulation de l'identité comme un préjudice, et non pas comme des outils d'émancipation. »⁴⁷³

Ainsi, certains auteurs pensent qu'une expansion de la définition du mariage à d'autres groupes, comme les couples de même sexe, a un effet négatif et paradoxal pour autres groupes de la société. Pour N. Polikoff⁴⁷⁴ par exemple, la légalisation du mariage entre les personnes du même sexe ne fait rien d'autre qu'inclure un groupe spécifique au mariage monogamique en renforçant l'exclusion de beaucoup d'autres groupes du mariage, comme par exemple les familles polygamiques. Elle souligne :⁴⁷⁵

« Quand les défenseurs des couples gays et lesbiennes excluent de la définition du *problème* d'autres qui sont affectés par le traitement spécial du mariage, ils laissent de côté des alliés et une grande proportion de la communauté gay et

⁴⁷² Wendy Brown, *States of injury: power and freedom in late modernity*, Princeton, Princeton University Press, 1995; Judith Stacey, « Marriage in the U.S.: Unequal Opportunity - Room for Debate », *The New York Times*, (3 juillet 2011), en ligne : <<http://www.nytimes.com/roomfordebate/2011/07/03/marriage-the-next-chapter/marriage-in-the-us-unequal-opportunity> .

⁴⁷³ Brown, *op. cit.* note 470, à la page 134.

⁴⁷⁴ Polikoff, *op. cit.* note 141.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, à la page 107 (notre traduction).

lesbienne dans la poursuite d'une *solution* du mariage pour les couples du même sexe. »

Et, nous ajouterons que cela risque de laisser de côté non seulement une grande proportion de la population gay et lesbienne, mais aussi tous les autres couples ou autres formes de familles qui existent en réalité à travers la société en France et au Canada.⁴⁷⁶

D'une façon plus générale, la philosophe S. Moller Okin souligne que le mariage crée par inadvertance une certaine inégalité envers les couples à l'extérieur du mariage, puisqu'il perpétue les rôles traditionnels du couple homme et femme.⁴⁷⁷ Toute déviation de cette dynamique traditionnelle, même en acceptant l'égalité des deux parties au mariage, doit se subordonner à la notion du mariage telle qu'elle existe. Encore une fois, les formes de la famille à l'extérieur du couple monogamique ne sont pas vraiment acceptées.

Enfin, nous avons vu que l'État privilégie le mariage monogamique pour toute sortes des raisons à part la protection du couple monogamique « traditionnel ». ⁴⁷⁸ L'institution du mariage a effectivement été utilisée pour contrôler et exclure du pouvoir et des bénéfices les Afro-américains,⁴⁷⁹ les mormons et les membres des Premières Nations,⁴⁸⁰ et une prohibition des différentes formes d'unions conjugales risque de causer une acculturation, surtout pour les nouveaux immigrants.⁴⁸¹

⁴⁷⁶ Voir aussi: Stacey, «Recognition », op. cit. note 464.

⁴⁷⁷ Okin, op. cit. note 424, aux pages 139 et s.

⁴⁷⁸ Metz, op. cit. note 159, à la page 3.

⁴⁷⁹ Katherine M. Franke, « Becoming a Citizen: Reconstruction Era Regulation of African American Marriages » (1999) 85 Yale Journal of Law and the Humanities 1186.

⁴⁸⁰ Carter, op. cit. note 9.

⁴⁸¹ Edwige Rude-Antoine, « Muslim Maghrebien Marriage in France: A Problem for Legal Pluralism » (1991) 5 International Journal of Law and the Family 93–103.

Conclusion

Notre objectif a été de démontrer que la prohibition de la polygamie et la limite au mariage monogamique, même si faite en pensant favoriser le bien-être des femmes et des enfants, peut avoir des effets paradoxaux sur les droits des individus impliqués et sur les tiers qui ne pratiquent pas la polygamie, mais qui vivent dans une des multiples formes de famille qu'on peut trouver dans nos sociétés libérales contemporaines. Comme nous l'avons vu, le législateur et les tribunaux reconnaissent souvent les effets négatifs paradoxaux distributifs et économiques, et ils sont parfois contredits s'il s'agit des droits affectant les successions, le régime matrimonial et les droits sociaux. En ce qui concerne la nationalité et la condition des étrangers, et en dépit la situation intransigeante des gouvernements français et canadien, la situation est moins claire, mais nous pensons que les gouvernements acceptent ces effets pour des raisons politiques.

Moins étudiés sont les effets paradoxaux sur les droits fondamentaux et sur les autres droits des familles polygamiques, mais aussi des droits touchants d'autres minorités par l'interdiction de la polygamie. Nous pensons que ces effets ne sont pas suffisamment étudiés parce qu'il n'existe quasiment aucune recherche fondamentale sur les familles polygamiques qui vivent en France et au Canada. Certes, plusieurs des effets paradoxaux que nous avons avancés sont initialement de nature théorique, mais les expériences antérieures avec la question du mariage entre les personnes du même sexe se laissent probablement transférer à la question polygamique.

Quoi qu'il en soit, nous pensons qu'il est évident que non seulement la prohibition de la polygamie, mais de même la limite de l'accès au mariage aux couples monogamiques crée des vrais effets paradoxaux qui ne peuvent pas tous être rectifiés d'une façon juste par la loi ou la jurisprudence, ni en France, ni au Canada. Nous avançons aussi que les législateurs dans les deux pays ont tous à l'esprit le bien-être et la sécurité de leurs citoyens quand ils interdisent la polygamie, même si cela est expliqué d'une façon différente.

L'inclusion des couples homosexuels prouve qu'il ne s'agit pas nécessairement de protéger une forme de mariage « traditionnel » qui, selon nous, n'a jamais véritablement existé en France et au Canada.

Ceci étant dit, notre analyse des effets paradoxaux touchant les droits fondamentaux a démontré qu'il est quasiment impossible d'accommoder ou de contrer tous les impacts qu'une loi de mariage, même si elle inclût des formes de mariage différents, peut avoir sur les membres de la société. Selon nous, ce n'est pas le mariage polygamique qui pose le problème, mais la notion et la nature du mariage même. Tout au long de la présente thèse, nous espérons avoir démontré que, à part l'âge, la seule restriction au mariage en France et au Canada est celle du nombre des personnes qui peuvent se marier. Néanmoins, de plus en plus de formes différentes de familles émergent dans les pays occidentaux, et la loi n'arrive plus à garantir un traitement juste à l'égard de toutes les personnes de ces familles par les outils juridiques qu'offre le mariage. Selon nous, l'institution du mariage ou le contrat de mariage n'est plus le véhicule juridique idéal pour protéger les droits des familles, et il doit être remplacé par un autre cadre juridique, tel que cela a déjà été fait pour les couples non-mariés jusqu'à un certain degré.

Si le mariage et les lois connexes, comme le PACS et celles traitant les unions de fait, représentent plus qu'un ensemble de lois et de décisions de tribunaux qui règlent nos matières fiscales de couple, l'État devrait complètement se retirer de la réglementation du mariage et finir par le remplacer par une législation qui peut accommoder toute sorte de relations. Autrement dit, nous pensons qu'il existe beaucoup de raisons pour l'État de se retirer complètement de la réglementation de relations conjugales et d'atteindre des buts étatiques, comme le bien-être et la minimisation de préjudices, avec d'autres moyens juridiques. Dans la troisième partie de notre thèse, nous allons essayer de démontrer pourquoi le régime actuel d'état civil au Canada et en France devrait être aboli, et quelles perspectives d'évolution se présentent pour le remplacer.

TROISIÈME PARTIE : LES ALTERNATIVES À LA PROHIBITION

« *The ambition of the Critical scholars is revolution, not reform. For them, intellectual critique is merely a prelude to, and platform for, political action.* »⁴⁸²

Cette partie observe les effets paradoxaux de la prohibition sous un angle critique (Titre 1), en appliquant l'approche de la critique du droit (« *Critical Legal Studies* »). Cette méthodologie, qui a évolué de la théorie critique de l'École de Francfort, se base sur des méthodes analytiques des auteurs de la théorie légale féministe, comparatiste et post-colonialiste, ainsi que des auteurs de la critique du droit. En ce qui concerne notre approche, il est à noter qu'au Canada, le débat actuel se concentre sur la discussion de l'équilibre entre les droits fondamentaux garantis par la *Charte*,⁴⁸³ qui représente effectivement la Constitution du Canada. D'un côté, certains auteurs disent que la polygamie est associée à des préjudices graves aux épouses et aux enfants,⁴⁸⁴ tandis que d'autres disent que la prohibition pourrait violer les droits constitutionnels des parties impliquées.⁴⁸⁵ En d'autres mots, il s'agit de négocier entre certains droits comme la liberté de religion et l'expression, et le droit d'être protégé contre les préjudices qui peuvent résulter de la polygamie.⁴⁸⁶ En France, la discussion se concentre surtout sur le fait que la polygamie est perçue comme allant à l'encontre de l'ordre public

⁴⁸² Allan C. Hutchinson et Patrick J. Monahan, « Law, politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama in American Legal Thought », (1984) 36 *Stanford Law Review*, à la page 199 : « L'ambition des érudits critiques est la révolution, et non pas la réforme. Pour eux, la critique intellectuelle est simplement le prélude à, et la plateforme pour l'action politique. » (notre traduction).

⁴⁸³ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Charte canadienne*].

⁴⁸⁴ Nicholas Bala, « An International Review of Polygamy: Legal and Policy Implications for Canada », dans *Polygamy in Canada: Legal and Social Implications for Women and Children - A Collection of Policy Reports*, éd. 2005, Ottawa; Yolande Geadah et al., *La polygamie au regard du droit des femmes*, Québec, Conseil du statut de la femme, 2010.

⁴⁸⁵ Bailey et Kaufman, *op. cit.* note 9; Angela Campbell, *Polygamy in Canada: legal and social implications for women and children.*, Ottawa, Status of Women Canada, 2005.

⁴⁸⁶ Marie-Pierre Robert et Stéphane Bernatchez, « La criminalisation de la polygamie soumise à l'épreuve de la charte » (2010) 40:2 *Revue générale de droit* 541–598.

et le cœur de la société française. Plus spécifiquement, en France le mariage monogame représente « la profondeur de notre civilisation »⁴⁸⁷ et constitue un élément important de l'identité française.⁴⁸⁸

Dans le dernier titre de notre thèse, nous offrons trois stratégies essentielles afin de démontrer des perspectives d'évolution pour la réglementation des relations conjugales (Titre 2). Nous proposons d'abord de minimiser les préjudices causés par la polygamie en dépénalisant la polygamie et en appliquant les outils juridiques existants. Ensuite, nous proposons de mettre un prix sur la pratique de la polygamie, comme cela est déjà fait partiellement dans le domaine du droit patrimonial. Finalement, nous pensons qu'une prise en charge sociale des conséquences de la polygamie est seulement possible si toutes les relations familiales sont réglées par l'examen des relations de soin entre les individus, et non pas par leur relation conjugale et l'état civil – ceci engloberait toute les relations de notre société moderne, qu'elles soient monogamiques, polygamiques, polyamoureuses ou autres.

⁴⁸⁷ Jean Carbonnier, *Terre et ciel dans le droit français du mariage*, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1950.

⁴⁸⁸ Imloul, *op. cit.* note 85.

Titre 1 : Une approche critique du régime actuel

Tout en utilisant l'analyse critique, notre recherche indique que la prohibition n'est pas justifiée parce que son raisonnement est indéterminé et contradictoire (Chapitre I), il existe une certaine absence de neutralité de droit (Chapitre II), et les motifs en faveur de la prohibition ont évolué selon les époques et selon la situation de nos sociétés contemporaines (Chapitre III).

Est-ce que les effets paradoxaux causés par les régimes qui protègent les relations monogamiques peuvent être neutralisés en adoptant des lois additionnelles qui corrigent les injustices ? Est-ce que les États occidentaux comme le Canada et la France devraient permettre le mariage polygamique ? Nous pensons que la réponse aux deux questions devrait être négative, en particulier quand on considère d'un côté les effets du *statu quo* sur les droits fondamentaux des familles polygamiques et, de l'autre côté, les effets sur les droits fondamentaux des autres groupes minoritaires. Notre position est de suggérer que l'État se retire complètement de la réglementation des relations conjugales. Nous sommes arrivés à cette conclusion en examinant la polygamie et le mariage en France et au Canada sous l'angle de l'approche critique, les « *Critical Legal Studies* » ou « CLS ». Ce mouvement en provenance des États-Unis, officiellement lancé en 1977 pendant une conférence à l'Université de Wisconsin-Madison, a été surtout influencé par les membres académiques affiliés au Mouvement des droits civiques (*Civil Rights Movement*) et aux opposants de la guerre au Vietnam.

L'approche critique des « crits » emprunte à la théorie sociologique (*social theory*), de la philosophie politique, aux études économiques, à la théorie de la littérature, mais elle est aussi librement influencée par l'École de Francfort (Institut de recherche sociale).⁴⁸⁹ « L'École de Francfort » a été

⁴⁸⁹ Emil Walter-Busch, *Geschichte der Frankfurter Schule: Kritische Theorie und Politik*, 1., Aufl., Paderborn, Fink, 2010.

fondée à l'Université de Francfort en 1923 (*Institut für Sozialforschung*)⁴⁹⁰ par Max Horkheimer, Theodor Adorno et Herbert Marcuse. En 1930, Horkheimer explique la « Théorie critique » comme suit : « chaque doctrine unilatérale est sujette à la critique. » Inspirée, mais aussi critique, de Kant, Hegel, Freud, Weber, Marx et Engels, l'institut ferme en 1934 avec l'établissement des Nazis en Allemagne. Il est rétabli aux États-Unis (*New York School of Social Research*) pendant la guerre, mais revient à Francfort au début des années 1950. Horkheimer et Adorno retournent en Allemagne, mais Marcuse reste aux États-Unis. Le membre le plus important après la guerre est sans doute Jürgen Habermas, qui continue à développer la théorie critique à travers ses théories de la communication : « Le principe de publicité est l'exigence revendiquée d'un usage critique et public de la raison. Ce principe s'inscrit dans le cadre plus large de la démocratie délibérative. Une décision n'est légitime que si la discussion qui y mène l'est également. »⁴⁹¹

Les « crits » s'éloignent d'ailleurs très vite de la théorie de Francfort et des autres chercheurs influencent la théorie critique du droit. Antonio Gramsci par exemple, le fondateur du Parti Communiste italien, avance que les sources du pouvoir hégémonique sont à l'intérieur de la société civile (églises, écoles, médias). Mais c'est aussi le travail et la méthode de Michel Foucault avec son intérêt principal (Comment est-ce que le pouvoir produit les sujets ?)⁴⁹² qui est souvent cité, ainsi que l'approche de « déconstruction » de Jacques Derrida et des auteurs du réalisme juridique, qui soutiennent que le droit n'influence pas la conduite, mais que la conduite est prévue par les règles de droit. La CLS est en effet en grande partie le produit du Réalisme Américain et sa critique du libéralisme américain. Comme beaucoup de ses auteurs proviennent des mouvements sociaux, la CLS a presque toujours comme tâche le changement de la structure existante, ce que nous essayons de refléter avec la présente thèse quand nous proposons, à son terme, des

⁴⁹⁰ « The Institute of Social Research Frankfurt/Main », Université de Francfort, en ligne : <<http://www.ifs.uni-frankfurt.de/english/index.htm> .

⁴⁹¹ Jürgen Habermas, *Droit et démocratie: entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.

⁴⁹² *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en ligne (2011) Stanford encyclopedia of Philosophy : <<http://plato.stanford.edu> , *sub verbo* « Michel Foucault ».

perspectives d'évolution. La CLS est très critique envers les Sciences sociales et en particulier l'Économie, qui en Amérique du Nord est davantage une science très formaliste de chiffres.

En ce qui concerne la prohibition de la polygamie en France et au Canada, mais surtout aussi les avantages donnés aux relations monogamiques, nous allons examiner la thématique sous l'angle des trois thèses principales des « *Critical Legal Studies* » synthétisées par J. W. Singer de la Harvard Law School. Selon Singer, les trois résultats récurrents d'une analyse de droit critique sont les suivants : premièrement, le raisonnement légal est indéterminé et contradictoire (« indeterminate and contradictory ») ; deuxièmement, le droit change selon la place et le temps ; et finalement le droit n'est pas neutre.⁴⁹³

Nous allons classer notre critique du *statu quo* en ce qui concerne les relations conjugales particulièrement protégées sous ces trois catégories en donnant des exemples et des références à cet effet. Malgré le fait que la traduction des catégories de l'analyse du droit critique de l'Anglais semble parfois imprécise, nous allons parler des trois aspects sous les titres du raisonnement indéterminé contradictoire (Chapitre I), l'absence de neutralité de droit (Chapitre II), et l'évolution culturelle et juridique (Chapitre III).

⁴⁹³ Singer, *op. cit.* note 113, aux pages 1–70.

Chapitre I : Raisonnement indéterminé et contradictoire

Premièrement, nous soumettons que le raisonnement qui est favorable à la prohibition de la polygamie est indéterminé et contradictoire. Cette indétermination et contradiction par les législateurs et les tribunaux est clairement reflétée par les lois et la jurisprudence touchant la polygamie en France et au Canada. Concrètement, cela veut dire que ce ne sont pas les principes du droit qui justifient la législation adoptée et la jurisprudence décidée afin de prohiber la polygamie - ce sont d'autres principes qui ont guidé, peut-être tacitement, l'adoption de ces lois et le raisonnement juridique de ces arrêts.⁴⁹⁴ Qu'est-ce qui nous amène à cette conclusion ?

Nous avons posé que les législateurs français et canadiens reconnaissent partiellement la polygamie en certaines circonstances pour des fins spécifiques. En ce qui concerne le droit des successions, le régime matrimonial et les droits sociaux, la prohibition semble être suspendue pour pouvoir atténuer les préjudices substantiels aux femmes et aux enfants des familles polygamiques. D'un autre côté, la France, avec l'exception d'une sorte de droit acquis pour les résidents de Mayotte, est très claire quant aux polygames qui veulent acquérir la nationalité ou qui veulent immigrer. La nouvelle loi des « pratiques barbares » au Canada s'inspire du même raisonnement. Selon nous, le fait que les législateurs et les tribunaux dans les deux pays sont forcés à contrecarrer et à dévier considérablement de leur position du principe de la prohibition démontre une certaine indétermination et contradiction. D'un côté, le législateur veut limiter les préjudices qui, selon son raisonnement, sont causés par la relation polygamique elle-même. D'un autre côté, la prohibition polygamique crée entre les époux des injustices qui sont corrigées par une reconnaissance partielle.

⁴⁹⁴ J. Paul Oetken, « Form and Substance in Critical Legal Studies » (1991) 100:7 The Yale Law Journal 2221 et s..

Il ne faut pas s'y tromper - ces dérogations, ou atténuations, au principe de la prohibition sont importantes, puisqu'elles touchent les aspects du droit du mariage qui préoccupent l'État le plus fréquemment. Il a été dit que, en ce qui concerne le mariage, l'État légifère et juge surtout les aspects distributifs et économiques, donc tout ce qui touche le bien-être matériel des personnes affectées par une relation de mariage, les autres conséquences négatives étant couvertes par d'autres lois plus générales, comme le droit pénal et les lois des services sociaux etc. Pourquoi alors le législateur et les cours sont-ils forcés de corriger ? Selon nous, l'ambiguïté est créée en deux étapes. Premièrement, il y a absence d'une causalité suffisamment prouvée entre la polygamie et les préjudices revendiqués par ses opposants. Deuxièmement, ce manque de causalité aboutit à une justification imprécise de la prohibition.

1. Manque de causalité prouvée entre préjudices et polygamie

Selon nous, l'idée fausse à la base de la prohibition de la polygamie est le manque d'une démonstration claire qui prouve une causalité entre les préjudices subis et le fait que les personnes concernées vivent dans une relation polygamique. L'inverse s'applique de même : il n'y a aucune preuve que le fait de seulement donner des privilèges aux relations conjugales monogamiques évite des préjudices. Cette argumentation ne tient pas, et ceci en premier lieu pour un raisonnement sans cesse répété et appelé « l'effet cigogne ».

A) L'effet cigogne

L'effet cigogne est connu en justice par sa description latine *Cum hoc ergo propter hoc*, ce qui signifie approximativement *avec ceci, donc à cause de ceci*. Cette confusion de corrélation avec causalité est peut-être moins conséquente en droit civil, mais n'oublions pas que l'interdiction de la

polygamie est surtout un sujet de droit pénal, où le principe « au-delà de tout doute raisonnable » demande que la preuve soit claire et non pas ambiguë. Évidemment, le principe du doute raisonnable ne s'applique pas aux justifications menant à l'adoption de la loi, et comme le juge Bauman dans l'affaire *Blackmore* l'a souligné, les législateurs ont en général seulement le devoir de démontrer une appréhension raisonnable, et non pas une preuve scientifique du préjudice réel. Ceci étant dit, pour une question d'une telle importance, on peut s'attendre à ce que le législateur et les Cours démontrent une certaine causalité.

Quelles sont donc les préjudices concrets qui sont avancés officiellement pour interdire la polygamie ? Au Canada, nous sommes chanceux d'être en présence de l'arrêt *Blackmore*, qui nous permet d'analyser l'opinion de la plus haute Cour au Canada qui s'est prononcée sur la polygamie. Dans son raisonnement, qui se déploie sur 355 pages, le juge Bauman donne un survol détaillé sur la polygamie à travers l'histoire et des cas récents au Canada. Plusieurs experts et plusieurs femmes vivant dans des relations polygamiques ont été entendus pendant le procès et le juge a conclu que l'arrêt tourne essentiellement autour le préjudice causé par la polygamie contre les femmes, les enfants, la société et l'institution du mariage monogamique.⁴⁹⁵ Il est louable que le juge Bauman se concentre surtout sur le préjudice que la polygamie peut causer, mais sa conclusion qui déclare que la prohibition au Canada a été adoptée pour éviter ces préjudices⁴⁹⁶ est simplement erronée. Les éléments de preuve maintenues par le juge sont presque tous tirés de la jurisprudence des États-Unis, qui, en ce qui concerne la polygamie, s'est développée dans un contexte complètement différent. Comme nous avons essayé de le démontrer dans les premiers développements de notre thèse, la prohibition de la polygamie au Canada a surtout été adoptée pour des raisons de colonisation de l'ouest du pays afin

⁴⁹⁵ *Reference re: Section 293, op. cit.* note 6, au par. 5.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, au par. 881.

d'aider les missionnaires et les fonctionnaires à contrôler ces régions vastes, isolées et sans infrastructure gouvernementale établie.

Le juge soutient encore que la prohibition protège l'institution du mariage monogamique, parce que ceci a été la pratique dans les cultures occidentales depuis l'Antiquité.⁴⁹⁷ Malheureusement, il ne donne aucune preuve à cet égard, mais se base plutôt sur son sentiment.⁴⁹⁸ Il essaye de se rattraper en disant que « la meilleure façon d'assurer la certitude de paternité et l'investissement conjoint de parenté dans les enfants » est le mariage monogamique et que seulement cette forme de mariage assure l'égalité et le respect pour tous les membres de la famille.⁴⁹⁹ Il continue en disant que la prohibition de la polygamie protège et préserve le mariage monogamique. Nous rejetons cette conclusion, puisqu'il n'y a aucune preuve que la polygamie mette en danger les mariages monogamiques. Des arguments similaires ont été rejetés par la Cour Suprême au Canada en 2005, quand on alléguait devant les juges que le mariage entre les personnes du même sexe fragilisait le mariage entre homme et femme.⁵⁰⁰

De plus, nous pensons que la preuve ne démontre pas du tout que les membres des familles polygamiques souffrent nécessairement d'un préjudice plus grand que ceux des familles monogamiques. Il y a très peu de preuves empiriques dans ce champ de recherche, et la plupart des études se limite à un petit nombre de personnes. Au contraire, la rare preuve existante concernant les familles ouvertement polygamiques au Canada et en Israël démontre qu'il y a même beaucoup d'expériences positives qui ont été rapportées par les membres de ces familles. Le fait d'être en présence d'autres épouses a été vu comme un avantage par les personnes questionnées, et la concurrence qu'on pourrait s'attendre à voir entre les femmes d'une famille polygynique semble être largement dépendante du contexte culturel où la famille vit. En effet, il a été rapporté que si toutes les femmes d'une famille polygynique se liaient, elles auraient souvent beaucoup

⁴⁹⁷ *Ibid.*, aux par. 882, 883.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, au par. 884.

⁴⁹⁹ *Ibid.*

⁵⁰⁰ *Renvoi relatif au mariage, op. cit.* note 1.

plus d'influence sur toutes les décisions de la famille que dans une relation monogamique.⁵⁰¹

Même en considérant les expériences négatives rapportées dans la presse et dans certaines études, les mêmes préjudices et abus examinés existent malheureusement aussi dans les familles monogamiques. L'analyse des statistiques de crimes dans les pays occidentaux démontrent que la violence domestique est un des crimes les plus rapportés, et nous savons que la plupart n'est malheureusement jamais dénoncée. Par exemple, les résultats de l'Enquête sociale générale (ESG) de 2014 sur la victimisation révèlent que, parmi les 19,2 millions de Canadiens vivant dans les provinces qui avaient un conjoint ou un ex-conjoint (marié ou de fait), environ 4 % (760 000 personnes) ont déclaré avoir été victimes de violence physique ou sexuelle, ou les deux, de la part de leur partenaire au cours des cinq années précédentes.⁵⁰² Ne devrait-on donc pas de même prohiber les relations monogamiques, puisqu'il y a tellement de violence conjugale ?⁵⁰³ Nous soutenons qu'il faut donc prendre le peu de rapports sur les préjudices dans les familles polygamiques avec beaucoup de prudence. Souvent il s'agit de familles d'un milieu désavantagé et on ne peut probablement pas tirer de conclusions qui ont pour résultat d'établir un lien entre les préjudices et la polygamie.

En ce qui concerne la protection du mariage monogamique en prohibant la polygamie, nous l'avons dit, il n'y a effectivement aucune preuve de cette assertion, et cette position par les juges et les législateurs mène à spéculer sur le fait que l'interdiction de la polygamie n'est pas maintenue exclusivement pour la prévention de préjudices. Utilisant la même logique, et

⁵⁰¹ Alean Al-Krenawi, John R. Graham et Vered Slonim-Nevo, « Mental Health Aspects of Arab-Israeli Adolescents from Polygamous Versus Monogamous Families », 142 J. Soc. Psych. 446 (2002).

⁵⁰² Statistique Canada, *La violence familiale au Canada : un profil statistique, 2014*, (21 janvier 2016), en ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/daily-quotidien/160121/dq160121b-fra.htm> .

⁵⁰³ Andrew F. March, « Is There a Right to Polygamy? Marriage, Equality and Subsidizing Families in Liberal Public Justification » (2011) 8:2 Journal of Moral Philosophy 246-272 [March, « Right »].

quand on considère le taux de divorce en France et au Canada qui se situe entre 40 et plus de 50 pourcent, on pourrait soutenir que la protection du mariage monogamique par la prohibition de la polygamie n'a pas vraiment fonctionné.

En résumé, nous pensons que le fait de juste déclarer que la polygamie heurte l'égalité,⁵⁰⁴ de désigner la polygamie comme une pratique culturelle barbare,⁵⁰⁵ ou de dire que le mariage monogamique constitue la profondeur de notre civilisation,⁵⁰⁶ sans soumettre d'études ou de statistiques fiables qui démontrent la validité de ces constats, ne peut tout simplement pas être à la base d'une législation ou de décisions judiciaires si importantes qui limitent les droits fondamentaux des individus touchés. Sans doute les membres des familles polygamiques en France et au Canada souffrent de préjudices, mais nous pensons que jusqu'à présent, aucune étude n'a démontré suffisamment que c'est le style de vie polygamique en-soi qui est la cause de ces préjudices. Les mêmes préjudices existent dans beaucoup de familles monogamiques et une conclusion inverse est donc probablement beaucoup plus réaliste : la relation monogamique n'aboutit pas davantage dans une vie familiale sans préjudice que la relation polygamique cause des préjudices aux membres de la famille.

B) Comparer l'incomparable pour manque de sources

Nous avons vu que corrélation ne veut pas automatiquement dire causalité, mais nous sommes conscient qu'il existe des cas d'abus incestueux et de violence domestique dans les familles polygamiques. Ceci étant dit, la majorité de la littérature qui décrit ces abus en Amérique du Nord et en France n'est pas du tout scientifique, et ces rapports relèvent souvent d'une sorte de sensationnalisme qui se limite à l'analyse de cas isolés et parfois

⁵⁰⁴ Niboyet, *op. cit.* note 267, à la page 59.

⁵⁰⁵ *Loi sur la tolérance zéro*, *op. cit.* note 8.

⁵⁰⁶ Carbonnier, *op. cit.* note 217, à la page 341.

strictement anecdotiques.⁵⁰⁷ Cette catégorie de publications a surtout été conçue pour le grand public et non pas pour faire avancer la recherche dans cette question. Les résultats ne sont pas reproductibles ou vérifiables et il ne se basent pas sur des méthodes de recherche acceptés par la communauté académique ou scientifique.

Certes, il y a évidemment plusieurs travaux théoriques et scientifiques qui favorisent la pénalisation pour des raisons de préjugés.⁵⁰⁸ Mais encore une fois, il s'agit souvent ici d'études purement théoriques qui ne se réfèrent pas ou très peu à des recherches faites dans le champ. D'autres auteurs prétendent avoir fait des analyses qualitatives, mais en réalité, il s'agit d'analyses couvrant un très petit nombre de cas actuels impliquant des membres de familles polygamiques. D'un autre côté, la plupart des travaux de terrain scientifiques et quantitatifs sur la polygamie, surtout par le professeur en assistance sociale, A. Al-Krenawi, examinent les effets préjudiciaux de la polygamie à l'extérieur du Canada et de la France, surtout dans les pays en plein développement.⁵⁰⁹ Il serait extrêmement difficile de tirer des conclusions

⁵⁰⁷ Debbie Palmer et Dr. David Perrin, *Keep sweet: children of polygamy*, Dave's Press, 2004; Wade C. Myers et Steve J. Brasington, « A Father Marries His Daughters: A Case of Incestuous Polygamy » (2002) 47:5 *Journal of Forensic Science* 1112–1116; Sylvie Fainzang et Odile Journet, *La femme de mon mari: étude ethnologique du mariage polygamique en Afrique et en France*, Paris, Editions L'Harmattan, 1988; Daphne Bramham, *The Secret Lives of Saints: Child Brides and Lost Boys in Canada's Polygamous Mormon Sect*, Toronto, Random House of Canada, 2009; Kathleen Tracy, *The secret story of polygamy*, Naperville, Sourcebooks, 2002.

⁵⁰⁸ Eve D'Onofrio, « Child Brides, Inegalitarianism, and the Fundamentalist Polygamous Family in the United States » (2005) 19:3 *Int J Law Policy Family* 373–394; Nicholas Bala, « Why Canada's Prohibition of Polygamy is Constitutionally Valid and Sound Social Policy » (2009) 25:2 *Canadian Journal of Family Law* 165; William Jankowiak, Monika Sudakov, et Benjamin Wilreker, « Co-Wife Conflict and Co-operation » (2005) 44:1 *Ethnology* 81–98; Janet Bennion, *Evaluating the effects of polygamy on women and children in four North American Mormon fundamentalist groups: an anthropological study*, Lewiston, Edwin Mellen Press, 2008; Nicholas Bala et Rebecca Jaremko Bromwich, « Context and Inclusivity in Canada's Evolving Definition of the Family » (2002) 16:2 *Int J Law Policy Family* 145–180; Nicholas Bala, « Controversy Over Couples in Canada: The Evolution of Marriage and Other Adult Interdependent Relationships » SSRN eLibrary, en ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=481003 ; Maura I. Strassberg, « Distinctions of Form or Substance: Monogamy, Polygamy and Same-Sex Marriage » (1996) 75 *NC L Rev* 1501; Fainzang et Journet, *op. cit.* note 472; Dena Hassounah-Phillips, « Polygamy and wife abuse : a qualitative study of Muslim women in America » (2001) 22:8 *Health Care for Women International* 735–748.

⁵⁰⁹ Alean al-Krenawi et E. S. Lightman, « Learning achievement, social adjustment, and family conflict among Bedouin-Arab children from polygamous and monogamous families », (2000) 140:3 *J Soc Psychol* 345–355; Alean Al-Krenawi et John R Graham, « A Comparison of

Family Functioning, Life and Marital Satisfaction, and Mental Health of Women in Polygamous and Monogamous Marriages », (2006) 52:1 Int J Soc Psychiatry 5–17; Alean Al-Krenawi, « A study of psychological symptoms, family function, marital and life satisfactions of polygamous and monogamous women: The Palestinian case », (2012) 58:1 Int J Soc Psychiatry 79–86; Alean Al-Krenawi, John R Graham, et Sivan Ben-Shimol-Jacobsen, « Attitudes Toward and Reasons for Polygamy Differentiated by Gender and Age Among Bedouin-Arabs of the Negev », (2006) 35:1 International Journal of Mental Health 46–61; Alean Al-Krenawi et John R Graham, « Polygamous Family Structure and Its Interaction with Gender: Effects on Children's Academic Achievements and Implications for Culturally Diverse Social Work Practice in Schools », (2001) 25:3 School Social Work Journal 1–16; Alean Al-Krenawi, « Polygyny and its Impact on the Psychological Well-being of Husbands », (2006) 37:2 Journal of Comparative Family Studies 173–190; Lev-Wiesel Rachel et Alean Al-Krenawi, « Perception of Family Among Bedouin-Arab Children of Polygamous Families as Reflected in their Family Drawings », (2000) 38:4 American Journal of Art Therapy 98–106; Alean Al-Krenawi et Vered Slonim-Nevo, « Psychosocial and familial functioning of children from polygynous and monogamous families », (2008) 148:6 J Soc Psychol 745–764; Alean Al-Krenawi, John R. Graham, et Salem Al-Krenawi, « Social Work Practice with Polygamous Families », (1997) 14:6 Child and Adolescent Social Work Journal 445–458; Julie Cwikel, Rachel Lev-Wiesel, et Alean Al-Krenawi, « The Physical and Psychosocial Health of Bedouin Arab Women of the Negev Area of Israel The Impact of High Fertility and Pervasive Domestic Violence », (2003) 9:2 Violence Against Women 240–257; Alean Al-Krenawi, John Graham, et Abuelaish Izzeldin, « The Psychosocial Impact of Polygamous Marriages on Palestinian Women », (2001) 34:1 Women & Health 1–16; Alean Al-Krenawi et Vered Slonim-nevo, « The Psychosocial Profile of Bedouin Arab Women Living in Polygamous and Monogamous Marriages », (2008) 89:1 The Psychosocial Profile of Bedouin Arab Women Living in Polygamous and Monogamous Marriages 139–149; Alean Al-Krenawi et John R Graham, « The story of bedouin-arab women in a polygamous marriage », (1999) 22:5 Women's Studies International Forum 497–509; Alean Al-Krenawi et Rachel Lev-Wiesel, « Wife Abuse Among Polygamous and Monogamous Bedouin-Arab Families », (2002) 36:3 Journal of Divorce Remarriage 151–165; Alean Al-Krenawi, « Women from Polygamous and Monogamous Marriages in an Out-Patient Psychiatric Clinic », (2001) 38:2 Transcultural Psychiatry 187–199; Stephen A. Kent, « A Matter of Principle: Fundamentalist Mormon Polygamy. Children, and Human Rights Debates », (2006) 10:1 Journal of Alternative and Emergent Religions 7–29; Varghese I. Cherian, « Academic Achievement of Children from Polygamous and Monogamous Families », (2001) 130:1 Journal of Social Psychology 117–119; Salman Elbedour, Anthony J Onwuegbuzie, et Mohammad Alatamin, « Behavioral problems and scholastic adjustment among Bedouin-Arab children from polygamous and monogamous marital family structures: some developmental considerations », (2003) 129:3 Genet Soc Gen Psychol Monogr 213–237; M. Kianpoor, N M Bakhshani, et N. Daemi, « Co-occurrence of Panic Disorder and Being a Wife in a Polygamous Family », (2006) 6:5 Journal of Medical Science 870–873; Sally Price, *Co-wives and calabashes*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1993; Raymond Hames, « Costs and benefits of monogamy and polygyny for Yanomamo women », (1996) 199:3 Ethology and Sociobiology 181–199; Tisha M Mitsunaga et al., « Extramarital sex among Nigerian men: polygyny and other risk factors. », (2005) 39:4 Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes 478–488; Walter Rasugu and Michael H. Boyle, « Family Structure and Child Mortality in Sub-Saharan Africa: Cross-National Effects of Polygyny », (2007) 69:2 Journal of Marriage and Family 528–543; Alean Al-krenawi, « Family Therapy with a Multiparental/Multispousal Family », (1998) 37:1 Family Process 65–81; Bishai David et Shoshana Grossbard, « Far Above Rubies: The Association Between Bride Price and Extramarital Sexual Relations in Uganda », (2007) IZA Discussion Paper 2982; Craig Hadley, « Is Polygyny a Risk Factor for Poor Growth Performance Among Tanzanian Agropastoralists? » (2005) 126 American Journal of Physical Anthropology 471–480; Nakanyike B. Muisis, « Women, "Elite Polygyny," and Buganda State Formation » (1991) 16:4 Women, Family, State, and Economy in Africa 757–786; Felicity Kaganas et Christina Murray, « Law, Women and the Family: the Question of Polygyny in a new South Africa », (1991) Acta Juridica 116–134; Michael Houseman, *Les épouses de mon père. propos de la polygamie en pays beti*, Ateliers, Labethno, 2009; Suleiman E. Dangor, « Literature and an Opinion Survey among Muslim Women in Contemporary South Africa: A Case Study »,

de ces études hors contexte de la culture et du pays des sujets examinés. Ce qui nous intéresse ici, c'est la polygamie dans le cadre d'une culture occidentale, avec des lois qui renforcent les droits fondamentaux, comme l'égalité et la liberté.

Il serait donc essentiel d'appréhender la polygamie dans le contexte des pays occidentaux et de ne pas tirer de conclusions seulement de la recherche faite en Afrique ou en Asie. Ceci a d'ailleurs été souligné par plusieurs auteurs qui examinaient la polygamie dans des circonstances spécifiques et qui suggéraient tous et sans exception de ne pas transférer

(2001) 21:1 *Journal of Muslim Minority Affairs* 109–129; Inge Wittrup « Me and my husband's wife: an analysis of polygyny among Mandinka in the Gambia », (1990) 32 *Folk* 117–139; Mustafa Ozkan et al., « Mental Health Aspects of Turkish Women from Polygamous Versus Monogamous Families », (2006) 52:3 *Int J Soc Psychiatry* 214–220; Lillian Tibatemwa-Ekirikubinza, « Multiple Partnering, Gender Relations and Violence by Women in Uganda », (1998) 4:1 *Journal of Peace & Human Rights* 15–40; Sami Hamdan, Judy Auerbach, et Alan Apter, « Polygamy and mental health of adolescents », (2009) 18:12 *European Child & Adolescent Psychiatry* 755–760; Stephen Obeng Gyimah, « Polygynous marital structure and child survivorship in sub-Saharan Africa: some empirical evidence from Ghana », (2009) 68:2 *Soc Sci Med* 334–342; Daniel W. Sellen, « Polygyny and child growth in a traditional pastoral society », (1999) 10:4 *Human Nature* 329–371; Festus Ukwuani, Gretchen Cornwell, et Chirayath Suchindran, « Polygyny and child survival in Nigeria: Age-dependent effects », (2002) 19:2 *Journal of Population Research* 155–171; Foster K. Amey, « Polygyny and child survival in West Africa », (2002) 49:1–2 *Soc Biol* 74–89; Riley Bove et Claudia Vallenggia, « Polygyny and women's health in sub-Saharan Africa », (2009) 68:1 *Soc Sci Med* 21–29; Beverly I. Strassmann, « Polygyny as a risk factor for child mortality among the Dogon » (1997) 38 : 4 688; Michèle Tertilt, « Polygyny, Women's Rights, and Development » (2006) 4 : 2-3 *Journal of the European Economic Association* 523–530; Victor Agadjanian et Alex Chika Ezech, « Polygyny, Gender Relations, and Reproduction in Ghana », (2000) 31:4 *Journal of Comparative Family Studies* 427–441; Mhairi A Gibson et Ruth Mace, « Polygyny, reproductive success and child health in rural Ethiopia: why marry a married man? », (2007) 39 : 2 *J Biosoc Sci* 287–300; Mariam Sultan Abdullah Al-Shamsi et Leon C. Fulcher, « The impact of polygamy on United Arab Emirates' first wives and their children », (2005) 1 *International Journal of Child and Family Welfare* 46–55; Harounan Kazianga et Stefan Klonner, « The Intra-household Economics of Polygyny: Fertility and Child Mortality in Rural Mali », (2006) non-publié; Adam Pellillo, « The Link Between Polygyny and Child Mortality », (2011) *Mortality* 1–44; AJ Gage-Brandon, « The Polygyny-Divorce Relationship: A Case Study of Nigeria », (1992) 54:2 *Journal of Marriage and Family* 285–292; Weitzman Geri, « Therapy with Clients Who Are Bisexual and Polyamorous », (2006) 6:1/2 *Journal of Bisexuality* 137–164; K Chaleby, « Traditional Arabian marriages and mental health in a group of outpatient Saudis », (1988) 77:2 *Acta Psychiatr Scand* 139–142; Remi Clignet and Joyce Sween, « Urbanization, plural marriage, and family size in two African cities », (1974) 1:2 *American Ethnologist* 221–242; Penelope Andrews, « Who's Afraid of Polygamy? Exploring the Boundaries of Family, Equality and Custom in South Africa », (2009) *Utah Law Review* 351; Dominique Meekers et Nadra Franklin, *Women's perceptions of polygyny among the Kaguru of Tanzania*, Women in International Development, Michigan State University, 1997; Mulder Borgerhoff, « Women's strategies in polygynous marriage: Kipsigis, Datoga, and other East African cases », (1991) 3:1 *Human Nature* 45–70.

leurs résultats à d'autres circonstances culturelles.⁵¹⁰ Malheureusement, trop souvent les résultats des recherches sur la polygamie ailleurs au monde sont acceptés comme s'appliquant aux circonstances des polygames vivant au Canada ou en France. Le juge Bauman par exemple, dans l'affaire *Blackmore*, donne beaucoup plus de poids à la preuve d'experts sur la polygamie hors du Canada, mais n'accepte pas la preuve sur la polygamie contemporaine au pays.⁵¹¹ Cette approche n'est à notre avis pas adéquate pour justifier l'appui continu de la criminalisation de la polygamie.⁵¹² Trop souvent on néglige que les abus décrits existent surtout à cause de la présence de certains facteurs qui favorisent en même temps la polygynie dans ces pays, comme les raisons écologiques, économiques, familiales, culturelles ou reliées aux guerres⁵¹³ - des raisons pour lesquelles beaucoup de ces familles veulent d'ailleurs vivre au Canada et en France.

Sans être en présence d'une grande quantité de recherche transférable, il faudrait donc se servir des rares études sur la vie des familles polygamiques en France et au Canada, comme celle faite par la professeure de droit A. Campbell.⁵¹⁴ Dans son étude publiée en 2009, Campbell s'entretint avec treize femmes mormones polygamiques à Bountiful en Colombie-Britannique, et nous avouons que le nombre des femmes interviewées est

⁵¹⁰ Clignet Remi et Joyce A. Sween, « For a Revisionist Theory of Human Polygyny », (1981) 6 : 3 *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 445–468; Lotfy A.M. Al-Sherbiny, « The Case of First Wife in Polygamy: Description of an Arab Culture-Specific Condition », (2005) 8 *Arabpsynet eJournal* 18–26; Connie M. Anderson, « The Persistence of Polygyny as an Adaptive Response to Poverty and Oppression in Apartheid South Africa », (2000) 34:2 *Cross-Cultural Research* 99–112.

⁵¹¹ Beverly Baines, « Polygamy ruling should trouble feminists », *The Toronto Star*, (28 novembre 2011), en ligne : <<http://www.thestar.com/opinion/editorialopinion/article/1093907--polygamy-ruling-should-trouble-feminists> .

⁵¹² Angela Campbell, « Bountiful Voices », (2009) 42:2 *Osgoode Hall Law Journal* 183-234 [Campbell, « Bountiful Voices »].

⁵¹³ Douglas R. White et Michael L. Burton, « Causes of Polygyny: Ecology, Economy, Kinship, and Warfare », (1988) 90:4 *American Anthropologist* 871–887; L.L. Betzig, « Despotism and differential reproduction: A cross-cultural correlation of conflict asymmetry, hierarchy, and degree of polygyny » (1982) 3:4 *Ethology and Sociobiology* 209–221; Robert Leckey, « Following Same-Sex Marriage : Redefining Marriage and the Impact for Polygamy », (2007) *Les ateliers de l'éthique*; Satoshi Kanazawa et Mary C. Still, « Why Monogamy? » (1999) 78:1 *Social Forces* 25–50.

⁵¹⁴ Campbell, « Bountiful voices », *op. cit.* note 510.

encore restreint. Mais malgré ce petit nombre, l'étude de Campbell offre une autre image des femmes polygamiques occidentales :⁵¹⁵

« Les participantes se révélaient comme réfléchies, s'exprimant aisément et sensibles aux distinctions et aux parallèles entre leurs vies et celles des femmes à l'extérieur de Bountiful. Aujourd'hui, on pourrait caractériser d'actifs, de délibérés et servant leurs propres intérêts leurs choix concernant le mariage, la reproduction, le domicile, le travail et l'éducation. Leurs histoires sont nuancées et dynamiques.

[...]

Évidemment, ces aperçus ne relèvent pas vraiment du droit. Mais, comme les récits livrés par les participantes, leur intérêt est de montrer que cette communauté est plutôt non-exotique et ordinaire en ce qui concerne ces aspects importants. En effet, nous pourrions probablement trouver des cas similaires dans n'importe quelle communauté à travers le pays, surtout dans une communauté située à la campagne ou une communauté exposée à l'examen public. »

Nous pensons qu'il est important de retenir qu'on ne peut pas examiner seulement les études sur la polygamie qui servent à brosser une image visant à interdire cette pratique.⁵¹⁶ Il faut tenter de voir l'image dans son ensemble et toutes les expériences variées des femmes dans le contexte d'une société occidentale, et non pas seulement analyser les rapports des femmes polygamiques qui vivent dans les pays du Moyen Orient, de l'Asie ou de l'Afrique.

En 2010, Campbell, avec un certain recul sur ses interviews, conclut comme suit :⁵¹⁷

⁵¹⁵ *Ibid.*, à la page 227 (notre traduction).

⁵¹⁶ Pour une étude qui raconte une histoire contraire aux recherches souvent citées, voir: Crystal Patil et Craig Hadley, « Symptoms of Anxiety and Depression and Mother's Marital Status: An Exploratory Analysis of Polygyny and Psychosocial Stress », (2008) 20:4 Am J Hum Biol. 475-7. Les chercheurs trouvent qu'il n'y a aucune association entre la dépression et le stress, et la forme de mariage. Un autre étude les même peuples que Prof. Al-Krenawi et conclut le contraire de ses vastes recherches: Annemarie Profanter et Stephanie Ryan Cate, « Deal justly with them ...: (in)justice in polygyny - the male perspective », (2009) 149:3 J Soc Psychol. 223-241.

⁵¹⁷ Campbell, « Bountiful voices », *op. cit.* note 510 (notre traduction).

« Tandis qu'une féministe occidentale, urbaine pourrait percevoir l'expérience matrimoniale d'une femme polygamique comme très imparfaite, les histoires des femmes polygamiques présentées ici suggèrent qu'elles se voient d'une façon qui leur est particulière et qu'elles font des choix incluant la possibilité de se sortir d'un mariage polygamique malheureux. Ainsi, en tant que juriste réfléchissant sur l'approche du droit à la polygamie, ces messages sont pertinents afin de pouvoir évaluer si les prémisses sur lesquelles le droit se base représentent adéquatement la diversité conjugale et les options qui pourraient exister dans une communauté comme Bountiful. »

En résumé, le petit nombre des travaux de terrain⁵¹⁸ et de rapports⁵¹⁹ qui s'appliquent à la polygamie occidentale ne mène pas aux mêmes conclusions que l'analyse des sources de l'extérieur des pays occidentaux. La preuve des études au Canada relative aux effets préjudiciables à l'encontre de la polygamie est, au mieux, ambiguë,⁵²⁰ et nous déconseillons, encore une fois, d'utiliser des études venant d'un contexte culturel différent comme cela se fait encore et encore dans la jurisprudence et dans la doctrine existante.

Au contraire, nous encourageons les juges et les juristes à approfondir la recherche sur les personnes affectées en France et au Canada pour obtenir un tableau plus complet des effets de la polygamie dans ces pays. Analyser les sources secondaires qui pourraient s'appliquer nous semble également pertinent. Sans aller dans le détail, nous sommes déjà en

⁵¹⁸ Campbell, « Bountiful voices », *op. cit.* note 510; M. M. Tabi, C. Doster, and T. Cheney, « A qualitative study of women in polygynous marriages », (2010) 57:1 *International Nursing Review* 121–127; Donatus Ojiakudiniro Owuamanam, « 'Adolescents' Perception of Polygamous Family and Its Relationship to Self-Concept », (1984) *International Journal of Psychology* 593–598; Sangeetha Madhavan, « Best of Friends and Worst of Enemies: Competition and Collaboration in Polygyny », (2002) 41:1 *Ethnology* 69–84; Campbell, *op. cit.* note 483; Duncan, « Effects », *op. cit.* note 450.

⁵¹⁹ The Fraser Institute, *Report Card on British Columbia's Elementary Schools 2011*, (7 février 2011); Wendy Stueck, « School in polygamous community near top of Fraser Institute's rankings », *The Globe and Mail*, (7 février 2011), en ligne : <<http://www.theglobeandmail.com/news/national/british-columbia/school-in-polygamous-community-near-top-of-fraser-institutes-rankings/article1898177/>> [Stueck, « Fraser »]; Philip Leroy Kilbride, *Plural Marriage for Our Times: A Reinvented Option?*, Westport, Greenwood Publishing Group, 1994.

⁵²⁰ Dan Otter, *In Defense of Plural Marriage*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

présence de certaines sources secondaires qui mettent en perspective ou contredisent plusieurs des préjugés supposément directement liés à la polygamie. Par exemple, il faut noter que les résultats des élèves de l'école primaire pour les enfants des familles polygamiques à Bountiful en Colombie-Britannique sont parmi les meilleurs de la province.⁵²¹ Rappelons-nous aussi encore une fois que c'étaient les femmes polygamiques de l'Utah qui s'étaient organisées dans un des premiers mouvements féministes.⁵²² Enfin, il y a d'autres études qui démontrent que le bien-être des enfants n'a probablement rien à voir avec la forme de la relation entre des parents, mais qu'il est plutôt important qu'*au moins* deux adultes compatissants s'occupent des enfants.⁵²³ Selon ces études, les facteurs les plus importants pour éliminer des préjugés sont la disponibilité de ressources, si l'enfant a été voulu ou non, le degré de compassion, l'environnement de vie, la qualité des écoles et l'accès aux services de la santé.⁵²⁴ En effet, encore d'autres études démontrent que le nombre de pères ou mères dans une famille semble jouer un rôle mineur en ce qui concerne les préjugés.⁵²⁵

Pour résumer, nous nous opposons donc à l'utilisation de sources provenant d'un contexte culturel complètement différent de celui du Canada et de la France, même si nous avons seulement peu d'accès aux études sur les familles polygamiques qui vivent dans les pays occidentaux. Afin de pouvoir évaluer les effets de la polygamie dans les circonstances occidentales, nous encourageons à approfondir les recherches sur le terrain, à utiliser toutes les sources, incluant les sources secondaires, et à montrer tous les côtés de cette discussion centrale.

⁵²¹ Stueck, « Fraser », *op. cit.* note 519.

⁵²² Joan Iversen, « Feminist Implications of Mormon Polygyny », (1984) 10 *Feminist Studies* 504–524.

⁵²³ Voir par exemple l'exposé dans l'affaire *Bahr v. Miike*, No. 91-1394-05, (1996) WL 694235 (Hawaii Cir. Ct. Dec. 3, 1996), en ligne: <<http://www.qrd.org/qrd/usa/legal/hawaii/baehr/1997/brief.doctors.of.sociology-06.02.97>> .

⁵²⁴ Polikoff, *op. cit.* note 141, à la page 73.

⁵²⁵ David Fein et Theodora Ooms, « What do we Know about Couples and Marriage in Disadvantaged Populations? Reflections from a Researcher and a Policy Analyst », Annual Research Conference of the Association for Public Policy Analysis and Management, Washington D.C., 3-5 novembre 2005, en ligne: <<http://www.clasp.org/resources-and-publications/archive/0203.pdf>> [Fein et Ooms, « What do we Know »].

C) Raisonement post hoc

Le dernier type de raisonnement qui, de notre point de vue, démontre un manque de causalité prouvé entre la pratique de la polygamie et les préjudices allégués, est ce que les juristes appellent l'erreur *Post hoc, ergo propter hoc* (latin pour : à la suite de cela, donc à cause de cela). Cette erreur ressemble beaucoup à l'effet cigogne, mais il s'agit plutôt d'une analyse plus ciblée sur la cause et l'effet, et non de corrélation générale plus vague. Cette erreur a été bien explorée par la professeure en droit S. M. Sigman.⁵²⁶ Sigman soutient que l'assertion stipulant que la polygynie cause l'inégalité des sexes ou la faible condition des femmes dans n'importe quelle société n'est pas prouvée du tout.⁵²⁷ Selon la professeure, le fait qu'on trouve la polygynie dans des pays qui maltraitent les femmes, ne veut pas dire que la pratique elle-même est la cause de l'inégalité des sexes.⁵²⁸ Elle souligne que ce sont souvent les limitations au droit de propriété qui discriminent les femmes, ce qui peut être facilité par le style de vie polygame, mais pas nécessairement.⁵²⁹

Au contraire, la recherche de Sigman révélait que dans les sociétés dans lesquelles la polygamie aide les femmes à avoir accès aux ressources économiques des hommes qu'elles épousent, il existe en effet moins de discrimination envers les femmes. Il est vrai que Sigman trouvait que dans certaines familles, la polygamie représentait plutôt un *optimum de Pareto*, cela veut dire que l'augmentation du bien-être économique de la femme impliquait la réduction d'autres droits des membres de la famille.⁵³⁰ Mais dans

⁵²⁶ Sigman, « Everything », *op. cit.* note 13, à la page 164.

⁵²⁷ Peter Bretschneider, *Polygyny: A Cross-cultural Study*, Uppsala, Acta Universitatis Upsaliensis, 1995 à la page 183.

⁵²⁸ Douglas R. White, « Rethinking Polygyny: Co-Wives, Codes, and Cultural Systems », (1988) 29 *Current Anth.* 529, à la page p. 558, Voir aussi: Sondra Hale, « Gender and economics; Islam and Polygamy - a question of causality », (1995) 1:2 *Feminist Economics*, aux pages 67-79.

⁵²⁹ Remi Clignet et Joyce A. Sween, « For a Revisionist Theory of Human Polygyny », (1981) 6 *SIGNS* 445, aux pages 452-63.

⁵³⁰ Valerie Moller et Gary John Welch, « Polygamy, Economic Security and Well-Being of Retired Zulu Migrant Workers », (1990) 5 *J. Cross-cultural Gerontology* 205, à la page 208.

beaucoup d'autres cas, comme chez les Premières Nations aux États-Unis, il y avait un bénéfice commun pour tous les membres de la famille.⁵³¹

Encore une fois, il serait avantageux de mettre en lumière toutes les perspectives de la polygamie, surtout et si possible en ce qui concerne la polygamie dans les pays occidentaux. Nous ne sommes pas convaincus que la jurisprudence et la doctrine aient démontré qu'il existe une causalité entre les préjudices subis par les membres des familles polygamiques et le style de vie polygame en-soi dans le pays occidentaux. Pour être juste, même s'il y a une certaine corrélation, elle ne semble pas être significative et dans le cadre de ce qu'on peut aussi observer dans certaines familles monogamiques.

2. Justification imprécise de la prohibition

Si nous concluons qu'il existe un manque de causalité clair entre les préjudices subis et la polygamie, on doit en déduire que les justifications soutenant une interdiction deviennent imprécises et illogiques. Cette justification imprécise se manifeste de deux façons à travers la législation et la jurisprudence. Premièrement, l'imprécision de la prohibition affecte négativement l'économie du droit, cela signifie que l'interdiction de la polygamie est une punition proportionnellement très sévère et coûteuse pour combattre un « crime » vague et ambigu. Deuxièmement, on doit se demander comment les législateurs en France et au Canada peuvent accepter des relations quasi-polygamiques et tolérer la polygamie dans certaines circonstances si les préjudices sont assez sérieux pour justifier une prohibition.

⁵³¹ John H. Moorehead, « The Developmental Cycle of Cheyenne Polygyny », (1991) 15 Am. Indian Q. 311.

A) La fin ne justifie pas les moyens

La justification vague de l'interdiction de la polygamie demande d'examiner cette prohibition du droit pénal et civil sous l'angle de l'économie du droit. Sans devoir se lancer dans une analyse détaillée, le concept de l'économie du droit est une idée de la *Common Law*.⁵³² Une analyse selon l'économie du droit a d'un côté pour but d'expliquer la raison d'être des lois spécifiques en les reliant aux effets sociaux qu'elles produisent et, d'un autre côté, elle propose de juger l'à-propos des règles à l'aune de ces effets.

Premièrement, n'oublions pas que d'un point de vue global, et encore plus au Canada et en France, la polygamie est un phénomène plutôt rare, et ceci même dans les pays où elle est complètement légale.⁵³³ À cause de son occurrence exceptionnelle, nous avons beaucoup de difficulté à constater qu'elle puisse représenter un danger répandu pour les pays occidentaux. En effet, globalement, les études et les statistiques démontrent que la pratique de la polygamie va probablement disparaître entièrement dans les prochaines décennies,⁵³⁴ et il est parfois difficile de comprendre pourquoi il existe un tel effort et une telle allocation de ressources pour renforcer sa prohibition.

Deuxièmement, le concept, et donc la prohibition de la polygamie même, sont vagues. D'un côté, comment déterminer si nous sommes en présence d'une relation polygamique avec l'interprétation limitée qui est offerte par les lois pénales et civiles ? Il est quasiment impossible de démontrer en Cour qu'il s'agit d'une vraie relation polygamique, à moins que les accusés n'admettent avoir célébré un mariage polygamique, ou qu'on prouve une telle célébration. N'oublions pas qu'en droit pénal, il ne doit pas avoir de doute raisonnable. En réalité, cette célébration sur le territoire des deux pays n'est pas valable au Canada et en France. Plusieurs auteurs pensent que le terme « polygamie » est tellement vague de nos jours, que la

⁵³² *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en ligne (2011) Stanford encyclopedia of Philosophy : <<http://plato.stanford.edu>>, *sub verbo* «The Economic Analysis of Law ».

⁵³³ Levine et Sangree, *op. cit.* note 105.

⁵³⁴ D. Tyagi, « Looking at Polyandry - A Dying or Dead Social Institution in India », (1997) 77 *Man in India* 329.

prohibition devrait être « nulle pour imprécision » et qu'au Canada, pour cette seule raison elle est à l'encontre de l'article 7 de la *Charte*, qui se lit : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. »⁵³⁵

D'un autre côté, comment exclure toute sorte d'autres relations si on applique une interprétation vaste ? Selon la professeure en droit Susan Drummond, l'interdiction va surtout à l'encontre du concept de prévisibilité⁵³⁶ et elle se réfère à l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*,⁵³⁷ de la Cour Suprême du Canada. Selon la Cour, la théorie de l'imprécision comme suit :⁵³⁸

« La théorie de l'imprécision peut donc se résumer par la proposition suivante : une loi sera jugée d'une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire. Cet énoncé de la théorie est le plus conforme aux préceptes de la primauté du droit dans l'État moderne et il reflète l'économie actuelle du système de l'administration de la justice, qui réside dans le débat contradictoire. »

Dans cette affaire, la cour cite aussi la Cour Européenne des Droits de l'Homme, qui avait précisé le concept de prévisibilité :⁵³⁹

« Aux yeux de la Cour, les deux conditions suivantes comptent parmi celles qui se dégagent des mots "prévues par la loi". Il faut d'abord que la "loi" soit suffisamment accessible : le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une "loi" qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à

⁵³⁵ Drummond, « Polygamy », *op. cit.* note 299, à la page 322; *Charte canadienne*, *op. cit.* note 92, art. 7.

⁵³⁶ Drummond, « Polygamy », *Ibid.*, à la page 326.

⁵³⁷ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, 1992 2 CSC 606.

⁵³⁸ *Ibid.*

⁵³⁹ *Sunday Times* (1978) 30 CEDH (Sér A) 40.

même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue : l'expérience la révèle hors d'atteinte. En outre la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique. »

En tenant compte de ces définitions, la professeure Drummond pense qu'une interdiction générale de la polygamie est donc trop vaste, surtout quand on considère en même temps la définition très précise et limitante du mariage en France et au Canada. Comme nous l'avons vu, le législateur est forcé de reconnaître des situations qui ne constituent techniquement pas un mariage polygamique, mais qui en effet pourraient l'être, puisque les conjoints de fait ont souvent un statut similaire au mariage. Comment qualifier un homme marié, mais séparé, qui commence à vivre avec une autre femme et qui donc crée des obligations de régime matrimonial, si ce n'est un polygame ? Et qu'en est-il des relations polyamoureuses dont on avait parlé auparavant ? Selon Drummond, la portée de la loi est donc trop large pour pouvoir justifier une limitation des droits fondamentaux.⁵⁴⁰ Inversement, une application stricte rend la loi inutilisable, puisque nous avons observé que la grande majorité des mariages polygamiques est célébrée en secret en France et au Canada.

Une limitation considérable du droit fondamental de la liberté au Canada et en France à cause d'une loi avec une définition vague, un renforcement pratique difficile et une application extrêmement rare en pratique ne constituent pas, à notre avis, un bon choix d'un point de vue d'économie de droit. Les bénéfices de la loi pour la société sont très ambigus, particulièrement si l'on considère qu'il n'est pas avéré, comme nous avons essayé de le démontrer, que la polygamie constitue en soi une source de préjudice pour les familles qui la pratiquent.

⁵⁴⁰ Drummond, « Polygamy », *op. cit.* note 299, à la page 327.

B) Inefficacité de la prohibition comme telle

Si les lois prohibant la polygamie sont vagues et pas très économiques d'un point de vue juridique, c'est d'ailleurs et surtout à cause de la pratique secrète de la polygamie que l'on se rend compte de l'inefficacité de l'interdiction, puisque, interdite ou non, elle est pratiquée de toute façon.⁵⁴¹ Rien ne peut dissuader les personnes polygamiques de se marier symboliquement, même si la célébration n'est pas reconnue par la loi. En effet, il est difficile, si non impossible, de trouver une personne en France qui a été punie d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende comme le prescrit le *Code pénal*. La situation est identique au Canada, où, malgré la criminalisation de la polygamie, la prohibition n'a pas eu d'effets considérablement dissuasifs sur les personnes qui veulent la pratiquer :⁵⁴²

« L'échec des autorités étatiques d'implémenter les lois anti-polygamiques a perpétué les abus contre les femmes et les enfants des sectes fondamentalistes. Légaliser la polygamie pourrait partiellement alléger cette cruauté et aider les états en leur permettant d'avoir plus facilement accès à la preuve qui est difficile à obtenir, à promouvoir l'adoption de nouveaux règlements adaptables aux nouveaux modèles de familles, et à donner la chance aux communautés polygamiques de s'intégrer à la société. »

En effet, dans toute l'histoire du Canada il y a eu jusqu'à aujourd'hui seulement eu deux poursuites en vertu du *Code criminel* couronnées de succès.⁵⁴³ Comment prouver un mariage polygamique qui a été célébré en secret ? Quel procureur serait prêt à dédier des ressources précieuses à la recherche de la preuve qu'un lien polygamique existe entre deux adultes consentants ?

⁵⁴¹ Metz, *op. cit.* note 159 aux pages 4–5; Martha Bailey et al., « Expanding Recognition of Foreign Polygamous Marriages: Policy Implications for Canada » (2006) SSRN eLibrary, en ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1023896 .

⁵⁴² Duncan, « Effects », *op. cit.* note 450, à la page 336 (notre traduction).

⁵⁴³ *The Queen v. Bear's Shin Bone* (1899), 3 CCC 329 (NWTSC); *R. v. Harris* (1906), 11 C.C.C. 254 (Qc. S.C.P.).

Certes, la France refuse régulièrement la carte de séjour et la naturalisation aux épouses ou époux polygamiques, et le Canada a adopté une législation pour agir de même.⁵⁴⁴ Mais sans l'intermédiaire de ces lois, l'interdiction de la polygamie est complètement inefficace, ce qui soulève la question de savoir si c'est vraiment la polygamie qui constitue un problème pour le législateur, ou si ce sont certains groupes d'immigrants qui ne sont pas bienvenus. Et, « [a]u bout du compte, très peu de choses se sont dites sur les risques que pouvait produire le retrait de titre ou son non renouvellement pour les maris bien sûr, mais avant tout pour les épouses que l'on affirmait vouloir d'abord protéger. Il faut bien avouer que les débats n'ont guère pris de l'altitude. »⁵⁴⁵ Effectivement, nous avons vu que les législateurs français et canadiens ne font pas vraiment secret du fait que la polygamie va à l'encontre de leur compréhension de ce qui est la culture occidentale et, à un certain degré, l'ordre public et les bonnes mœurs. Mais comment consolider cette position avec autres pratiques conjugales tolérées dans ces sociétés ?

⁵⁴⁴ *Loi sur la tolérance zéro*, op. cit. note 8.

⁵⁴⁵ Nathalie Ferré, « Quand la polygamie est entrée dans la loi », (2001) 51:4 *Plein droit* 8-9.

Chapitre II : Absence de neutralité de droit

En droit, comme d'ailleurs dans la « vraie vie », le message est toujours influencé par celui qui le transmet. Dans ce sens, et selon l'analyse critique, le droit n'est jamais vraiment « neutre », et il y a presque toujours une intention cachée derrière chaque législation. Dans le cas de la prohibition de la polygamie, on peut certainement d'abord détecter une certaine hypocrisie législative et ensuite offrir un autre historique menant à la création des lois anti-polygamiques.

1. Hypocrisie législative

A) Libéralisation du mariage

Selon toute vraisemblance et à parler vrai, la prohibition de la polygamie est sans doute marquée par une hypocrisie flagrante. Mettons à côté les effets de la polygamie sur les droits personnels et les préjudices prétendument causés par la polygamie - pourquoi est-ce que la polygamie est interdite quand pratiquement toute autre relation entre adultes consentants est permise ? Selon nous, le fait qu'une pratique soit simplement inacceptable pour la majorité ne constitue pas automatiquement un danger à l'ordre public. L'adultère, le mariage homosexuel, les conjoints de fait et le PACS ne représentent probablement pas la majorité des relations en France et au Canada, mais elles sont permises.⁵⁴⁶ Nous adoptons l'interrogation des juristes M.-F. Bureau et K. Désilets :⁵⁴⁷

« En effet, selon la logique de la pente glissante, la reconnaissance de la polygamie suivrait nécessairement celle du mariage homosexuel. Du point de vue strict du droit à l'égalité, cela semble rationnel, en effet. Pourquoi ne pas

⁵⁴⁶ Simon Căbulea May, « *Liberal Feminism and the Ethics of Polygamy* », dans Daniela Cutas et Sarah Chan (éd), *Exploding the Nuclear Family Ideal*, London, Bloomsbury Academic, 2012; Marie-France Bureau et Kim Désilets, « Du mariage gai à la polygamie: triomphe du droit à l'égalité ? » (2010) 89 La Revue du Barreau Canadien [Bureau et Désilets, « Triomphe »]; Bruce Baum, « Feminism, Liberalism and Cultural Pluralism: J.S. Mill on Mormon Polygyny » (1997) 5:3 Journal of Political Philosophy 230–253.

⁵⁴⁷ Bureau et Désilets, « Triomphe », *Ibid.*, à la page 53.

remettre en question le nombre, après le sexe des partenaires? »

Selon nous, tout dépend de la personne qui pose la question et le moment dans l'histoire où elle la pose. Notre société ne se souvient quasiment plus d'un temps où l'adultère était considéré comme tellement grave qu'il détruisait considérablement la réputation d'une personne - de nos jours il semble anodin de lire les escapades intimes des législateurs, des présidents et des vedettes. Est-ce qu'il est donc surprenant que l'adultère soit considéré comme une peccadille juridique ?

Le mouvement lesbien, gay, bisexuel et transsexuel (LGBT) a en revanche dû mener un combat militant pendant des décennies avant de pouvoir faire entendre sa cause. Il n'y a pas si longtemps, un mariage entre les personnes du même sexe semblait une idée complètement abstraite et inconcevable. Mais, nous supposons que statistiquement un nombre néanmoins considérable de personnes aux plus hautes fonctions du pouvoir politique doit être lesbien, gay, bisexuel ou transsexuel, ou au moins connaître des personnes LGBT. Éventuellement, ces personnes directement affectées ont pu se faire entendre, et ceci parce que elles étaient au pouvoir ou en relation avec des personnes au pouvoir. Par contre, pour les personnes concernées par la polygamie, il est beaucoup plus difficile en ce moment de se mobiliser et de prendre publiquement la parole. Leur nombre n'est pas significatif, et elles ne sont pas proches du pouvoir - ni en France, ni au Canada.

Les défenseurs du mariage monogamique le sont d'ailleurs et jusqu'à nos jours, ils réussissent à convaincre les législateurs que le mariage monogamique est la meilleure façon de combattre tous les préjugés et les désavantages qui pourraient affecter une famille. Cette logique est ce que la

professeure en droit V. Hamilton appelle « la diversion du mariage ».⁵⁴⁸ Pour les législateurs il s'agit donc d'une solution simple - au lieu d'allouer des ressources pour combattre les préjudices et les désavantages qui pourraient affecter les familles polygamiques, il est beaucoup plus facile de réclamer que le mariage monogamique représente la solution simple pour éliminer tous ces problèmes. Mais, nous l'avons vu, la corrélation et la causalité sont deux choses différentes, et la professeure Hamilton soumet .⁵⁴⁹

« Prendre soin des autres est un élément important pour le développement d'une population éduquée et productive. Le support économique et le bien-être sont essentiels pour prendre soin des autres. L'intérêt public dans ces fonctions - exécutées à l'intérieur et à l'extérieur du mariage - demande un certain degré d'implication du gouvernement. Néanmoins, le fait d'utiliser le mariage comme moyen pour produire ces deux fonctions reliées est maladroit. Réglementer le mariage veut dire qu'on réglemente des domaines dans lesquels l'État ne devrait pas être impliqué - en particulier les aspects concernant l'expressiion, la compassion, la sexualité et la procréation dans la relation maritale ou conjugale. Au lieu de souligner l'importance du mariage, l'État devrait promulguer des politiques ciblées soigneusement afin de soutenir la prise en charge et le bien-être économique de ses citoyens. »

Nous souscrivons à la conclusion du professeur R. C. Den Otter, qui conclut dans le même esprit que « après tout, si nous trouvons que les mariages traditionnels monogamiques sont intrinsèquement inégaux ou évoquent souvent des choix non-autonomes, les interdire sur ce seul fait serait clairement une violation inacceptable de la liberté de deux personnes qui veulent se marier. Peut-être qu'on peut dire la même chose des mariages polygamiques ... ». ⁵⁵⁰ Cette perspective aurait encore une fois plus de sens, quand on considère que les législateurs en France et au Canada acceptent déjà largement les relations quasi-polygamiques.

⁵⁴⁸ Vivian E. Hamilton, « Mistaking Marriage for Social Policy », (2004) 11 Virginia Journal of Social Policy and the Law 307 [Hamilton, « Mistaking Marriage »].

⁵⁴⁹ *Ibid.*, à la page 368 (notre traduction).

⁵⁵⁰ Otter, *op. cit.* note 518 (notre traduction).

B) L'acceptation de la quasi-polygamie et les bonnes mœurs

Nous avons noté qu'en France et au Canada le mariage polygamique est reconnu en certaines circonstances, en particulier quand il s'agit de décider sur une succession ou sur la nature d'un régime matrimonial. De plus, nous avons vu que pour les pensions et les allocations veuvage, les tribunaux ont parfois aussi reconnu les relations de concubinage même si la personne impliquée était encore mariée. Cette réalité laisse effectivement conclure qu'il y a acceptation des relations polygamiques de fait par les Cours en France et au Canada. Si l'adultère peut alors créer des relations de droit entre les personnes qui le « commettent », pourquoi ce ne serait pas le cas avec les relations polygamiques ?

D. Allix, Avocat général à la Cour de cassation en service extraordinaire, note comme suit :⁵⁵¹

« Ni la libéralisation des mœurs et la dépénalisation de l'adultère, ni la reconnaissance légale du concubinage sous toutes ses formes dont le PACS constituait l'ultime avancée puisqu'ouvert à des personnes de même sexe, comme l'est désormais le mariage, ni le divorce pour altération définitive du lien conjugal (après deux ans seulement de séparation), n'induisaient pourtant une telle décision. L'adultère qui n'est plus une cause péremptoire de divorce depuis la loi du 11 juillet 1975 et qui est devenu une composante possible, sinon admise et tolérée, de l'histoire d'un couple marié, ne suscite plus, assurément, la même réprobation morale qu'autrefois ; mais la majorité du corps social – la morale des honnêtes gens – y voyait encore une entorse aux bonnes mœurs. »

Sans vouloir nous répéter, nous avons entendu à maintes reprises les juristes et les juges français dire que le mariage polygamique allait à l'encontre des bonnes mœurs et des valeurs de la civilisation européenne. Mais l'adultère ne constitue-t-il pas une autre forme de relation polygamique ?

⁵⁵¹ Dominique Allix, « À propos du mariage et des bonnes mœurs », dans Brigitte Basdevant-Gaudemet et Nathalie Goedert (éds.), *Les univers du droit - Mélanges en hommage à Claude Bontems*, Paris, L'Harmattan, 2013, à la page 19.

Que ce soit considéré comme vrai ou pas, la juridiction française ne semble pas avoir d'objection à reconnaître que l'infidélité conjugale ne s'oppose pas aux bonnes mœurs. La Cour de cassation trouvait très récemment que « l'évolution des mœurs comme celle des conceptions morales ne permettent plus de considérer que l'imputation d'une infidélité conjugale serait à elle seule de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération ».⁵⁵²

La haute juridiction française a en effet entériné une évolution jurisprudentielle notable en jugeant que l'infidélité conjugale n'est plus « contraire à la représentation commune de la morale ».⁵⁵³ La décision du tribunal résultait d'un contentieux opposant le député de l'Assemblée Nationale Patrick Devedjian au magazine *Point de vue*. Un article du magazine évoquait une relation extraconjugale entre Devedjian et Valérie Trierweiler, l'ex-compagne du Président François Hollande. Devedjian, marié et père de quatre enfants, prétendant que l'article portait « une grave atteinte à son honneur et à sa considération », ⁵⁵⁴ poursuivit le magazine en diffamation. Les juges ne se préoccupèrent pas d'établir la réalité des faits allégués et ils rejetèrent la cause pour des raisons d'appréciation par la Cour de la notion d'infidélité. Dans sa décision, le plus haut tribunal français rappelait d'abord qu'il n'y a « atteinte à l'honneur ou à la considération » que lorsque les comportements invoqués sont « contraires aux valeurs morales ». ⁵⁵⁵ Les juges de cassation considèrent que « l'évolution des mœurs comme celle des conceptions morales ne permet plus de considérer l'infidélité conjugale comme (...) contraire à la représentation commune de la morale dans la société contemporaine ». ⁵⁵⁶ À l'appui de leur conclusion, ils rappellent que « l'adultère a été dépénalisé depuis près de quarante ans ». ⁵⁵⁷

Gardant à l'esprit cette décision de la Cour de cassation, comment justifier la prohibition de la polygamie ? Cet arrêt fait effectivement disparaître

⁵⁵² Cass civ 1^{re}, 17 décembre 2015, (2015) 14-29549.

⁵⁵³ *Ibid.*

⁵⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁵⁷ *Ibid.*

l'obligation de fidélité de l'article 212 du Code civil français, qui stipule que « les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance ».⁵⁵⁸ Cette partie ne figure d'ailleurs déjà plus dans le pacte civil de solidarité (PACS). En libéralisant la notion du mariage et des relations conjugales d'un côté, et en acceptant les relations polygamiques de fait de l'autre côté, de quoi s'inspirent exactement les opposants à la polygamie quand ils disent que la polygamie est contre les bonnes mœurs et que le mariage monogamique constitue « la profondeur de notre civilisation » ?⁵⁵⁹

Nous soumettons que le concept des bonnes mœurs, surtout en ce qui concerne son application aux relations conjugales, est une notion dépassée qui ne devrait plus servir comme base aux décisions législatives. La professeure G. Pignarre insiste sur ce point :⁵⁶⁰

« La famille, berceau privilégié et « sanctuaire des mœurs », constitue un bon terrain d'expérimentation. Les mœurs, au sens où les entendait Portalis, ont été pendant longtemps indissociables des bonnes mœurs du fait de leur alliance scellée avec la morale héritée du christianisme, laquelle tenait lieu de référence universelle. Cette monovalence n'est plus. L'avènement d'une pluralité de modèles familiaux, source de relativisme, a fait voler en éclats le schéma unitaire auquel les codificateurs avaient souscrit, remettant en cause l'idée même de modèle en matière familiale. »

Nous avons vu que les bonnes mœurs ne jouent pratiquement plus de rôle en droit canadien, et ont largement été remplacées par le concept d'une analyse de préjudices, en particulier en ce qui concerne les relations conjugales. Est-ce que cela veut dire que les bonnes mœurs ont complètement disparu du droit français ? Peut-être que la décision de la Cour de cassation était un premier pas vers cette réalité, mais peut-être que la notion-même des bonnes mœurs a changé en France. F. Niboyet observe

⁵⁵⁸ art. 21 C civ.

⁵⁵⁹ Carbonnier, *op. cit.* note 217.

⁵⁶⁰ Geneviève Pignarre, « Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? Presque rien ou presque tout ? », (2005) 4 *Revue des contrats* 1290.

qu' « [o]n assiste cependant à un mouvement de distanciation de l'ordre public familial par rapport aux bonnes mœurs [...] ». ⁵⁶¹

La professeure D. Fenouillet pense que les bonnes mœurs en droit de la famille sont mortes et ont été remplacées par un ordre public philanthropique basé sur la dignité. Elle précise que cet ordre public philanthropique se distingue de l'ordre public économique comme suit : ⁵⁶²

« L'ordre public philanthropique s'intéresse, quant à lui, à la personne, dans son statut individuel et relationnel, ce qui intègre, ainsi, les droits de la personnalité, l'organisation des rapports personnels au sein de la famille, les règles d'état civil ... »

La professeure Fenouillet propose de tester la législation et la jurisprudence actuelle en remplaçant la notion floue des bonnes mœurs avec celle de la dignité. ⁵⁶³ Selon elle, la dignité offre quatre avantages aux bonnes mœurs comme outil d'analyse. Premièrement, le concept de dignité couvre des domaines d'intervention qui ne peuvent pas être résolus avec les bonnes mœurs. Par exemple, un acte juridique par lequel une personne vendrait une partie de son corps serait nulle pour raison de dignité, mais non pas à cause des bonnes mœurs. Deuxièmement, la dignité est une valeur qui est plus facile à déterminer à travers différents groupes de la société – il y a davantage de points communs, qu'importe la religion, le statut social ou l'ethnicité. Par contre, les bonnes mœurs se sont plutôt développées à partir des coutumes religieuses ou spécifiquement culturelles. Troisièmement, l'application des bonnes mœurs exclut une personne de la société, tandis que la dignité est plus inclusive et individualisée – ce n'est pas à cause de l'opinion majoritaire qu'on condamne une pratique, mais afin de protéger les personnes touchées. Finalement, la professeure Fenouillet pense que la

⁵⁶¹ Niboyet, *op.cit.* note 267, à la page 3.

⁵⁶² Dominique Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique! », dans *Mélanges en l'honneur de Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, à la page 512.

⁵⁶³ *Ibid.*, à la page 514 et s.

dignité est une valeur plus forte qui ne risque pas de changer selon le temps et le lieu, tout au contraire aux bonnes mœurs, qui sont vues fort différemment à chaque génération et selon à quelle place on se trouve dans la société.

La libéralisation du mariage et des relations conjugales devant la loi, la quasi-acceptation de la polygamie devant les Cours, et la prise de conscience qu'il devient de plus en plus difficile de baser les décisions fondamentales dans ce domaine sur des concepts comme les bonnes mœurs démontre que la continuation de l'interdiction de la polygamie souffre d'une hypocrisie législative considérable. Ces développements exposent en outre que, au sens de notre analyse critique du droit, le droit n'est pas neutre. La prohibition de la polygamie au Canada et en France ne peut pas être maintenue sans exposer des contradictions fondamentales. Ceci devient encore plus prononcé lorsqu'on prétend que la polygamie va à l'encontre des valeurs nationales, quelles que soient exactement ces valeurs.

2. Polygamie et édification de la nation

A) Un autre historique

Si le traitement juridique des familles polygamiques de nos jours au Canada et en France démontre que le droit n'est pas vraiment neutre en favorisant le mariage monogamique et en interdisant la polygamie, cette réalité est probablement un signe du fait que le droit concernant les relations conjugales n'a jamais été neutre. Nous avons vu que le mariage monogamique s'est établi pour la première fois dans l'Antiquité pour des raisons économiques et politiques afin d'unir des familles privilégiées au pouvoir. Il s'agissait surtout d'alliances stratégiques qui avaient pour but de créer une génération successive qui continuerait l'administration des biens accumulés et l'influence politique de la famille. Au Moyen-Âge, l'Église s'est approprié le mariage et l'aspect économique mis à part, l'aspect religieux

s'ajoutait aux raisons de se marier. En effet, nous avons vu que l'Église arrivait à prendre le contrôle sur le mariage, qui commençait donc à être accessible aux couples qui n'avaient pas les moyens économiques pour se marier auparavant. Ceci étant dit, le mariage continuait à servir comme un outil économique, puisqu'il permettait de créer des unités familiales qui étaient absolument nécessaires pour survivre à ces époques-là. Avec la Révolution Industrielle, la famille et les moyens pour gagner sa vie n'étaient plus directement liés et les émotions devenaient une raison pour se marier. En même temps, l'État, qui ne s'était jusqu'à là pratiquement pas occupé du bien-être de ces citoyens, reconnaissait la valeur économique du mariage, qui soulageait l'État de ces obligations d'assistance sociale et médicale, obligations qui commençaient à fortement émerger avec une population industrialisée. Pour l'État, le mariage était devenu un outil pratique de distribution, tandis que pour la population, le mariage continuait à avoir une importance religieuse et émotionnelle.

En ce qui concerne le Canada, pays qui devait à nouveau négocier avec les traditions des colons chrétiens et les traditions différentes des Premières Nations et des colons non-chrétiens, la professeure S. Carter avait bien analysé que « le modèle du mariage monogamique n'est pas ancien ni universel ».⁵⁶⁴ Dans ce nouveau pays vaste, le mariage monogamique offrait non seulement un outil de distribution pour les terres à coloniser, mais aussi pour contrôler et assimiler la population indigène et les nouveaux immigrants mormons avec leurs traditions polygamiques ou, dans le cas des Premières Nations, non monogamiques.

Il serait donc simplement faux d'insister sur le fait que l'établissement du mariage monogamique et la prohibition de la polygamie en France et au Canada serait le résultat d'un consensus de la population ou d'un développement sur la base de valeurs partagées par toute la population. En d'autres mots, le droit concernant les relations conjugales des pays occidentaux n'est pas « neutre » dans le sens où il est indépendant d'une

⁵⁶⁴ Carter, *op. cit.* note 9, à la page 16.

influence considérable des intérêts de certains groupes de la population, qu'ils soient religieux, colonialistes ou purement économiques. En analysant l'histoire reliée au mariage en France et au Canada, il est possible de déterminer comment ces pratiques se sont établies. Supposons que les législateurs soient conscients de ce fait, surtout en France il reste toujours l'argument souvent avancé qui décrit le mariage monogamique comme une institution qui reflète les valeurs françaises ou européennes. Mais quelles sont précisément ces valeurs qui ne permettent pas par exemple pas aux immigrants polygamiques de s'établir en France ou au Canada ?

B) Valeurs subjectives

Nous savons qu'en France l'interdiction de la polygamie joue exclusivement un rôle quand il s'agit de questions de nationalité et d'immigration, tandis qu'au Canada la justice fait très rarement face aux questions concernant la polygamie. Le gouvernement canadien vient d'ailleurs tout récemment de lier la loi contre la polygamie directement à l'immigration, comme cela est fait en France. Est-ce que ceci n'indique pas que la prohibition est plutôt une question d'édification de la nation qu'un outil pour protéger les personnes vulnérables ou pour protéger certaines valeurs ? N'oublions pas que la législation interdisant la polygamie au Canada était le résultat direct d'une législation similaire aux États-Unis qui avait pour simple but d'attaquer les mormons fondamentalistes qui étaient en train de créer leur propre pays.⁵⁶⁵

Selon nous, la prohibition de la polygamie n'a jamais été adoptée à cause d'un souci du législateur pour des valeurs fondamentales comme l'égalité des sexes ou la protection des personnes vulnérables,⁵⁶⁶ et elle ne l'est pas de nos jours non plus. Comment autrement expliquer que les préjudices allégués existant dans les familles polygamiques ne sont pas poursuivis en vertu des autres articles du *Code criminel* au Canada et du

⁵⁶⁵ Drummond, « Polygamy », *op. cit.* note 299, à la page 330.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, à la page 331; Carter, *op. cit.* note 9.

Code pénal en France ? Très rares, quasiment inexistants, sont les cas où les autorités ont agi pour protéger les enfants ou les épouses vulnérables des familles polygamiques, possiblement à cause du fait que ces personnes ne constituent pas un danger plus grand que le reste de la population qui vit dans des familles monogamiques ou d'unions de fait. La prohibition de la polygamie est effectivement utilisée pour admettre seulement dans nos sociétés occidentales les familles qui vivent de la même façon que le législateur pense être adéquat.

Ceci est d'ailleurs en train de changer, et effectivement une grande partie de la population en France et au Canada ne vit plus dans des familles hétérosexuelles monogamiques. Les législateurs ont été forcés d'accepter l'adultère, les conjoints de fait, les couples de même sexe, et, partiellement, la polygamie. En effet, la seule fois où l'État semble invoquer activement la prohibition de la polygamie est pour empêcher les familles polygamiques d'entrer au pays. Selon nous, avec la diversité et la multitude de formes de familles différentes qui existent en France et au Canada, il devient d'ailleurs de plus en plus difficile de justifier cette position.

Encore une fois, la prohibition interdisant la polygamie démontre qu'en réalité, le droit n'est jamais neutre.⁵⁶⁷ Selon plusieurs critiques, la criminalisation ne réagit pas à un danger réel, mais est le résultat d'un sentiment de supériorité d'une façon de vivre sur une autre.⁵⁶⁸ Même si les législateurs le font tacitement, nous avons vu que la prohibition de la polygamie pourrait violer plusieurs principes de droit, tel que l'égalité, la liberté d'expression, de religion et d'association. En plus, par inadvertance ou non, la prohibition semble être un résultat de l'effet de la légitimation des droits, et les législateurs acceptent un certain préjudice contre les personnes vulnérables affectées par les mariages polygamiques, tel que le manque d'une protection

⁵⁶⁷ Mark Tushnet, « Critical Legal Studies: A Political History », (1990) 100 Yale LJ 1515.

⁵⁶⁸ Jack M. Balkin, « Critical Legal Theory Today » dans Francis Jay Mootz (éd.), *On Philosophy in American Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, et SSRN eLibrary, en ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1083846 .

légale suffisante et les effets qu'une décohabitation peut avoir sur les enfants et les immigrants en général.

Dans ce contexte, il est très peu vraisemblable qu'il y ait vraiment une seule identité européenne ou française. La professeure P. Tsoukala note :⁵⁶⁹

« Dans la mesure où le projet de l'harmonisation du droit de la famille essaye de consolider une identité européenne basée sur un droit de la famille commun substantif, ses partisans devraient considérer son potentiel de renforcer une « communauté imaginaire » de l'Europe qui rend les relations avec les groupes minoritaires, et les États qui veulent devenir membres, particulièrement difficile. »

De même, en reconnaissant le mariage entre les personnes du même sexe et en tolérant l'adultère, le législateur renforce sa préférence du mariage monogamique par l'effet de la légitimation des droits et en faisant des autres groupes minoritaires des alliés avec l'aide de l'effet de la subordination des droits. Comme nous l'avons dit, l'argument principal est que le groupe qui se voit reconnaître ses droits se tourne, pour s'en différencier, contre un autre groupe qui n'a pas encore eu cette reconnaissance. En somme, la prohibition de la polygamie crée du droit qui n'est pas neutre, mais qui, par inadvertance ou non, mène davantage aux injustices pour d'autres groupes de la société.

La législation et la jurisprudence concernant les relations conjugales en France et au Canada n'est donc généralement pas neutre, mais le résultat d'une multitude de groupes différents qui se recoupent souvent. Nous sommes bien conscients que le droit n'est vraiment jamais « neutre », c'est d'ailleurs un des trois piliers de la théorie critique du droit. Ceci étant dit, nous pensons qu'il y a de meilleurs moyens juridiques pour s'approcher de cet idéal.

⁵⁶⁹ Philomila Tsoukala, « Marrying Family Law to the Nation », (2010) 58 Am. J. Comp. L. 873-910, à la page 910 (notre traduction).

Chapitre III : Évolution culturelle et juridique

Pour finir, la prohibition de la polygamie illustre le volet final des catégories des « Critical Legal Studies », la prise en compte des changements culturels et juridiques.⁵⁷⁰ Nous avons tenté de démontrer au début de nos développements que les motifs de l'interdiction de la polygamie, mais aussi les raisons de réglementer le mariage, ont changé depuis leurs origines. En ce qui concerne l'interdiction de la polygamie, les principes directeurs des législateurs et des Cours en France et au Canada semblent être la protection des personnes vulnérables des préjudices, mais surtout aussi le renforcement d'une certaine identité nationale. Le règlement du mariage, d'un autre côté, se limite de plus en plus aux aspects économiques et distributifs pendant le mariage et en cas de divorce. Nous allons premièrement parler du changement culturel et, deuxièmement, du changement juridique qui nécessite une réévaluation de la prohibition.

1. Changement culturel

Même une recherche superficielle⁵⁷¹ démontre que le statut matrimonial constitue un facteur décisif dans au moins 900 lois au Canada et un nombre similaire en France.⁵⁷² En tenant compte de ce fait, certains auteurs se demandent si la discussion actuelle qui entoure la polygamie n'est pas seulement une façon d'éviter de parler des problèmes que l'institution du mariage connaît face à un monde qui a beaucoup changé depuis la création de cette institution.⁵⁷³ Ceci nous amène à la question suivante : n'est-ce pas l'institution du mariage monogamique qui a changé et qui ne refléterait plus la réalité des relations conjugales ? Nous pensons en effet que la discussion autour de la prohibition de la polygamie illustre surtout que c'est probablement

⁵⁷⁰ Singer, *op. cit.* note 98.

⁵⁷¹ Recherche en ligne sur www.canlii.org, entrant "mariage" comme terme de recherche.

⁵⁷² Legifrance - Le service public de l'accès au droit, en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

⁵⁷³ Rebecca Johnson, « *Reflecting on Polygamy - what's the harm?* », dans Gillian Calder et Lori Beaman (éds.), *Polygamy's Rights and Wrongs: Perspectives on Harm, Family, and Law*, Vancouver, UBC Press, 2013.

la rigidité de l'institution du mariage qui constitue le vrai problème dans ce monde des relations de plus en plus diversifiées et individualisées.⁵⁷⁴

A) Le caractère public du mariage

Comme nous l'avons examiné, avec l'individualisation de la société pendant la Révolution industrielle, les intérêts privés et publics continuent à s'éloigner. Brenda Cossman décrit ce changement de la fonction économique du mariage et soutient que « les politiques contemporaines concernant le mariage démontrent une nouvelle pratique d'autonomie résultant des transformations des rapports intimes »⁵⁷⁵ Le mariage essaye d'être à la fois « une institution et un acte juridique solennel qui suppose le respect de conditions fixées par la loi et dont la méconnaissance ou la violation est sanctionnée ».⁵⁷⁶ Nous prétendons d'ailleurs que le mariage (et l'union de fait et le PACS) ressemble de plus en plus à un contrat qui se situe, selon la juridiction, quelque part entre le contrat consensuel, « qui se forme par le seul accord des volontés des contractants sans qu'aucune forme particulière ne soit exigée pour sa validité »,⁵⁷⁷ et le contrat nommé, « qui est réglementé de façon spécifique ».⁵⁷⁸

Ceci étant dit, le mariage comme institution semble être arrivé à ses limites, et ceci est même la conclusion de certains départements gouvernementaux.⁵⁷⁹

« Bien des gens cherchent stabilité et certitude dans leurs rapports personnels tout comme dans d'autres facettes de leur vie, au travail ou en affaires. L'État a un rôle à jouer dans

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ Cossman, *op. cit.* note 149; Kenneth Plummer, *Intimate citizenship: private decisions and public dialogues*, Seattle, University of Washington Press, 2003, aux pages 3–16 et 17-32.

⁵⁷⁶ *Op. cit.* note 182.

⁵⁷⁷ Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien: avec lexique anglais-français*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994, *sub verbo* « mariage ».

⁵⁷⁸ *Ibid.*, *sub verbo* « contrat nommé ».

⁵⁷⁹ Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Direction générale des services intégrés, *Au-delà de la conjugalité*, Ottawa, Publications du gouvernement du Canada, 2002, en ligne : <<http://publications.gc.ca/site/fra/105704/publication.html>> à la page 123 et s.

l'instauration de mécanismes juridiques permettant aux gens de réaliser de telles ententes privées. Il doit fournir un cadre ordonné dans lequel chacun peut exprimer son engagement envers l'autre et assumer volontairement un éventail de droits et d'obligations juridiques.

Quels que soient les mécanismes et les structures juridiques que choisit l'Etat pour appuyer les rapports que les gens entretiennent entre eux, ils doivent respecter les valeurs ci-dessus décrites : égalité, autonomie et choix.

[...]

Toutefois, le mariage ne suffit plus pour combler toute la gamme des rapports humains existant aujourd'hui au Canada. Ce modèle ne convient pas aux personnes âgées vivant avec leurs enfants adultes, aux adultes handicapés vivant avec les personnes qui leur fournissent des soins ou aux frères et sœurs qui cohabitent. Certains de ces autres rapports humains sont aussi caractérisés par une interdépendance affective et économique, des soins et un intérêt mutuel ainsi qu'un engagement durable. Tous ces rapports personnels entre adultes profiteraient d'un cadre juridique qui permettrait d'obtenir la certitude et la stabilité recherchées. »

En droit de famille en France et au Canada il y a eu depuis 50 ans des changements majeurs en ce qui concerne les valeurs des citoyens, et la prohibition de la polygamie ne coïncide plus avec les valeurs sur la famille et la sexualité des citoyens et des citoyennes occidentaux contemporains. Les valeurs sur lesquelles se base la législation concernant les relations conjugales et familiales en France et au Canada ont complètement changé.⁵⁸⁰ En conséquence, pour consolider les incompatibilités et les effets paradoxaux de la prohibition de la polygamie avec le caractère changeant du mariage contemporain, nous pensons qu'il y a un besoin de réforme du droit familial en matière de mariage.⁵⁸¹

Évaluant l'ensemble de nos recherches jusqu'à ce point, le caractère public du mariage semble avoir évolué en outil distributif qui sert à délivrer

⁵⁸⁰ Drummond, « Polygamy », *op. cit.* note 299, à la page 323.

⁵⁸¹ Mary Lyndon Shanley, Joshua Cohen, et Deborah Chasman, *Just Marriage*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

certains moyens non négligables aux citoyens afin d'éviter des préjudices aux membres de la famille. Comme l'État n'arrive plus à atteindre ce but par le biais du mariage, la fonction distributive du mariage a dû être étendue aux unions de faits, aux PACS, aux mariages entre les personnes du même sexe, et parfois aussi aux mariages polygamiques. De plus, nous avons vu que certains droits sont aussi accessibles aux concubines et aux concubins. Selon nous, il est temps de désunir le mariage de cette fonction importante de l'État. L'État ne devrait plus du tout réglementer en matière de mariage, puisque le rôle du mariage a tellement changé que les bénéfices associés devraient être accessibles à tous les membres de la population en France et au Canada.

B) Le caractère privé du mariage

Qu'en est-il du caractère privé du mariage si les États ne légifèrent plus dans ce domaine ? Autrement dit, tout citoyen et toute citoyenne peut, comme cela est déjà le cas en France, se marier à son église, mosquée, temple ou autre place de culte comme il ou elle le veut. Il est évident que le mariage représente une célébration et une fonction importante pour beaucoup de membres de la société. Le mariage est beaucoup plus qu'un outil distributif de l'État. Pour nombre de citoyens le caractère privé du mariage, donc l'aspect émotionnel ou l'aspect religieux, est nettement supérieur aux droits et obligations qui en découlent. En effet, force est de constater que l'aspect émotionnel et religieux du mariage date en réalité du le Moyen-Âge et de la Révolution Industrielle.

La fonction publique et la fonction privée du mariage se sont donc écartées et, nous le répétons, il devient de plus en plus difficile d'intégrer la fonction publique et la fonction privée du mariage avec la législation. Nous réitérons que la seule solution à cette problématique est pour l'État de se retirer de la réglementation du mariage en le remplaçant par un nouveau régime de lois accessibles à tous les membres de la société.

2. Changement juridique

A) Individualisation et contractualisation du mariage

Si nous avons observé un changement culturel du mariage en France et au Canada, nous pouvons certainement admettre qu'il y a eu des changements juridiques d'ampleur pendant les dernières décennies. Rappelons-nous qu'il n'y a pas très longtemps le mariage liait le couple à vie, comme il n'y avait au début pas encore de possibilité de divorce pour les mariés. Après l'introduction du divorce, les législateurs adoptèrent de plus en plus de lois afin de rendre la relation maritale plus égale entre l'homme et la femme. Ensuite, le mariage et le divorce devinrent de plus en plus individualisés – en réalité les régimes matrimoniaux qui peuvent être choisis par le couple ressemblent quasiment à une liberté contractuelle totale.

Quand les législateurs ont réalisé que de moins en moins de couples se mariaient, les droits et les obligations du mariage ont été étendues aux unions de fait et le législateur français a créé le PACS. Ensuite, le Canada, et plus tard la France, ont accepté le mariage entre les personnes du même sexe. En même temps, certains droits entre les époux polygamiques et pour les concubines ou concubins ont été adaptés afin de refléter les mêmes droits qu'entre les personnes mariées. En effet, le mariage est devenu tellement contractualisé et individualisé, qu'il est difficile de lui donner un statut spécial. De plus, il devient de plus en plus difficile de justifier les raisons pour lesquelles ce contrat ne pourrait pas être conclu entre plus de deux personnes adultes.

B) Besoin de réforme – les relations de soin

L'individualisation des relations conjugales et les nouvelles formes de famille ont eu en général pour conséquence que le mariage s'est transformé d'un statut, ou d'une institution, en un ensemble de règles et de lois dispersés sur toutes sortes de lois et règlements. Avec l'élargissement du mariage aux

personnes du même sexe et avec la reconnaissance d'autres relations comme l'union de fait et le PACS, les bénéfices accordés auparavant seulement aux couples mariés s'étendent maintenant de plus en plus sur toutes sortes de d'arrangements entre personnes qui s'engagent à prendre soin de l'autre personne et des enfants dont ils prennent soin. En effet, le statut du mariage ne joue presque plus de rôle quand l'État légifère afin de protéger les époux et les enfants vulnérables. La professeure I. Schwenzer conclut :⁵⁸²

« Un changement fondamental envers les valeurs et les conceptions, commençant dans les années 1970, a causé un décalage graduel de statut à la relation actuelle, sans égard au statut.

[...]

Le statut a de même complètement perdu son importance dans le droit des enfants. Les enfants nés dans ou à l'extérieur d'un mariage ont largement, si non absolument, les mêmes droits dans pratiquement tous les systèmes de droit. »

En d'autres mots, le législateur se concentre plutôt sur la relation de soin que sur la forme exacte que cet engagement vers l'autre personne prend. La raison en est simple : ce qui unit effectivement toutes les relations conjugales avec l'État et le droit est l'obligation de soin que l'État aime protéger. Comme nous l'avons précédemment relevé, la professeure en droit Vivian Hamilton pense que le statut du mariage en tant que mandataire pour la distribution de soins est complètement obsolète.⁵⁸³ Les professeurs B. Cossman et B. Ryder confirment :⁵⁸⁴

« Le mariage ne constitue plus un critère adéquat pour déterminer quelles relations doivent être reconnues

⁵⁸² Ingeborg Schwenzer, « Die Zukunft des Familienrechts: Der Model Family Code » (2007) 3 Gender kompetent, à la page 2-3 (notre traduction).

⁵⁸³ Hamilton, « Mistaking Marriage », op. cit. note 546.

⁵⁸⁴ Brenda Cossman et Bruce Ryder, « What is Marriage-like Like ? The Irrelevance of Conjugalitity », (2001) 18:2 Canadian Journal of Family Law 269–326, à la page 320 [Cossman et Ryder, « What is Marriage-like Like ? »].

juridiquement. On ne peut plus répondre à la question en déterminant si ces personnes vivent dans une relation assimilable à un mariage ou dans une relation conjugale. La question de la portée de la réglementation des rapports personnels entre adultes exige dorénavant que l'on fasse un examen beaucoup plus complexe des objectifs et des postulats qui sont à la base des dispositions législatives. Qui plus est, la distinction entre les relations conjugales et non conjugales est de plus en plus ténue, et elle ne peut plus servir de fondement pour déterminer les droits et les obligations de l'ensemble d'une population. »

Nous avançons que toute relation de soin, quel que soit l'état civil des personnes impliquées, devrait remplacer l'ensemble de relations protégées et réglementées par voie d'état civil. Il n'importe pas simplement que les personnes adultes d'une famille soient monogamiques, polygamiques ou aucun des deux. Les législateurs en France et au Canada doivent réformer le droit qui se base sur les relations conjugales et le remplacer par un droit qui se base sur les relations de soin.

Conclusion

Selon nous, la prohibition de la polygamie est de plus en plus compliquée à justifier. Dans notre analyse critique, nous soumettons premièrement que le raisonnement pour la prohibition de la polygamie est indéterminé et contradictoire. Malgré la prohibition, la polygamie est reconnue pour plusieurs raisons afin de protéger les personnes vulnérables, ce qui est paradoxal, puisque la prohibition elle-même crée certains de ces préjudices ou désavantages. De plus, la prohibition se base largement sur des présomptions qui, selon nous, n'ont pas vraiment été prouvées d'une façon satisfaisante. Le fait que certaines familles polygamiques souffrent de préjudices n'est pas nécessairement dû au fait qu'il s'agit de familles polygamiques, plusieurs facteurs extérieurs à la relation polygamique sont régulièrement exclus de toutes les études, et il n'est pas avéré que les mêmes effets se reproduisent quand ces familles immigreront en France ou au Canada, pays qui ont des conditions de vie totalement différentes. Finalement, le fait que la polygamie soit pratiquée malgré son interdiction, et ceci par un nombre infime de la population, soulève également la question de la précision de la justification pour une interdiction d'une telle sévérité. En tout cas, il ne semble pas que l'interdiction soit particulièrement efficace, puisque les mariages polygamiques de fait continuent d'être une réalité en France et au Canada.

Deuxièmement, nous pensons que la prohibition de la polygamie n'a pas été créée et maintenue par les États pour protéger les personnes vulnérables des familles polygamiques. L'histoire du droit concernant la polygamie et l'acceptation d'autres relations quasi-polygamiques ne mène à aucune autre conclusion que ce n'est pas par protection à l'égard des personnes vulnérables qui ont abouti à la prohibition et qui continuent à la justifier. De même, justifier l'interdiction de la polygamie en assumant des valeurs qui sont partagées par la plus grande majorité de la société dans ce monde en évolution semble plus complexe. Le concept des bonnes mœurs par exemple est en train d'être remplacé par l'analyse des préjudices au

Canada et nous avons vu que la Cour de cassation en France ne donne plus beaucoup de poids aux bonnes mœurs en ce qui concerne les relations conjugales. Autrement dit, le droit n'est pas neutre en ce qu'il affecte tous les membres de la société de la même façon.

Troisièmement, les raisons pour réglementer le mariage ont complètement changé en France et au Canada depuis les années 1950. La protection et les bénéfices qui ont traditionnellement été réservés aux membres de familles monogamiques hétérosexuelles ont été étendus à quasiment tout autre relation conjugale et aux enfants en résultant. La seule relation qui n'est pas encore acceptée et réglementée, est celle entre plus de deux adultes consentants. Un changement radical du droit de la famille en ce domaine comme de la protection des membres vulnérables de la famille n'est-il pas inévitable ?

Titre 2 : Perspectives d'évolution

« Une seule chose est constante, permanente, c'est le changement.
Tout passe et rien ne demeure. »

Héraclite

Comment devrait-on alors réformer ? L'État devrait-il élargir la définition du mariage pour inclure les familles polygamiques ? Nous pensons que non, puisque, comme nous l'avons posé, il y aura d'autres groupes qui resteront exclus des avantages du mariage malgré le fait que l'État aurait intérêt à protéger ces relations. De surcroît, il a été vu que le fait d'être marié ou non ne semble pas être facteur de bien-être des membres de la famille tant qu'au moins deux parents s'occupent des enfants⁵⁸⁵ - le nombre de pères ou mères affecte minimalement le bien-être des enfants.⁵⁸⁶ Autrement dit, la réglementation du mariage, ou des relations conjugales en général, ne nous semble pas nécessairement être le meilleur véhicule pour protéger les relations de soin qui sont de plus en plus diversifiées.⁵⁸⁷

Nous proposons donc d'aller au-delà de la prohibition de la polygamie, mais aussi au-delà du mariage monogamique. En analysant l'affaire *Blackmore* nous avons vu qu'il existe beaucoup de recherches financées par des organismes et des individus qui défendent le mariage monogamique comme la meilleure forme de relation conjugale pour le bien-être de tous les membres de la famille. Nous pensons d'ailleurs que les tribunaux et les législateurs choisissent implicitement d'examiner la recherche qui est la mieux financée et la plus abondante, même si elle est ambiguë,⁵⁸⁸ et nous espérons avoir démontré qu'il existe un ensemble de travaux qui contredit les conclusions de la recherche qui est normalement adoptée par les tribunaux. Dans cette dernière partie nous proposons donc des alternatives à la

⁵⁸⁵ *Bahr v. Miike*, op. cit. note 521; Polikoff, op. cit. note 141, à la page 73.

⁵⁸⁶ Fein et Ooms, « What do we Know », op. cit. note 523.

⁵⁸⁷ Hamilton, « Mistaking Marriage », op. cit. note 546.

⁵⁸⁸ *Ibid.*; Polikoff, op. cit. note 141.

réglementation des relations conjugales, incluant le mariage, tout en préservant la protection de la famille et en n'oubliant pas les préjudices possibles.

Nous avons insisté sur le constat que les intérêts étatiques et les intérêts privés de la relation conjugale s'éloignent et l'état civil n'est alors probablement plus le meilleur moyen pour déterminer les relations juridiques – en effet, il perd de sa prépondérance.⁵⁸⁹ Avec la libéralisation du mariage, ou de formes similaires (PACS, union de fait), nous nous demandons pourquoi la prohibition de la polygamie est le dernier élément du mariage « traditionnel » qui survit. Si nous acceptons que l'état civil ne détermine le bien-être des membres de la famille, il faut accepter que ce soit plutôt les circonstances concernant le bien-être économique et les relations de soin qui doivent être protégées. P. Berger explique dans son analyse de la famille nucléaire que le mariage est surtout un engagement social, et cette analyse peut s'appliquer à n'importe quelle forme de famille.⁵⁹⁰ Essentiellement, les membres adultes de la famille s'engagent à prendre soin des enfants et des partenaires adultes, et de participer à l'assurance du bien-être économique ou autre. Le législateur devrait donc se concentrer sur les relations entre les personnes, particulièrement sur les relations de soin, comme par exemple les soins des membres d'un groupe, et la réglementation des conséquences de la procréation et la socialisation des enfants.⁵⁹¹ Plusieurs étapes sont nécessaires afin d'offrir une alternative préférable à la réglementation du mariage monogamique et des autres relations conjugales monogamiques. L'application de ces alternatives rendra l'interdiction de la polygamie obsolète et permettra une plus grande diversité de relations de soin entre personnes, que l'État souhaite effectivement protéger.

⁵⁸⁹ Cossman et Ryder, « What is Marriage-like Like ? », *op. cit.* note 582.

⁵⁹⁰ P. Berger et H. Kellner, « Le mariage et la construction sociale de la réalité » (1988) 102 *Dialogue – recherches cliniques et sociologiques sur le couple et la famille* 6–21; John Eekelaar et Mavis MacLean, « Marriage and the Moral Bases of Personal Relationships », (2004) 31 *Journal of Law and Society* 510-38 [Eekelaar et McLean, « Moral Bases »].

⁵⁹¹ Vanier Institute of the Family, *Definition of Family*, en ligne : <http://www.vanierinstitute.ca/definition_of_family> .

Quelles perspectives d'évolution peuvent se présenter aux législateurs en France et au Canada pour réaliser une meilleure promotion des buts étatiques ? Sans doute, il serait d'abord important de sensibiliser les membres adultes des familles polygamiques pour une plus grande responsabilité individuelle (Chapitre 1). Dans une seconde étape, nous pensons qu'une prise en charge sociale des conséquences de la polygamie à travers ajustement législatif dans plusieurs domaines est primordiale (Chapitre 2).

Chapitre I : Polygamie et responsabilité individuelle

Dans le cadre de la discussion concernant la polygamie, l'État doit donc agir simultanément dans plusieurs domaines. Premièrement, les autorités doivent utiliser tous les outils existants pour minimiser les préjudices qui pourraient exister dans les familles, incluant les familles polygamiques. Il est inconcevable que les gouvernements en France et au Canada continuent à soutenir qu'il existe des abus domestiques dans les familles polygamiques, tandis que même une brève recherche juridique démontre que les autorités n'agissent pratiquement jamais en utilisant les moyens juridiques disponibles. C'est pourquoi la polygamie doit être dépénalisée pour permettre aux membres des familles polygamiques de se plaindre aux autorités en cas d'abus. Il est parfaitement compréhensible qu'une femme polygamique n'aille pas se plaindre à la police quand il y a danger pour elle d'être accusée de polygamie.

1. Les premiers pas

A) Application des outils existants

Un premier pas pour commencer et essayer d'éliminer les préjudices causés par la polygamie serait l'application des outils juridiques existants. Sans aller dans le détail, l'État peut se faire guider par les multiples stipulations des codes pénaux en France et au Canada qui peuvent servir à éliminer les préjudices possibles causés par la polygamie, comme l'abus des mineurs et des femmes impliquées. Dans le passé, ces incidents étaient connus par les autorités, mais rien ou très peu a été fait par la police ou les procureurs en utilisant les outils légaux existants.⁵⁹² Il faut néanmoins souligner que suite à la décision l'arrêt *Blackmore* le gouvernement du

⁵⁹² Marie-Andrée Pelland et Dianne Casoni, « Entre le retrait et la contestation. Réactions des mormons fondamentalistes à des allégations d'entorses aux lois » (2008) 41:2 Criminologie 213–245 [Pelland et Casoni, « Entre le retrait »].

Canada a promis d'agir directement contre les préjudices présents dans certaines familles polygamiques en utilisant le *Code criminel*.⁵⁹³ Jusqu'à cette date, il n'y a d'ailleurs pas eu de rapports sur une exécution concrète de ces promesses.

Par conséquent, si les autorités sont en possession de preuve qu'il y a eu des abus dans une famille polygamique, il faut commencer par les poursuivre selon les articles appropriés du *Code criminel* au Canada ou du *Code pénal* en France, comme ça devrait d'ailleurs être la pratique pour n'importe quelle famille où des cas d'abus existent, polygamique ou non. La religion des membres de cette famille n'a aucun intérêt dans ces cas, puisque la liberté de religion ne s'applique pas au cas d'abus ou de préjudice contre les personnes vulnérables. Malheureusement, en général les procureurs poursuivent rarement les abus contre les membres de familles polygamiques.⁵⁹⁴ Nous en sommes conscient, une des raisons principales pour critiquer la dépénalisation de la polygamie est le fait qu'il existe une certaine perception que la polygamie a le potentiel de créer des effets négatifs pour les adolescents de la communauté, et non pas nécessairement pour les adultes. Ceci est probablement vrai quand on parle de certaines communautés mormones aux États-Unis qui ont un problème spécifique qui affecte la polygamie mormone fondamentaliste : les « lost boys », qui sont les jeunes hommes de ces communautés fondamentales qui se voient rejetés puisqu'ils constituent une menace vis-à-vis des hommes plus âgés, qui ne veulent effectivement pas partager leurs épouses :⁵⁹⁵

« Bien que les autorités en Utah et en Arizona soient conscientes du problème des 'lost boys', elles restent incapables d'appliquer les lois de l'état qui servent à empêcher la négligence envers les enfants ou d'imposer les pensions alimentaires par les familles FLDS [les mormons fondamentalistes]. Une grande difficulté constitue le problème

⁵⁹³ Mark Dunn, « Officials say Saudi immigrants hiding polygamous marriage status not welcome », *Daily Herald Tribune* (October 15, 2012), en ligne : <<http://www.dailyheraldtribune.com/2012/10/15/officials-say-saudi-immigrants-hiding-polygamous-marriage-status-not-welcome> .

⁵⁹⁴ Drummond, « Polygamy », *op. cit.* note 299, à la page 321.

⁵⁹⁵ Sigman, « Everything », *op. cit.* note 13, à la page 183 et s. (notre traduction).

classique de se procurer des preuves. Même les garçons ne sont pas prêts à témoigner ou à accuser leurs parents. »

La situation en France et au Canada diffère de celle des États-Unis. La polygamie musulmane n'a pas les mêmes caractéristiques qui amène au phénomène spécifique des « lost boys ». De plus, les enquêtes réalisées par trois procureurs différents au Canada n'ont pas permis de trouver quelque cas d'abus que ce soit dans les communautés mormones,⁵⁹⁶ même après une tentative totalement inefficace de prouver que les parents avaient facilité des relations sexuelles avec leurs enfants, qu'il existait des cas de traite de personnes, de bigamie, de mariages feints, de célébrations de mariages sans autorisation, ou de célébrations de mariages illégaux. On souhaiterait que les autorités soient toujours aussi consciencieuses dans le cas d'abus allégué, qu'il s'agisse d'une famille polygamique ou pas. En résumé, nous pensons que les autorités possèdent suffisamment d'outils légaux pour enquêter sur ces cas, et c'est la volonté politique qui doit maintenant guider un changement vers ces pratiques.

B) Dépénalisation de la polygamie

Une deuxième étape importante pour effectuer une amélioration du droit des relations conjugales concerne le traitement des relations polygamiques existantes. Nous sommes favorables à la dépénalisation de la polygamie pour trois raisons principales, et ces raisons englobent ce que la majorité des défenseurs de la dépénalisation proposent.⁵⁹⁷

Premièrement, nous pensons que les législateurs devraient dépénaliser la polygamie à cause du principe de l'égalité des sexes. Nous avons vu que les raisons pour lesquelles les femmes acceptent une relation polygamique sont multiples, en particulier quand on considère qu'en France et

⁵⁹⁶ *Report of the Special Prosecutor for Allegations of Misconduct Associated with Bountiful, BC*, en ligne : <<http://www.cbc.ca/bc/news/070801-Bountiful%20-%20Summary.pdf> .

⁵⁹⁷ Bailey et Kaufman, *op. cit.* note 9, au chap. 4.

au Canada il s'agit majoritairement de familles immigrées. Dans beaucoup de pays, le mariage polygamique représente un avantage économique pour les femmes parce qu'il y a simplement moins d'hommes que de femmes pour des raisons de guerre, de maladie ou puisque la majorité des hommes doit quitter le pays pour trouver du travail.⁵⁹⁸ La réalité est que ces immigrants viennent en France et au Canada surtout pour échapper à ces situations qui, en fin de compte, favorisent la polygamie, même si les époux polygamiques ne se rendent pas compte de ce fait. En plus, n'oublions pas qu'en général, la polygamie a une fonction protectrice pour beaucoup de femmes, puisque le célibat est parfois très mal vu par l'Islam.⁵⁹⁹

Sans chercher à défendre le mariage polygamique, on peut s'interroger s'il ne s'agit pas d'une double punition de refuser aux personnes d'immigrer en France ou au Canada quand elles se trouvent dans une relation polygamique et veulent échapper à une culture et des circonstances économiques qui ont en effet facilité ou même nettement favorisé la conclusion d'un mariage polygamique. Nous pensons qu'il est préférable de plutôt intégrer ces femmes le plus vite possible dans la société occidentale, de leur donner les outils légaux et sociaux pour se protéger et de faire valoir leurs droits et, finalement, de les laisser prendre leurs propres décisions.

Nous aimerions ici établir un parallèle avec le droit québécois qui s'applique aux couples non mariés, tel que discuté au début de notre thèse. Au Québec, contrairement au reste du Canada, il n'y a aucun régime matrimonial pour les couples non mariés, parce que le législateur pense qu'il est plus avantageux pour des motifs d'égalité des sexes que les femmes prennent leurs propres décisions et qu'elles choisissent elles-mêmes si elles veulent se protéger par voie de mariage ou non. Nous admettons que la même logique devrait s'appliquer aux femmes qui contractent un mariage

⁵⁹⁸ Amira Mashhour, « Islamic Law and Gender Equality — Could There be a Common Ground ? A Study of Divorce and Polygamy in Sharia Law and Contemporary Legislation in Tunisia and Egypt », (2005) 27 Human Rights Quarterly 562.

⁵⁹⁹ Ghassan Ascha, *Mariage, polygamie et répudiation en Islam: justifications des auteurs arabo-musulmans contemporains*, Paris, Editions L'Harmattan, 1998, à la page 14.

polygamique : le législateur devrait les encourager pleinement à décider librement si elles veulent conclure un mariage polygamique ou non. Comme nous allons le voir un peu plus tard, ceci est évidemment seulement possible si, en même temps, il existe une protection juridique pour ces femmes et que la loi propose un coût à la polygamie pour l'époux qui consent à se marier à plusieurs épouses.

Deuxièmement, nous pensons qu'en général, l'interdiction de la polygamie viole le droit à la liberté de religion. Nous sommes conscient que dans la forme actuelle du droit de la famille en France et au Canada, cette discrimination est probablement permise sous les circonstances actuelles, et le gouvernement du Canada l'a bien expliqué en 2006 :⁶⁰⁰

« Toutefois, ni ledit texte, ni l'observation générale sur l'article de la Commission des droits de l'homme ne comprennent d'indication concernant un droit que des lois religieuses régissent les questions d'ordre familial. Ainsi, le droit à la liberté de religion ne permet pas de loi à statut personnel ou coutumier pour éclipser la loi laïque dans le cas de questions familiales. En effet, la liberté de se conformer à des lois religieuses ne figure pas parmi les nombreuses pratiques religieuses protégées énumérées dans la Déclaration sur l'intolérance religieuse. »

C'est d'ailleurs une des raisons pour lesquelles nous proposons de revoir le droit de la famille en ce qui concerne les relations conjugales. À part ces changements, nous ne pensons pas que les critiques de la polygamie ont été capables de démontrer que nous sommes vraiment en présence d'abus et de préjudices systématiques dans les familles polygamiques canadiennes et françaises. En revanche, selon des statistiques différentes il y a des milliers de cas de violences domestiques bien documentés dans les familles monogamiques en France et au Canada chaque année. N'oublions pas que la grande majorité des études justifiant la limite du droit à la liberté de religion, incluant celle citée du gouvernement canadien, se réfèrent presque

⁶⁰⁰ Cook et Kelly, *op. cit.* note 98.

exclusivement à l'analyse et aux statistiques des cas d'abus à l'extérieur du Canada et de la France, donc dans un contexte culturel incomparable.

En bref, nous pensons qu'au contraire, une dépénalisation de la polygamie aiderait à protéger les personnes vulnérables. Une dépénalisation permettrait aux femmes vivant dans des relations polygamiques abusives de se plaindre à la police en cas de violence, sans crainte de poursuite pour pratique de polygamie. La professeure de sociologie M.-A. Pelland et la professeure en criminologie D. Casoni observent :⁶⁰¹

« En effet, il est plus facile de protéger des êtres vulnérables dans un contexte où la communauté n'est pas totalement refermée sur elle-même. Tant qu'un dialogue est possible, l'atteinte des objectifs sociaux comme la protection des enfants, ou celle des femmes en situation de violence conjugale, par exemple, est beaucoup plus facile. Remplir leurs obligations légales est certes plus facile pour les intervenants sociaux dans un contexte de dialogue, surtout lorsque l'idéologie du groupe préconise l'acceptation des épreuves, dont celles liées à des mauvais traitements, comme une preuve d'amour pour Dieu. »

De plus, la dépénalisation va permettre aux chercheurs d'approfondir les recherches sur ce phénomène, puisqu'il y aura de fait moins de crainte de persécution. Les femmes polygamiques et leurs enfants ne profitent pas des nombreuses protections existantes, puisqu'elles se trouvent dans un état illégal et elles ont donc peur de s'identifier.⁶⁰² Ceci a d'ailleurs été démontré par la jurisprudence dans l'affaire *Awwad*.⁶⁰³ Dans cette cause devant la Cour fédérale du Canada, la deuxième femme d'un mariage polygamique s'est vu refuser l'entrée au Canada car son mari était déjà au Canada avec sa première femme et leurs enfants. Nous ne pensons pas que dans un cas comme celui-ci, il soit pertinent d'augmenter les inconvénients qu'on fait déjà subir à cette femme en la séparant de ses enfants.

⁶⁰¹ Pelland et Casoni, « Entre le retrait », *op. cit.* note 590, à la page 240.

⁶⁰² *Ibid.*, à la page 146..

⁶⁰³ *Awwad v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 FC D-40.

Selon nous, la criminalisation de la polygamie constitue en effet un obstacle pour combattre les préjudices qui lui sont attribués par ses opposants, et nous souscrivons aux conclusions de la professeure en droit S. M. Sigman :⁶⁰⁴

« [l]a criminalisation historique de la polygamie a créé des barrières à la poursuite juridique d'autres infractions pénales concernant l'abus, l'agression sexuelle, et la négligence qui existent dans certaines communautés polygamiques. [...] En conséquence, il est temps de repenser le traitement juridique classique de la criminalisation de la polygamie. »

Ensuite, nous proposons que les législateurs doivent séparer les relations conjugales comme telles de la responsabilité étatique. L'état civil, dans n'importe quelle forme, ne doit pas déterminer qui reçoit les avantages de l'État.

2. Les prochaines étapes

Pour la plupart de la population, le mariage est une cérémonie et un engagement très émotionnel et individualisé qui peuvent prendre maintes formes différentes. Par contre, les relations de soin entre les personnes devraient être réglées et protégées indépendamment du mariage. Bref, l'État ne devrait plus réglementer les relations conjugales du tout. De plus, la relation monogamique doit perdre son statut de privilège dans le domaine de l'immigration. Il est inconcevable qu'on ne permette pas à des personnes, qui sont souvent en détresse, d'immigrer au Canada multiculturel ou en France laïque pour des raisons d'identité nationale quand on accorde en même temps des droits aux concubines ou aux concubins des personnes monogamiques.

⁶⁰⁴ Sigman, « Everything », *op. cit.* note 13, aux pages 184-185 (notre traduction).

En même temps, l'État doit s'apercevoir qu'il existe la polygamie de droit et de fait. Mais ce sont aussi les personnes polygamiques qui doivent réaliser qu'il existe une différence entre la polygamie de droit et de fait. Effectivement, le législateur doit créer une structure contractuelle qui met les membres adultes d'une famille polygamique devant un choix : sommes-nous prêts à conclure une relation polygamique, avec tous les droits et les obligations ? Autrement dit, le législateur doit évaluer la relation polygamique, et tous les participants doivent être conscients des conséquences économiques qu'une telle relation contractuelle pourrait avoir.

A) État civil vs. Relations de soin

Selon nous, la réglementation des relations de soin devrait être caractérisée par une approche distributive. La grande majorité des lois actuelles liées au mariage, si ce n'est toutes, se préoccupent des questions distributives, donc fiscales ou économiques. Toutes ces stipulations devraient être transférées dans le domaine contractuel, par le moyen de contrats nommés où il serait nécessaire. Ceci ne devrait pas poser trop de problèmes, cela a déjà été fait avec les lois qui sont liées aux droits de garde et de soin des enfants. Cet ensemble d'une nouvelle législation devrait couvrir trois domaines essentiels : le congé familial et pour raison de santé, la sécurité sociale et les services sociaux, et finalement la responsabilité parentale après dissolution de la relation ou de décès. Parallèlement, il serait nécessaire de codifier les développements qui ont été faits dans le droit entre les époux et les droits sociaux en les adaptant plus généralement aux relations de soin.

L'application plus régulière des outils juridiques et la dépénalisation de la polygamie représentent donc seulement les premières étapes d'une perspective d'évolution. Si certains chercheurs dans ce domaine suggèrent

que la problématique de base est la monogamie quasiment obligatoire,⁶⁰⁵ nous proposons que les relations conjugales ne doivent plus du tout être réglementées par l'État. Comme nous avons souhaité le démontrer, même si on donne accès à certains groupes additionnels au mariage, il y aura toujours des groupes qui seront exclus injustement.⁶⁰⁶ L'inclusion des relations polygamiques au mariage ne serait pas suffisante, car le mariage restera encore un instrument de régulation qui sert à exclure d'autres groupes, comme par exemple les polyamoureux. À travers de l'effet de subordination, le droit continue alors d'être un outil de contrôle et non pas de liberté.⁶⁰⁷ De plus, une simple inclusion de la polygamie au mariage créerait non seulement des tensions avec tout autre groupe non inclus,⁶⁰⁸ mais nous pensons qu'elle ne serait pas réalisable du point de vue politique. En effet, la professeure M.-F. Bureau et l'avocate K. Désilets pensent que la discussion sur la polygamie annonce la fin d'une ère :⁶⁰⁹

« Plutôt qu'être un pont vers la reconnaissance des mariages multiples, le cas du mariage entre conjoints de même sexe au Canada nous apparaît plutôt annoncer la fin d'une ère, la mort d'un mythe égalitaire fondé sur une politique identitaire. Les enjeux désormais posés par la démocratie sexuelle – unions non monogames, unions non conjugales, célibat prolongé, phénomènes trans – ont tous en commun la multiplicité et l'éclatement des identités. »

Dans les pays occidentaux, où le but est de garantir une liberté maximale aux identités variées des individus, une approche différente au droit familial est devenue incontournable. L'état civil ne constitue plus un critère adéquat pour déterminer si l'État devrait encourager une relation de soin,

⁶⁰⁵ Elizabeth F. Emens, « Monogamy's Law: Compulsory Monogamy and Polyamorous Existence » (2004) 29 New York University Review of Law & Social Change 277 [Emens, « Monogamy's Law »].

⁶⁰⁶ Michael Warner, *The trouble with normal: sex, politics, and the ethics of queer life*, Boston, Harvard University Press, 2000, aux pages 81–147.

⁶⁰⁷ Brown, *op. cit.* note 470; Lucie E. White, « Subordination, rhetorical survival skills and Sunday shoes: notes on the hearing of Mrs G. », (1990) 38 Buff. L. Rev. 1.

⁶⁰⁸ Carol Smart, *The ties that bind: law, marriage, and the reproduction of patriarchal relations*, Abingdon, Routledge, 1984.

⁶⁰⁹ Bureau et Désilets, « Triomphe », *op. cit.* note 544, à la page 59; parlant aussi de la fin d'un ère : Emens, « Monogamy's Law », *op. cit.* note 603.

puisque cela limite l'accès aux droits fondamentaux à un groupe limité de la population. Certes, ces dernières années, les législateurs en France et au Canada ont inclu les personnes du même sexe et les conjoints de fait dans le domaine des relations à protéger et à soutenir. Mais qu'en est-il du frère qui soutient sa sœur, des amis retraités qui vivent ensemble pour s'entraider économiquement, ou de toute autre relation dans laquelle l'État aimerait peut-être s'immiscer parce que cela serait économiquement avantageux ? Il existe en vérité trop de relations de soin différentes, et l'État soutient de nos jours seulement la famille monogamique, sans preuve que la relation conjugale monogamique soit davantage couronnée de succès que d'autres relations en créant les effets secondaires désirés par l'État.⁶¹⁰

« Le tableau est plus complexe. Il est difficile de prouver que le mariage livre les « biens » avec plus de succès que les personnes qui vivent ensemble sans être mariées. Il semble vrai que, statistiquement, les relations entre les personnes mariées durent plus longtemps qu'entre celles qui ne le sont pas. Mais il est aussi vrai qu'à l'époque où le mariage était beaucoup plus commun qu'aujourd'hui, les mariages des jeunes, des pauvres et des remariés avaient beaucoup plus de chances d'être rompus que ceux des époux plus âgés, des époux économiquement plus stables et des couples qui s'étaient mariés pour la première fois. »

Certains économistes déplorent par exemple l'utilisation de l'état civil comme critère pour les impôts, puisque cette réglementation exclut les couples pauvres et conduit à la privatisation des relations de soin.⁶¹¹ D'autres chercheurs, comme la professeure en Droit S. B. Boyd et l'avocate C. L. Badassi, proposent de trouver des solutions pour les couples ou même les amis cohabitant qui ont des relations de solidarité économiquement et émotionnellement.⁶¹² Bref, le concept monogamique est trop restrictif pour les

⁶¹⁰ Eekelaar et McLean, « Moral Bases », op. cit. note 588, à la page 537 (notre traduction).

⁶¹¹ Claire FL Young, « Taking Spousal Status into Account for Tax Purposes: The Pitfalls and Penalties », dans Anne Bottomley et Simone Wong (éds.), *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, Hart Publishing, 2009.

⁶¹² Susan B. Boyd et Cindy L. Baldassi, « Marriage or Naught? Marriage and Unmarried Cohabitation in Canada », dans Anne Bottomley et Simone Wong (éds.), *Changing Contours*

relations que l'État veut protéger, surtout quand on considère les relations de plus en plus complexes entre les membres de nos sociétés occidentales. Le philosophe Michel Foucault proposait d'ailleurs déjà de complètement réinventer le droit familial, puisque beaucoup de rapports entre les membres de la société ne sont pas protégés :⁶¹³

« Je n'en ai pas d'idée précise. Je pense, bien sûr, qu'il serait tout à fait contradictoire d'appliquer à cette fin et à ce type d'amitié le modèle de la vie familiale, ou les institutions qui vont de pair avec la famille. Mais il est vrai que, puisque certains des rapports qui existent dans la société sont des formes protégées de vie familiale, on constate que certaines variantes qui, elles, ne sont pas protégées, sont à la fois souvent plus riches, plus intéressantes et plus créatives que ces rapports. Mais, naturellement, elles sont aussi beaucoup plus fragiles et vulnérables. La question de savoir quels types d'institutions nous devons créer est une question capitale, mais je ne peux pas y apporter de réponse. Notre tâche, je crois, est d'essayer d'élaborer une solution. »

Nous proposons à cette fin une dissociation de l'état civil de l'État. Une approche plus ciblée est nécessaire - approche qui se concentre plutôt sur les relations essentielles que l'État aimerait protéger, et qu'il fait déjà par voie d'état civil. En découplant ces responsabilités de l'état civil et en les rendant accessibles à tous les membres de la société, sans tenir compte de la relation conjugale, qui deviendrait une affaire purement privée, chaque personne dans une telle relation de soin sera protégée par la loi. D'un autre côté, chaque personne créant un lien de responsabilité de soin envers des personnes vulnérables, comme par exemple le polygame qui aimerait avoir plusieurs femmes, serait tenue devant la loi d'honorer son engagement envers ses femmes et ses enfants. Une telle approche est, selon nous, la seule qui peut

of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing, Oxford, Hart Publishing, 2009, 111–129 [Boyd et Baldassi, « Naught »].

⁶¹³ Michel Foucault et Daniel Defert, « Le triomphe social du plaisir sexuel: une conversation avec Michel Foucault », dans *Dits et écrits: 1954-1988. 1980-1988*, texte 313, Paris, Gallimard, 1994; B. Gallagher et A. Wilson, « Michel Foucault, une interview : sexe, pouvoir et la politique de l'identité », *The Advocate* (juin 1982), en ligne : <<http://1libertaire.free.fr/MFoucault213.html> . Pour une analyse intéressante de la polygamie en vertu du concept de biopolitique de Michel Foucault, voir: Margaret Denike, « The Racialization of White Man's Polygamy », (2010) 25 *Hypatia* 852–874.

englober toute sorte de relations conjugales sans devoir juger sur l'éligibilité de la relation conjugale. En outre, une approche qui dissocie l'état civil de la responsabilité de l'État est avancée par un spectre vaste de parties intéressées, incluant les chercheurs qu'on associait plutôt au champ traditionaliste et conservateur.⁶¹⁴

Les professeurs en Droit C. Smart⁶¹⁵ et T. Metz, ont aussi demandé une dissociation totale du mariage et de l'État, dissociation qui pourrait convenir à toutes sortes de relations entre adultes :⁶¹⁶

« Le désétablissement du mariage voudrait dire que l'État se retirerait de son rôle actuel de définir et de contrôler le mariage ; il n'accorderait pas le statut de mariage ou n'utiliserait pas le « mariage » comme catégorie afin de diffuser des bénéfices ou d'attribuer des obligations légales. Le mariage serait aboli comme catégorie juridique. Comme statut culturel, le mariage serait laissé aux associations bénévoles et aux entités religieuses et culturelles qui exercent l'autorité éthique d'une façon plus effective et juste que l'État. »

En souscrivant à cette approche de T. Metz comment alors décider de la façon dont l'État devrait réglementer les relations de soin ? Nous y avons fait allusion quand nous avons essayé à décrire la fonction du mariage contemporain au début de la présente thèse, et nous proposons donc une approche distributive. Inversement, une approche distributive permettrait d'évaluer le coût réel des relations polygamiques, puisque cela créerait des

⁶¹⁴ Antony W. Dnes et Robert Rowthorn (éds.), « Cohabitation and marriage », dans Antony W. Dnes et Robert Rowthorn (éds.), *The Law and Economics of Marriage and Divorce*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; Antony W. Dnes et Robert Rowthorn, « Marriage: the long-term contract », dans Antony W. Dnes et Robert Rowthorn (éds.), *The Law and Economics of Marriage and Divorce*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; Nona Willis Aronowitz, « I Wish I Wasn't Married: In Defense of Domestic Partnerships for Straight Couples » (16 juillet 2011), en ligne : Good <<http://www.good.is/post/domestic-partnerships-should-be-an-alternative-to-marriage-for-all-couples/> ; Maura I. Strassberg, « The Challenge Of Post-Modern Polygamy: Considering Polyamory » (2003) 31:3 Law Review Back Issues.

⁶¹⁵ Smart, *op. cit.* note 606.

⁶¹⁶ Metz, *op. cit.* note 159.

relations de soin avec toutes les obligations envers les autres membres de la famille, incluant les multiples époux.

B) Le coût de la polygamie

En substance, et D. Kennedy le résume très bien, « [l]e discours légal est la langue pour expliquer les règles de droit qui fonctionnent d'une façon distributive ». ⁶¹⁷ Dans cet esprit, et concernant une nouvelle approche au droit de famille, plusieurs auteurs ont commencé à imaginer comment on pourrait organiser les relations de soin. Les professeurs en droit J. M. Collins, E. J. Leib et D. Markel ont fait des études exhaustives pour essayer de trouver des solutions pratiques. En démontrant que l'état civil joue souvent un rôle défavorable en droit, et les chercheurs analysent quasiment la totalité des champs du droit, ils proposent que l'État ne devrait pas juger sur la base de l'état civil, mais simplement quand il y a présence de négligence d'obligation de soin. Cette réduction des règles à leur fonction distributive et aux relations de soins serait, selon ces juristes, idéale pour capter toute sorte de relations entre adultes : ⁶¹⁸

« Assumant que la liberté de conclure des contrats de soin réciproques est défendable parce qu'il faut respecter les choix autonomes et honnêtes des personnes adultes, il semble que l'État devrait abandonner la criminalisation de la polygamie et il devrait déterminer qui marie qui par le moyen de contrats privés et peut-être par des taxes et des subventions. Ceci implique bien sûr que les personnes d'orientation homo- ou poly-sexuelle puissent se regrouper sans crainte de poursuite. »

⁶¹⁷ Duncan Kennedy, *Sexy Dressing Etc*, Boston, Harvard University Press, 1995, à la page 328.

⁶¹⁸ Jennifer M. Collins, Ethan J. Leib, et Dan Markel, « Punishing Family Status » SSRN eLibrary, en ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1120877 , à la page 1409 (notre traduction).

A. Diduck, se basant sur la recherche de N. Fraser,⁶¹⁹ propose d'observer trois aspects centraux en ce qui concerne un « nouveau » droit de famille : l'économie, la culture et la représentation.⁶²⁰ Nous pensons que la culture est un aspect délicat, sinon impossible à régler directement par la loi, la meilleure façon étant probablement de laisser de l'espace pour la culture et de subventionner la culture qu'on juge appropriée et présentant un bénéfice aux citoyens. La représentation affecte un mélange de champs de droit et en ce qui concerne le droit de famille, force est de constater que la représentation a parfois besoin de l'aide du droit pénal afin de protéger les personnes vulnérables. L'État peut aider à protéger les personnes vulnérables et leur donner les moyens de représentation surtout à travers des règles distributives, donc économiques. Le professeur A. Dnes est pour une approche plus contractuelle du droit de la famille et accepte un resserrement des règles en cas de divorce ou de rupture de contrat :⁶²¹

« Il est très étonnant que beaucoup de gens s'inquiètent de ce qui concerne le taux de divorce, l'augmentation de la cohabitation et la remise à plus tard d'avoir des enfants, mais ils ne se demandent pas si ce n'est pas notre droit du mariage d'après la guerre qui a joué un rôle dans ces changements. »

Encore une fois, nous ne sommes pas particulièrement favorables à la polygamie ou n'importe quelle autre forme de vie conjugale spécifique, mais une approche distributive permettrait aux « femmes et aux enfants dans des unions *de fait* d'accéder à l'aide. »⁶²² Nous soumettons donc que l'interdépendance et les relations de soin devraient guider le droit de famille,

⁶¹⁹ Nancy Fraser, « Reframing Justice in a Globalizing World » (2005) 36 *New Left Review* 69; Nancy Fraser, « Mapping the Feminist Imagination: From Redistribution to Recognition to Representation », dans Ursula Degener et Beate Rosenzweig (éds.), *Die Neuverhandlung sozialer Gerechtigkeit*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006, aux pages 37–51.

⁶²⁰ Alison Diduck, « *Relationship Fairness* », dans Anne Bottomley et Simone Wong (éds.), *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, Hart Publishing, 2009.

⁶²¹ *Ibid.*, aux pages 129-130.

⁶²² Lisa M Kelly, « Bringing International Human Rights Law Home: An Evaluation of Canada's Family Law Treatment of Polygamy » (2007) 65 *U Toronto Fac L Rev* 1, à la page 37.

et une vaste recherche a été faite à cette fin par, entre autres, M. Fineman,⁶²³ S. Wong,⁶²⁴ C. Smart,⁶²⁵ B. Cossman,⁶²⁶ A. March,⁶²⁷ Boyd et Baldassi,⁶²⁸ et H. Shamir.⁶²⁹ En analysant ces études en droit familial, nous sommes d'avis que deux principes devraient orienter une transformation du droit familial. Premièrement, l'État ne devrait pas intervenir là où il n'en a pas besoin, il devrait donc exister une certaine liberté contractuelle. Deuxièmement, l'État devrait assurer que ces « contrats » soient respectés.⁶³⁰ Ces deux principes ont d'ailleurs été appliqués implicitement par la jurisprudence au Québec, où les juges s'inspirent de plus en plus des obligations de soin, mais au-delà respectent les stipulations contractuelles du couple.⁶³¹

Conscient que le mariage joue un rôle important au-delà de l'aspect distributif pour la majorité des citoyens, nous considérons que l'État ne devrait pas jouer un rôle qui dépasse les questions distributives :⁶³²

« L'État a un rôle à jouer pour fournir un cadre juridique permettant aux gens de s'acquitter des responsabilités et des droits découlant des rapports personnels étroits qu'ils entretiennent. Toutefois, toute intervention de l'État devrait honorer le choix des gens. Plutôt que de se concentrer principalement sur les couples mariés et les couples que l'on estime « assimilables au mariage », les gouvernements devraient établir un régime d'enregistrement qui facilite

⁶²³ Martha Fineman, *The Neutered Mother, the Sexual Family, and Other Twentieth Century Tragedies*, Abingdon, Routledge, 1995; Martha Fineman, *The Autonomy Myth: A Theory Of Dependency*, New York, The New Press, 2005.

⁶²⁴ Simone Wong, « *Caring and Sharing: Interdependency as a Basis for Property Redistribution* », dans Anne Bottomley et Simone Wong (éds.), *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, Hart Publishing, 2009, 49–66.

⁶²⁵ Carol Smart, « *Making Kin: Relationality and Law* », dans Anne Bottomley et Simone Wong (éds.), *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, Hart Publishing, 2009, 7 –23.

⁶²⁶ Brenda Cossman et Bruce Ryder, *L'assujettissement juridique des rapports personnels entre adultes*, Ottawa, Commission du droit du Canada, 2002.

⁶²⁷ March, « Right », *op. cit.* note 501.

⁶²⁸ Boyd et Baldassi, « Naught », *op. cit.* note 610.

⁶²⁹ Hila Shamir, « The State of Care: Rethinking the Distributive Effects of Familial Care Policies in Liberal Welfare States » (2010) 58:4 *American Journal of Comparative Law*, 953.

⁶³⁰ Ingeborg Schwenzer, « Die Zukunft des Familienrechts: Der Model Family Code » (2007) 3 *Gender kompetent* [Schwenzer, « Zukunft »]; Ingeborg Schwenzer et Mariel Dimsey, *Model family code: from a global perspective*, Cambridge, Intersentia, 2006.

⁶³¹ Robert Leckey, « Family Outside the Book on the Family » (2009) 88 *Canadian Bar Review* 545-78 [Leckey, « Family Outside »].

⁶³² Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, *op. cit.* note 577, à la page 143.

l'ordonnancement privé des rapports conjugaux et non conjugaux. Bien que l'intérêt de l'État en matière de mariage se concentre principalement sur les questions contractuelles, la population canadienne continue de valoriser l'importance d'une cérémonie de mariage, civile ou religieuse. »

Concernant notre thème, la discussion se tourne donc vers la question de l'effet économique que pourrait avoir un nouveau droit de la famille pour les personnes polygamiques.⁶³³ Ceci devrait être plus facile dans la mesure où on voit le mariage existant essentiellement comme un énorme paquet de privilèges, légitimement économiques.⁶³⁴ De même, il ne faut d'ailleurs pas oublier d'examiner ce nouveau droit proposé sous un aspect qui considère les positions de pouvoir pour négocier entre les adultes impliqués.⁶³⁵ Jusqu'à présent, peu de travail a été fait sur l'économie, et plus spécifiquement, sur le pouvoir de négociation des époux lors du mariage et du divorce. Une approche plus rationnelle et économique contribuera grandement à atteindre les objectifs de la politique du gouvernement en matière des relations conjugales.⁶³⁶ Plusieurs approches ont déjà été proposées par la littérature populaire économique,⁶³⁷ et il est ainsi important de voir ces nouveaux règlements suggérés dans le contexte économique des personnes impliquées.⁶³⁸ Comme lors de toute analyse, offrir des solutions du point de vue distributif n'est pas parfait, mais selon nous, une approche distributive permet de cibler plus clairement les effets voulus par le législateur, puisqu'il s'agit surtout d'une question d'égalité distributive.⁶³⁹

⁶³³ Libby Adler, « Gay Rights and Lefts: Rights Critique and Distributive Analysis for Real Law Reform » (2011) 46:1 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review (Amicus Online Supplement), à la page 15 [Adler, « Rights and Lefts »]; Rittich et Halley, « Critical », *op. cit.* note 204.

⁶³⁴ Warner, *op. cit.* note 604, à la page 117; Amyra Grossbard, « Towards a Marriage Between Economics and Anthropology and A General Theory of Marriage » (1978) 68:2 American Economic Review 33–37.

⁶³⁵ Martin Zelder, « For better or for worse? Is bargaining in marriage and divorce efficient? », in Antony W. Dnes et Robert Rowthorn (éds.), *The Law and Economics of Marriage and Divorce*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

⁶³⁶ *Ibid.*, à la page 157

⁶³⁷ Paula Szuchman and Jenny Anderson, *Spousonomics: Using Economics to Master Love, Marriage, and Dirty Dishes*, New York, Random House Digital, Inc., 2011.

⁶³⁸ Frances E. Olsen, « The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform » (1983) 96 : 7 Harvard Law Review 1497–1578.

⁶³⁹ Adler, « Rights and Lefts », *op. cit.* note 631, à la page 18.

Une approche distributive et économique des relations conjugales, qui met le poids sur les relations de soin, aurait pour effet d'évaluer le coût de la polygamie. Toute personne adulte qui voudrait entrer en relation polygamique aurait des choix à faire. En effet, le statut entre les adultes d'une telle relation serait reconnue par la législation, avec tous les droits et toutes les obligations qui en découlent. Ces lois ne protégeraient pas seulement toute personne de la famille polygamique, mais en même temps elles créeraient des obligations de soin qui, pour un homme comme Winston Blackmore de l'affaire *Blackmore*, pourraient être considérables. Et, les épouses, ou époux, auraient plus de pouvoir au début de leur relation polygamique, puisqu'elles seraient reconnues par la loi et protégées. L'avenir dira si les hommes seront prêts à assumer la responsabilité juridiquement applicable pour plus d'une épouse.

Ces postulats en tête, nous suggérons d'éliminer l'état civil comme statut légal et d'adopter plutôt des textes qui régleraient les relations de soin avec la protection des personnes vulnérables comme principe directeur.

Chapitre II : Vers une prise en charge sociale des conséquences de la polygamie

Tout changement vers une législation qui est ciblé sur les relations de soin en France et au Canada devrait se faire sous deux volets. Premièrement, les législateurs devraient consolider les droits partiellement établis par la jurisprudence dans les domaines des pensions, des allocations veuvage et familiales et en droit successoral. Une recherche approfondie et une codification des principes jurisprudentiels déjà évolués par les tribunaux présenteraient sans conteste la meilleure solution. Les législateurs devraient de même se prononcer sur les valeurs nationales et constater que dans un Canada multiculturel et une France laïque les relations conjugales entre plus de deux personnes adultes sont protégées par les droits fondamentaux.

En second lieu, le législateur a la tâche de développer ou d'adapter trois branches d'une réglementation des relations de soin qui remplaceraient les lois qui utilisent l'état civil comme qualificateur d'accès à certains droits et bénéfices. Ainsi que nous l'avons dit, tous les adultes continueront évidemment d'être libres de se marier de n'importe quelle façon qu'ils ou elles veulent. Cette union n'aurait aucune valeur légale, mais seulement culturelle ou religieuse - ceci inclurait donc aussi les mariages polygamiques. Plusieurs auteurs ont avancé des alternatives dans les domaines légaux où traditionnellement l'état civil déterminait s'il y avait accès à ces droits ou non. Nous nous sommes ici essentiellement inspirés des propositions des professeurs N. Polikoff, I. Schwenzer, R. Leckey, T. Metz et L. Adler,⁶⁴⁰ et nos propositions représentent une certaine synthèse de ces idées. Notons que ces réglementations ou lois sont, selon nous, suffisantes pour pouvoir protéger les personnes vulnérables qui se trouvent dans des relations de soin, ce qui semble être le but principal des États occidentaux. Rappelons-nous aussi que moult autres questions découlant des relations familiales sont

⁶⁴⁰ Polikoff, *op. cit.* note 141; Schwenzer, « Zukunft », *op. cit.* note 580; Schwenzer et Dimsey, *op. cit.* note 628; Leckey, « Family Outside », *op. cit.* note 629; Adler, « Rights and Lefts », *op. cit.* note 631; Metz, *op. cit.* note 159.

réglées par d'autres domaines du droit de famille, indépendant de l'état civil (par exemple la parenté, l'adoption etc.).

Les principes qui devraient guider ces trois domaines de droit à faire évoluer ont été parfaitement résumés par la professeure en droit M. Eichner.⁶⁴¹ Selon elle, les six principes sont les suivants: L'État devrait respecter la liberté des adultes d'entrer dans des relations conjugales, l'État devrait reconnaître les relations de soin à long terme pour assigner les droits et les responsabilités, l'État devrait reconnaître une vaste gamme de relations de soin différentes, l'État devrait établir des limites aux privilèges assignés, l'État devrait faciliter ses relations de soin, et, finalement, l'État devrait être conscient des effets négatifs des relations de soin.⁶⁴² Les effets négatifs à observer, selon Maxine Eichner, sont surtout la possibilité d'inégalité entre les sexes, l'inégalité de pouvoir économique et d'opportunité, et le danger d'isolation.⁶⁴³

Les législateurs devraient donc consolider les droits partiellement établis par la jurisprudence dans les domaines des pensions, des allocations veuvage et familiales et en droit successoral. Ensuite, ils ont la tâche d'identifier les domaines législatifs susceptibles d'évoluer.

1. Les droits à consolider

A) Polygamie et valeurs nationales

Nous pensons que la dépénalisation de la polygamie et la transformation du droit des relations conjugales est parfaitement compatible avec la politique multiculturelle du Canada et la politique de laïcité en France.

⁶⁴¹ Maxine Eichner, « Principles of the Law of Relationships Among Adults » (2007) 41:3 Family Law Quarterly.

⁶⁴² *Ibid.*

⁶⁴³ *Ibid.*, aux pages 448-451.

Le multiculturalisme canadien est un modèle de gestion de la diversité ethnoculturelle des nouveaux arrivants soutenu par un ensemble de politiques gouvernementales adoptées par le Canada des années 1970 et 1980, par le Gouvernement libéral de Pierre Elliott Trudeau. La Chambre des communes a adopté la *Loi sur le multiculturalisme canadien* le 21 juillet 1988 et la loi constitue un document important qui guide la politique du Canada moderne.⁶⁴⁴ Le multiculturalisme canadien supporte la coexistence de différentes cultures du pays et s'oppose à l'intégration et la constitution d'une identité commune.

Bien que le multiculturalisme canadien soit perçu de manière critique par certains nationalistes québécois, il est néanmoins accepté. Sans aller plus en détail, le Québec vit une situation particulière, influencée par les nationalistes, séparatistes, son héritage français et le fait que le Québec soit reconnu comme une nation à l'intérieur de la nation du Canada. Ceci étant dit, le Rapport Bouchard-Taylor, rédigé par des commissaires du gouvernement québécois, définit en 2008 le multiculturalisme comme ceci :⁶⁴⁵

« Dans son acception la plus courante, système axé sur le respect et la promotion de la diversité ethnique dans une société. Peut conduire à l'idée que l'identité commune d'une société se définit exclusivement par référence à des principes politiques plutôt qu'à une culture, une ethnicité ou une histoire. »

Le multiculturalisme canadien, et québécois, représente donc une forme de laïcité ouverte, tel que le conclut le Rapport Bouchard-Taylor. Il s'agit d'une norme de laïcité qui permet des manifestations du religieux dans les institutions publiques (par exemple, au sein de la clientèle et du personnel des écoles, des hôpitaux et de l'administration publique).⁶⁴⁶ Selon nous, cette

⁶⁴⁴ *Loi sur le multiculturalisme canadien*, LRC 1985, c 24 (4e suppl).

⁶⁴⁵ Gérard Bouchard et Charles Taylor, *Fonder l'avenir - Le temps de la conciliation*, Montréal, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, 2008, en ligne : <<https://www.mce.gouv.qc.ca/publications/CCPARDC/rapport-final-integral-fr.pdf>>, à la page 288.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, à la page 154.

politique permet la pratique de la polygamie, pourvu que tous les adultes de la relation agissent volontairement, et qu'ils profitent pleinement de la protection des autorités et des lois applicables. Le principe conducteur de la nouvelle législation à adopter doit être l'égalité entre les hommes et les femmes. De même, les enfants des relations polygamiques doivent être protégés et l'État doit agir en cas d'abus.

La situation en France est un peu différente, puisque la France semble pratiquer une laïcité intégrale ou radicale. Cette forme de laïcité vise à bannir toute manifestation de la religion dans les institutions relevant de l'État ou même de l'ensemble de la sphère publique, pour la confiner entièrement à la sphère privée. En France, la laïcité est considérée comme un marqueur national, et on parle souvent de « laïcité à la française ». Comme les relations conjugales seraient, selon nos propositions, plus dans le domaine étatique, donc public, la dépénalisation de la polygamie serait aussi compatible avec la laïcité intégrale de la France.

Même si on considère que la réglementation des relations conjugales demeure dans la juridiction publique, il faut se demander si le principe de laïcité, pratiqué depuis la Révolution de 1789, ne s'est pas trop radicalisé en France. N'oublions pas que les deux principes fondamentaux de la laïcité moderne en France sont la liberté de conscience et la séparation du politique et du religieux.⁶⁴⁷ Il y a probablement un argument stipulant que l'interdiction faite aux élèves de porter des signes religieux dits « ostensibles » à l'école et l'interdiction du port de burqa viole directement le principe de liberté de conscience, même s'il s'agit de le faire par le biais de l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public. Les convictions personnelles ne peuvent ni servir de fondement aux lois, ni être avancées pour autoriser ou interdire des comportements à autrui, et réciproquement.

La liberté de conscience implique également qu'il n'y a pas de religion d'État imposée aux citoyens, ni d'interdiction par l'État de croire en Dieu et

⁶⁴⁷ *Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État.*

d'avoir des pratiques religieuses. Les croyances religieuses sont une affaire privée, ce qui signifie qu'elles ne regardent pas l'État mais les individus. La séparation des Églises et de l'État implique également la neutralité des représentants de la République et de ses moyens. Si on appliquait ce principe correctement, comment expliquer que le Président français et le Premier Ministre aient enfreint ce principe après les attentats de janvier 2015 en portant la kippa dans une synagogue, cela dans l'exercice de leurs fonctions ?

En conclusion, nous pensons que la dépénalisation de la polygamie et la fin de la réglementation par les États en France et au Canada des relations conjugales serait compatible avec le multiculturalisme et la laïcité ouverte du Canada, ainsi qu'avec la laïcité intégrale ou radicale de la France, puisque les relations conjugales ne seraient plus du domaine public. On pourrait difficilement expliquer comment une relation polygamique violerait donc les valeurs nationales de ces deux pays occidentaux.

B) Pensions et allocations veuvage et familiales

Nous avons vu que les tribunaux au Canada ont commencé à accepter des relations quasi-polygames en ce qui concerne les pensions et allocations veuvages et familiales, et il s'agit de consolider et d'intégrer ces conclusions jurisprudentielles. Peut-être que le législateur devrait s'inspirer des jugements dans l'affaire *Quinn v. Carrigan*, tel que nous l'avons discuté auparavant. Rappelons-nous que la Cour supérieure de l'Ontario pensait qu'il serait possible d'avoir deux épouses en même temps au sens d'une loi spécifique.⁶⁴⁸ Même le juge d'appel avait maintenu la position du premier tribunal et avait décidé « [qu'] une personne peut être mariée à deux personnes différentes en même temps ».⁶⁴⁹ Le gouvernement a modifié la *Loi sur les régimes de retraite* afin de clarifier la législation, et depuis ce changement législatif, si le défunt n'avait plus cohabité avec son épouse, même si le divorce n'avait pas encore été prononcé, les pensions et les

⁶⁴⁸ *Carrigan v. Carrigan Estate*, op. cit. note 339.

⁶⁴⁹ *Carrigan c. Quinn*, op. cit. note 343 au par. 59-60 (notre traduction).

allocations veuvage revenaient au conjoint ou à la conjointe qui vivait avec le bénéficiaire au moment du décès.

Les législateurs pourraient aussi s'inspirer de la France, qui a des pratiques plus établies en ce qui concerne les pensions et les allocations veuvages. Nous avons vu que selon plusieurs chercheurs, les solutions de la jurisprudence française sont facilement transposables aux relations polygamiques,⁶⁵⁰ tant que c'est le principe d'égalité qui l'emporte. En pratique, le législateur devrait éviter l'usage des caisses responsables qui versent les montants à la première épouse qui en fait la demande, et non pas aux autres.⁶⁵¹ Le législateur devrait procéder au partage égal entre les deux titulaires. Cette approche semble parfois dure, mais une législation claire aiderait les personnes impliquées à calculer leurs risques quand elles entament une relation polygamique. Il serait certainement prudent pour toutes les personnes impliquées, ainsi que pour le gouvernement, de se servir d'un contrat nommé dans cette matière afin de tirer au clair qui fait partie de la relation polygamique.

En ce qui concerne les pensions de veuves, les Cours françaises accordent normalement déjà l'égalité aux paiements entre les épouses qui remplissent les conditions d'accès, et nous avons vu que ces conditions sont normalement établies dans les conventions spécifiques entre la France et les pays concernés. Pour les pensions de veuves il serait de même souhaitable d'établir une sorte de contrat nommé qui établit qui fait partie de la relation polygamique. Pour les allocations familiales, la relation entre les parents ne devrait pas être d'importance.⁶⁵² La garde des enfants continuerait à être décidée en fonction de l'intérêt véritable des enfants.⁶⁵³ Par contre, toute nouvelle législation devrait assurer que les prestations fiscales, pour la garde des enfants par exemple, puissent être accessibles à tous les parents de

⁶⁵⁰ Nerson et Rubellin-Devichi, *op. cit.* note 349; Leveneur, *op. cit.* note 349; Fadlallah, *op. cit.* note 97, au par. 79.

⁶⁵¹ Toullier, « Les tergiversations », *op. cit.* note 351.

⁶⁵² Bailey et Kaufman, *op. cit.* note 9, à la page 181.

⁶⁵³ Voir par exemple : art. 19 de la loi ontarienne *Loi portant réforme du droit de l'enfance* LRO 1990, c 12.

l'enfant, et pas seulement au père, comme cela pourrait être le cas dans les familles fondamentales. Cela est d'ailleurs un problème qui touche non seulement les familles polygamiques, mais toute famille. Comme avec des parents monogamiques qui ne cohabitent pas, ces prestations sont administrées selon les règles habituelles, mais nous imaginons que l'application réelle de ces versements peut certainement créer des complications dans des familles polygamiques qui doivent être réglées par la législation.

Sauf exceptions, les effets de la polygamie sur l'assurance santé sont plus prononcés en France à cause du simple fait que le Canada jouit d'un service de santé gratuit pour tous les résidents du pays. En France, l'aide médicale est souvent la seule solution pour les membres non-assurés d'une famille polygamique. Ici encore, il faudra adopter un régime qui se serve d'une sorte de contrat nommé avec des limites de personnes qui font partie d'une relation polygamique afin d'éviter des abus. Pour les allocations familiales, l'impact de la prohibition est probablement minime, puisque, pour les fins d'allocation, il n'y a pas de limite sur le nombre d'enfants résidents des deux pays. Finalement, le fisc devrait se pencher sur la question de la polygamie. Nous avons vu que lorsqu'un contribuable vit en France en état de polygamie, seul son premier mariage produit effet en France. Sans aller en détail, le législateur doit trouver une solution en ce qui concerne la solidarité entre époux pour le paiement des impôts sur le revenu et des impôts sur la fortune.

En conclusion, les législateurs en France et au Canada devraient trouver une façon de régler les allocations veuvage et familiales, ainsi que les pensions. Il est clair que plus il y aura de personnes faisant partie d'une relation polygamique, moins avantageux seront les bénéfices, si on applique le principe d'égalité. Nous pensons d'ailleurs que ce fait forcera les partenaires d'une relation polygamique à se demander si une telle relation est une bonne idée. Avec des contrats nommés et réglementés afin d'éviter des situations d'abus, nous pensons que les législateurs trouveront des solutions justes et exécutables.

C) Droit successoral et régime matrimonial

En ce qui concerne les droits successoraux, les législateurs pourraient s'inspirer des tribunaux français qui répartissent habituellement les droits successoraux du conjoint survivant entre les épouses. Au cas où la loi selon laquelle il y a eu le mariage polygamique n'est pas égalitaire, il serait préférable de se référer à la loi successorale elle-même et d'induire un principe de répartition égalitaire selon le cas.⁶⁵⁴ Il semble qu'en droit des successions les relations polygamiques ne posent pas de problème législatif insurmontable, et les tribunaux ont déjà trouvé des solutions en France et au Canada qui pourraient conduire à des principes codifiés.

En ce qui concerne le régime matrimonial, nous proposons d'adopter les règles qui s'appliquent dans la province du Québec au Canada. Autrement dit, comme il n'y aura plus de relations conjugales réglementées par l'État, les règles concernant les régimes matrimoniaux et le patrimoine familial ne s'appliqueraient plus, même si les époux ont des enfants et peu importe la durée de vie conjugale. Par contre, un ex-conjoint pourrait devoir payer une pension alimentaire pour ses enfants, tel que cela est déjà le cas en France et au Canada. Ceci étant dit, il peut y avoir une dette d'un conjoint envers l'autre pour d'autres motifs, comme un partenariat en affaires, une copropriété, ou une obligation à cause d'un contrat conclu entre les époux ou partenaires. Tout comme pour les conjoints légaux, les conjoints de fait peuvent convenir de partager leurs biens, même si aucune dette n'est due. Tel que discuté, l'approche du Québec a été examinée par la Cour Suprême du Canada dans l'affaire « Lola » en 2013.⁶⁵⁵ La Cour confirmait que le fait de ne pas devoir payer un soutien à l'époux ou l'épouse non marié ne violait pas l'article 15 de la *Charte Canadienne des Droits et des Libertés*,⁶⁵⁶ l'article qui garantit le droit à l'égalité.⁶⁵⁷

⁶⁵⁴ Fadlallah, *op. cit.* note 97; CA Paris, 8 nov. 1983, Rev. Crit. DIP 1984 (annotation Lequette).

⁶⁵⁵ L'affaire « Lola », *op. cit.* note 95.

⁶⁵⁶ *Charte canadienne*, art. 15.

⁶⁵⁷ L'affaire « Lola », *op. cit.* note 95.

En conclusion, nous pensons que le fait de laisser décider les partenaires d'une relation conjugale comment régler leur relation en matières successorales ou de régime matrimonial (si on peut encore le désigner d'une telle façon) ne viole pas le droit à l'égalité. Nous pensons que le droit des contrats peut servir comme véhicule pour régler cet aspect des relations conjugales. Une telle approche ne donne pas seulement une grande liberté aux parties contractantes, mais cela forcera les parties à devenir plus indépendantes et conscientes des relations dans lesquelles elles entrent. Selon nous, ceci donne assez de flexibilité pour inclure les relations polygamiques aux relations conjugales et promouvoir l'indépendance et le pouvoir des époux polygamiques.

2. Les domaines législatifs susceptibles d'évoluer

D'un côté, les pensions, les allocations veuvage et familiales ainsi que les droits successoraux et le régime matrimonial peuvent être réglés contractuellement suivant une dépénalisation de la polygamie et un retrait de l'État de la réglementation des relations conjugales. D'un autre côté, les législateurs doivent adopter des lois qui règlent trois aspects importants qui ne sont plus réglés quand l'état civil ne détermine plus l'accès à ces droits. L'État a intérêt à protéger ces droits, puisque nous avons vu que son mandat est de protéger les personnes vulnérables et de faciliter et promouvoir les relations de soin.

A) Congé familial et pour raison de santé

Premièrement, le législateur doit créer une protection des personnes affectées dans le cas d'un congé familial ou pour des raisons de santé.⁶⁵⁸ Le but est de protéger les personnes dépendantes du soin de la personne qui est affectée d'un tel congé ou d'une maladie, tel que les enfants ou les

⁶⁵⁸ Polikoff, *op. cit.* note 141; Schwenger, « Zukunft », *op. cit.* note 580; Schwenger et Dimsey, *op. cit.* note 628; Leckey, « Family Outside », *op. cit.* note 629; Adler, « Rights and Lefts », *op. cit.* note 631.

partenaires. Les lois à adopter devraient répondre aux deux questions : qui peut prendre les décisions en cas d'urgence médicale ? Qui est protégé en cas de maladie de l'adulte qui subvient aux besoins de la famille ?⁶⁵⁹ L'adoption d'une telle législation aurait deux avantages. Elle forcerait les participants de n'importe quelle relation conjugale de penser à qui ils donnent le droit de prendre des décisions importantes en cas d'absence. Elle permettrait de même au législateur de protéger d'abord les personnes les plus vulnérables, comme les enfants, et les partenaires qui ont un désavantage économique ou de pouvoir. Cette loi serait ouverte à n'importe quelle relation entre adultes, elle pourrait même conférer le droit de prendre des décisions à d'autres membres de la famille, ou à des amis, comme ceci est d'ailleurs déjà pratiqué dans le droit des successions.

En même temps, une telle loi forcerait les adultes d'une relation conjugale à se demander s'il serait avantageux d'un point de vue économique d'avoir plus d'une ou d'un partenaire conjugal qu'on voudrait protéger, puisque cette relation additionnelle créerait un coût et des obligations juridiquement exécutoires pour tous les adultes impliqués. Les personnes qui seraient dans une relation polygamique ou polyamoureuse par exemple seraient confrontées avec le fait de prendre des décisions économiques et distributives qui pourraient éventuellement les en dissuader. En même temps, s'ils ou elles décident de le faire, il y aura une certaine reconnaissance et protection légale.

Nous sommes enfin conscients que les autorités doivent probablement venir en aide à une famille polygamique au cas où le soutien de famille est malade ou n'est plus capable de travailler. Mais en ne reconnaissant pas tous les membres de cette famille, comme cela est le cas actuellement en France et au Canada, ces femmes, dans la majorité des cas, n'ont aucune protection du tout. Une loi formalisée pourrait démontrer des limites spécifiques jusqu'auxquelles l'État est préparé à étendre l'inclusion de certaines personnes profitant de ces bénéfices, par exemple en stipulant qu'il ne peut

⁶⁵⁹ Polikoff, *op. cit.* note 141 aux pages 159 et s.

pas y avoir plus de deux bénéficiaires adultes - cette réglementation spécifique forcerait toutes les personnes impliquées à faire une analyse coût / bénéfice.

B) Sécurité sociale et services sociaux

Deuxièmement, afin de protéger toutes les personnes vulnérables dans les familles, les législateurs devraient créer une nouvelle réglementation concernant la sécurité sociale.⁶⁶⁰ La Commission de Droit du Royaume-Uni a d'ailleurs fait des suggestions en ce domaine basées sur la cohabitation et les relations de soin.⁶⁶¹ Encore une fois, l'inclusion de toutes les personnes dans la sécurité sociale, y compris les partenaires polygamiques, est certainement associée à un coût. Néanmoins, sans la reconnaissance de ces relations, certaines femmes polygamiques et leurs enfants ne jouissent pas de la même sécurité sociale et des mêmes services sociaux.

Le législateur a intérêt à inclure toutes sortes de personnes qui ont une relation de soin dans la sécurité sociale et les services sociaux pour deux raisons majeures. D'un côté, le coût pour l'État est beaucoup moins élevé quand les soins sont assumés en famille au lieu de les institutionnaliser. D'un autre côté, en incluant ces personnes dans le cadre de la sécurité sociale et les services sociaux, le gouvernement a une justification officielle pour réglementer, inspecter et superviser ces relations de soin. L'effet est double : un certain contrôle de l'État sur les relations de soin, incluant les relations polygamiques ; et un effet de dissuasion pour toutes les familles, incluant les familles polygamiques, de commettre de la violence domestique envers les autres membres de la famille. Nous souscrivons ici à la doctrine que si on ne peut pas interdire une pratique, il vaut mieux la contrôler.

⁶⁶⁰ Polikoff, *op. cit.* note 141; Schwenger, « Zukunft », *op. cit.* note 580; Schwenger et Dimsey, *op. cit.* note 628; Leckey, « Family Outside », *op. cit.* note 629; Adler, « Rights and Lefts », *op. cit.* note 631.

⁶⁶¹ R.J. Probert, « A Review of Cohabitation: The Financial Consequences of Relationship Breakdown, Law. Com. No. 307 (HMSO 2007) » (2007) 41:3 Family Law Quarterly 521 [Probert, « Cohabitation »].

C) Responsabilité parentale après dissolution de la relation

En dernier lieu, il ne faut pas oublier de réglementer la responsabilité parentale après la dissolution de la relation ou en cas de décès. Ces considérations sont déjà réglées jusqu'à un certain point, puisqu'elles existent déjà largement d'une façon indépendante du statut conjugal en mettant l'intérêt de l'enfant en premier lieu.⁶⁶² Encore une fois, il est intéressant d'examiner les suggestions de Nancy Polikoff⁶⁶³ et de la Commission de Droit du Royaume-Uni,⁶⁶⁴ entre autres. Sans perdre de vue le meilleur intérêt de l'enfant, il serait avantageux d'inclure la possibilité d'adoption dans toutes sortes de circonstances où il existe déjà une relation de soin. À titre d'exemple, si une femme d'une relation polygamique quitte la famille sans son enfant ou qu'elle décède, il devrait être possible pour une des coépouses d'adopter l'enfant au cas où il existerait déjà une relation de soin entre elle et l'enfant. Nous nous répétons, mais dans ce cas de reconnaissance légale, l'État aurait tous les instruments à sa disponibilité afin de superviser et d'aider cette famille. En même temps, cette approche ouvrirait la porte à toute sorte d'autres scénarios dans lesquels ce ne sont pas automatiquement les membres de la famille qui assumeraient la garde d'un enfant abandonné, mais les personnes qui ont la plus proche relation de soin avec l'enfant. La filiation biologique ne jouerait pas nécessairement le rôle le plus important.

En Ontario, un tel instrument légal est déjà une réalité. Depuis le 1er janvier 2017, la *Loi sur l'égalité de toutes les familles*⁶⁶⁵ est en vigueur et assure les parents qui font appel à des donneurs de sperme ou à des mères porteuses, de pouvoir être de facto reconnus comme parents légaux. Jusqu'ici, au moins un des membres d'un couple de même sexe - celle qui ne portait pas l'enfant ou celui qui ne faisait pas le don de sperme - devait

⁶⁶² Metz, *op. cit.* note 159, à la page 5.

⁶⁶³ Polikoff, *op. cit.* note 141; Schwenger, « Zukunft », *op. cit.* note 580; Schwenger et Dimsey, *op. cit.* note 628; Leckey, « Family Outside », *op. cit.* note 629; Adler, « Rights and Lefts », *op. cit.* note 631.

⁶⁶⁴ Probert, « Cohabitation », *op. cit.* note 659.

⁶⁶⁵ *Loi de 2016 sur l'égalité de toutes les familles (modifiant des lois en ce qui concerne la filiation et les enregistrements connexes)*, L.O. 2016, chap. 23.

adopter l'enfant ou obtenir une déclaration de parenté auprès d'un tribunal. Les professeures en droit Natasha Bakht et Lynda Collins, amies, voisines et collègues à l'Université d'Ottawa, mais n'étant pas dans une relation homosexuelle, sont allées encore plus loin : elles ont fait une demande devant la Cour pour obtenir une déclaration de parenté de l'amie de la mère, Lynda Collins. La Cour a accepté⁶⁶⁶ et elle a donc ouvert la porte à beaucoup d'adultes qui ne vivent pas en couple et qui aimeraient quand même adopter un enfant en se partageant les responsabilités parentales.⁶⁶⁷ L'enfant grandit donc avec deux parents, mais dans deux familles différentes. Selon nous, il s'agit d'un premier pas juridique vers les relations de soin, détachées du lien conjugal ou parental.

La juriste française Clotilde Brunetti-Pons, examinant les évolutions récentes du droit de famille, propose une clarification de l'ordre public matrimonial ou parental.⁶⁶⁸ La situation est généralement claire en cas de mariage, puisque le régime matrimonial avec ses règles impératives s'applique. Cet ordre public matrimonial est remplacé par un ordre public parental en cas de divorce ou de parenté hors mariage.⁶⁶⁹ Malheureusement, l'ordre public matrimonial devient moins clair quand il est dissocié de la parenté dans le PACS et le mariage entre les personnes du même sexe, puisque les deux n'ont pas de vocation familiale. Selon Mme Brunetti-Pons, une dissociation complète entre la conjugalité et la parenté serait souhaitable.⁶⁷⁰

« Couple, vie de couple, inscription dans une famille, vocation procréatrice et fondation d'une famille par l'accueil d'enfants, représentent à l'heure actuelle des éléments distincts à prendre en compte, chacun dans sa spécificité, pour la

⁶⁶⁶ CBC News, "Raising Elaan: Profoundly disabled boy's 'co-mommas' make legal history" (21 février 2017), en ligne : <<http://www.cbc.ca/news/canada/ottawa/multimedia/raising-elaan-profoundly-disabled-boy-s-co-mommas-make-legal-history-1.3988464> .

⁶⁶⁷ CBC News, "Partners in parenting, not love: Singles pair up to raise a child" (15 février 2017), en ligne : <<http://www.cbc.ca/news/canada/toronto/co-parenting-modamily-singles-children-1.3982908> .

⁶⁶⁸ Clotilde Brunetti-Pons, « Réflexions autour de l'ordre public 'matrimonial' dans ses rapports à la parenté » (2015) 127 *Gazette du Palais*, 4.

⁶⁶⁹ *Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale*, JO, 5 mars 2002, 3.

⁶⁷⁰ Brunetti-Pons, *op. cit.*, note 666.

construction du droit de la famille. Leurs interférences, dans la législation actuelle, sont mal maîtrisées ; elles suscitent en conséquence des difficultés et ne permettent plus de satisfaire les besoins de l'enfant, besoins différenciés à l'égard de ses père et mère. Y remédier sans remettre en cause la protection « matrimoniale » des couples de personnes de même sexe est possible et urgent. »

En ce qui concerne la détermination d'une relation de soin, il y a probablement encore beaucoup de travail à faire, et nous pensons qu'il s'agit surtout d'une évaluation au cas par cas. Ceci est d'ailleurs déjà la réalité en droit de la famille ; ce sont souvent les juges qui décident ce qui est dans le meilleur intérêt de l'enfant, relation monogamique ou non. Une autre question importante et restée sans réponse dans le contexte de la France et du Canada est celle de l'immigration. Comment utiliser le critère des relations de soin pour permettre l'immigration dans ces pays ? Le critère du statut marital devrait continuer pour un certain temps afin de pouvoir déterminer l'éligibilité d'immigrer, mais une adaptation afin d'inclure les relations de soin devrait probablement être faite.

CONCLUSION

« L'État n'a rien à faire dans les chambres à coucher de la nation »

Pierre Elliott Trudeau

En 1967, l'ancien Premier ministre du Canada, Pierre Trudeau (qui était ministre de la Justice à cette époque) s'exprimait publiquement et le mot est resté célèbre : « L'État n'a rien à faire dans les chambres à coucher de la nation ». ⁶⁷¹ Il se référait à un projet de loi qui changeait d'une façon significative la position du Canada sur l'avortement, l'homosexualité et le divorce. Cette énonciation provocatrice pour l'époque voire avant-gardiste par le futur Premier ministre canadien représente en substance ce que nous avons essayé de transmettre par notre recherche et notre thèse. Quand nous avons commencé la recherche préliminaire pour la présente thèse, une autre entrevue d'un membre du Parlement canadien venait à l'esprit. En 2004 ou 2005, la date exacte n'est malheureusement plus vérifiable, un membre de la Chambre des communes (une des deux chambres du Parlement du Canada) qui sortait de la Chambre répondit à deux ou trois questions d'une journaliste de Radio-Canada concernant le débat sur le mariage entre les personnes du même sexe au Canada. Il dit simplement qu'à son avis, l'État ne devrait plus du tout régler les relations conjugales entre les adultes au Canada, reflétant ainsi la pensée de Pierre Trudeau.

Ces idées à l'esprit, nous nous mettons à la recherche d'un sujet pour une thèse doctorale quand l'affaire *Blackmore* commençait à faire les gros titres de la presse canadienne. Très vite, nous nous aperçûmes que la France était un pays occidental qui avait beaucoup d'expérience juridique concernant

⁶⁷¹ Déclaration de M. Trudeau aux journalistes, à la sortie de la Chambre des Communes, captée par CBC (en anglais), en ligne : <<http://www.cbc.ca/archives/entry/omnibus-bill-theres-no-place-for-the-state-in-the-bedrooms-of-the-nation> .

les familles polygamiques. En même temps, la France et le Canada sont tous deux des pays laïques, bien que les approches soient un peu différentes. Ces deux pays, qui ont leurs racines dans une histoire et une tradition légale similaire, se voient confrontés à une réalité immigrante qui nécessite une réflexion sur l'identité culturelle, l'institution et la notion du mariage.

Au début de notre thèse, nous avons fait un survol de l'établissement du mariage monogamique occidental. Cette analyse était nécessaire afin de démontrer que, de nos jours, les institutions étatiques du Canada et de la France s'intéressent bien moins aux raisons qui mènent à la conclusion du mariage, peu importe qu'elles soient émotionnelles, religieuses ou économiques, que presque exclusivement aux effets économiques que ce mariage produit. Pour l'État, le mariage est généralement un outil pour distribuer d'une façon plus ou moins juste les moyens économiques du couple et pour protéger les membres de la famille économiquement plus faibles. Les motifs de mariage pour les époux sont évidemment souvent différents de l'intérêt de l'État à légiférer. Pour le couple les raisons religieuses et émotionnelles priment. Il y a donc un écart entre ce que le mariage veut accomplir pour l'État et les époux. Nous avons aussi vu que la famille est pour l'État d'abord une unité de consommation, et il la traite effectivement comme telle.⁶⁷² En effet, toute législation primaire et secondaire touchant le mariage au Canada et en France est de caractère distributif, ce qui veut dire qu'elle règle presque exclusivement les aspects économiques en cas de mariage et de divorce.

Nous avons donc adopté la définition du mariage établie par la professeure américaine T. Metz,⁶⁷³ qui conclût que l'institution du mariage constitue de nos jours une institution monogamique, « formelle, complète et sociale ».⁶⁷⁴ Nous souscrivons à la conclusion de la professeure Metz, qui

⁶⁷² Rittich et Halley, « Critical », *op. cit.* note 204.

⁶⁷³ Metz, *op. cit.* note 159.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, aux pages 85-111.

soumet que l'État doit seulement s'occuper du côté distributif du mariage. Pour nous il était important de souligner dans cette première partie de la thèse qu'il n'y a pas de définition définitive et simple d'un mariage « traditionnel » ou de raisons « traditionnelles » en faveur du mariage monogamique,⁶⁷⁵ un argument qui est souvent soulevé en faveur d'une limitation du mariage aux couples monogamiques et hétérosexuels. Au contraire, notre recherche a trouvé que cet outil distributif de l'État a toujours été utilisé pour amalgamer le pouvoir économique des familles, pour atteindre des buts macro-économiques comme dans le cas de la colonisation du Canada,⁶⁷⁶ ou, depuis la Révolution Industrielle, pour ajuster les injustices économiques dans la famille. De plus, nous avons constaté que le mariage devient de plus en plus individualisé et libre, puisque la responsabilité individuelle et la liberté des parties contractantes semblent devenir le *leitmotiv* soulignant tout le droit du mariage. Nous avons donc examiné ensuite pourquoi l'État permet le divorce, le mariage entre les personnes du même sexe et généralement la liberté contractuelle du mariage, en interdisant le mariage polygamique.

En analysant la prohibition directe de la polygamie en France et au Canada, il nous est apparu évident que les poursuites pour le délit de polygamie sont très rares dans ces deux pays, surtout à cause du fait qu'il est impossible de conclure un mariage polygamique légalement. Au Canada, l'affaire *Blackmore*, qui a ouvertement mis en question la prohibition de la polygamie devant les Cours, forçait les tribunaux pour la première fois à justifier la prohibition. En France, les juristes traitent les allégations de polygamie presque exclusivement en matière d'obtention de nationalité ou de remise de permis de séjour sans devoir justifier l'existence de la prohibition. Notre recherche avait donc démontré qu'au Canada, la jurisprudence laisse conclure que le but primaire du législateur en prohibant la polygamie est de prévenir les préjudices des personnes impliquées dans les relations polygamiques, donc surtout les femmes polygamiques, mais aussi les enfants

⁶⁷⁵ Graff, *op. cit.* note 117, à la page xi; Coontz, *op. cit.* note 116.

⁶⁷⁶ Carter, *op. cit.* note 9.

de ces familles polygamiques. En ce qui concerne la France, nous soumettons que la prohibition de la polygamie est plutôt une question d'ordre public et de bonnes mœurs et, puisqu'il s'agit surtout de cas dans le cadre du droit de l'immigration, la polygamie semble aller fondamentalement à l'encontre de l'identité et des valeurs françaises. À ce point de notre recherche, nous avons remarqué plusieurs effets contradictoires qui ont été causés par la prohibition de la polygamie. Ces effets ont produit des conséquences tellement paradoxales, que les législateurs français et canadiens ont décidé d'accepter la polygamie pour certaines applications du droit patrimonial, afin de protéger les droits des personnes impliquées. De plus, nous avons trouvé que plusieurs droits fondamentaux des membres des familles polygamiques ont été influencés négativement. Nous avons donc continué notre thèse afin d'exposer et d'expliquer ces effets.

Notre recherche avait abouti à dire que les effets paradoxaux causés par la prohibition de la polygamie sont tellement considérables sur le droit des successions, sur le régime matrimonial, sur les pensions, sur les allocations veuvage, sur l'assurance santé et sur les allocations familiales que les législateurs et les tribunaux français et canadiens ont dû atténuer la prohibition à des fins de justice sociale. Au Canada par exemple, les législateurs et les tribunaux acceptent souvent indirectement la polygamie en reconnaissant les conjoints des relations quasi-polygamiques comme conjoints de fait. Cette approche est d'ailleurs ouvertement encouragée par les directives fédérales et elle est confirmée par plusieurs arrêts clés du droit successoral, du régime matrimonial et des allocations familiales. En France, la polygamie est aussi reconnue indirectement, mais cela est surtout réglé et justifié par les conventions internationales et selon le principe qui dicte que la condition d'un mariage légal étranger entre les époux polygames soit la condition constituante. Nous avons conclu que ces pratiques semblent confirmer que les États sont plutôt flexibles en ce qui concerne l'aspect distributif et économique du mariage. À toutes fins pratiques, les relations polygamiques sont donc, paradoxalement aux lois pénales, acceptées en France et au Canada en ce qui concerne la plupart des droits personnels. La position n'est pas la même quand on parle de la nationalité et des droits de

séjour des personnes polygamiques. En général, nous avons trouvé que, s'il ne s'agit pas d'intérêts strictement patrimoniaux, les législateurs et les Cours dans ces pays ne sont pas prêts à reconnaître la relation polygamique. Ce fait nous avait amené à parler des effets de la prohibition sur certains droits fondamentaux des personnes polygamiques en France et au Canada.

Nous avons vu que le législateur et les tribunaux français et canadiens reconnaissent souvent les effets négatifs paradoxaux distributif et économiques, et ils sont parfois corrigés. Il était beaucoup plus complexe de démontrer les effets de la prohibition de la polygamie sur les droits fondamentaux, puisque ces violations sont souvent faites indirectement. C'est la raison pour laquelle nous nous sommes servis de l'analyse critique de la *Critical Legal Theory* qui se spécialise dans l'analyse des effets des droits sur les individus. Nous espérons avoir démontré que la prohibition de la polygamie a un effet considérable sur les droits fondamentaux non seulement pour les membres des familles polygamiques, mais aussi pour les autres membres de la société. Tout en utilisant l'analyse critique, nous pensons que la prohibition n'est pas justifiée parce que son raisonnement est indéterminé et contradictoire, et n'est pas neutre non plus ; les motifs en sa faveur ayant évolué selon les époques et selon la situation de nos sociétés contemporaines.

Nous avons trouvé que les législateurs et les tribunaux n'arrivent pas à démontrer un lien de causalité entre les préjudices allégués et le fait qu'il s'agit d'une famille polygamique. En outre, nous pensons que la justification pour la prohibition de la polygamie est imprécise et inefficace. De surcroît, quand on considère la libéralisation du mariage et la reconnaissance des relations de concubinage quasi-polygamiques par les tribunaux et la législation, on ne s'étonne pas que certains juristes accusent l'État d'une sorte d'hypocrisie. Nous pensons aussi qu'il devient de plus en plus inadéquat de justifier une interdiction de la polygamie avec des valeurs nationales et la notion des bonnes mœurs, puisque ces concepts ne sont plus faciles à déterminer et à définir dans nos sociétés laïques, multiculturelles et libérales. Plus spécifiquement, notre recherche a démontré que le mariage est

désormais divisé en un caractère public et un caractère privé, ce qui a résulté dans une individualisation et une contractualisation du mariage. Effectivement, l'État s'intéresse presque exclusivement à la protection des relations de soin et la protection des individus afin de les protéger de préjudices.

Cette réalisation accomplie, nous nous sommes demandé quelles perspectives d'évolution pourraient se présenter aux législateurs en France et au Canada pour réaliser une meilleure promotion des relations de soin, une protection des personnes vulnérables et une minimisation des violations des droits des personnes polygamiques. Selon nous, il serait d'abord important d'utiliser les outils existants du droit pénal et du droit de la famille afin d'éliminer les préjudices allégués existant dans les familles polygamiques. Pour que cette approche fonctionne, il serait nécessaire de dépénaliser la polygamie, puisque notre recherche a démontré que la pratique de la polygamie ne doit plus se faire en secret pour atteindre ces buts. Dans une seconde étape, les législateurs devraient éliminer l'état civil comme qualifiant pour déterminer les relations de soin. Les formes de familles et de relations conjugales et de soin sont devenues tellement complexes, qu'une limite aux relations conjugales prédéfinies n'est plus suffisante. Autrement dit, les États ne devraient plus du tout réglementer les relations conjugales, mais se concentrer sur les relations de soin. Pour éviter un abus de ces nouvelles lois, les législateurs devraient également établir un coût des relations polygamiques en définissant clairement les droits et les obligations des parties qui sont impliquées dans une relation de soin. Ceci pourrait être fait avec des lois, mais aussi vraisemblablement par le biais de contrats nommés.

En pratique, nous avons trouvé qu'une prise en charge sociale des conséquences de la polygamie requiert un ajustement législatif dans plusieurs domaines. Premièrement, nous pensons que voir la polygamie comme une pratique qui va à l'encontre des bonnes mœurs ou des valeurs nationales est simplement dépassée, surtout quand on considère l'acceptation morale et juridique du concubinage en France et au Canada. Deuxièmement, les législateurs pourraient s'inspirer des décisions légales dans les domaines des

pensions, des allocations veuvage et familiales et du droit successoral. La codification de cette jurisprudence en cas de plus de deux partenaires conjugaux pourrait guider une réforme législative. En ce qui concerne les régimes matrimoniaux, nous avons démontré que l'approche du Québec pourrait s'appliquer à toute relation conjugale : sans contrat spécifique, il n'y aura pas de régime matrimonial. Le mariage deviendrait donc une institution ou une cérémonie de caractère purement privé, qui n'aura aucune conséquence juridique.

Finalement, une telle décortication du caractère privé et public des relations conjugales nécessite une évolution dans plusieurs domaines législatifs. Nous nous sommes inspirés des auteurs et chercheurs de notre recherche pour définir trois domaines qui doivent être développés. Les législateurs devraient donc d'abord assurer que les relations de soin seront protégées en cas de congé familial et pour raison de santé. Deuxièmement, le système de sécurité sociale et des services sociaux devrait être adapté afin d'inclure toute relation de soin qui pourrait se développer parmi les membres des familles diverses de nos sociétés contemporaines, et cela engloberait évidemment les familles polygamiques. Troisièmement, les législateurs devraient trouver des solutions pour régler la responsabilité parentale après la dissolution de la relation ou après le décès d'un des conjoints. Cela pourrait par exemple être fait en permettant des adoptions aux autres parents d'une relation polygamique.

N'oublions pas que tout débat sur une thématique tel que le mariage se tient majoritairement à l'extérieur du monde juridique. En France, pays avec une longue tradition de culture occidentale, l'expérience de la polygamie n'est pas la même qu'au Canada, et pour beaucoup de Français elle est intrinsèquement liée aux peurs et aux répulsions de l'Islam, renforcés par la violence et le terrorisme commis en son nom par des criminels. Ce sentiment est souvent profond et il ne s'exprime pas seulement par les gens dans la rue. Hélène Carrère d'Encausse par exemple, historienne membre et secrétaire

perpétuel de l'Académie française, remarquait sur la chaîne de télévision russe NTV :⁶⁷⁷

« Par exemple, tout le monde s'étonne : pourquoi les enfants africains sont dans la rue et pas à l'école ? Pourquoi leurs parents ne peuvent pas acheter un appartement ? C'est clair, pourquoi : beaucoup de ces Africains, je vous le dis, sont polygames. Dans un appartement, il y a trois ou quatre femmes et 25 enfants. Ils sont tellement bondés que ce ne sont plus des appartements, mais Dieu sait quoi ! »

Au Canada, jeune pays d'immigration et des grands espaces, il est beaucoup plus facile de vivre selon ses propres coutumes sans ingérence dans la vie quotidienne des autres Canadiens. Contrairement à la France, il n'y a plus de majorité culturelle ou religieuse au Canada, et l'approche des législateurs est plutôt axée sur des dénominateurs communs non-culturels ou neutres, comme la protection des personnes vulnérables. Une argumentation basée sur les valeurs culturelles communes serait difficile à définir, et l'approche du multiculturalisme officiel du gouvernement essaie d'accommoder les immigrants du monde entier. C'est pour cette raison que le débat sur la polygamie ne semble peut-être pas générer les mêmes sentiments qu'en France.

Avec notre thèse nous espérons avoir illustré le fait que la discussion récente concernant la polygamie en France et au Canada démontre les limites de l'institution du mariage monogamique dans le monde occidental moderne. De plus, nous soutenons que ce débat souligne que c'est l'institution étatique du mariage même qui pose le problème majeur, puisque cette institution exclut de plus en plus de relations lesquelles l'État a intérêt à protéger. Dans ce monde de plus en plus individualisé et diversifié, le mariage ressemble davantage à un contrat qui continue à s'adapter et à s'individualiser. L'intérêt de l'État se concentre surtout sur la protection des

⁶⁷⁷ Libération, « Beaucoup de ces Africains sont polygames ... » (15 novembre 2005), en ligne : <http://www.liberation.fr/evenement/2005/11/15/beaucoup-de-ces-africains-sont-polygames_539018 .

personnes vulnérables dans la famille. Néanmoins, les législateurs sont hésitants à conférer les mêmes avantages aux adultes qui se trouvent dans des mariages polygamiques. Ceci semble paradoxal, puisque selon nous, les buts des États canadiens et français sont la prévention de tout préjudice aux personnes vulnérables ainsi que la tentative de créer une identité nationale. Comment mieux réglementer et superviser ces buts sinon par la reconnaissance des relations existantes entre ces adultes consentants ?

Nous doutons que la prohibition de la polygamie atteigne cette finalité. Les préjudices contre les personnes vulnérables semblent être indépendants de la relation polygamique puisqu'ils existent dans tous les groupes de la population. L'identité nationale semble être difficile à créer puisque les relations polygamiques continuent à exister illégalement, souvent elles sont très similaires aux relations avec une concubine, ce qui n'est d'ailleurs pas interdit - un autre paradoxe éclatant. Pour s'adapter aux nouvelles réalités, l'État doit se distancer de la régulation des relations entre ses citoyens par l'intermédiaire de l'état civil. Il devrait plutôt s'attacher à combattre les préjudices avec les outils déjà existants des codes pénaux et de réinterpréter le droit de famille en ce qui concerne les relations de soin. Selon nous, ceci reflète mieux la société actuelle et répond de façon plus adéquate aux buts étatiques. Nous pensons que le rôle de l'État est de protéger les personnes vulnérables et de promouvoir les relations de soin, non seulement pour des raisons d'intérêt économique de l'État, mais aussi parce que les individus adultes ne devraient pas se faire dicter par les législateurs comment trouver le bonheur et l'amour. Le professeur X. Labbé explique :⁶⁷⁸

« Il est souvent question d'amour dans les relations de couple ou de famille même si ce mot si souvent galvaudé ne figure pas plus dans le Code civil que dans la Déclaration des droits de l'Homme qui ne parle que de libertés. On le trouve en revanche dans l'Évangile. L'amour était habituellement du moins, la finalité de la vie de famille. Comment le définir ? Pourquoi ne pas tenter

⁶⁷⁸ Xavier Labbé, « La famille homosexuelle polygame et incestueuse... et la contractualisation » (2015) 148 Gazette du Palais (28 mai 2015), à la page 5.

d'en parler dans les prétoires pour en construire la définition ?
Amour et liberté sont-ils bien conciliables ? »

Nous pensons que la protection des relations de soin et le retrait de la réglementation des relations conjugales serait la meilleure façon pour les législateurs en France et au Canada de démontrer que le sentiment d'amour et la liberté individuelle sont en effet conciliables. Nous espérons avoir modestement contribué à atteindre ce but avec la présente thèse.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

Algérie, Convention générale du 01/10/1980.

An act in relation to courts and judicial officers in the Territory of Utah of 1874, Ch. 469, 18 Stat. 253.

An Act to amend and consolidate the laws respecting Indians, S.C. 1876, c. 18.

Bénin, Convention générale du 06/11/1979.

Cameroun, Convention générale du 05/11/1990.

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c. 11.

Code civil des Français, 21 mars 1804.

Code criminel, LRC 1985, c C-46.

Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, 1^{er} mars 2005.

Code de la sécurité sociale, 19 décembre 2005.

Code général des impôts, 6 avril 1950.

Code pénal, 1^{er} mars 1994.

Codex Iuris Canonici (1983) 1983 Code c 1141.

Congo, Convention générale du 11/02/1987.

Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, STE 5.

Convention de sécurité sociale du 22/10/2007.

Convention franco-tunisienne du 26/06/2003.

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 18 décembre 1979, 34 RTNU 46.

Côte d'Ivoire, Convention générale du 16/01/1985.

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, 26 août 1789.

Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés AG 217 (III) Doc off AG NU, 3^e sess, sup n° 13, Doc NU a/810 (1948) 71.

Décret du 20 septembre 1792 qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens.

Décret n° 2012-127 du 30 janvier 2012 approuvant la charte des droits et devoirs du citoyen français prévue à l'article 21-24 du code civil, JO, 31 janvier 2012, 1769.

Décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale, JO, 29 déc, 2016, 302.

Family Law Act, RSNL 1990, c F-2.

Family Law Act, RSPEI 1988, c F-2.1.

Family Relations Act, RSBC 1996, c 128.

Gabon, Accord du 02/10/1980.

La Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3.

Loi constitutionnelle de 1867 (R-U), 30 & 31 Vict, c 3 art. 91(26).

Loi d'harmonisation no 1 du droit fédéral avec le droit civil, LRC 2001, c 4.

Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, J.O., 11 décembre 1905, 7205.

Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État.

Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, JO, 25 juillet 2006, 11047.

Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JO, 17 mai 2013, 8253.

Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, JO, 17 juill. 1978, 324.

Loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, JO, 29 août 1993, 1219 (modifiant l'Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France).

Loi n° 93-933 du 22 juillet 1993 réformant le droit de la nationalité, JO, 23 juillet 1993, 10342.

Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, JO, 16 novembre 1999, 265.

Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JO, 5 mars 2002, 3.

Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, JO, 17 juin 2011, 10290.

Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (1), JO, 19 nov. 2016, 269.

Loi de 2016 sur l'égalité de toutes les familles (modifiant des lois en ce qui concerne la filiation et les enregistrements connexes), L.O. 2016, chap. 23.

Loi portant réforme du droit de l'enfance L.R.O. 1990, c C-12.

Loi portant réforme du droit de l'enfance LRO 1990, c 12.

Loi portant Réforme du droit des successions, LRO 1990, c S-26.

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, LRC 2001, c 27.

Loi sur la tolérance zéro face aux pratiques culturelles barbares, LRC 2015, c 29.

Loi sur le divorce, LRC 1985, c 3 (2^e suppl.).

Loi sur le divorce, LRC 1985, c 3 (2^e suppl.).

Loi sur le droit de la famille, LRO 1990, c F-3.

Loi sur le droit de la famille, LTN-O 1997, c 18, amend. par LTN-O 2002, c 18.

Loi sur le mariage civil, LRC 2005, ch. 33.

Loi sur le multiculturalisme canadien, LRC 1985, c 24 (4^e suppl.).

Loi sur le Nunavut, LC 1993, c 28.

Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire, LRY 2002, c 83.

Loi sur les biens familiaux, LS 1997, c F-6.3.

Loi sur les biens matrimoniaux, LN-B 1980, c M-1.1.

Loi sur les régimes de retraite, LRO 1990, c P-8.

Mali, Convention générale du 12/06/1979.

Maroc, Convention générale du 09/07/1965.

Matrimonial Property Act, RSNS 1989, c 275.

Mauritanie, Convention de sécurité sociale du 22/07/1965.

Niger, Arrangement administratif général du 22/03/1976.

Sénégal, Convention générale du 29/03/1974.

The Bigamy Act, 1603 (R-U), 1 Jac. I c. 11.

The Edmunds Act of 1882, ch. 47, 22 Stat. 30.

The Morrill Anti-Bigamy Act of 1862, 37th United States Congress, Sess. 2., ch. 126, 12 Stat. 501.

Togo, Convention générale du 07/12/1971.

Tunisie, Arrangement administratif du 12/09/1975.

JURISPRUDENCE

Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony, 2009 CSC 37.

Awwad v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 FC D-40.

Bahr v. Miike, No. 91-1394-05, (1996) WL 694235 (Hawaii Cir. Ct. Dec. 3, 1996).

Barbeau v. British Columbia (AG), 2003 BCCA 251.

Basi v. Dhaliwal, 1992 BCJ No. 1814.

CA Chambéry, 17 oct. 1961, (1962) Rev. crit. DIP 496 (annotation Lampué).

CA Dijon, 25 mai 1995, (1995) JurisData 1995-046149.

CA Grenoble, 23 janv. 2001, (2002) Dr. Famille 2002, comm. 54.

CA Lyon, 19 févr. 2009, req. no 06LY00664.

CA Lyon, 28 sept. 2010, req. no 09LY02618; CA Versailles, 4 nov. 2010, req. no 08VE02454.

CA Lyon, 29 sept. 2009, req. no 09LY00839.

CA Marseille, 7 juill. 2008, req. no 06MA01801.

CA Metz, 5 déc. 2006, (2006) JurisData 2006-323039.

CA Montpellier, 2 avr. 1990, (1990) JurisData 1990-000194.

CA Montpellier, 21 oct. 2008, (2008) JurisData 2008-371508.

CA Nantes, 3e ch., 5 oct. 2001, n° 00NT00675 inédit au recueil Lebon (LégiFrance).

CA Nantes, 10 novembre 2009, n° 08NT03526.

CA Nantes, 12 nov. 1998, (1998) JurisData n° 1998-047756.

CA Nantes, 12 novembre 1998, n° 96NT02325.

CA Paris, 14 janv. 1997, (1997) JurisData 1997-020023.

CA Paris, 12 févr. 2009, (2009) JurisData 2009-000851.

CA Paris, 22 févr. 1978, (1978) Rev. crit. DIP 507 (annotation H. Batiffol).

- CA Paris, 8 nov. 1983, Rev. Crit. DIP 1984 (annotation Lequette).
- CA Reims, 19 janvier 1976, (1976) JDI 916 (annotation Fadlallah).
- CA Rouen, 29 nov. 2007, (2007) JurisData 2007-350794.
- CA Versailles, 1^{re} ch., sect. 1, 20 déc. 1988, (1988) JurisData 1988-048417.
- Carrigan c. Quinn*, 2013 CSC 3406.
- Carrigan v. Carrigan Estate*, 2011 ONSC 585.
- Carrigan v. Carrigan Estate*, 2012 ONCA 736.
- Cass civ 1^{re}, 28 janv. 1958, (1958).
- Cass civ 1^{re}, 19 fév. 1963 (1963).
- Cass civ 1^{re}, 3 janv. 1980, (1980) Rev. crit. DIP 331 (annotation H. Batiffol).
- Cass civ 1^{re}, 22 avril 1986.
- Cass civ 1^{re}, 20 oct. 1987, (1988) Rev. crit. DIP 540 (annotation Y. Lequette).
- Cass civ 1^{re}, 25 février 1997, n° 94-19321 (Juricaf).
- Cass civ 1^{re}, 24 sept. 2002, (2003) Bull. civ. I 214 (annotation A. Devers).
- Cass civ 2^e, 16 septembre 2003, Bull. 2003, II, n° 268, pourvoi n° 02-30.224 ; RTD civ. 2004, p. 67, note J. Hauser.
- Cass civ 1^{re}, 3 févr. 2004, (2004) JurisData 2004-022089.
- Cass civ 2^e, 19 janv. 2006, (2006) Juris-Data n° 2006-031855.
- Cass civ 2^e, 14 février 2007, (2007) D 05-21.816.
- Cass civ 2^e, 1^{er} déc. 2011, (2012) Rev. crit. DIP 339 (annotation Lagarde).
- Cass civ 1^{re}, 25 sept. 2013 no. 12-26.041, Publié au bulletin.
- Cass civ 1^{re}, 17 décembre 2015, (2015) 14-29549.
- Cass civ 2^e, 16 sept. 2003, (2003) Bull. civ. II 268.
- Cass civ 2^e, 29 juin 2004, pourvoi n° 03-30.207.
- Cass civ 2^e, 19 janv. 2006, (2006) D 2454 (annotation C. Bidaud-Garon).

- Cass civ 2e, 14 févr. 2007, (2007) Dr. fam. Comm. 99 (annotation A. Devers).
- Cass civ 2e, 2 mai 2007, pourvoi n° 06-11.418.
- Cass civ 2e, 5 nov. 2015, 14-25.565, Inédit.
- Rejet Cass civ 2^e 14 février 2007, (2007) D 05-21.816.
- Cass soc, 1er mars 1973, 1974 JDI 1974 834 ; 1975 Rev. crit. DIP 54.
- Cass soc, 1er mars 1973, 2e esp., (1973) Rev. crit. DIP 1915 (annotation Graulich).
- Cass soc, 8 mars 1990, (1990) Bull. civ. V 67.
- Cass soc, 9 novembre 1995, Bull. 1995, V, n° 296, pourvoi n° 94-10.857, RJS 12/95, n° 1286 ;
- CE, 27 mai 1955, Dame Marchesi, (1955) Rec 774.
- CE, 27 juin 1956, Dame Bazbaz, (1956) Lebon 271.
- CE, 8 déc. 1978, GISTI, (1979) AJDA 54.
- CE, 11 juillet 1980, (1980) Rec 315 (annotation Bischoff).
- CE, 11 mars 1988, Diagne, (1988) Rec 783; CE, 25 mars 1994, n° 129544.
- CE, 24 janv. 1994 et 11 févr. 1994, (1995) (annotation Guiho).
- CE, 12 octobre 1994, n° 139907.
- CE, 2 SS, 21 février 1996, n° 146388, inédit au recueil Lebon.
- CE, 26 juin 1996, n° 156649.
- CE, 18 juin 1997, n° 154377.
- CE, 18 Juin 1997, n° 162517, 162518.
- CE, 10e sous-sect., 23 déc. 2011, req. no 336390.
- CEDH, 8 juill. 2010, (2011) Rev. crit. DIP 665 (annotation d'Avout).
- Connolly v. Woolrich* (1867), 11 L.C.J. 197, 17 R.J.R.Q. 75 (C.S.).
- Cons const, 13 août 1993, (1993) Rec 93-325 DC.
- Cons const., 18 aout 1993, (1993) JO 11722, n° 93-325 DC.

- Hartshorne c. Hartshorne*, [2004] 1 R.C.S. 550.
- Hyde v. Hyde and Woodmansee* (1866) LR 1 P. & D. 130.
- M. (P.M.) v. M. (R.W.)*, 2001 ABQB 9.
- Mahoney v. King*, 1998 OJ No. 2296.
- Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 8.
- Nowell v. Town Estate*, 1994 ONSC 7285.
- Québec (PG) c. A.* [2013] 1 R.C.S. 61.
- Quinn v. Carrigan*, 2013 ONSC 4033.
- Quinn v. Carrigan*, 2014 ONSC 5682.
- R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439.
- R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, 2003 CSC 74.
- R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, 1992 2 CSC 606.
- R. c. Oakes*, [1986] 1 RCS 103.
- R. v. Harris* (1906), 11 C.C.C. 254 (Qc. S.C.P.).
- Re Sheran*, 4, Territories Law Reports, 83 (1899).
- Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada*, 2011 BCSC 1588.
- Regina v. Nan-e-quis-a-ka* (1889), 1 Terr. L.R. 211 (N.W.T.S.C.).
- Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1) c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123.
- Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698.
- Reynolds v. United States*, 98 U.S. (8 Otto.) 145 (1878).
- RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.
- Robb v. Robb* (1891), 20 O.R. 591 Ontario Common Pleas.
- Saveski v. Carstensen*, 2009 CarswellOnt 4645 (Ont S.C.J.).
- Su v. Lam*, 2011 ONSC 1086 (Ont S.C.J.).

Sunday Times (1978) 30 CEDH (Sér A) 40.

The Queen v. Bear's Shin Bone (1899), 3 CCC 329 (NWTSC).

Thurlow v. Shedden, 2009 SKQB 35.

Trib admin Grenoble, 23 janv. 2001, (2001) Dr. fam. 54 (annotation Lécuyer).

Trib admin Nantes, 28 janv. 1997, (1997) JurisData n° 1997-046634.

Trib admin Nantes, 28 janvier 1997, (1997) JurisData n° 1997-600577.

Trib admin Paris, 8 nov. 1983, (1984) Rev. Crit. DIP 477 (annotation Lequette), (1984) JDI 881 (annotation Simon-Depitre).

Vermeire c. Belgique (1991) 87 CEDH (Sér A) 799.

X c. Royaume Uni (1970), 68 CEDH 3898, 34 Coll. 10.

Yew v. British Columbia (Attorney General), [1924] 1 DOD 1166 (B.C.C.A.).

DOCTRINE: MONOGRAPHTES

Abbott, Elizabeth, *A History of Marriage*, New York, Seven Stories Press, 2011.

Altman, Irwin et J. Ginat, *Polygamous Families in Contemporary Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

Arima, Eugene Y. Arima, *Blackfeet and Palefaces: The Pikani and Rocky Mountain House : a Commemorative History from the Upper Saskatchewan and Missouri Fur Trade*, Toronto, Golden Dog Press, 1995.

Ascha, Ghassan, *Mariage, polygamie et répudiation en Islam: justifications des auteurs arabo-musulmans contemporains*, Paris, Éditions L'Harmattan, 1998.

Baudouin, Jean-Louis et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations* 5e éd., Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 1998.

Baudouin, Jean-Louis et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations* 7e éd., Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2013.

Bennion, Janet, *Evaluating the effects of polygamy on women and children in four North American Mormon fundamentalist groups: an anthropological study*, Lewiston, Edwin Mellen Press, 2008.

Bitton, Davis et Leonard J. Arrington, *Mormons and their historians*, Salt Lake City, University of Utah Press, 1988.

Bramham, Daphne, *The Secret Lives of Saints: Child Brides and Lost Boys in Canada's Polygamous Mormon Sect*, Toronto, Random House of Canada, 2009.

Bretschneider, Peter, *Polygyny: A Cross-cultural Study*, Uppsala, Acta Universitatis Upsaliensis, 1995.

Brown, Wendy, *States of injury: power and freedom in late modernity*, Princeton, Princeton University Press, 1995.

Cairncross, John, *After polygamy was made a sin: the social history of Christian polygamy*, Abingdon, Taylor & Francis, 1974.

Campbell, Angela, *Polygamy in Canada: legal and social implications for women and children.*, Ottawa, Status of Women Canada, 2005.

Cannon, Charles A., *The Awesome Power of Sex: The Polemical Campaign Against Mormon Polygamy*, Berkeley, University of California Press, 1974.

Carbonnier, Jean, *Droit civil: La famille*, Paris, Presses Univ. de France, 1979.

Carbonnier, Jean, *Terre et ciel dans le droit français du mariage*, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1950.

Carter, Sarah Carter, *The importance of being monogamous*, Edmonton, The University of Alberta Press, 2008.

Cook, Rebecca J. et Lisa M. Kelly, *La polygynie et les obligations du Canada en vertu du droit international en matière de droits de la personne*, Rapport de recherche, Ottawa, Ministère de la justice, Section de la famille, des enfants et des adolescents, 2006.

Coontz, Stephanie, *The way we never were*, New York, Basic Books Inc., 1992.

Cossman, Brenda et Bruce Ryder, *L'assujettissement juridique des rapports personnels entre adultes*, Ottawa, Commission du droit du Canada, 2002.

Cossman, Brenda, *Sexual citizens: the legal and cultural regulation of sex and belonging*, Palo Alto, Stanford University Press, 2007.

Dagenais, Daniel et Jane Brierley, *The (un)making of the modern family*, Vancouver, UBC Press, 2009.

Fainzang, Sylvie et Odile Journet, *La femme de mon mari: étude ethnologique du mariage polygamique en Afrique et en France*, Paris, Editions L'Harmattan, 1988.

Fineman, Martha, *The Autonomy Myth: A Theory Of Dependency*, New York, The New Press, 2005.

Fineman, Martha, *The Neutered Mother, the Sexual Family, and Other Twentieth Century Tragedies*, Abingdon, Routledge, 1995.

Foucault, Michel, *Histoire de la sexualité II*, Paris, Gallimard, 1984.

Geadah, Yolande et al., *La polygamie au regard du droit des femmes*, Québec, Conseil du statut de la femme, 2010.

Gilbert, Elizabeth, *Committed: a skeptic makes peace with marriage*, New York, Penguin, 2010.

Glendon, Mary Ann, *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, Chicago, University of Chicago Press, 1997.

Goody, Jack, *Die Entwicklung von Ehe und Familie in Europa*, Berlin, Suhrkamp, 1989.

Graff, E.J. Graff, *What Is Marriage For?*, Boston, Beacon Press, 1999.

Haag, Pamela, *Marriage Confidential: The Post-Romantic Age of Workhorse Wives, Royal Children, Undersexed Spouses, and Rebel Couples Who Are Rewriting the Rules*, New York, HarperCollins, 2011.

Habermas, Jürgen, *Droit et démocratie: entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.

Houghton, Ross C., *Women of the Orient: An Account of the Religious, Intellectual, and Social Condition of Women in Japan, China, India, Egypt, Syria, and Turkey*, Cincinnati, Hitchcock and Walden, 1877.

Houseman, Michael, *Les épouses de mon père. propos de la polygamie en pays beti*, Ateliers, Labethno, 2009.

Hungry-Wolf, Adolph, *Blackfoot Papers - Pikunni Biographies-Volume Four*, Skookumchuck, B.C., Good Medicine Cultural Foundation, 2006.

Kennedy, Duncan, *A critique of adjudication: fin de siècle*, Boston, Harvard University Press, 1998.

Kennedy, Duncan, *Sexy Dressing Etc*, Boston, Harvard University Press, 1995.

Long, E.B. Long, *The Saints and The Union: Utah Territory during the Civil War*, Chicago, University of Illinois, 2001.

Luhman, Niklas, Jeremy Gaines, et Doris L. Jones, *Love as passion: the codification of intimacy*, Palo Alto, Stanford University Press, 1998.

Lutz, Alexandra, *Ehepaare vor Gericht: Konflikte und Lebenswelten in der Frühen Neuzeit*, Frankfurt, Campus Verlag, 2006.

Malaurie, Philippe et Laurent Aynès, *Les régimes matrimoniaux*, 3e éd., Defrénois, 2010.

Mandelbaum, David G., *The Plains Cree: An Ethnographic, Historical, and Comparative Study*, Regina, University of Regina Press, 1979.

Manier, Bénédicte, *Quand les femmes auront disparu : l'élimination des filles en Inde et en Asie*, Paris, Éditions La Découverte, 2006.

Martha Bailey et Amy J. Kaufman, *Polygamy in the monogamous world*, Westport, Praeger, 2010.

Mayer, Pierre, *Droit international privé*, 10e éd., Montchrestien, 2010.

Meekers, Dominique et Nadra Franklin, *Women's perceptions of polygyny among the Kaguru of Tanzania*, Women in International Development, Michigan State University, 1997.

Melchior-Bonnet, Sabine et Catherine Salles, *Histoire du mariage*, Montréal, R. Laffont, 2009.

Memmi, Albert, *Portrait du colonisé: précédé de, Portrait du colonisateur*, Paris, Gallimard, 2002.

Metz, Tamara, *Untying the knot: marriage, the state, and the case for their divorce*, Princeton, Princeton University Press, 2010.

Murat, Pierre, *Droit de la famille 2014-15*, Paris, Dalloz, 2013.

Nave-Herz, Rosemarie, *Ehe- und Familiensoziologie: eine Einführung in Geschichte, theoretische Ansätze und empirische Befunde*, Weinheim/München, Juventa, 2004.

Niboyet, Frédérique, *L'ordre public matrimonial*, Éditions Lextenso, Paris, 2008.

Okin, Susan Moller, *Justice, gender, and the family*, New York, Basic Books, 1991 (Version française : Justice, Genre et Famille).

Palmer, Debbie et Dr. David Perrin, *Keep sweet: children of polygamy*, Dave's Press, 2004.

Pineau, Jean et Marie Pratte, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006.

Plummer, Kenneth, *Intimate citizenship: private decisions and public dialogues*, Seattle, University of Washington Press, 2003.

Polikoff, Nancy D., *Beyond straight and gay marriage: valuing all families under the law*, Boston, Beacon Press, 2008.

Price, Sally, *Co-wives and calabashes*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1993.

Robbins, Tom, *Even Cowgirls Get the Blues*, Boston, Houghton Mifflin, 1976.

Rohe, Mathias, *Das islamische Recht: Geschichte und Gegenwart*, München, C.H.Beck, 2009;

Schwarz-Schilling, Marie-Luise, *Die Ehe- Ein Seitensprung der Geschichte*, Dielmann, 2004.

Schwenzer, Ingeborg et Mariel Dimsey, *Model family code: from a global perspective*, Cambridge, Intersentia, 2006.

Shanley, Mary Lyndon, Joshua Cohen, et Deborah Chasman, *Just Marriage*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

Smart, Carol, *The ties that bind: law, marriage, and the reproduction of patriarchal relations*, Abingdon, Routledge, 1984.

Stacey, Judith, *Unhitched: Love, Marriage, and Family Values from West Hollywood to Western China*, New York, NYU Press, 2011.

Stone, Lawrence, *The family, sex and marriage in England 1500-1800*, London, Weidenfeld & Nicolson, 1977.

Szuchman, Paula and Jenny Anderson, *Spousonomics: Using Economics to Master Love, Marriage, and Dirty Dishes*, New York, Random House Digital, Inc., 2011.

Thompson, David Thompson, *Travels in Western North America, 1784-1812*, Toronto, Macmillan of Canada, 1971.

Tracy, Kathleen, *The secret story of polygamy*, Naperville, Sourcebooks, 2002.

Walkowitz, Judith R., *City of Dreadful Delight: Narratives of Sexual Danger in Late-Victorian London*, London, Little, Brown Book Group Limited, 1992.

Warner, Michael, *The trouble with normal: sex, politics, and the ethics of queer life*, Boston, Harvard University Press, 2000.

Westermarck, Edward, *Short History of Human Marriage*, Whitefish, Kessinger Publishing, 2003.

Young Card, Brigham, *The Mormon presence in Canada*, Edmonton, The University of Alberta Press, 1990.

Young, Ann Eliza Young, *Wife no. 19*, Cincinnati, Hartford, Dustin, Gilman, 1876.

Zeitzen, Miriam Koltvedgaard, *Polygamy: A Cross-Cultural Analysis*, Paris, Berg, 2008.

DOCTRINE: ARTICLES

Adler, Libby, « Gay Rights and Lefts: Rights Critique and Distributive Analysis for Real Law Reform » (2011) 46:1 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review (Amicus Online Supplement).

Agadjanian, Victor et Alex Chika Ezech, « Polygyny, Gender Relations, and Reproduction in Ghana », (2000) 31:4 Journal of Comparative Family Studies 427–441.

Al-Krenawi, Alean « A study of psychological symptoms, family function, marital and life satisfactions of polygamous and monogamous women: The Palestinian case », (2012) 58:1 Int J Soc Psychiatry 79–86.

Al-Krenawi, Alean « Polygyny and its Impact on th Psychological Well-being of Husbands », (2006) 37:2 Journal of Comparative Family Studies 173–190.

Al-Krenawi, Alean et E. S. Lightman, « Learning achievement, social adjustment, and family conflict among Bedouin-Arab children from polygamous and monogamous families », (2000) 140:3 J Soc Psychol 345–355.

Al-Krenawi, Alean et John R Graham, « A Comparison of Family Functioning, Life and Marital Satisfaction, and Mental Health of Women in Polygamous and Monogamous Marriages », (2006) 52:1 Int J Soc Psychiatry 5–17.

Al-Krenawi, Alean et John R Graham, « Polygamous Family Structure and Its Interaction with Gender: Effects on Children's Academic Achievements and Implications for Culturally Diverse Social Work Practice in Schools », (2001) 25:3 School Social Work Journal 1–16.

Al-Krenawi, Alean et John R Graham, « The story of bedouin-arab women in a polygamous marriage », (1999) 22:5 Women's Studies International Forum 497–509.

Al-Krenawi, Alean et Rachel Lev-Wiesel, « Wife Abuse Among Polygamous and Monogamous Bedouin-Arab Families », (2002) 36:3 Journal of Divorce Remarriage 151–165.

Al-Krenawi, Alean et Vered Slonim-Nevo, « Psychosocial and familial functioning of children from polygynous and monogamous families », (2008) 148:6 J Soc Psychol 745–764.

Al-Krenawi, Alean et Vered Slonim-nevo, « The Psychosocial Profile of Bedouin Arab Women Living in Polygamous and Monogamous Marriages », (2008) 89:1 The Psychosocial Profile of Bedouin Arab Women Living in Polygamous and Monogamous Marriages 139–149.

Al-Krenawi, Alean John R Graham, et Sivan Ben-Shimol-Jacobsen, « Attitudes Toward and Reasons for Polygamy Differentiated by Gender and Age Among Bedouin-Arabs of the Negev », (2006) 35:1 *International Journal of Mental Health* 46–61.

Al-Krenawi, Alean, « Women from Polygamous and Monogamous Marriages in an Out-Patient Psychiatric Clinic », (2001) 38:2 *Transcultural Psychiatry* 187–199.

Al-Krenawi, Alean, John Graham, et Abuelaish Izzeldin, « The Psychosocial Impact of Polygamous Marriages on Palestinian Women », (2001) 34:1 *Women & Health* 1–16.

Al-Krenawi, Alean, John R. Graham et Vered Slonim-Nevo, « Mental Health Aspects of Arab-Israeli Adolescents from Polygamous Versus Monogamous Families », 142 *J. Soc. Psych.* 446 (2002).

Al-Krenawi, Alean, John R. Graham, et Salem Al-Krenawi, « Social Work Practice with Polygamous Families », (1997) 14:6 *Child and Adolescent Social Work Journal* 445–458.

Al-Sherbiny, Lotfy A.M., « The Case of First Wife in Polygamy: Description of an Arab Culture-Specific Condition », (2005) 8 *Arabpsynet eJournal* 18–26.

Al-Krenawi, Alean, « Family Therapy with a Multiparental/Multispousal Family », (1998) 37:1 *Family Process* 65–81.

Allix, Dominique, « À propos du mariage et des bonnes mœurs », dans Brigitte Basdevant-Gaudemet et Nathalie Goedert (éds.), *Les univers du droit - Mélanges en hommage à Claude Bontems*, Paris, L'Harmattan, 2013.

Amey, Foster K., « Polygyny and child survival in West Africa », (2002) 49:1–2 *Soc Biol* 74–89.

Anderson, Connie M., « The Persistence of Polygyny as an Adaptive Response to Poverty and Oppression in Apartheid South Africa », (2000) 34:2 *Cross-Cultural Research* 99–112.

Andrews, Penelope, « Who's Afraid of Polygamy? Exploring the Boundaries of Family, Equality and Custom in South Africa », (2009) *Utah Law Review* 351.

Aronowitz, Nona Willis, « I Wish I Wasn't Married: In Defense of Domestic Partnerships for Straight Couples » (16 juillet 2011), en ligne : Good <<http://www.good.is/post/domestic-partnerships-should-be-an-alternative-to-marriage-for-all-couples/> .

Bailey, Martha et al., « Expanding Recognition of Foreign Polygamous Marriages: Policy Implications for Canada » (2006) SSRN eLibrary, en ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1023896 .

Baines, Beverley, « Equality's Nemesis? » 5:1 *Journal of Law and Equality* 57-80.

Baines, Beverley, « Polygamy's Challenge : Women, Religion And The Post-Liberal State » (2007) 2:1 *Les ateliers de l'éthique* 23.

Bala, Nicholas et Rebecca Jaremko Bromwich, « Context and Inclusivity in Canada's Evolving Definition of the Family » (2002) 16:2 *Int J Law Policy Family* 145–180.

Bala, Nicholas, « An International Review of Polygamy: Legal and Policy Implications for Canada », dans *Polygamy in Canada: Legal and Social Implications for Women and Children - A Collection of Policy Reports*, éd. 2005, Ottawa.

Bala, Nicholas, « Controversy Over Couples in Canada: The Evolution of Marriage and Other Adult Interdependent Relationships » SSRN eLibrary, en ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=481003 .

Bala, Nicholas, « Why Canada's Prohibition of Polygamy is Constitutionally Valid and Sound Social Policy » (2009) 25:2 *Canadian Journal of Family Law* 165.

Balkin, Jack M., « Critical Legal Theory Today » dans Francis Jay Mootz (éd.), *On Philosophy in American Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, et SSRN eLibrary, en ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1083846 .

Baum, Bruce, « Feminism, Liberalism and Cultural Pluralism: J.S. Mill on Mormon Polygyny » (1997) 5:3 *Journal of Political Philosophy* 230–253.

Bénabent, A., « L'ordre public en droit de la famille », dans Thierry Revet (dir), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Paris, Dalloz, 1996,

Bennett, Richard, « Plucking Not Planting – Mormonism in Eastern Canada 1830-1850 » dans Young Card, Brigham, *The Mormon presence in Canada*, Edmonton, The University of Alberta Press, 1990.

Bennion, Janet, « Abbas Raptus : Exploring Factors that Contribute to the Sexual Abuse of Females in Rural Mormon Fundamentalist Communities », (2006) 1 *Forum on Public Policy Online*.

Berger P. et H. Kellner, « Le mariage et la construction sociale de la réalité » (1988) 102 *Dialogue – recherches cliniques et sociologiques sur le couple et la famille* 6–21.

Besle, Denis, « Quel titre de séjour pour un réfugié polygame? » (2006) 1 *Actualité juridique Droit Administratif* 47–49.

Betzig, L.L., « Despotism and differential reproduction: A cross-cultural correlation of conflict asymmetry, hierarchy, and degree of polygyny » (1982) 3:4 *Ethology and Sociobiology* 209–221.

Bidaud-Garon, Christine, « Les droits à prestations sociales des veuves d'une union polygame » (2006) 35 *Recueil Dalloz Sirey* 2454–2456.

Bischoff, Jean-Marc, « Le mariage polygamique en droit international privé », (1980) 2 *Droit international privé* 91.

Bitton, Davis et Val Lambson, « Demographic Limits of Nineteenth-Century Mormon Polygyny » (2012) 51:4 *BYU Studies Quarterly* 7-26.

Black, D. Marisa, « Beyond Child Bride Polygamy: Polyamory, Unique Familial Constructions, and the Law » (2006) 8 *JL & Fam Stud* 497.

Borgerhoff, Mulder, « Women's strategies in polygynous marriage: Kipsigis, Datoga, and other East African cases », (1991) 3:1 *Human Nature* 45–70.

Bourdellois, Béatrice, « Mariage polygamique et droit positif français », (1993) 45:4 *RIDC* 933–935.

Bove, Riley et Claudia Vallengia, « Polygyny and women's health in sub-Saharan Africa », (2009) 68:1 *Soc Sci Med* 21–29.

Boyd, Susan B. et Cindy L. Baldassi, « Marriage or Naught? Marriage and Unmarried Cohabitation in Canada », dans Anne Bottomley et Simone Wong (éds.), *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, Hart Publishing, 2009.

Brooke, James, « Utah Struggles With a Revival of Polygamy » *New York Times* [New York, N.Y.] 23 August 1998, Late Edition (East Coast).

Brunetti-Pons, Clotilde, « Réflexions autour de l'ordre public 'matrimonial' dans ses rapports à la parenté » (2015) 127 *Gazette du Palais*.

Bureau, Marie-France et Kim Désilets, « Du mariage gai à la polygamie: triomphe du droit à l'égalité ? » (2010) 89 *La Revue du Barreau Canadien*.

Căbulea May, Simon, « *Liberal Feminism and the Ethics of Polygamy* », dans Daniela Cutas et Sarah Chan (éd), *Exploding the Nuclear Family Ideal*, London, Bloomsbury Academic, 2012.

Calder, Gillian, « Penguins and Polyamory: Using Law and Film to Explore the Essence of Marriage in Canadian Family Law » (2009) 21:1 *Canadian Journal of Women and the Law* 55–89.

Campbell, Angela, « Bountiful Voices », (2009) 42:2 *Osgoode Hall Law Journal* 183-234.

Cannon, Charles A., *The Awesome Power of Sex: The Polemical Campaign Against Mormon Polygamy*, Berkeley, University of California Press, 1974.

Carter, Sarah A., « Capturing Women: The Manipulation of Cultural Imagery in Canada's Prairie West », McGill-Queen's Press - MQUP, Nov 17, 1997.

Chaleby, K., « Traditional Arabian marriages and mental health in a group of outpatient Saudis », (1988) 77:2 Acta Psychiatr Scand 139–142.

Chambers, David L., « Polygamy and Same-Sex Marriage » (1997) 26 Hofstra L Rev 53.

Cherian, Varghese I., « Academic Achievement of Children from Polygamous and Monogamous Families », (2001) 130:1 Journal of Social Psychology 117–119.

Clignet, Remi and Joyce Sween, « Urbanization, plural marriage, and family size in two African cities », (1974) 1:2 American Ethnologist 221–242.

Clignet, Remi et Joyce A. Sween, « For a Revisionist Theory of Human Polygyny », (1981) 6 : 3 Signs: Journal of Women in Culture and Society 445–468.

Collins, Jennifer M., Ethan J. Leib, et Dan Markel, « Punishing Family Status » SSRN eLibrary, en ligne : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1120877 .

Cossman, Brenda et Bruce Ryder, « What is Marriage-like Like ? The Irrelevance of Conjuality », (2001) 18:2 Canadian Journal of Family Law 269–326.

Cwikel, Julie, Rachel Lev-Wiesel, et Alean Al-Krenawi, « The Physical and Psychosocial Health of Bedouin Arab Women of the Negev Area of Israel The Impact of High Fertility and Pervasive Domestic Violence », (2003) 9:2 Violence Against Women 240–257.

D'Onofrio, Eve, « Child Brides, Inegalitarianism, and the Fundamentalist Polygamous Family in the United States » (2005) 19:3 Int J Law Policy Family 373–394.

Dangor, Suleiman E., « Literature and an Opinion Survey among Muslim Women in Contemporary South Africa: A Case Study », (2001) 21:1 Journal of Muslim Minority Affairs 109–129.

David, Bishai et Shoshana Grossbard, « Far Above Rubies: The Association Between Bride Price and Extramarital Sexual Relations in Uganda », (2007) IZA Discussion Paper 2982.

Davis, David Brion, « The New England Origins of Mormonism », dans Marvin S. Hill et James B. Allen (eds.), *Mormonism and American Culture*, New York, Harper & Row, 1972, 18-19.

Denike, Margaret, « The Racialization of White Man's Polygamy », (2010) 25 *Hypatia* 852–874.

Devers, Alain, « Le partage d'une pension de réversion entre les épouses survivantes de l'assuré polygame » (2007) 9 *Droit de la famille* 37.

Devers, Alain, « Les effets d'un mariage polygame en matière de prestations aux conjoint(s) survivant(s) » (2006) 9 *Droit de la famille* 38–39.

Diduck, Alison, « *Relationship Fairness* », dans Anne Bottomley et Simone Wong (éds.), *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, Hart Publishing, 2009.

Dnes, Antony W. et Robert Rowthorn (éds.), « Cohabitation and marriage », dans Antony W. Dnes et Robert Rowthorn (éds.), *The Law and Economics of Marriage and Divorce*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

Dnes, Antony W. et Robert Rowthorn, « Marriage: the long-term contract », dans Antony W. Dnes et Robert Rowthorn (éds.), *The Law and Economics of Marriage and Divorce*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

Dondoux, Jacques, « Le droit à la vie familiale normale, arrêt du Conseil d'État du 8 décembre 1978 », (1979) 1 *Dr. soc.* 57.

Dorjahn, Vernon, recension de *Women with many husbands : Polyandrous alliance and marital flexibility in Africa and Asia* de Nancy E. Levine et Walter H. Sangree (1982) 84 *American Anthropologist* 912 (1982).

Drummond, Susan G., « Polygamy's Inscrutable Criminal Mischief », 47:2 *Osgoode Hall Law Journal* 2009, 317-369.

Duncan, Emily J., « The Positive Effects of Legalizing Polygamy: "Love is a Many Splendored Thing" », (2008) 15 *Duke Journal of Gender Law & Policy* 315-338.

Eekelaar, John et Mavis MacLean, « Marriage and the Moral Bases of Personal Relationships », (2004) 31 *Journal of Law and Society* 510-38.

Eekelaar, John, « Why People Marry: The Many Faces of an Institution », (2007) 41:3 *Family Law Quarterly*.

Eichner, Maxine, « Principles of the Law of Relationships Among Adults » (2007) 41:3 *Family Law Quarterly*.

Elbedour, Salman, Anthony J Onwuegbuzie, et Mohammad Alatamin, « Behavioral problems and scholastic adjustment among Bedouin-Arab children from polygamous and monogamous marital family structures: some developmental considerations », (2003) 129:3 *Genet Soc Gen Psychol Monogr* 213–237.

Embry, Jessie L., « Exiles for the Principle: LDS Polygamy in Canada » (1985) 18:3 *Journal of Mormon Thought* 108–116.

Emens, Elizabeth F., « Monogamy's Law: Compulsory Monogamy and Polyamorous Existence » (2004) 29 *New York University Review of Law & Social Change* 277, en ligne : <<https://www.gazettedesfemmes.ca/2572/polygamie/> .

Ertman, Martha M., « The Story of Reynolds V. United States: Federal “Hell Hounds” Punishing Mormon Treason » SSRN eLibrary, en ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1135610 .

Fadlallah, Ibrahim, « Polygamie » (2010) (Dalloz).

Farge, Michel, « Comment peut-on être polygame et acquérir la nationalité française? » (2005) 12 *Droit de la famille* 36–37.

Fein, David et Theodora Ooms, « What do we Know about Couples and Marriage in Disadvantaged Populations? Reflections from a Researcher and a Policy Analyst », Annual Research Conference of the Association for Public Policy Analysis and Management, Washington D.C., 3-5 novembre 2005, en ligne: <<http://www.clasp.org/resources-and-publications/archive/0203.pdf> .

Fenouillet, Dominique, « Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique! », dans *Mélanges en l'honneur de Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001.

Ferré, Nathalie, « Quand la polygamie est entrée dans la loi », (2001) 51:4 *Plein droit* 8-9.

Finkelman, Paul, « Essay: The Ten Commandments on the Courthouse Lawn and Elsewhere », (2005) 73 *Fordham L. Rev.* 1477.

Fongaro, Éric, « L'adaptation du droit patrimonial de la famille au mariage polygamique » (2007) 35 *Revue Lamy Droit Civil* 51–57.

Foucalt, Michel et Daniel Defert, « Le triomphe social du plaisir sexuel: une conversation avec Michel Foucault », dans *Dits et écrits: 1954-1988. 1980-1988*, texte 313, Paris, Gallimard, 1994.

Fournier, Pascale, « Calculating claims: Jewish and Muslim women navigating religion, economics and law in Canada » (2012) 8:01 *International Journal of Law in Context* 47–74.

Franke, Katherine M., « Becoming a Citizen: Reconstruction Era Regulation of African American Marriages » (1999) 85 Yale Journal of Law and the Humanities 1186.

Fraser, Nancy, « Mapping the Feminist Imagination: From Redistribution to Recognition to Representation », dans Ursula Degener et Beate Rosenzweig (éds.), *Die Neuverhandlung sozialer Gerechtigkeit*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006.

Fraser, Nancy, « Reframing Justice in a Globalizing World » (2005) 36 New Left Review 69.

Gage-Brandon, AJ, « The Polygyny-Divorce Relationship: A Case Study of Nigeria », (1992) 54:2 Journal of Marriage and Family 285–292.

Gallagher, B. et A. Wilson, « Michel Foucault, une interview : sexe, pouvoir et la politique de l'identité », The Advocate (juin 1982), en ligne : <<http://1libertaire.free.fr/MFoucault213.html> .

Géraud, Cécile, « Des effets en France d'unions polygamiques régulièrement contractées à l'étranger », (1999) 26 JCP N Semaine Juridique (édition notariale et immobilière) 1048–1050.

Gibson, Mhairi A. et Ruth Mace, « Polygyny, reproductive success and child health in rural Ethiopia : why marry a married man? », (2007) 39 : 2 J Biosoc Sci 287–300.

Gilles, David, Le Droit face à la polygamie : des fondements historiques de la civilisation occidentale à la confrontation des cultures au XIXe siècle », (2013-14) Droit et Religions, Vol. 7., Université d'Aix-Marseille.

Gillet, Todd, « The Absolution of Reynolds: The Constitutionality of Religious Polygamy » (2000) 8:2 William & Mary Bill of Rights Journal 497.

Gordon, Sarah Barringer, « The Liberty of Self-Degradation : Polygamy, Woman Suffrage, and Consent in Nineteenth-Century America » (1996) 83:3 Journal of American History 815–847.

Grossbard, Amyra, « Towards a Marriage Between Economics and Anthropology and A General Theory of Marriage » (1978) 68:2 American Economic Review 33–37.

Guillaumont, Olivier, « La réforme du statut civil de droit local et l'abandon de la polygamie à Mayotte. Loi de programme pour l'outre-mer numéro 2003-660 du 21 juillet 2003 (art. 68) » (2003) 37 JCP G Semaine Juridique (édition générale) 1553–1554.

Hadley, Craig, « Is Polygyny a Risk Factor for Poor Growth Performance Among Tanzanian Agropastoralists? » (2005) 126 American Journal of Physical Anthropology 471–480.

Hale, Sondra, « Gender and economics; Islam and Polygamy - a question of causality », (1995) 1:2 Feminist Economics.

Hamdan, Sami, Judy Auerbach, et Alan Apter, « Polygamy and mental health of adolescents », (2009) 18:12 European Child & Adolescent Psychiatry 755–760.

Hames, Raymond, « Costs and benefits of monogamy and polygyny for Yanomamo women », (1996) 199:3 Ethology and Sociobiology 181–199.

Hamilton, Vivian E., « Mistaking Marriage for Social Policy », (2004) 11 Virginia Journal of Social Policy and the Law 307.

Handley, William R., « Belonging(s): Plural Marriage, Gay Marriage and the Subversion of “Good Order” » (2004) 26:3 Discourse 85-109.

Hassounah-Phillips, Dena, « Polygamy and wife abuse : a qualitative study of Muslim women in America » (2001) 22:8 Health Care for Women International 735–748.

Hayes, Jeffrey Michael, « Polygamy Comes Out of the Closet: The New Strategy of Polygamy Activists » (2007) 3 Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties 99–377.

Hutchinson, Allan C. et Patrick J. Monahan, « Law, politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama in American Legal Thought », (1984) 36 Stanford Law Review.

Iversen, Joan, « Feminist Implications of Mormon Polygyny » (1984) 10 Feminist Studies 504–524.

Jankowiak, William, Monika Sudakov, et Benjamin Wilreker, « Co-Wife Conflict and Co-operation » (2005) 44:1 Ethnology 81–98.

Johnson, Heather, « There are Worse Things Than Being Alone: Polygamy in Islam, Past, Present, and Future » (2005) 11:3 William & Mary Journal of Women and the Law 563.

Johnson, Rebecca, « *Reflecting on Polygamy - what's the harm?* », dans Gillian Calder et Lori Beaman (éds.), *Polygamy's Rights and Wrongs: Perspectives on Harm, Family, and Law*, Vancouver, UBC Press, 2013.

Kaganas, Felicity et Christina Murray, « Law, Women and the Family: the Question of Polygyny in a new South Africa », (1991) Acta Juridica 116–134.

Kanazawa, Satoshi et Mary C. Still, « Why Monogamy? » (1999) 78:1 Social Forces 25–50.

Kaufman, Amy J., « Polygamous Marriages in Canada » (2004) 21 Can J Fam L 315.

Kazianga, Harounan et Stefan Klonner, « The Intra-household Economics of Polygyny: Fertility and Child Mortality in Rural Mali », (2006) non-publié.

Kelly, Lisa M., « Bringing International Human Rights Law Home: An Evaluation of Canada's Family Law Treatment of Polygamy » (2007) 65 U Toronto Fac L Rev 1.

Kent, Stephen A., « A Matter of Principle: Fundamentalist Mormon Polygamy. Children, and Human Rights Debates », (2006) 10:1 Journal of Alternative and Emergent Religions 7–29.

Kent, Stephen A., « Harm, Human Rights, and the Continued Criminalization of Fundamentalist Mormon Polygamy », dans Marci Hamilton et Mark Rozell (éds.), *Fundamentalism, Politics, and the Law*, New York, Palgrave, 2011, 161–193.

Kianpoor, M., N M Bakhshani, et N. Daemi, « Co-occurrence of Panic Disorder and Being a Wife in a Polygamous Family », (2006) 6:5 Journal of Medical Science 870–873.

Kincid, John, « Extinguishing the Twin Relics of Barbaric Multiculturalism - Slavery and Polygamie - From American Federalism », (2003) 33 Publius 75.

Korotayev, Andrey et Dmitri Bondarenko, « Polygyny and Democracy: A Cross-Cultural Comparison », (2000) 34:2 Cross-Cultural Research, 190.

Labbée, Xavier, « La famille homosexuelle polygame et incestueuse... et la contractualisation » (2015) 148 Gazette du Palais (28 mai 2015).

Lagarde, Paul, « La nationalité française rétrécie », (1993) Rev. crit. DIP 535.

Lagarde, Paul, « Recherches sur l'ordre public en droit international privé » (1959) 12:4 Revue int. D. droit comp. 864.

Lamarche, Marie, « Ne confondons pas polygamie et bigamie! Distinguons unions légales et unions de fait », (2010) 7 Droit de la famille 3–4.

Leckey, Robert, « Family Outside the Book on the Family » (2009) 88 Canadian Bar Review 545-78.

Leckey, Robert, « Following Same-Sex Marriage: Redefining Marriage and the Impact for Polygamy », (2007) Les ateliers de l'éthique.

Lev-Wiesel, Rachel et Alean Al-Krenawi, « Perception of Family Among Bedouin-Arab Children of Polygamous Families as Reflected in their Family Drawings », (2000) 38:4 American Journal of Art Therapy 98–106.

Lochak, Danièle, « La double peine des épouses de polygames » (2006) 11 Droit social 1032.

Lochak, Danièle, « Polygamie : ne pas se tromper de combat! », (1998) 36-37 *Plein Droit* 52.

MacDonald, Kevin, « The establishment and maintenance of socially imposed monogamy in Western Europe » (1995) 14:1 *Politics and the Life Sciences* 3–23.

MacDougall, Donald J, « Marriage Resolution and Recognition in Canada », (1995) 29 *Fam LQ* 541.

MacLean, Mavis et John Eekelaar, « The Significance of Marriage: Contrasts between White British and Ethnic Minority Groups in England », (2005) 27:3 *Law & Policy*.

Madhavan, Sangeetha, « Best of Friends and Worst of Enemies: Competition and Collaboration in Polygyny », (2002) 41:1 *Ethnology* 69–84.

Marceau, Karina, « Polygamie », *Gazette des femmes* (1^{er} décembre 2006).

March, Andrew F., « Is There a Right to Polygamy? Marriage, Equality and Subsidizing Families in Liberal Public Justification » (2011) 8:2 *Journal of Moral Philosophy* 246-272.

Mashhour, Amira, « Islamic Law and Gender Equality — Could There be a Common Ground ? A Study of Divorce and Polygamy in Sharia Law and Contemporary Legislation in Tunisia and Egypt », (2005) 27 *Human Rights Quarterly* 562.

Massip, Jacques, « Nullité du mariage par une Française avec un homme dont le statut peronnel autorise la polygamie » (2003) 73 *Les Petites Affiches* 17–19.

Meekers, Dominique et Nadra Franklin, *Women's perceptions of polygyny among the Kaguru of Tanzania*, Women in International Development, Michigan State University, 1997.

Méthot, Mélanie, « Bigamists meet polygamists: Confronting the popular image of bigamists in Canadian society » (2007) 12:3 *The History of the Family* 169–177.

Michael, Quinn D., « LDS Church Authority and New Plural Marriages, 1890-1904 » (1985) 18:1 *Journal of Mormon Thought* 9–105.

Michel, Jérôme, « Le non-renouvellement de la carte de résident à une étrangère en situation de polygamie » (2003) 16 *Actualité Juridique Droit Administratif* 851–854.

Millet, Jean-Frédéric, « À propos de la réintégration: polygamie de droit et monogamie de fait » (1997) 2 *Revue Française de Droit Administratif* 330–332.

Mitsunaga, Tisha M. et al., « Extramarital sex among Nigerian men: polygyny and other risk factors. », (2005) 39:4 Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes 478–488.

Moller, Valerie et Gary John Welch, « Polygamy, Economic Security and Well-Being of Retired Zulu Migrant Workers », (1990) 5 J. Cross-cultural Gerontology 205.

Monéger, Françoise, « L'immigré et sa famille : l'incidence du statut personnel sur la protection sociale des immigrés », (1987) RDSS 246.

Monéger, Françoise, « La polygamie en question » (1990) I JCP 3460.

Moore, John H., « The Developmental Cycle of Cheyenne Polygyny » (1991) American Indian Quarterly 15.

Moorehead, John H., « The Developmental Cycle of Cheyenne Polygyny », (1991) 15 Am. Indian Q. 311.

Morse, Bradford W., « Indian and Inuit Family Law and the Canadian Legal System » (1980) 8:2 American Indian Law Review 199–257.

Musisis, Nakanyike B., « Women, “Elite Polygyny,” and Buganda State Formation » (1991) 16:4 Women, Family, State, and Economy in Africa 757–786.

Myers, Wade C. et Steve J. Brasington, « A Father Marries His Daughters: A Case of Incestuous Polygamy » (2002) 47:5 Journal of Forensic Science 1112–1116.

Nerson, Roger et Jacqueline Rubellin-Devichi, (1981) RTD civ. 153.

Niboyet, Frédérique, *L'ordre public matrimonial*, (2008) LGDJ 59.

Obeng Gyimah, Stephen, « Polygynous marital structure and child survivorship in sub-Saharan Africa: some empirical evidence from Ghana », (2009) 68:2 Soc Sci Med 334–342.

Oetken, J. Paul, « Form and Substance in Critical Legal Studies » (1991) 100:7 The Yale Law Journal 2221 et s.

Olsen, Frances E., « The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform » (1983) 96 : 7 Harvard Law Review 1497–1578.

Oudin, Federica, « Les français ne doivent pas épouser des polygames » (2003) 1 Revue Juridique Personnes et Famille 14–15.

Owuamanam, Donatus Ojiakudiniro, « ‘Adolescents’ Perception of Polygamous Family and Its Relationship to Self-Concept », (1984) International Journal of Psychology 593–598.

Ozkan, Mustafa et al., « Mental Health Aspects of Turkish Women from Polygamous Versus Monogamous Families », (2006) 52:3 Int J Soc Psychiatry 214–220.

Parker, Douglas H., « Victory in Defeat - Polygamy and the Mormon Legal Encounter with the Federal Government » (1990) 12 Cardozo L Rev 805.

Patil, Crystal et Craig Hadley, « Symptoms of Anxiety and Depression and Mother's Marital Status: An Exploratory Analysis of Polygyny and Psychosocial Stress », (2008) 20:4 Am J Hum Biol. 475-7.

Pelland, Marie-Andrée et Dianne Casoni, « Entre le retrait et la contestation. Réactions des mormons fondamentalistes à des allégations d'entorses aux lois » (2008) 41:2 Criminologie 213–245.

Pellillo, Adam, « The Link Between Polygyny and Child Mortality », (2011) Mortality 1–44.

Perentidis, Stavros, « Sur la polyandrie, la parenté et la définition du mariage à Sparte », dans Alain Bresson et al. (éd.), *Parenté et société dans le monde Grec de l'Antiquité à l'Âge moderne, Colloque international (Volos 19-20-21 juin 2003)*, Bordeaux, Éditions Ausonius, 2006.

Pignarre, Geneviève, « Que reste-t-il des bonnes moeurs en droit des contrats ? Presque rien ou presque tout ? », (2005) 4 Revue des contrats 1290.

Probert, R.J., « A Review of Cohabitation: The Financial Consequences of Relationship Breakdown, Law. Com. No. 307 (HMSO 2007) » (2007) 41:3 Family Law Quarterly 521.

Profanter, Annemarie et Stephanie Ryan Cate, « Deal justly with them ...: (in)justice in polygyny - the male perspective », (2009) 149:3 J Soc Psychol. 223-241.

Rasugu, Walter and Michael H. Boyle, « Family Structure and Child Mortality in Sub-Saharan Africa: Cross-National Effects of Polygyny » , (2007) 69:2 Journal of Marriage and Family 528–543.

Rittich, Kerry et Janet E. Halley, « Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism » (2010) Am. J. Comp. L. 753.

Robert, Jacques, « La liberté de religion, de pensée et de croyance », dans Rémy Cabrillac (éd.), *Libertés et Droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2016.

Robert, Marie-Pierre et Stéphane Bernatchez, « La criminalisation de la polygamie soumise à l'épreuve de la charte » (2010) 40:2 Revue générale de droit 541–598.

Rodgers-Miller, Brooke, « Out of Jahiliyya: Historic and Modern Incarnations of Polygamy in the Islamic World » (2005) 11:3 William & Mary Journal of Women and the Law 541.

Rubin, Roger H., « Alternative Lifestyles Revisited, or Whatever Happened to Swingers, Group Marriages, and Communes? » (2001) 22:6 Journal of Family Issues 711–726.

Rude-Antoine, Edwige, « Muslim Maghrebien Marriage in France: A Problem for Legal Pluralism » (1991) 5 International Journal of Law and the Family 93–103.

Sargent, Carolyn et Dennis Cordell, « Polygamy, disrupted reproduction, and the state: Malian migrants in Paris, France » (2003) 56 Social Science and Medicine 1961-72 à la page 1961.

Schwenzer, Ingeborg, « Die Zukunft des Familienrechts: Der Model Family Code » (2007) 3 Gender competent.

Selby, Jennifer A., « Polygamy in the Parisian Banlieues: Discourse and Debate on the 2005 French Urban Riots », dans Gillian Calder et Lori Beaman (eds.), *Polygamy's Rights and Wrongs: Perspectives on Harm, Family, and Law*, Vancouver, UBC Press, 2013, 89-103.

Sellen, Daniel W., « Polygyny and child growth in a traditional pastoral society », (1999) 10:4 Human Nature 329–371.

Shamir, Hila, « The State of Care: Rethinking the Distributive Effects of Familial Care Policies in Liberal Welfare States » (2010) 58:4 American Journal of Comparative Law, 953.

Sheff, Elisabeth Sheff, « Polyamorous Women, Sexual Subjectivity and Power » (2005) 34:3 Journal of Contemporary Ethnography 251–283.

Sigman, Shayna M., « Everything Lawyers Know About Polygamy is Wrong », (2006) 16 :1 Cornell Journal of Law and Public Policy.

Singer, Joseph William, « The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory » (1984) 94:1 The Yale Law Journal 1–70.

Smart, Carol, « *Making Kin: Relationality and Law* », dans Anne Bottomley et Simone Wong (éds.), *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, Hart Publishing, 2009.

Stacey, Judith, « Legal Recognition of Same-Sex Couples: The Impact on Children and Families » (2004) 23 QLR 529.

Starkweather, Katherine E. et Raymond Hames, « A Survey of Non-Classical Polyandry », (2012) 23:2 Human Nature 149-172.

Strassberg, Maura I., « Distinctions of Form or Substance: Monogamy, Polygamy and Same-Sex Marriage » (1996) 75 NC L Rev 1501.

Strassberg, Maura I., « The Challenge Of Post-Modern Polygamy: Considering Polyamory » (2003) 31:3 Law Review Back Issues.

Strassberg, Maura I., « The Crime of Polygamy » (2003) 12 Temple Political & Civil Rights Law Review 353–431.

Strassman, Beverly I., « Polygyny as a risk factor for child mortality among the Dogon » (1997) 38 : 4 688.

Sultan, Mariam Abdullah Al-Shamsi et Leon C. Fulcher, « The impact of polygamy on United Arab Emirates' first wives and their children », (2005) 1 International Journal of Child and Family Welfare 46–55.

Tabi, M.M., C. Doster, and T. Cheney, « A qualitative study of women in polygynous marriages », (2010) 57:1 International Nursing Review 121–127.

Tertilt, Michèle, « Polygyny, Women's Rights, and Development » (2006) 4 : 2-3 Journal of the European Economic Association 523–530.

Tibatemwa-Ekirikubinza, Lillian, « Multiple Partnering, Gender Relations and Violence by Women in Uganda », (1998) 4:1 Journal of Peace & Human Rights 15–40.

Toullier, Adeline, « Les tergiversations du droit de la protection sociale face à la polygamie », (2007) Dr. soc. 324.

Tsoukala, Philomila, « Marrying Family Law to the Nation », (2010) 58 Am. J. Comp. L. 873-910.

Tushnet, Mark, « Critical Legal Studies: A Political History », (1990) 100 Yale LJ 1515.

Tweedy, Ann E, « Polyamory as a Sexual Orientation » (2010) Legal Studies Research Paper Series 08–15.

Tyagi, D., « Looking at Polyandry - A Dying or Dead Social Institution in India », (1997) 77 Man in India 329.

Ukwuani, Festus, Gretchen Cornwell, et Chirayath Suchindran, « Polygyny and child survival in Nigeria: Age-dependent effects », (2002) 19:2 Journal of Population Research 155–171.

Vachet, Gérard, « Assurance vieillesse: pension de réversion et polygamie » (2007) 27 JCP S (édition sociale) 31–32.

Wagner, Charles B., « Do Mistresses Have a Right to Inheritance? » (21 octobre 201), en ligne : <<http://www.estatelawcanada.ca/do-mistresses-have-a-right-to-inheritance/#sthash.go1k3kLo.dpuf> .

Weitzman, Geri, « Therapy with Clients Who Are Bisexual and Polyamorous », (2006) 6:1/2 Journal of Bisexuality 137–164.

White, Douglas R. et Michael L. Burton, « Causes of Polygyny: Ecology, Economy, Kinship, and Warfare », (1988) 90:4 American Anthropologist 871–887.

White, Douglas R., « Rethinking Polygyny: Co-Wives, Codes, and Cultural Systems », (1988) 29 Current Anth. 529.

White, Lucie E., « Subordination, rhetorical survival skills and Sunday shoes: notes on the hearing of Mrs G. », (1990) 38 Buff. L. Rev. 1.

Wittrup, Inge, « Me and my husband's wife: an analysis of polygyny among Mandinka in the Gambia », (1990) 32 Folk 117–139.

Wong, Simone, « *Caring and Sharing: Interdependency as a Basis for Property Redistribution* », dans Anne Bottomley et Simone Wong (éds.), *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, Hart Publishing, 2009.

Young, Claire FL, « Taking Spousal Status into Account for Tax Purposes: The Pitfalls and Penalties », dans Anne Bottomley et Simone Wong (éds.), *Changing Contours of Domestic Life, Family and Law: Caring and Sharing*, Oxford, Hart Publishing, 2009.

Zelder, Martin, « For better or for worse? Is bargaining in marriage and divorce efficient? », in Antony W. Dnes et Robert Rowthorn (éds.), *The Law and Economics of Marriage and Divorce*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

AUTRES

Ahrendt-Schulte, Ingrid, « Ländliche Ordnung und obrigkeitliche Moralpolitik. Zum Umgang mit unehelichen Schwangerschaften in der frühneuzeitlichen Grafschaft Lippe », dans Sabine Klocke-Daffa (éd.), *Tabu: verdrängte Probleme und erlittene Wirklichkeit: Themen aus der lippischen Sozialgeschichte*, (2006) Landesverband Lippe, 87–115.

Baines, Beverly, « Polygamy ruling should trouble feminists », *The Toronto Star*, (28 novembre 2011),
en ligne : <<http://www.thestar.com/opinion/editorialopinion/article/1093907--polygamy-ruling-should-trouble-feminists> .

Becker, Tobias et Claudia Voigt, « Die endgültige Emanzipation » (10/2017) Der Spiegel, Hamburg.

Bouchard, Gérard et Charles Taylor, *Fonder l'avenir - Le temps de la conciliation*, Montréal, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, 2008,
en ligne : <<https://www.mce.gouv.qc.ca/publications/CCPARDC/rapport-final-integral-fr.pdf> .

Campbell, Angela, *Polygamy in Canada: legal and social implications for women and children.*, Ottawa, Status of Women Canada, 2005.

CBC As It Happens, « Bountiful's polygamist leader could see \$43,160 in child care benefits », Canadian Broadcasting Corporation, (5 août 2015), en ligne : <<http://www.cbc.ca/radio/asithappens/as-it-happens-wednesday-edition-1.3178841/bountiful-s-polygamist-leader-could-see-43-160-in-child-care-benefits-1.3180682> .

CBC News, “Raising Elaan: Profoundly disabled boy's 'co-mommas' make legal history”, (21 février 2017), en ligne:
<<http://www.cbc.ca/news/canada/ottawa/multimedia/raising-elaan-profoundly-disabled-boy-s-co-mommas-make-legal-history-1.3988464> .

CBC News, “Partners in parenting, not love: Singles pair up to raise a child” (15 février 2017), en ligne: <<http://www.cbc.ca/news/canada/toronto/co-parenting-modamily-singles-children-1.3982908> .

CE, *Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial*, [2003] JO, L 251 pages 0012 – 0018.

Commission Nationale Consultative des Droits de l'homme (CNCDH), *Étude et propositions : la polygamie en France*, Étude, (2006) CNCDH.

Committee of the Honourable Privy Council approved by His Excellency the Governor General in Council on the 31 October 1887, p. 1-2, file 32345, vol. 3762, RG 10, LAC.

Conseil de l'Europe, *Directive 2003/86/CE du Conseil relative au droit au regroupement familial*, (20 septembre 2003).

Cook, Rebecca J. et Lisa M. Kelly, *La polygynie et les obligations du Canada en vertu du droit international en matière de droits de la personne*, Rapport de recherche, Ottawa, Ministère de la justice, Section de la famille, des enfants et des adolescents, 2006.

Déclaration de M. Trudeau aux journalistes, à la sortie de la Chambre des Communes, captée par CBC (en anglais), en ligne : <http://www.cbc.ca/archives/entry/omnibus-bill-theres-no-place-for-the-state-in-the-bedrooms-of-the-nation> .

Dunn, Mark, « Officials say Saudi immigrants hiding polygamous marriage status not welcome », *Daily Herald Tribune* (October 15, 2012), en ligne : <http://www.dailyheraldtribune.com/2012/10/15/officials-say-saudi-immigrants-hiding-polygamous-marriage-status-not-welcome> .

Eckersley, Lorne, « Blackmore and Oler appear in Creston court », *Kootenay News Advertiser* (8 décembre 2014), en ligne : <http://www.kootenayadvertiser.com/news/285105511.html> .

Fadlallah, Ibrahim, « Polygamie » (2010) (Dalloz).

Fein, David et Theodora Ooms, « What do we Know about Couples and Marriage in Disadvantaged Populations? Reflections from a Researcher and a Policy Analyst », Annual Research Conference of the Association for Public Policy Analysis and Management, Washington D.C., 3-5 novembre 2005, en ligne: <http://www.clasp.org/resources-and-publications/archive/0203.pdf> .

France, Commission nationale consultative des Droits de l'Homme, « Avis sur la situation de la polygamie en France », Avis adopté le 9 mars 2006 (9 mars 2006).

France, Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, *Circulaire DPM n° 2000-254 relative aux naturalisations, réintégrations dans la nationalité française et perte de la nationalité française*, (12 mai 2000).

France, Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, *Circulaire DPM/AC 14/ n° 2001-358 relative au logement des femmes décohabitantes de ménages polygames et engagées dans un processus d'autonomie*, (10 juin 2001).

France, Ministère de l'Intérieur, *Circulaire sur le renouvellement des cartes de résident obtenues par des ressortissants étrangers polygames avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 août 1993*, (25 avril 2000).

France, Ministère des Finances et des Comptes Publiques, *Bulletin officiel des finances publiques impôts*, n° 617, au § 25 (20 octobre 2013); CA Paris, 13 décembre 2012, n° 11PA00737.

Gnakpaou, Sosso, « Le droit international privé français à l'épreuve de la polygamie », Le Village de la justice (14 mars 2016) en ligne : <<http://www.village-justice.com/articles/droit-international-prive,21708.html>

Godfrey, Tom, « Muslims claiming cash for numerous wives » (5 octobre 2015), canoe.ca, en ligne : <<http://cnews.canoe.ca/CNEWS/Canada/2008/02/08/4834833-sun.html> .

Gouvernement du Canada, communiqué, « Protéger les Canadiens contre les pratiques culturelles barbares » (5 novembre 2014), en ligne : <<http://nouvelles.gc.ca/web/article-fr.do?mthd=tp&crtr.page=9&nid=900399&crtr.tp1D=1> .

Gouvernement du Canada, *Faits et chiffres 2013 – Aperçu de l'immigration : Résidents permanents*, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/statistiques/faits2013/> .

Gouvernement du Canada, *Immigration et diversité ethnoculturelle au Canada*, Statistiques Canada <<http://www12.statcan.gc.ca/nhs-enm/2011/as-sa/99-010-x/99-010-x2011001-fra.cfm> .

Gouvernement du Canada, *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux*, en ligne : Ministère de la Justice <<http://www.justice.gc.ca/fra/df-fl/epoux-spousal/ldfpae-ssag.html> .

Gouvernement du Canada, *Vie Familiale – Mariage*, en ligne : Statistiques Canada <<http://mieux-etre.edsc.gc.ca/misme-iowb/.3nd.3c.1t.4r@-fra.jsp?iid=78> .

Imloul, Sonia, « La polygamie en France : une fatalité? », Étude, (2009) Institut Montaigne.

Institut Vanier de la Famille, *Portrait des familles et situation des particuliers dans les ménages au Canada* (2010), en ligne : <<http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2011/as-sa/98-312-x/98-312-x2011001-fra.cfm> .

Institut national de la statistique et des études économiques, « Les Tableaux détaillés du recensement de la population 2007 à Mayotte », (31 juillet 2007), en ligne : <http://www.insee.fr/fr/themes/detail.asp?reg_id=27&ref_id=1102&page=donnees_detaillees/rp2007/resultats_detailles/rp2007_menages_men5m.htm .

Institut national de la statistique et des études économiques, Définition « Ménages complexes », en ligne : <<http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/menage-complexe-recensement.htm> .

L'Association Québécoise des Polyamoureux, Polyamour-Quebec.Ca, en ligne : <<http://polyamour-quebec.ca/> .

Labbée, Xavier, « La famille homosexuelle polygame et incestueuse... et la contractualisation » (2015) 148 Gazette du Palais (28 mai 2015).

Larousse en ligne,
en ligne: <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/polygame/62305> .

Larousse en ligne,
en ligne: <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/polygynie/62322> .

Le Figaro, « À Mayotte, la France n'est pas une référence culturelle » (31 mars 2011), en ligne: <<http://plus.lefigaro.fr/note/a-mayotte-la-france-nest-pas-une-reference-culturelle-20110331-431917> .

Le Figaro, « La polygamie n'entraînera pas la déchéance de la nationalité » (7 septembre 2010), en ligne: <<http://www.pressreader.com/france/le-figaro/20100907/281547992213447> .

Leveneur, Laurent, « Situations de fait et droit privé », Thèse, Paris-II, (1988).

Libération, « Beaucoup de ces Africains sont polygames ... » (15 novembre 2005), en ligne : <http://www.liberation.fr/evenement/2005/11/15/beaucoup-de-ces-africains-sont-polygames_539018 .

Malaurie, Philippe, *Les contrats contraires à l'ordre public. Étude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.*, thèse Paris 1951, éd. Matot-Braine.

Oger, Geneviève, « France's Polygamy Problem » Deutsche Welle (DW) (31 juillet 2007), en ligne: <<http://www.dw.de/frances-polygamy-problem/a-1664241-1> .

Plateforme du parti républicain des États-Unis du 12 septembre 1856 à Baltimore, dans Walter Raleigh Houghton, *Conspectus of the History of Political Parties and the Federal Government*, Indianapolis, Granger, Davis & Company, 1880.

Question écrite no. 079930 de M. Louis Souvet (Doubs-RPR) et Réponse du ministère : Justice, JO Sénat, 5 avr. 1990, 726.

Recommandation générale 21, U.N.Doc.HRI\GEN\1\Rev.1 (1994), 13^e sess.

Rép. min. du 2 déc. 2010, JO Sénat, p. 3166, à la question écrite no 13.547.

Rép. min. no 11002, 10 mai 1995, (1995) Rev. crit. DIP 879.

Report of the Special Prosecutor for Allegations of Misconduct Associated with Bountiful, BC, en ligne: <<http://www.cbc.ca/bc/news/070801-Bountiful%20-%20Summary.pdf> .

République Française, *Le Mariage Civil*, Ministère de la Justice et des Libertés, en ligne : <<http://www.justice.gouv.fr/justice-civile-11861/mariage-civil-12133/> .

République Française, *Mariage en France*, Service-public.fr, en ligne : <<http://vosdroits.service-public.fr/F930.xhtml> .

République Française, *Pacte civil de solidarité (Pacs)*, Service-public.fr, en ligne : <http://vosdroits.service-public.fr/N144.xhtml>.

Sin, Lena, « Polygamy in Canada stretches beyond Bountiful », *National Post* (8 janvier 2009).

Stacey, Judith, « Marriage in the U.S.: Unequal Opportunity - Room for Debate », *The New York Times*, (3 juillet 2011), en ligne : <<http://www.nytimes.com/roomfordebate/2011/07/03/marriage-the-next-chapter/marriage-in-the-us-unequal-opportunity> .

Statistiques Canada, *La violence familiale au Canada : un profil statistique, 2014*, (21 janvier 2016), en ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/daily-quotidien/160121/dq160121b-fra.htm> .

Stueck, Wendy, « School in polygamous community near top of Fraser Institute's rankings », *The Globe and Mail*, (7 février 2011), en ligne : <<http://www.theglobeandmail.com/news/national/british-columbia/school-in-polygamous-community-near-top-of-fraser-institutes-rankings/article1898177/> .

The Canadian Press, « No preliminary hearing for accused B.C. polygamist, case heads straight to trial », *The Globe and Mail* (2 septembre 2015), en ligne : <<http://www.theglobeandmail.com/news/british-columbia/no-preliminary-hearing-for-accused-bc-polygamist-case-heads-straight-to-trial/article26200679/> .

The Fraser Institute, *Report Card on British Columbia's Elementary Schools 2011*, (7 février 2011).

The Stanford Encyclopedia of Philosophy, en ligne (2011) Stanford encyclopedia of Philosophy : <<http://plato.stanford.edu> , *sub verbo* « Michel Foucault ».

Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Direction générale des services intégrés, *Au-delà de la conjugalité*, Ottawa, Publications du gouvernement du Canada, 2002, en ligne : <<http://publications.gc.ca/site/fra/105704/publication.html> .

Université de Francfort, « The Institute of Social Research Frankfurt/Main », Université de Francfort, en ligne : <<http://www.ifs.uni-frankfurt.de/english/index.htm> .

Vanier Institute of the Family, *Definition of Family*, en ligne : http://www.vanierinstitute.ca/definition_of_family .

Wagner, Charles B., « Do Mistresses Have a Right to Inheritance? » (21 octobre 201), en ligne : <http://www.estatelawcanada.ca/do-mistresses-have-a-right-to-inheritance/#sthash.go1k3kLo.dpuf> .

La réception de la polygamie au regard du droit français et du droit canadien par rapport au mariage et à ses effets

La nature de l'institution ou du contrat de mariage a vécu un changement fondamental pendant les dernières années en France et au Canada. Dans une première étape, la thèse analyse pourquoi au Canada et en France les législateurs ne permettent pas la polygamie après avoir libéralisé presque tous les autres aspects du mariage. Deuxièmement, la recherche démontre que la prohibition de la polygamie cause plusieurs effets sur les droits personnels et sur les droits fondamentaux qui sont parfois corrigés par la législation en acceptant la relation polygamique pour ces fins spécifiques. Finalement, la thèse examine la prohibition de la polygamie en France et au Canada à travers une approche critique pour ensuite suggérer les perspectives d'évolution proposées à cette prohibition générale.

The treatment of polygamy in French and Canadian law with respect to marriage and its effects

The nature of the marriage institution, or contract, experienced fundamental changes during the last few years in France and in Canada. In a first step, the thesis analyses why Canadian and French legislators do not allow polygamy after having liberalized almost all other aspects of marriage. Secondly, the research shows that the prohibition of polygamy results in several effects on personal and fundamental rights, which are sometimes corrected through legislation by accepting the polygamous relationship for specific purposes. Finally, the thesis examines the prohibition of polygamy in France and in Canada through a critical approach in order to then suggest an outlook for modifications to this general prohibition.