

LE MARIAGE POLYGAME ET LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS DANS UNE PERSPECTIVE DE DROIT COMPARÉ

Ariane Leduc, Mélanie Raby et Valérie Scott

Volume 21, numéro 1, 2008

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1068942ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1068942ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Leduc, A., Raby, M. & Scott, V. (2008). LE MARIAGE POLYGAME ET LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS DANS UNE PERSPECTIVE DE DROIT COMPARÉ. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 21(1), 165–209. <https://doi.org/10.7202/1068942ar>

Résumé de l'article

Bien que le mariage polygame y soit illégal, le Canada, en tant que terre d'immigration, est depuis longtemps confronté à cette institution en matière migratoire et familiale. Incidemment, la question de la validité du mariage polygame suivant les règles du droit international privé se pose, entraînant dans son sillage des doutes quant à la capacité de notre système juridique à régir une institution qui lui est étrangère et dont certains allèguent l'incompatibilité avec l'ordre public. Dans le présent texte, pour les fins du concours Matthieu-Bernard, les auteurs examinent ce qui adviendrait d'une demande en divorce présentée par la seconde épouse d'un ménage polygame. De façon plus générale, elles étudient les effets que peut avoir un mariage polygame contracté à l'étranger dans l'ordre juridique québécois, selon que ce mariage soit déclaré valide ou invalide. Dans l'hypothèse d'un mariage valide selon les règles de droit international privé québécois, c'est la notion d'ordre public, tant international qu'interne, qui pourrait s'opposer à la reconnaissance et à la production d'effets juridiques d'un mariage polygame. Après un examen du contenu de l'ordre public interne et international, les auteurs concluent que la reconnaissance de la validité d'un mariage polygame et de certains effets y étant rattachés ne serait pas contraire à ces notions. Dans l'hypothèse où le mariage serait déclaré invalide, c'est la possibilité pour les tribunaux de prononcer la nullité de ce mariage, ainsi que le risque de contestation constitutionnelle en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui amènent les auteurs à se questionner. Elles concluent que le prononcé de la nullité constituerait une atteinte justifiée à la liberté de religion et revêtirait de grands avantages s'il permet de faire appel à la notion de putativité du mariage.

LE MARIAGE POLYGAME ET LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS DANS UNE PERSPECTIVE DE DROIT COMPARÉ

Ariane Leduc*
Mélanie Raby**
Valérie Scott***

Bien que le mariage polygame y soit illégal, le Canada, en tant que terre d'immigration, est depuis longtemps confronté à cette institution en matière migratoire et familiale. Incidemment, la question de la validité du mariage polygame suivant les règles du droit international privé se pose, entraînant dans son sillage des doutes quant à la capacité de notre système juridique à régir une institution qui lui est étrangère et dont certains allèguent l'incompatibilité avec l'ordre public. Dans le présent texte, pour les fins du concours Matthieu-Bernard, les auteures examinent ce qui adviendrait d'une demande en divorce présentée par la seconde épouse d'un ménage polygame. De façon plus générale, elles étudient les effets que peut avoir un mariage polygame contracté à l'étranger dans l'ordre juridique québécois, selon que ce mariage soit déclaré valide ou invalide. Dans l'hypothèse d'un mariage valide selon les règles de droit international privé québécois, c'est la notion d'ordre public, tant international qu'interne, qui pourrait s'opposer à la reconnaissance et à la production d'effets juridiques d'un mariage polygame. Après un examen du contenu de l'ordre public interne et international, les auteures concluent que la reconnaissance de la validité d'un mariage polygame et de certains effets y étant rattachés ne serait pas contraire à ces notions. Dans l'hypothèse où le mariage serait déclaré invalide, c'est la possibilité pour les tribunaux de prononcer la nullité de ce mariage, ainsi que le risque de contestation constitutionnelle en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui amènent les auteures à se questionner. Elles concluent que le prononcé de la nullité constituerait une atteinte justifiée à la liberté de religion et revêtirait de grands avantages s'il permet de faire appel à la notion de putativité du mariage.

Although polygamous marriage is illegal, Canada, as an immigration country, has long been confronted to that institution in migratory and family matters. Incidentally, whether polygamous marriage is valid or not according to private international law rules has become a necessary question. It opens more widely toward the capacity of our legal system to govern this foreign institution that some believe to be incompatible with public policy. In this article, written for the Matthieu-Bernard contest, the authors examine what may happen to a divorce petition presented by the second wife of a polygamous household. More generally, they study what legal effects a polygamous marriage, celebrated outside Canada, can produce in the Québec legal system according to two different hypotheses, the validity or invalidity of the marriage. If a marriage was declared valid according to Québec private international law rules, it is the public policy exception, both international and local, that could oppose the polygamous marriage's recognition and production of legal effects. After studying the content of the public policy exception, both at the international and local levels, the authors conclude that it does not oppose the recognition of the validity of a polygamous marriage nor the production of certain legal effects. If a marriage was declared invalid, it is the possibility for a tribunal to declare the marriage null, and the incidental risk of a *Canadian Charter of Rights and Freedoms* challenge, that the authors study. They conclude that a declaration of nullity would constitute a justified violation of freedom of religion and would be advantageous if the wedding could be granted as putative, thus permitting the polygamous marriage to produce certain legal effects.

* Ariane Leduc est bachelière en droit de l'Université du Québec à Montréal (2009) et diplômée en droit notarial (D.D.N.) de l'Université de Montréal (2010).

** Valérie Scott est bachelière en relations internationales et droit international de l'Université du Québec à Montréal (2005) et bachelière en droit de l'Université du Québec à Montréal (2008). L'auteure a effectué un stage à la Cour suprême du Canada auprès de l'Honorable juge Marie Deschamps (2008-2009). Elle complète présentement un LL.M. à New York University (2010-2011).

*** Me Mélanie Raby est bachelière ès art de l'Université de Montréal (2004), bachelière en droit de l'Université du Québec à Montréal (2008) et diplômée en droit notarial (D.D.N.) de l'Université de Montréal (2010). Les auteures tiennent à remercier la professeure Martine Lachance pour ses commentaires et ses encouragements. Les auteures peuvent être contactées aux adresses suivantes : <arianeleduc@hotmail.com>, <valerie_scott1@yahoo.ca>, <raby.melanie@hotmail.com>.

Depuis quelques décennies déjà, l'institution traditionnelle du mariage est remise en question. Au cours des quarante dernières années, le Québec a connu une diminution du nombre de célébrations; la légalisation et une hausse du nombre de divorces ainsi que la popularité croissante des unions de fait constituent tant de phénomènes qui questionnent le caractère naguère sacré et indissoluble du mariage, voire la nécessité même de l'institution. Plus récemment, ce que l'on définissait depuis le XIX^e siècle comme « *the voluntary union for life of one man and one woman to the exclusion of all others* »¹ a vu sa nature même transformée par la légalisation des mariages entre personnes de même sexe. En dépit de ces bouleversements, un aspect du mariage demeure : la monogamie. Celle-ci reste inscrite dans notre définition actuelle du mariage contenue dans la *Loi sur le mariage civil*² et est de surcroît protégée par l'infraction de polygamie prévue au *Code criminel*³.

La polygamie est en fait un terme générique qui recouvre plusieurs réalités. Elle peut premièrement être *de facto* ou *de jure*. *De jure*, elle inclut la polyandrie, le fait d'une femme mariée à plusieurs hommes, ainsi que la polygynie, le fait d'un homme marié à plusieurs femmes⁴. Elle est également potentielle lorsque la loi régissant le premier mariage permet des unions subséquentes, ou réelle lorsque plusieurs unions ont été valablement contractées. Bien que la tendance internationale actuelle ne soit pas favorable à la polygamie⁵, elle demeure pratiquée par plusieurs peuples selon des fondements religieux, notamment mormons⁶ et musulmans⁷, ou coutumiers, en Afrique ou en Chine par exemple⁸. Cette pratique s'oppose à la vision chrétienne du mariage qui⁹, se trouvant au fondement de la civilisation occidentale,

¹ Définition tirée du célèbre arrêt *Hyde v. Hyde and Woodmansee* (1866), All. E.R. Rep. à la p. 177 [*Hyde*].

² L.C. 2005, c. 33, art. 2 : « Le mariage est, sur le plan civil, l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne ».

³ L.R.C. 1985, c. C-46, art. 293.

⁴ *De facto*, elle inclut en surplus la notion de polyamorie, soit le fait d'arrangements relationnels variés comprenant des hommes et des femmes de toute orientation sexuelle : Maura I. Strassberg, « The Challenge of Post-Modern Polygamy: Considering Polyamory » (2003) 31 *Capital U.L. Rev.* 439 à la p. 440.

⁵ Nicholas Bala *et al.*, « Examen international de la polygamie : répercussions juridiques et politiques pour le Canada » dans Angela Campbell *et al.*, *La polygamie au Canada : conséquences juridiques et sociales pour les femmes et les enfants, Recueil de rapports de recherche en matière de politiques*, Novembre 2005, à la p. 23, en ligne : CREUM <http://www.creum.umontreal.ca/IMG/pdf/rapports_condition_feminine.pdf> [Bala, « Examen international de la polygamie »].

⁶ Voir Jason D. Berkowitz, « Beneath the Veil of Mormonism: Undercovering the Truth About Polygamy in the United States and Canada » (2007) 38:3 *U. Miami Inter-Am. L. Rev.* 615.

⁷ Voir Michel Taverne, « Quelques réflexions à propos de la polygamie » (1983) 43 *Ann. dr. Louv.* 237 aux pp. 238-40.

⁸ Esther M. Kisaakye, « Women, Culture and Human Rights: Female Genital Mutilation, Polygamy and Bride Price » dans Wolfgang Benedek, Esther M. Kisaakye et Gerd Oberleitner, dir., *The Human Rights of Women: International Instruments and African Experiences*, Londres, World University Service, 2002, 268 à la p. 277.

⁹ En dépit du fait que l'Ancien Testament procure plusieurs exemples de polygamie et que même dans la civilisation chrétienne, il semble que la monogamie n'ait pas toujours été la seule forme de mariage (Zeenat Shaukat Ali, *Marriage and divorce in Islam*, Bombay, Jaico, 1987 à la p. 116), la monogamie est devenue une caractéristique fondamentale des pays de tradition chrétienne :

est désormais le porte-étendard de valeurs égalitaires entre les sexes. La forme la plus répandue de polygamie étant la polygynie, le caractère patriarcal de l'institution et ses effets envers les femmes constituent les obstacles principaux à son acceptation en Occident.

Le Canada, en tant que terre d'immigration, est depuis longtemps confronté à ce phénomène en matière migratoire et familiale¹⁰. La Colombie-Britannique abrite d'ailleurs depuis le XIX^e siècle une communauté polygame mormone¹¹, alors que certaines tribus amérindiennes pratiquaient la polygamie avant même l'arrivée des colonisateurs européens¹². En matière familiale et successorale, cette présence polygame complexifie, pour nos tribunaux, la détermination des effets des unions dans l'ordre juridique local. Incidemment, la question de la validité du mariage polygame suivant les règles du droit international privé se pose, entraînant dans son sillage des doutes quant à la capacité d'un système juridique à régir une institution qui lui est étrangère et dont certains allèguent l'incompatibilité avec l'ordre public.

Dans le présent texte, pour les fins du concours Mathieu-Bernard¹³, nous examinerons ce qui adviendrait d'une demande en divorce présentée par la seconde épouse d'un ménage polygame. Suivant les faits soumis, les deux mariages de l'époux ont été contractés à l'étranger et toutes les parties se trouvent légalement au Canada, y sont domiciliées et ont l'intention d'y rester. Sous l'appellation générique de « polygamie », c'est donc essentiellement de polygynie *de jure* dont nous traiterons dans cette étude. De façon plus générale, nous étudierons les effets que peut avoir un mariage polygame contracté à l'étranger dans l'ordre juridique québécois. Cet exercice suppose tout d'abord l'examen de la possibilité pour les tribunaux québécois de se prononcer sur la demande en divorce, ce qui sous-entend l'examen de la validité du mariage suivant les règles du droit international privé, selon deux hypothèses factuelles différentes quant au domicile, canadien ou étranger, des époux lors du mariage¹⁴ (partie I). Ensuite, nous étudierons si un constat de validité du mariage polygame suivant les règles du droit international privé menant à l'octroi du divorce

Commission de réforme du droit du Canada, *La bigamie*, Document de travail 42, Ottawa, 1985 à la p. 5 [*La bigamie*].

¹⁰ On pensera à l'immigration chinoise de la première moitié du 20^e siècle, mais surtout à l'immigration musulmane qui, en 2001, représentait 10,65 % de la population immigrante québécoise et constituait la plus grande minorité religieuse non chrétienne de la province : Commission des droits de la personne et de la jeunesse du Québec, *Portrait religieux du Québec en quelques tableaux*, Décembre 2006, aux pp. 2 et 7, en ligne : CDLPQ <<http://www.cdplq.qc.ca/fr/placedelareligion/docs/religion-Quebec-statistiques.pdf>>.

¹¹ La communauté polygame mormone de Bountiful compterait environ 1000 habitants : Erika Sherk, « Leaving Bountiful behind » (27 janvier 2006) 18 :1, en ligne : Capital News online <<http://www.carleton.ca/jmc/cnews/27012006/n4.shtml>>.

¹² C'est d'ailleurs en relation avec les Amérindiens que la question de la polygamie s'est présentée la première en matière de droit international privé au Canada : *Connolly v. Woolrich and Johnson et al.*, [1867] 11 L.C. Jur. 197 (C.S.). Sur ce sujet, voir G.W. Bartholomew, « Recognition of Polygamous Marriages in Canada » (1961) 10 I.C.L.Q. 305.

¹³ Société québécoise de droit international, « Présentation du concours Mathieu-Bernard », en ligne : SQDI <<http://www.rqdi.org/concours/concours-mb.html>>.

¹⁴ Les faits ne nous indiquent pas clairement quel était le domicile des époux au moment du mariage. Voir *ibid.* : « suffisamment de temps ».

irait à l'encontre des normes d'ordre public international et interne en vigueur au Canada (partie II). Finalement, nous déterminerons s'il serait opportun pour le tribunal de prononcer la nullité d'un mariage considéré comme invalide, ce qui entraînerait la possibilité d'octroyer le mariage putatif, ainsi que les dangers que cela comporte en raison de la contestation constitutionnelle qui pourrait en résulter au nom de la violation de la liberté de religion garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés* (partie III). Le lecteur prendra note que nous avons inversé deux des trois questions posées dans le cadre du concours, préférant aborder la question de l'ordre public préalablement à celle de la nullité.

I. Les conditions d'octroi du divorce : un mariage valide

Confronté à un élément d'extranéité, à savoir le fait que les parties ont contracté mariage à l'étranger, la Cour supérieure, le tribunal compétent pour entendre la demande en divorce¹⁵, doit d'abord déterminer si, suivant la loi applicable, les conditions d'octroi du divorce sont remplies.

Pour identifier les conditions d'octroi du divorce d'époux polygames, il faut préalablement déterminer la loi applicable. La *Loi sur le divorce*¹⁶ n'énonçant aucune règle de conflits de lois, les tribunaux québécois appliquent simplement la *lex fori*¹⁷, qui a l'avantage de procurer certitude et prévisibilité aux époux¹⁸. Il importe de souligner que ce recours à la loi fédérale, y compris pour les époux qui ne sont pas domiciliés au Canada¹⁹, déroge à la règle générale qui prône plutôt l'application de la loi du domicile pour toute matière relevant de la catégorie de rattachement qu'est le statut personnel²⁰, tel que le divorce²¹.

Outre les conditions et exigences directement prévues dans la *Loi sur le divorce*, rappelons une évidence, à savoir que sans mariage, il ne saurait y avoir de divorce²². Ainsi, le juge, après avoir statué sur les conditions techniques à l'octroi du

¹⁵ Le divorce est de compétence fédérale (*Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5, art. 91(26) [LC1867]). L'article 3 (1) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985 (2^e supp.) c. 3, accorde compétence, dans le cadre d'une action en divorce, au « tribunal de la province où l'un des époux a résidé habituellement pendant au moins l'année précédant l'introduction de l'instance ». En l'espèce, les faits du concours nous indiquant que l'épouse ayant présenté la demande en divorce réside au Québec depuis au moins un an, les tribunaux québécois ont compétence pour se prononcer sur sa requête. La Cour supérieure a également compétence *ratione materiae* puisque la *Loi sur le divorce* la désigne comme étant le tribunal approprié en matière de divorce au Québec. La Cour supérieure du Québec a donc compétence pour entendre la demande en divorce.

¹⁶ *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985 (2^e supp.) c. 3.

¹⁷ Gérald Goldstein et Ethel Groffier, *Droit international privé*, Cowansville, Yvon Blais, 2003 à la p. 126.

¹⁸ Lynn D. Wardle, « International Marriage and Divorce Regulation and Recognition: A Survey » (1995) 29 Fam. L. Q. 497 à la p. 512.

¹⁹ Claude Emanuelli, *Droit international privé québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006 à la p. 291.

²⁰ Selon l'alinéa 1 de l'article 3083 C.c.Q.

²¹ Brigitte Djuidje, « La polygamie en droit international privé camerounais » (2001) 31 R.G.D. 173 à la p. 180.

²² Tel que souligné dans *Bate v. Bate* (1978), 1 R.F.L. (2d) 298 (Ont. H.C.).

divorce (A), tel que l'établissement de l'échec du mariage, statue obligatoirement sur la validité de ce dernier. La validité du mariage contracté à l'étranger selon les règles du droit international privé se pose ainsi comme une question sous-jacente à la résolution de la question principale (B).

A. Conditions issues de la *Loi sur le divorce*

La *Loi sur le divorce* prévoit que le tribunal peut accorder le divorce pour cause d'échec du mariage²³. La *Loi* prévoit également la définition du mot « époux », qu'elle définit comme « l'une des deux personnes unies par les liens du mariage [Nos soulignements] »²⁴. À cet égard, une auteure prétend qu'un époux polygame ne pourrait obtenir un divorce puisqu'il ne répond pas à cette définition²⁵. Il est effectivement possible d'affirmer que le mariage réellement polygame implique la présence d'au moins trois personnes. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que ces trois personnes ne sont pas toutes trois liées entre elles par un seul et même mariage. Il s'agit plutôt de deux mariages successifs, chacun unissant deux personnes seulement, une personne étant partie aux deux unions. Une interprétation strictement littérale ne soutient donc pas nécessairement une telle prétention. Deuxièmement, cette question doit être résolue par la méthode d'interprétation dite « moderne »²⁶ en tenant notamment compte de l'objet de la loi²⁷ et de son contexte global. L'objet de la *Loi sur le divorce* étant d'apporter un remède aux époux vivant une situation conjugale devenue intolérable²⁸, il importe de protéger ces conjoints vulnérables en les assujettissant à la *Loi*. En l'occurrence, la définition pour le moins ambiguë du mot « époux » ne peut à elle seule priver de recours matrimonial des époux polygames, d'autant plus que la validité du mariage peut être appréciée grâce à des règles de conflit expressément prévues par le *Code civil du Québec* et la *common law*. Finalement, cet argument constitue une résurrection du courant élaboré par l'arrêt *Hyde* qui a refusé de considérer qu'un mariage potentiellement polygame puisse être un mariage au sens du droit anglais. Or, ce courant a été écarté, puisqu'il a pour effet de nier l'application même des règles de droit international privé²⁹. Ce sont précisément ces règles qu'il

²³ Selon la *Loi sur le divorce*, *supra* note 16, art. 8(1). L'une des façons d'établir cet échec est de démontrer que les époux ont « vécu séparément pendant au moins un an avant le prononcé de la décision sur l'action en divorce et vivaient séparément à la date introductive de l'instance » (*Ibid.*, art. 8(2)a).

²⁴ *Loi sur le divorce*, *ibid.*, art. 2 (1).

²⁵ Amy J. Kaufman, « Polygamous Marriages in Canada » (2005) 21:2 Can. J. Fam. L. 315 à la p. 333.

²⁶ Méthode prônée par la Cour suprême, notamment dans 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919 à la p. 9.

²⁷ Approche anglaise préconisée par l'arrêt *Imam Din v. National Assistance Board*, [1967] 2 Q.B. 213 dans tous les cas où les lois anglaises ne précisent pas leur application à des mariages potentiellement ou véritablement polygames : R.-U., The Law Commission and the Scottish Law Commission, *Polygamous Marriages. Capacity to Contract a Polygamous Marriage and Related Issues* (Law Com No. 146) Londres, Her Majesty's Stationery Office, 1985 à la p. 34.

²⁸ Barreau du Québec, *Personnes, famille et successions*, dans *Collection de droit*, vol. 3, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007-2008 à la p. 82.

²⁹ Dans l'arrêt *Hyde*, le tribunal refuse d'examiner la validité du mariage selon la *lex loci celebrationis* et l'examine plutôt à l'aune du droit anglais et des définitions contenues dans le *Matrimonial Causes Act*, 1857. Il s'agit en quelque sorte de l'application implicite d'une clause échappatoire pour des motifs

faut utiliser pour déterminer la validité du mariage, question sous-jacente à l'octroi du divorce.

B. Question sous-jacente : la validité du mariage

La question sous-jacente³⁰ à l'octroi du divorce concerne la validité même du mariage. Dans un contexte de droit international privé québécois, la loi régissant les conditions de fond du mariage diffère de celle régissant les conditions de forme³¹, puisque le mariage dans son essence (règles de fond touchant à la substance du mariage) relève du fédéral et la forme (solennités) de celui-ci est impartie à l'autorité de chaque province³².

1. CONDITIONS DE FORME DU MARIAGE

Les conditions de forme réfèrent aux formalités de la célébration du mariage. Elles diffèrent d'un État à l'autre, mais comprennent généralement une forme de publicité par le biais d'un avis à l'État ou à la communauté ainsi qu'un enregistrement. Peuvent s'ajouter des conditions impératives ou optionnelles relatives au célébrant, aux témoins, à l'obtention d'un permis, mais aussi quant à la qualité civile, religieuse ou coutumière de la célébration³³. Il apparaît donc que l'impact du caractère polygame d'un mariage se rapporte aux conditions de fond plutôt qu'à celles de forme³⁴. Qu'il suffise de mentionner que dans presque toutes les législations, c'est

d'ordre public. Voir *Hyde, supra* note 1 à la p. 177. Cette vision autocentrée a par la suite été écartée, notamment dès 1976 dans *Re Hassan and Hassan* (1976), 12 O.R. (2d) 432.

³⁰ Il importe d'abord de distinguer cette question sous-jacente de la notion de « question préalable » au sens du droit international privé. La qualification de « question préalable » est conditionnelle à ce que la règle de conflit du for applicable à la question principale nous amène à un droit étranger qui fournit les règles substantielles. Or, en l'espèce, cette première condition n'est pas remplie, puisque la règle de conflit qui s'applique à la question principale ne nous renvoie pas à une loi étrangère, mais plutôt à la *lex fori*, la *Loi sur le divorce*. Pour cette raison, nous référerons simplement à la validité du mariage comme à une question sous-jacente à laquelle s'applique la règle de conflit du for.

³¹ Suivant l'article 3088 C.c.Q. Wardle souligne que cette division de la régulation du mariage en deux temps, fond et forme, est largement répandue dans les systèmes juridiques de diverses nations, dans Wardle, *supra* note 18 à la p. 500.

³² En effet, au Canada, cette division est mise de l'avant par le partage des pouvoirs législatifs entre le Parlement et les législatures provinciales. La *Loi constitutionnelle de 1867, supra* note 15 octroie autorité au Parlement du Canada en matière de mariage et de divorce (art. 91(26)), reléguant aux provinces le contrôle exclusif quant à la célébration du mariage (art. 92(12)).

³³ Wardle, *supra* note 18 aux pp. 500-02. Par exemple, au Québec, ces conditions sont énoncées aux articles 365 à 377 C.c.Q.

³⁴ Tout au plus pourrait-on avancer que, dans le cas où les époux avaient un domicile québécois au moment du mariage, la loi du domicile ne semble pas valider la célébration de ce mariage. En effet, si le second mariage est polygame, on peut soupçonner que les dispositions de l'article 373 C.c.Q. n'ont pas été respectées, à savoir la vérification par le célébrant que chacun des époux était « libre de tout lien de mariage ou d'union civile antérieure ». Cependant, comme le souligne Jeffrey A. Talpis, si cette vérification relève de la forme, « le régime de ces questions lié à la validité du mariage relève du fond » (Jeffrey A. Talpis, « Quelques considérations visant la prévention des conflits en matière de validité du mariage en droit international privé québécois et en droit de l'immigration familiale » dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit de*

la *lex loci celebrationis* qui régit la validité formelle du mariage³⁵. Ce facteur était autrefois incontestable en droit international privé³⁶ : « *If a marriage is good by the laws of the country where it is effected, it is good all the world over* »³⁷. Le second alinéa de l'article 3088 C.c.Q. se distingue de ce courant traditionnel. Il mentionne trois facteurs de rattachement facultatifs possibles, non hiérarchisés³⁸, afin de déterminer la loi applicable aux formalités du mariage, soit la loi du lieu de célébration (*lex loci celebrationis*), celle de l'État du domicile de l'un des époux (*lex domicilii*), ou encore celle de la nationalité de l'un d'eux (*lex patriae*). L'objectif de cette règle de conflit alternative est de favoriser la reconnaissance du mariage étranger, introduisant ainsi le principe de *favor matrimonii*³⁹.

2. CONDITIONS DE FOND DU MARIAGE

Alors que les conditions de forme régissent, comme nous venons de le voir, la validité de la célébration du mariage, les conditions de fond concernent la capacité des parties à s'épouser et à consentir à cet engagement⁴⁰. Ce sont celles qui régissent le caractère monogamique ou polygamique du mariage⁴¹ et elles englobent généralement des notions de consentement, d'hétérosexualité, de consanguinité, d'âge et de capacité (sexuelle et mentale) des époux⁴². Certaines de ces conditions de fond sont dites unilatérales, alors que d'autres sont bilatérales. Ainsi, on considère généralement que l'empêchement de polygamie est bilatéral⁴³. Ceci a pour effet de soumettre les époux à la *lex domicilii* la plus restrictive, car dès lors que l'une d'elles interdit la polygamie, les deux époux se trouvent empêchés de contracter un tel mariage⁴⁴.

l'immigration (1998), vol. 97, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998, 135 à la p. 144 [Talpis, « Quelques considérations »]. D'où l'opinion de certains qui se prononcent en faveur du recours à l'ordre public dans Jeffrey Talpis et J.G. Castel, « Interprétation des règles de droit international privé » dans Barreau du Québec, *La Réforme du code civil*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993, 801 à la p. 844. On pourrait alors se tourner vers la *lex patriae* ou la *lex loci celebrationis*.

³⁵ Talpis, « Quelques considérations », *ibid.* à la p. 140.

³⁶ Il était en effet d'application impérative au Québec sous l'empire du *Code civil du Bas-Canada*, par le truchement de l'article 7.1 C.c.B.-C., voir Goldstein et Groffier, *supra* note 17 à la p. 71.

³⁷ *Kaur v. Guinder* (1958), 13 D.L.F. (2d) 465 au para. 10.

³⁸ Le mariage est formellement valide dès lors qu'un des trois facteurs de rattachement qui y sont prévus mène à ce résultat.

³⁹ Ce principe est reconnu tant au Québec qu'à l'étranger, notamment en France. Voir à cet effet, en droit international privé québécois : Talpis, *supra* note 34 à la p. 142. Pour la reconnaissance du principe en droit français, voir : Béatrice Bourdelois, *Mariage polygamique et droit positif français*, Paris, GLN Joly, 1993 à la p. 219.

⁴⁰ Julien D. Payne et Marilyn A. Payne, *Canadian Family Law*, Toronto, Irwin Law, 2001 à la p. 37.

⁴¹ Djuidje, *supra* note 21 aux pp. 181-82.

⁴² Wardle, *supra* note 18 aux pp. 500-01.

⁴³ C'est-à-dire que la *lex domicilii* de chacun des futurs époux s'applique cumulativement à l'un et à l'autre. Voir Djuidje, *supra* note 21 à la p. 189.

⁴⁴ Par opposition, pour toute question relevant d'une condition de fond unilatérale, telle que l'incapacité reliée à l'âge, les futurs époux sont régis par des *lex domicilii* distinctes, chacun n'étant soumis qu'aux exigences de sa propre loi. Voir Talpis, *supra* note 34 à la p. 145. Talpis et Castel, *supra* note 34 à la p. 843.

Les articles 3083 et 3088 C.c.Q. énoncent un seul facteur de rattachement afin de déterminer la loi applicable en matière de conditions de fond du mariage, à savoir la loi du domicile des *futurs* époux⁴⁵. Il est donc primordial pour la détermination de la validité du mariage et incidemment, l'octroi du divorce, de savoir quel était le domicile des époux *au moment du mariage*. Conséquemment, nous étudierons premièrement la validité du mariage dans l'hypothèse où l'un des époux était domicilié au Canada au moment du mariage **(a)**, puis dans l'hypothèse où le domicile pré-nuptial des deux époux était étranger **(b)**.

a) *Un domicile pré-nuptial canadien*

Dans le cas d'un domicile pré-nuptial canadien, c'est la loi canadienne qui s'applique pour régir la validité au fond du mariage. Le 20 juillet 2005, le Parlement a adopté une nouvelle définition du mariage, davantage conforme à la garantie d'égalité de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁶. L'article 2 de la *Loi sur le mariage civil*, sous la rubrique « Mariage : conditions de fond », prévoit dorénavant que « [l]e mariage est, sur le plan civil, l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne ». Par cette définition, le législateur confirme que la monogamie constitue une condition essentielle de la validité du mariage⁴⁷.

Puisque l'empêchement de contracter un mariage polygame est une condition de fond d'application bilatérale, le domicile canadien d'un seul des époux au moment du mariage rend applicable l'exigence de monogamie et consacre l'invalidité du mariage polygame. Il n'importe donc pas que la *lex domicilli* de l'un des époux reconnaisse le mariage polygame, même si cet époux est celui qui est déjà marié antérieurement, si celle de l'autre, célibataire et domicilié au Canada, ne le reconnaît pas. Un tel mariage polygame ne peut être valide au Canada⁴⁸. Dans le cas où les deux époux étaient domiciliés au Canada, le constat d'invalidité est encore plus évident puisque la loi personnelle de chacun d'eux ne leur accordait pas, ni à l'un ni à l'autre, la capacité de contracter un tel mariage. Lors de la célébration, l'homme était

⁴⁵ Ce que Donald J. MacDougall qualifie de « loi du domicile pré-nuptial [Notre traduction] » dans Donald J. MacDougall, « Marriage Resolution and Recognition in Canada » (1995) 29 Fam. L. Q. 541 à la p. 546. À noter que l'art. 3088 al. 1 C.c.Q reprend ici une règle de conflits de lois développée par la common law, tel que souligné par l'honorable juge Ulrie dans *Tse v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*, [1983] 2 C.F. 308 au para. 8. Cette règle fut appliquée dès 1938, notamment dans l'arrêt *Stephens c. Falchi*, [1938] R.C.S. 354. Le domicile au moment du mariage constitue un facteur de rattachement fixe qui écarte la possibilité d'un conflit mobile (Emanuelli, *supra* note 19 à la p. 273).

⁴⁶ 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*].

⁴⁷ Les autres conditions étant l'absence d'empêchements bilatéraux liés à un certain degré de parenté (*Loi sur le mariage (degrés prohibés)*, L.R.C., 1990, c. 46), le consentement des deux parties (et celle de leurs parents ou tuteurs dans le cas d'époux mineurs selon 373 C.c.Q.), ainsi que leur capacité légale à contracter mariage qui découle de l'âge des parties, de leur état mental et bien sûr de leur statut matrimonial (Payne et Payne, *supra* note 40 à la p. 37).

⁴⁸ Par exemple, « si une personne domiciliée légalement au Canada contracte un mariage polygame dans un pays qui permet la polygamie, son mariage est un mariage polygame invalide » dans Bailey *et al.*, « Accroître la reconnaissance accordée aux mariages polygames contractés à l'étranger : conséquences politiques pour le Canada » dans Angela Campbell *et al.*, *supra* note 5.

empêché de contracter mariage en vertu du droit canadien et de son état matrimonial lié à son premier mariage, alors que la femme, célibataire, ne pouvait épouser un homme déjà marié.

À ce point du raisonnement, toute possibilité d'octroi du divorce est écartée puisqu'il n'y a pas de mariage valide. Cette conclusion mène tout droit au rejet de la requête. Cependant, comme nous le verrons plus tard, elle peut aussi mener à la nullité du mariage.

b) *Des domiciles prénuptiaux étrangers*

Ainsi, pour qu'un mariage polygame soit valide suivant les règles du droit international privé québécois, il faut que les époux aient été domiciliés à l'étranger au moment du mariage et que les *lex domicilii* de chacun des époux, qu'elles soient communes ou différentes, permettent la polygamie.

Une zone d'incertitude subsiste toutefois quant à la validité d'un mariage polygame dans le cas où la loi du domicile de chacun des époux au second mariage permet la polygamie, mais non celle du domicile de la première épouse. Si l'on se fie à l'emploi des termes « futurs époux » à l'article 3088 C.c.Q., toute considération du premier mariage est exclue et un tel mariage est valide. En France, où la règle de conflit⁴⁹ crée une semblable ambiguïté⁵⁰, une telle conception a entraîné la reconnaissance de la validité du second mariage d'un homme auparavant marié avec une Française⁵¹. Pour empêcher un tel résultat, qui relèverait de l'inadéquation de la règle de conflit, des auteurs ont proposé d'apprécier la validité du second mariage à la lumière du caractère monogame ou polygame du premier⁵², la solution la plus populaire étant celle de l'application cumulative de la loi personnelle des trois époux impliqués⁵³, faisant de l'interdiction de contracter un mariage polygame un empêchement trilatéral. Toutefois, à défaut de modification législative, c'est l'ordre

⁴⁹ En France, la soumission de la validité du mariage à la loi nationale résulte de l'extension de l'article 3 al. 3 C. civ. Pour les Français, le choix de la nationalité comme facteur de rattachement pour les conditions de fond est implicitement confirmé par l'article 170 al. 1, ce qui rend applicable à tout Français l'article 147 suivant lequel « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ». Voir Thierry Vignal, *Droit international privé*, Paris, Armand Colin, 2005 à la p. 144.

⁵⁰ « [L]a jurisprudence [française] raisonne uniquement en fonction de formation du second mariage » : Bertrand Ancel et Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2006 à la p. 275.

⁵¹ Cass. civ. 1^{re}, 17 février 1982, *Vve Baaziz c. Dame M'Djahri*, J.D.I. 1983, 606; C.A. Paris, 8 novembre 1983, R.C.D.I.P. 1984, 476.

⁵² Jean-Marc Bischoff, « Le mariage polygamique en droit international privé français », Communication, 20 mai 1981, dans Comité français de droit international privé, *Droit international privé : Travaux du Comité français de droit international privé*, Paris, Éditions du Centre national de la recherche scientifique, 1981 à la p. 96 : le caractère monogame du mariage devrait être déterminé en fonction de la *lex loci celebrationis*.

⁵³ Suivant Djuidje, *supra* note 21 à la p. 191. Cette idée a été proposée par Yves Lequette. Voir Ancel et Lequette, *supra* note 50 à la p. 276). Elle est notamment appuyée par Hélène Gaudemet-Tallon, « La désunion du couple en droit international privé » (1991) 226 Rec. des Cours 9 à la p. 234.

public qui a par la suite été invoqué par la Cour de cassation pour empêcher le second mariage de produire ses effets à l'encontre de la première épouse française⁵⁴.

Au Québec, la situation ne s'est pas encore présentée devant les tribunaux. La doctrine est partagée⁵⁵ entre la théorie de l'empêchement trilatéral faisant intervenir la loi du domicile de la première épouse pour invalider le mariage⁵⁶ et l'intervention de l'ordre public, dans le cas où cette première épouse est Québécoise ou domiciliée au Québec⁵⁷, afin d'empêcher qu'il produise ses effets. Cette seconde solution se rapproche à notre avis davantage de la lettre de l'article 3088 C.c.Q., qui prescrit la validité d'un tel mariage, mais elle n'en révèle pas moins l'imprécision de la règle de conflit, qui aurait avantage à être modifiée avant qu'une situation de ce genre ne soit soumise à nos tribunaux pour la première fois. En somme, en dépit de l'interdiction de polygamie prescrite par la loi du domicile d'une première épouse, un mariage valablement contracté selon les lois des domiciles des époux du second mariage, lois permettant la polygamie, pourrait être reconnu valide par un tribunal québécois.

* * *

Ainsi, la Cour supérieure ne peut se prononcer sur la requête en divorce d'époux polygames que si le mariage est considéré valide dans l'ordre juridique québécois, suivant la loi désignée par l'article 3088 C.c.Q. Seule l'hypothèse de domiciles pré-nuptiaux étrangers, dans des pays permettant la polygamie, peut mener à cette conclusion. Dans un tel cas, il reste cependant un pas à franchir avant de pouvoir prononcer le divorce, car si le juge québécois peut reconnaître la validité d'un tel mariage polygame, l'exception d'ordre public peut aussi l'en empêcher.

II. L'absence d'opposition de l'ordre public, tant international qu'interne, au divorce d'un mariage polygame

Nous avons vu précédemment qu'il est possible qu'un mariage polygame soit valide dans l'ordre juridique québécois, ce qui permettrait à un tribunal de prononcer le divorce. Toutefois, le droit international privé québécois comporte aussi un mécanisme d'exception qui permet d'écarter l'application de la loi étrangère lorsqu'elle conduit « à un résultat manifestement incompatible avec l'ordre public tel

⁵⁴ Yves Lequette, « Cour de cassation (1^{er} ch. civ.). — 6 juillet 1988 », Note, (1989) 78 Rev. crit. dr. int. privé 71. Telle est l'interprétation de Bourdelois, *supra* note 39 à la p. 231.

⁵⁵ Goldstein et Groffier soulèvent les deux hypothèses sans prendre position, *supra* note 17 à la p. 76.

⁵⁶ Talpis, *supra* note 34 à la p. 151. Cela permettrait d'empêcher la reconnaissance de tels mariages même si la première épouse n'est pas Québécoise ou domiciliée au Québec. Goldstein et Groffier proposent également la création d'une règle de conflit spéciale qui ferait régir de façon cumulative le second mariage par les lois personnelles des trois époux à l'aide la clause échappatoire, *supra* note 17 à la p. 76.

⁵⁷ Le domicile ou la nationalité formant le lien exigé pour l'intervention de l'ordre public. Emanuelli, *supra* note 19 à la p. 271.

qu'il est entendu dans les relations internationales »⁵⁸. La présente partie vise à déterminer s'il serait opportun pour un tribunal d'utiliser cette exception afin d'invalider un mariage polygame *a priori* valide suivant la loi désignée par la règle de conflits de lois (A). À supposer que l'ordre public dit international ne s'oppose pas à la reconnaissance de la validité de ce mariage polygame, nous étudierons alors si les conséquences juridiques qui découlent de cette validité, soit l'octroi du divorce, heurtent l'ordre public interne en vigueur au Canada (B).

A. L'inopportunité d'invalider un mariage polygame valide par l'exception d'ordre public dit international

Même si un tribunal concluait à la validité du mariage polygame des époux par application de *lex domicilii* permettant la polygamie⁵⁹, l'une des parties pourrait toujours invoquer l'exception d'ordre public qui figure à l'article 3081 C.c.Q. afin d'exiger l'application de la loi québécoise en lieu et place de la loi étrangère, ce qui aurait pour conséquence l'invalidation du mariage. Bien qu'elle date des origines du droit international privé, la théorie relative à l'ordre public a été élaborée vers le milieu du XX^e siècle en France; elle trouve son pendant dans les systèmes de *common law* dans l'exception dite de *public policy*⁶⁰. Ce type d'exception est presque toujours prévu par la loi ou la jurisprudence parmi les États qui ont adopté la méthode savignienne⁶¹. L'ordre public agit à titre de correctif, suite à l'application d'une règle de conflit qu'on dit « aveugle » au résultat produit. En effet, la règle de conflit peut nous renvoyer à n'importe quel système juridique national au monde et l'ordre public sert de soupape de sûreté contre les résultats choquants auxquels peut nous conduire l'application de normes imprévisibles⁶².

Pour faire intervenir l'ordre public, l'application du droit étranger doit être inacceptable pour l'ordre juridique de réception⁶³. La confrontation entre l'ordre public et la reconnaissance de la validité des mariages polygames soulève de nombreuses difficultés. Mentionnons tout d'abord que ce n'est pas nécessairement la loi étrangère dans sa substance qu'il faut juger⁶⁴, mais bien le résultat de son

⁵⁸ Art. 3155(5) C.c.Q.

⁵⁹ Lois du domicile désignées suivant l'article 3088 C.c.Q.

⁶⁰ Goldstein et Groffier, *supra* note 17 à la p. 267. Gérald Goldstein, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire : étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien*, Montréal, Thémis, 1996 à la p. 149 [Goldstein, « Ordre public »]. Pour son application en matière de statut personnel par la notion de *substantial justice*, voir aux pp. 164-73.

⁶¹ Wardle, *supra* note 18 aux pp. 510 et 516 : sur les seize États étudiés, quatorze avaient intégré l'exception d'ordre public en matière de reconnaissance des mariages; Jean Déprez, « Droit international privé et conflits de civilisations - aspects méthodologiques; les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel » (1989) 211 :4 Rec. des cours 19 aux pp. 79-80.

⁶² Goldstein, « Ordre public », *supra* note 60 aux pp. 26-27.

⁶³ Goldstein et Groffier, *supra* note 17 à la p. 269.

⁶⁴ En ne regardant que de façon abstraite l'opposition entre le droit étranger et l'ordre public international québécois, on risque d'invoquer de façon inutile l'exception, alors que le résultat n'est pas lui-même contraire à cet ordre public, contrairement au fondement de courtoisie du droit international privé. Deux exemples en matière de reconnaissance de divorce étranger font cette erreur (*Droit de la famille*

application et l'intégration de celui-ci dans l'ordre juridique du for, suivant le libellé même de l'article 3081 C.c.Q. Mais doit-on considérer le résultat premier, c'est-à-dire la validité du mariage polygame, ou le résultat dérivé, c'est-à-dire le remède concret demandé par les parties, soit l'octroi du divorce, ou les deux? Et s'il s'agit du résultat premier, doit-on procéder à une invalidation systématique des mariages polygames dans le cas d'opposition entre cette institution et l'ordre public international ou y a-t-il lieu de nuancer suivant les faits de chaque espèce?

La théorie française de l'ordre public atténué a longtemps limité l'appréciation de la situation aux seules conséquences demandées dans l'ordre juridique du for, lorsque la situation globale avait pour sa part été créée valablement à l'étranger⁶⁵. Mais cette notion d'atténuation est en elle-même contradictoire⁶⁶ et « le contrôle de l'ordre public, même atténué, ne peut se faire aujourd'hui sans relier l'effet demandé à la situation dont il découle »⁶⁷. Nous adoptons par conséquent la vision de l'ordre public présentée par les auteurs Ancel, Lequette et Bischoff, suivant laquelle l'exception d'ordre public international ne s'applique qu'au résultat global, soit la question de la validité du mariage et ce, de façon pleine⁶⁸, laissant la question de l'effet juridique demandé, le divorce, à l'ordre public interne⁶⁹.

La doctrine a également développé la notion d'ordre public de proximité, fondée sur l'existence d'un lien entre le résultat et l'ordre juridique du for⁷⁰. Suivant celle-ci, la confrontation entre le résultat premier et l'ordre public international ne doit pas être appréciée dans l'abstrait : la nature du lien influence l'intensité de l'opposition de l'ordre public⁷¹. En droit québécois, on retrouve implicitement la

– 2054, [1997] R.J.Q. 1124 (C.S.), *L.P. c. F.B.*, [2003] R.J.Q. 564 (C.S.) en raisonnement subsidiaire), d'ailleurs soulignées par Jeffrey A. Talpis (« L'accomodement raisonnable en droit international privé québécois », Conférences Roger Comtois, Éditions Thémis, 7^e Conférence, 2009, p. 15) et Claude Emanuelli (*supra* note 19 à la p. 251, n. 321).

⁶⁵ Paul Lagarde, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation : l'expérience française » dans *Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993 aux pp. 266-267; Carlos Esplugues, « Legal Recognition of Polygamous Marriages » (1984) 17 *Comp. & Int'l L.J.S. Afr.* 302 à la p. 316.

⁶⁶ Nous adoptons ainsi l'opinion de Ancel et Lequette (*supra* note 50 à la p. 563) qui sont en désaccord avec cette conception d'ordre public atténué : « Utiliser ainsi l'exception d'ordre public, c'est subordonner la validité d'une institution aux conséquences qu'on veut lui attacher. La solution n'est pas satisfaisante : un mariage est valable ou ne l'est pas! » Au même effet, Bischoff (*supra* note 52 à la p. 100) souligne que l'ordre public atténué est ambigu, « admettant la situation partiellement et la rejetant partiellement. »

⁶⁷ Lagarde, *supra* note 65 à la p. 277.

⁶⁸ « Autrement dit, la situation est reconnue ou elle ne l'est pas, mais si elle l'est, elle l'est totalement; l'ordre public est plein ou il n'est pas, par rapport à une situation donnée ». Bischoff, *supra* note 52 à la p. 100.

⁶⁹ Ancel et Lequette, *supra* note 50 à la p. 563 : la proposition des auteurs d'étudier si le mariage polygame a, ou non, « une configuration suffisamment proche de celle qui est visée par le présupposé de la règle interne édictant l'effet de droit recherché » équivaut selon nous à déterminer si l'ordre public s'oppose à cet effet, tel que suggéré par Bischoff, *ibid.* à la p. 100.

⁷⁰ L'exigence d'un lien provient de la théorie allemande du *Inlandsbeziehung* ou *Binnenbeziehung*. Voir Lagarde, *supra* note 65 à la p. 268; Bischoff, *ibid.* à la p. 97; Gaudemet-Tallon, *supra* note 53 à la p. 238; Goldstein et Groffier, *supra* note 17 à la p. 274; Fabien Cadet, *L'ordre public en droit international de la famille : étude comparée France-Espagne*, Paris, L'Harmattan, 2005 à la p. 188.

⁷¹ Lagarde, *supra* note 65 à la p. 271.

notion d'ordre public de proximité dans le jugement *Droit de la famille – 072464* rendu par le juge Sénécal dans le cadre d'une demande de reconnaissance d'un jugement de divorce étranger⁷². Cette vision de l'ordre public s'oppose au rejet *automatique* d'un résultat contraire à l'ordre public international. Ainsi, le juge Sénécal affirme que « les divorces prononcés à l'étranger par *Talaq* ne peuvent être ignorés systématiquement s'ils impliquent des parties qui n'avaient aucun lien avec le Canada lors des procédures et lors du prononcé du jugement »⁷³. L'ordre public de proximité peut par exemple s'opposer à la validité d'un second mariage polygame contracté à l'étranger s'il existe un lien personnel avec le territoire du for, telle que la nationalité d'un des époux ou le domicile des parties⁷⁴. Nous adoptons également cette notion d'ordre public de proximité.

C'est donc un raisonnement en trois étapes qu'il faut suivre. Premièrement, il est vrai que le droit étranger devra nécessairement être dans l'abstrait contraire à l'ordre public international québécois pour que l'on pousse plus loin l'analyse. Cependant, cette étape n'est pas suffisante pour conclure à l'application de l'exception d'ordre public international. Encore faut-il que la solution juridique que le droit étranger apporte au litige soit elle aussi incompatible avec l'ordre public international, ce qui ne sera pas toujours le cas⁷⁵. Finalement, selon la notion d'ordre public de proximité, il faut que la situation présente un lien suffisamment étroit avec le for pour justifier l'application de l'exception⁷⁶.

En conclusion, afin de nous prononcer sur l'opportunité d'appliquer ou non cette exception d'ordre public à un mariage polygame contracté valablement à l'étranger, nous allons procéder en deux temps. Premièrement, nous identifierons le contenu de cet ordre public international à partir des valeurs fondamentales qu'il véhicule en lien avec le mariage et la polygamie **(1)**. Nous analyserons dans un deuxième temps l'intensité des liens qui doivent rattacher la situation polygame à l'ordre juridique du for pour justifier l'intervention de l'ordre public international **(2)**.

⁷² 2007 QCCS 4822 aux paras 50, 52 et 54 appel accueilli pour corriger une erreur de date : 2008 QCCA 549, J.E. 2008-760.

⁷³ *Ibid.* au para. 62.

⁷⁴ *Ibid.* au para. 50; Ancel et Lequette, *supra* note 50 aux pp. 240-43. Alors que l'effet atténué de l'ordre public empêchait toute intervention dès lors qu'il n'y avait aucun lien temporel ou spatial avec le for, cette nouvelle conception prend en compte tout type de liens; Gaudemet-Tallon, *supra* note 53 à la p. 239.

⁷⁵ Ainsi, nous nous dissociions d'une partie de l'analyse effectuée dans *Droit de la famille – 072464*, *supra* note 72, puisque même sans recourir à la notion d'ordre public de proximité, le juge Sénécal aurait pu constater que le résultat de l'application de la loi étrangère, i.e. le divorce, la dissolution du lien du mariage entre les parties, n'était pas contraire à l'ordre public international du Québec. Il dit d'ailleurs lui-même que malgré que la loi étrangère prévoit des conditions différentes pour les hommes et les femmes d'obtenir le divorce, notamment quant aux motifs de divorce invocables, en droit canadien, aucun motif n'est nécessaire puisque le seul écoulement du temps suffit.

⁷⁶ Talpis, « L'accomodement raisonnable en droit international privé québécois », *supra* note 64 aux pp. 7-9.

1. L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET LA POLYGAMIE

a) *Le contenu de l'ordre public international : identification des valeurs fondamentales*

L'ordre public est une notion floue, un standard⁷⁷, qui apporte à la fois flexibilité et imprévisibilité au droit. Il s'agit d'une notion évolutive et variable suivant le lieu et l'époque. Par conséquent, l'identification de son contenu est une tâche ardue qui requiert des habiletés de sociologue afin de sonder les opinions, mentalités et réalités affectives du corps social⁷⁸. De façon générale, il s'agit d'identifier les « conceptions sociales ou juridiques locales »⁷⁹ qui ont une importance telle qu'elles s'opposent à l'intégration dans le for du résultat obtenu par application de la loi étrangère. Les chartes des droits fondamentaux constituent des indices probants du contenu de cet ordre public en tant que normes hiérarchiquement supérieures⁸⁰. De même, les conventions internationales en matière de droits de la personne font la démonstration que ces valeurs ne sont pas uniquement propres au for, mais sont reconnues par nombre d'États, ce qui légitime leur inclusion dans un ordre public dit international⁸¹.

En l'espèce, la raison la plus souvent invoquée pour interdire ou limiter la reconnaissance de la polygamie est que celle-ci entre en conflit avec une valeur centrale de l'ordre juridique : l'égalité entre les sexes. Cette valeur est d'abord exprimée dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁸² qui prévoit respectivement, à ses articles 2(1) et 16(1), le droit à l'égalité des sexes et le droit à l'égalité au sein du mariage. De plus, deux traités ratifiés par le Canada sont particulièrement pertinents lorsque vient le temps d'analyser les obligations qui lui incombent en ce qui a trait à la polygamie et à l'égalité des sexes dans le mariage : le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)*⁸³ et la *Convention*

⁷⁷ Goldstein, « Ordre public », *supra* note 60 aux pp. 23 et 31.

⁷⁸ Cet exercice s'effectue en ayant recours aux études, sociales et scientifiques, aux enquêtes, voire aux sondages. Voir Déprez, *supra* note 61 aux pp. 254-55.

⁷⁹ Goldstein et Groffier, *supra* note 17 à la p. 266.

⁸⁰ Les affaires suivantes se sont inspirées des chartes pour identifier le contenu de l'ordre public international : *Droit de la famille — 2054*, [1997] R.J.Q. 1124 (C.S.) renversé en appel pour d'autres motifs (litispendance) : AZ-98011486 (C.A.); requête pour autorisation en Cour suprême rejetée (21 janvier 1999, dossier no 26790); *L.P. c. F.B.*, [2003] R.J.Q. 564 (C.S.) au para. 50; *Parmar v. Canada*, [1991] I.A.D.D. n° 180 (C.I.S.R.) (QL). Voir aussi Patrick Kinsch, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé » (2005) 318 Rec. des Cours 13 aux pp. 171-72.

⁸¹ Emmanuelli, *supra* note 19 à la p. 253; Goldstein et Groffier, *supra* note 17 à la p. 282; Ethel Groffier, *La réforme du droit international privé québécois, supplément au Précis de droit international privé québécois*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1993 aux pp. 15-16. Voir aussi *L.P. c. F.B.*, *ibid.* au para. 50 et *Droit de la famille — 2054* *ibid.* qui s'appuient sur la *Déclaration universelle des droits de l'homme*.

⁸² *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 (III), Doc. off. AG, 3^e sess., Doc. NU A/810 (1948).

⁸³ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976, ratifié par le Canada le 19 mai 1976) [PIDCP].

sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF)⁸⁴.

Le PIDCP reconnaît le droit égal pour les hommes et les femmes de jouir des droits reconnus dans le Pacte⁸⁵. Le Comité des droits de l'homme, chargé de l'application du traité, a précisé la teneur de ce droit et affirmé que les attitudes traditionnelles, historiques, religieuses ou culturelles ne peuvent servir à justifier les violations du droit des femmes à l'égalité⁸⁶. Le PIDCP reconnaît également le droit à l'égalité des époux dans le mariage⁸⁷. Ce droit touche tous les aspects de la relation, incluant l'éducation des enfants et la gestion du patrimoine⁸⁸.

Le Canada a aussi ratifié la CEDEF, qui prévoit entre autres que les États parties doivent prendre tous les moyens nécessaires pour éliminer la discrimination que subissent les femmes dans tous les aspects du mariage⁸⁹. Dans sa recommandation générale no 21, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes exprime une certaine inquiétude vis-à-vis de l'attachement de plusieurs pays envers des coutumes patriarcales qui attribuent au mari un rôle prédominant dans la famille et réaffirme la nécessité de décourager toute notion d'inégalité entre les hommes et les femmes⁹⁰.

Au plan jurisprudentiel, le droit à l'égalité a été expressément reconnu comme faisant partie de l'ordre public, tel qu'entendu dans les relations internationales, dans les affaires *Droit de la famille – 2054* (renversée pour d'autres motifs) et *L.P. c. B.F.*⁹¹.

⁸⁴ *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 1249 R.T.N.U. 13 (entrée en vigueur : 3 septembre 1981, ratifiée par le Canada le 20 décembre 1981) [CEDEF].

⁸⁵ PIDCP, *supra* note 83, art. 3.

⁸⁶ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 28 : *Égalité des droits entre hommes et femmes* (Art. 3), Doc. off., 2000, Doc. NU CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, en ligne : <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/385c2add1632f4a8c12565a9004dc311/d7024bf06d6de2c7802568b9003764cf?OpenDocument>> [CDH, « Observation générale n° 28 »].

⁸⁷ PIDCP, *supra* note 83, art. 23.

⁸⁸ Comité des droits de l'homme, General Comment No 19: *Protection of the family, the right to marriage and equality of the spouses* (Art. 23), 1990, en ligne : <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/6f97648603f69bc12563ed004c3881?OpenDocument>>.

⁸⁹ CEDEF, *supra* note 84, art. 16.

⁹⁰ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale no 21 : *Égalité dans le mariage et les rapports familiaux*, 1994, aux paras 42-44, en ligne : <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-fr.htm#recom21>> [CEDEF, « Recommandation générale no. 21 »]. Mentionnons toutefois que cet article fait l'objet de nombreuses réserves, particulièrement de pays musulmans. L'Arabie saoudite, le Bahreïn, l'Égypte, les Émirats arabes unis, l'Irak, le Koweït, la Libye, la Malaisie, le Maroc, la Mauritanie, l'Oman et la Syrie mentionnent explicitement que leurs réserves sont justifiées par la charia. D'autres États invoquent les coutumes et pratiques en vigueur (Niger, Micronésie), le respect des lois religieuses et personnelles de leurs citoyens (Israël, Singapour) ou encore la non-ingérence dans les affaires intérieures d'une collectivité (Inde), pour ne pas adhérer à l'article 16 : *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, « Déclarations et Réserves », en ligne : Haut Commissariat des Nations unies pour les droits de l'homme <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsdg_no=IV-8&chapter=4&lang=fr&clang=fr>.

⁹¹ *Droit de la famille – 2054*, *supra* note 80 à la p. 1139; *L.P. c. B.F.*, *supra* note 80 aux para. 50-55.

À la lumière de ces éléments, il ne fait aucun doute que ce droit est un principe fondamental, qui fait indubitablement partie du contenu de l'ordre public tel qu'entendu dans les relations internationales. Le fait de conclure à l'incompatibilité de la polygamie avec cette valeur pourrait donc justifier l'intervention de l'ordre public à l'encontre d'une loi étrangère qui admettrait cette institution. Nous allons donc explorer, dans la section qui suit, en quoi la pratique de la polygamie porte atteinte à l'égalité homme-femme.

b) *La polygamie et l'égalité entre les sexes*

D'un point de vue occidental, il est facile d'affirmer que la polygamie porte atteinte à l'égalité entre l'homme et la femme⁹². Par opposition, les tenants du relativisme culturel n'hésitent pas à mettre en garde contre les généralisations hâtives tirées de l'appréciation de pratiques culturelles ou religieuses étrangères⁹³. Aussi notre analyse débutera-t-elle par un tour d'horizon de la pratique polygame dans les États et communautés qui la permettent. Nous verrons que la polygamie, là où elle est admise, ne fait pas l'unanimité.

Premièrement, de plus en plus de pays limitent ou interdisent totalement la pratique de la polygamie en raison de son caractère discriminatoire. Une auteure parle même de consensus international en croissance⁹⁴. Deuxièmement, des auteurs soulignent que la religion musulmane, si elle admet la polygamie, conserve une attitude restrictive à son égard, la monogamie demeurant la forme d'union privilégiée par cette religion⁹⁵. Ainsi, la religion musulmane n'aurait pas introduit, mais plutôt balisé la pratique préexistante de la polygamie, en exigeant de l'homme qui souhaite prendre plus d'une épouse qu'il ait la capacité d'assurer leurs besoins matériels et d'agir équitablement envers elles du point de vue affectif⁹⁶. Parallèlement, il convient de souligner que seule une branche fondamentaliste de la religion mormone considère

⁹² La vision occidentale des droits de la personne comporterait un danger de radicalisation : Cadet, *supra* note 70 à la p. 187; Georgette Salamé, *Le devenir de la famille en droit international privé, une perspective postmoderne*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2006 à la p. 479.

⁹³ Gaudemet-Tallon, *supra* note 53 à la p. 226.

⁹⁴ Lisa M. Kelly, « Bringing International Human Rights Law Home: an Evaluation of Canada's Family Law Treatment of Polygamy » (2007) 65:1 U.T. Fac. L. Rev. 1 aux pp. 15-16. Plusieurs États obligent donc maintenant le mari à avertir l'épouse de son intention de se marier à nouveau (Égypte, Maroc et Sri Lanka), exigent l'obtention d'une permission pour prendre une deuxième épouse, permission obtenue si le mari parvient à prouver une raison légitime pour se marier à nouveau ou s'il peut établir que sa capacité financière lui permet d'assumer les besoins de toute la famille (Indonésie, Pakistan, Bangladesh, Iran et plusieurs autres) ou encore l'interdisent purement et simplement (Turquie et Tunisie).

⁹⁵ Javai D. Rehman. « The Sharia, Islamic Family Laws and International Human Rights Law : Examining the Theory and Practice of Polygamy and Talaq » (2007) 21:1 Int'l J. L. Pol'y & Fam. 108 à la p. 114.

⁹⁶ À l'origine, le but était de protéger les veuves et les orphelins en temps de guerre : *ibid.* à la p. 121. Voir aussi 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) 27:2 Hum. Rts Q. 562; 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*, Ottawa, Ministère de la Justice, 2006 à la p. 8 et Shaukat Ali, *supra* note 9 à la p. 117.

la polygamie comme un précepte religieux. Finalement, des études mettent en relief la perception négative des femmes vivant dans des communautés polygames à l'égard de l'institution⁹⁷. La pratique se confronte aussi aux mentalités; des auteurs camerounais faisant état de la difficulté pour les juges, formés à l'école de l'égalité des droits entre citoyens, de rendre des décisions dans des cas impliquant des mariages polygames⁹⁸.

En somme, la pratique ne fait pas l'unanimité là même où elle est permise. De surcroît, plusieurs soulignent que la polygamie résulte généralement de lois façonnées presque entièrement par des hommes⁹⁹. Les lois et normes coutumières actuellement en place et qui permettent la polygynie n'ont souvent aucune légitimité démocratique auprès des femmes¹⁰⁰ et ne correspondent parfois plus aux mentalités actuelles¹⁰¹. Le relativisme culturel risque donc de sacrifier la dignité et l'égalité d'individus vulnérables sous le couvert de la religion et de la culture¹⁰².

Tous les auteurs s'entendent d'ailleurs pour affirmer que la polygamie véhicule une conception inégalitaire du couple et qu'elle consacre l'infériorité juridique de la femme¹⁰³. Cette conclusion est également soutenue par le Comité des droits de l'homme qui exprime spécifiquement qu'elle « est incompatible avec l'égalité de traitement en ce qui concerne le droit de se marier. La polygamie est attentatoire à la dignité de la femme. Elle constitue, en outre, une inadmissible discrimination à son égard. Elle doit être, en conséquence, définitivement abolie là où elle existe »¹⁰⁴. De son côté, le Comité de la CEDEF la juge contraire à l'égalité des sexes et croit « qu'il faudrait décourager et même interdire cette forme de mariage »¹⁰⁵. Toujours selon ce Comité, les États qui admettent ce type d'union contreviennent également à l'article 5a) du traité, selon lequel les États parties doivent s'engager à « modifier les schémas et modèles de comportement [...] qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes ».

⁹⁷ Dominique Meekers et Nadra Franklin, « Women's Perceptions of Polygyny Among the Kaguru of Tanzania » (1995) 34 *Ethnology* 315 tel que rapporté dans Susan Deller Ross, « Polygyny as a Violation of Women's Right to Equality in Marriage: An Historical, Comparative and International Human Rights Overview » (2002) 24 *Delhi Law Review* 22 aux pp. 28-29.

⁹⁸ Prosper Nkou Mvondo et Émile Ngaleu, « Les rapports juridiques entre époux dans un mariage polygamique » (2000) 4 : 13 *Revue de droit africain* 3 aux pp. 6 et 23.

⁹⁹ Mashhour, *supra* note 96; Kelly, *supra* note 94 aux pp. 21-22.

¹⁰⁰ Deller Ross, *supra* note 97 à la p. 28.

¹⁰¹ Celestine Nyamu, « How Should Human Rights and Development Respond to Cultural Legitimization of Gender Hierarchy in Developing Countries? » (2000) 41 *Harv. Int'l L. J.* 381 aux pp. 404-5, 413.

¹⁰² Kelly, *supra* note 94 aux pp. 21-22.

¹⁰³ Voir notamment Cadet, *supra* note 70 aux pp. 258-59; Deller Ross, *supra* note 97 aux pp. 34-37; Déprez, *supra* note 61 à la p. 165; Gaudemet-Tallon, *supra* note 53 à la p. 247; Kaufman, *supra* note 25 à la p. 332; Kinsch, *supra* note 80 à la p. 261; Kisaakye, *supra* note 8 à la p. 268; Nkou Mvondo et Ngaleu, *supra* note 98 à la p. 6; Frédérique Sabourin, *Les effets patrimoniaux du mariage en droit international privé québécois*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1997 à la p. 175 et Salamé, *supra* note 92 à la p. 476.

¹⁰⁴ CDH, « Observation générale no. 28 », *supra* note 86 au para. 24.

¹⁰⁵ CEDEF, « Recommandation générale no. 21 », *supra* note 90 au para. 14.

Nous croyons donc qu'on peut légitimement affirmer que la pratique de la polygamie entre en confrontation directe avec le droit à l'égalité des sexes. Analysons maintenant les conséquences réelles de la polygamie sur les rapports homme-femme et sur les enfants (i).

c) *L'incidence concrète de la polygamie sur les droits des femmes et des enfants*¹⁰⁶

D'abord, mentionnons que l'expérience de la polygamie varie pour chaque femme en fonction de facteurs tels que son rôle et ses responsabilités à l'intérieur du mariage, le nombre de coépouses, la perception de la polygamie au sein de la société ainsi que la situation économique de la famille¹⁰⁷. Les pratiques polygames varient aussi énormément selon les croyances religieuses (musulmanes ou mormones fondamentalistes) ou culturelles dont elles découlent. Il faut donc se garder de verser dans une conception manichéenne de la polygamie : celle-ci n'est ni entièrement « bonne », ni entièrement « mauvaise »¹⁰⁸. Cependant, il reste possible de dégager certaines caractéristiques communes aux relations polygames.

D'abord, la pratique de la polygamie renforce et perpétue une conception patriarcale de la famille, selon laquelle la femme dépend de l'homme et doit se cantonner à son rôle d'épouse et de mère¹⁰⁹. L'homme est perçu comme le chef incontesté du ménage et, généralement, ses épouses ne sauraient remettre en question son autorité¹¹⁰. De cette domination découle un plus grand risque de violence conjugale¹¹¹, autant sexuelle que physique ou émotionnelle. Les mariages polygames sont aussi souvent désignés comme étant un moyen d'asservir les femmes. À ce titre, la soumission peut aller jusqu'au droit du mari de s'opposer à l'exercice d'une profession par son épouse¹¹² ou à son pouvoir exclusif de mettre fin à l'union si la femme ne répond pas adéquatement à ses besoins¹¹³.

La polygamie n'est pas non plus exempte de dangers par rapport à la santé des femmes. D'abord, la non-exclusivité de la relation maritale fait souvent naître une

¹⁰⁶ La plupart des données de cette partie sont tirées de deux rapports récents commandés par le gouvernement du Canada : Angela Campbell *et al.*, *La polygamie au Canada : conséquences juridiques et sociales pour les femmes et les enfants*. Recueil de rapports de recherche en matière de politiques, Ottawa, Condition féminine Canada, 2005 et Rebecca J. Cook et Lisa M. Kelly, *supra* note 96. Ces deux rapports ayant déjà fait une analyse exhaustive des sources concernant les impacts sociaux, culturels et économiques de la polygamie sur les femmes et les enfants, nous nous référerons essentiellement à ceux-ci dans cette partie.

¹⁰⁷ Angela Campbell, « Comment les approches politiques relatives à la polygamie ont-elles tenu compte des expériences et des droits des femmes? Une analyse comparative internationale » dans Angela Campbell *et al.*, *La polygamie au Canada : conséquences juridiques et sociales pour les femmes et les enfants*. Recueil de rapports de recherche en matière de politiques, Ottawa, Condition féminine Canada, 2005 à la p. 2 [Campbell, « Analyse comparative internationale »].

¹⁰⁸ *Ibid.* à la p. 3.

¹⁰⁹ Cook et Kelly, *supra* note 96 à la p. 8.

¹¹⁰ Nkou Mvondo et Ngaleu, *supra* note 98 à la p. 8.

¹¹¹ Campbell, « Analyse comparative internationale », *supra* note 107 à la p. 12.

¹¹² Nkou Mvondo et Ngaleu, *supra* note 98 à la p. 6.

¹¹³ Cook et Kelly, *supra* note 96 à la p. 9.

compétition malsaine entre les épouses. Bien que certaines relations soient caractérisées par des liens de collaboration et d'entraide entre les femmes, la majorité des études rapporte plutôt des situations de jalousie et d'animosité; la principale pomme de discorde étant le traitement inégal de la part du mari¹¹⁴. À ce climat de compétition s'ajoute l'épée de Damoclès : le stress de se voir adjoindre une nouvelle coépouse. Cet événement hautement traumatique est souvent interprété par la première épouse comme étant un geste de désapprobation de la part du mari et celle-ci peut se sentir plus seule ou avoir l'impression d'être négligée¹¹⁵. Il n'est donc pas étonnant que les femmes issues de mariages polygames souffrent plus fréquemment de troubles dépressifs ou d'anxiété, aient une faible estime d'elles-mêmes ou fassent l'expérience de sentiments d'échec¹¹⁶. Outre son impact sur la santé mentale, la polygamie peut également causer certains torts à la santé sexuelle. En effet, puisque le rôle des femmes est d'abord de procréer et que leur valeur est souvent proportionnelle au nombre d'enfants qu'elles ont, elles perdent toute autonomie en matière de reproduction¹¹⁷. De plus, selon certains chercheurs, la polygamie ne serait pas étrangère à la propagation de plusieurs maladies transmissibles sexuellement, dont le virus du Sida, et ce, particulièrement en Afrique¹¹⁸.

Ensuite, la polygamie a également des répercussions économiques non négligeables. Comme les femmes sont généralement confinées à la maison, la subsistance de toutes les épouses et d'un grand nombre d'enfants dépend entièrement d'un seul revenu, celui du mari¹¹⁹. L'impact économique de la polygamie serait d'ailleurs la principale cause de la baisse de popularité de cette pratique à l'échelle internationale¹²⁰. La polygynie aggraverait aussi la féminisation de la pauvreté, puisque non seulement le travail domestique que les épouses effectuent n'est pas ou peu rémunéré, mais en plus elles sont généralement moins instruites que les femmes vivant dans des unions monogames¹²¹. Cette situation de pauvreté continue d'avoir des répercussions si une épouse quitte l'union et cherche à obtenir une pension alimentaire. En effet, l'obtention d'une pension peut s'avérer extrêmement difficile, puisque le statut de conjointe n'est pas toujours reconnu à toutes les épouses et que celles-ci n'ont souvent pas les moyens d'intenter des poursuites pour faire valoir leurs droits. Si l'obligation du mari est reconnue, encore faut-il que celui-ci ait la capacité de payer, ce qui est rare étant donné qu'il a d'autres épouses et enfants à entretenir¹²².

En raison des rapports d'interdépendance entre les enfants et leur mère, une recension des effets de la polygamie ne serait pas complète sans examiner son incidence sur les enfants¹²³. D'abord, mentionnons que la plupart des conclusions

¹¹⁴ *Ibid.* à la p. 12.

¹¹⁵ Bala *et al.*, « Examen international de la polygamie », *supra* note 5 à la p. 13.

¹¹⁶ Cook et Kelly, *supra* note 96 à la p. 13; Campbell, *supra* note 107 aux pp. 21-22.

¹¹⁷ Campbell, *ibid.* à la p. 11.

¹¹⁸ *Ibid.* à la p. 23.

¹¹⁹ Cook et Kelly, *supra* note 96 à la p. 16. Campbell, *supra* note 107 à la p. 16.

¹²⁰ Cook et Kelly, *ibid.* à la p. 17; Bala *et al.*, « Examen international de la polygamie », *supra* note 5 à la p. 12.

¹²¹ Cook et Kelly, *supra* note 96 à la p. 16.

¹²² Campbell, *supra* note 107 à la p. 20.

¹²³ *Ibid.* à la p. 4.

invoquées plus haut à l'égard des femmes s'appliquent *mutatis mutandis* à leurs enfants. Ceux-ci « ont un plus faible statut socio-économique, un niveau de scolarité plus bas et peu d'estime d'eux-mêmes »¹²⁴. Bien que certaines études concluent que les enfants sont avantagés par la présence d'un plus grand nombre de modèles adultes et par l'attention de plusieurs mères, la majorité des chercheurs constatent plutôt des effets néfastes pour les enfants¹²⁵. Ils sont en effet plus enclins à souffrir de carences émotionnelles, en raison de la rivalité entre les coépouses et du déficit d'attention accordé par leur père¹²⁶. Puisque ce dernier doit souvent diviser son affection entre un nombre élevé d'enfants, il ne peut créer de liens étroits avec chacun d'eux¹²⁷. De plus, l'ajout de nouvelles épouses peut ébranler la stabilité de la famille et causer du stress et de l'anxiété chez les enfants¹²⁸.

En résumé, la polygamie est une pratique qui viole manifestement le droit à l'égalité entre les sexes et qui a des impacts socio-économiques fort préjudiciables pour les femmes et les enfants.

2. L'APPRÉCIATION DES LIENS RATTACHANT LA SITUATION POLYGAME AU FOR : LA NÉCESSITÉ D'INTERVENTION DE L'ORDRE PUBLIC

Bien que la polygamie, en tant qu'institution, porte atteinte à l'égalité entre les hommes et les femmes, une valeur centrale à notre ordre public international, cette conception abstraite de l'ordre public ne doit pas seule être prise en compte. En effet, il faut examiner les liens qui rattachent une situation polygame au for afin de déterminer si l'exception d'ordre public international empêche ou non sa reconnaissance. Rappelons qu'une conception purement objective de l'ordre public international menant à l'invalidité automatique de tout mariage polygame serait une mesure sévère pour ceux qui ont contracté de bonne foi un mariage conformément aux lois et coutumes de leur pays d'origine.

De façon générale, le fait que le mariage polygame ait été contracté à l'étranger par des époux de bonne foi, et ce, conformément à leurs lois personnelles rend l'exception d'ordre public inapplicable. Ainsi, dans l'arrêt *Auerbach*, la Cour d'appel du Québec déclare que « les tribunaux québécois [ont] toujours agi avec beaucoup de retenue quand il s'agissait de l'appliquer [l'ordre public] à la reconnaissance de droits valablement acquis à l'étranger »¹²⁹. Dans *Droit de la famille – 072464*, portant sur une demande de reconnaissance d'un jugement de divorce étranger, le juge Sénécal de la Cour supérieure du Québec mentionne une seule exception à ce principe : « Lorsqu'il y a absence totale de liens avec le Québec,

¹²⁴ Cook et Kelly, *supra* note 96 à la p. 19.

¹²⁵ Bala et al., « Examen international de la polygamie », *supra* note 5 à la p. 16.

¹²⁶ Cook et Kelly, *supra* note 96 aux pp. 19-20.

¹²⁷ Bala et al., « Examen international de la polygamie », *supra* note 5 à la p. 16.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ *Resorts International Hotel Inc. c. Auerbach*, AZ-86031242 (C.P.) conf. par *Resorts International Hotel Inc. c. Auerbach*, [1992] R.J.Q. 302 (C.A.) à la p. 306 [*Auerbach*]. Cette affirmation reprend essentiellement les termes de l'arrêt *Rivière* en France (Cass. civ. 1^{re}, 17 avril 1953) dans Ancel et Lequette, *supra* note 50 aux pp. 232 et s.

de l'introduction des procédures jusqu'au jugement, il n'y a pas lieu de faire intervenir l'exception d'ordre public à moins qu'il s'agisse d'une situation universellement réprouvée (comme c'est le cas par exemple pour l'esclavage) »¹³⁰. Il n'y a pas lieu d'appliquer une telle exception en l'espèce, la polygamie n'étant pas universellement réprouvée; elle est même expressément permise dans plusieurs droits nationaux. Elle se distingue par ailleurs de l'esclavage dont l'interdiction en droit international constitue selon plusieurs une règle coutumière impérative¹³¹. Cependant, nous avons vu plus haut qu'un lien de rattachement supplémentaire à l'ordre juridique du for pourra amener l'ordre public à s'opposer à la reconnaissance de la validité du mariage. Le juge Sénégal suggère que le domicile ou la résidence d'une partie au Québec, lorsque le tribunal étranger est saisi ou se prononce, ou la citoyenneté canadienne d'une partie, sont des facteurs à considérer dans l'intervention de l'ordre public¹³². La jurisprudence française va généralement dans le même sens¹³³. Ainsi, la nationalité française de la première épouse s'est opposée à l'octroi d'une pension à la seconde épouse d'un Algérien polygame décédé d'un accident du travail dans l'affaire *Baaziz*¹³⁴.

Le fait que la reconnaissance de la validité du mariage se fasse ressentir sur le territoire du for ou à l'étranger est également pris en considération afin de déterminer le rôle que jouera ou non l'exception d'ordre public. Par exemple, dans l'affaire *Yew*¹³⁵, où la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a admis que les deux épouses d'un homme avaient droit à une part de la succession de leur mari et qu'elles devaient payer les taxes s'y rattachant¹³⁶, le juge Martin rejette de façon implicite l'application de l'exception d'ordre public en ces termes : « *I am quite unable to see what obstacle there is, morally or legally, to our recognition of the rights of these lawful wives domiciled and resident in China* »¹³⁷. Cette affaire ne présentait que des liens très ténus avec le Canada : l'époux décédé y résidait de façon sporadique et y possédait quelques biens. Le seul effet de la reconnaissance qui se faisait ressentir au Canada était le paiement de la taxe successorale et les deux épouses de nationalité chinoise étaient domiciliées en Chine, d'où elles percevaient leur rente annuelle.

Au vu de ces considérations, l'opportunité d'opposer l'ordre public international à la validité de mariages polygames diffère selon les deux hypothèses factuelles menant à la reconnaissance de la validité du mariage polygame suivant l'article 3088 C.c.Q.

¹³⁰ *Supra* note 72 au para. 52.

¹³¹ Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, 7^e éd., Paris, L.G.D.J. 2002 au n° 127.

¹³² *Supra* note 72 au para. 50.

¹³³ Sous réserve de la production de certains effets. Nous avons toutefois mentionné que notre conception différerait de celle de l'ordre public atténué, adoptée par la jurisprudence française, mais fortement critiquée par la doctrine. Nous examinerons la jurisprudence française quant aux effets juridiques produits par un mariage polygame au stade de l'ordre public interne. Ce qui importe ici est plutôt l'uniformité de la jurisprudence française dans la reconnaissance de la validité de mariages polygames lorsque ceux-ci ont été contractés à l'étranger. Voir les arrêts cités aux notes 171-175.

¹³⁴ *Supra* note 51. Cela représente un changement d'application de l'exception d'ordre public.

¹³⁵ *Yew v. British Columbia (Attorney General)*, [1924] 1 D.L.R. 1166 [*Yew*].

¹³⁶ En vertu de la *Succession Duty Act* de cette province, *ibid.*

¹³⁷ *Ibid.* au para. 39.

Dans le cas où les lois personnelles de tous les époux, incluant la première épouse d'un homme polygame, permettent la polygamie, nous croyons que l'ordre public ne devrait pas intervenir et que le mariage polygame devrait être reconnu valide dans l'ordre juridique canadien. Cette solution est appuyée par plusieurs auteurs québécois¹³⁸ et canadiens¹³⁹ qui croient que l'ordre public ne s'opposerait pas à ce que certains effets soient reconnus à un mariage polygame valablement célébré à l'étranger et impliquant des individus dont les lois personnelles admettent la polygamie. Or, dans le cas où la première épouse du mari polygame est Québécoise, nous croyons que l'ordre public devrait intervenir pour empêcher la reconnaissance de la validité du mariage, car la situation présenterait alors un lien significatif avec le Québec¹⁴⁰. Implicitement, cela signifierait l'adjonction d'une seconde épouse à une Québécoise, ce qui entrerait en conflit de façon directe avec notre conception du mariage et serait contraire à l'ordre public. La solution serait ici la même que celle de l'affaire *Baaziz* en droit français.

En somme, nous croyons que l'intervention de l'ordre public international afin d'invalider un mariage polygame valablement contracté à l'étranger est de façon générale inopportune. La question des effets juridiques que produira un tel mariage dans l'ordre juridique canadien demeure toutefois sujette à l'intervention de l'ordre public interne.

B. L'absence de conflit avec l'ordre public interne en vigueur au Canada

Nous avons conclu que l'utilisation de l'exception d'ordre public dit international pour invalider un mariage autrement considéré comme valide suivant la loi désignée par la règle de conflit de l'article 3088 C.c.Q. est de façon générale inopportune. Nous devons maintenant déterminer si cette conclusion va à l'encontre de notre ordre public interne. Cette question sera traitée en trois volets. Premièrement, nous identifierons le contenu de cet ordre public interne **(1)**. En second lieu, nous déterminerons si la reconnaissance de la validité du mariage polygame va à l'encontre de cet ordre public **(2)**, avant de nous pencher sur la question de l'octroi du divorce en relation avec l'ordre public **(3)**. Plus largement, cela nous permettra de nous prononcer sur les effets juridiques que peut avoir un mariage polygame valide au plan du droit international privé dans l'ordre juridique canadien.

¹³⁸ Emanuelli, *supra* note 19 à la p. 271; H. Patrick Glenn « Le nouveau droit international privé de la famille » dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit familial (1994)*, vol. 54, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998 à la p. 32; Talpis et Castel, *supra* note 34 à la p. 844.

¹³⁹ Voir notamment Kelly, *supra* note 94 aux pp. 5-6; Bala *et al.*, « Examen international de la polygamie », *supra* note 5 à la p. 49; Bailey, « Accroître la reconnaissance », *supra* note 48 à la p. 11.

¹⁴⁰ Goldstein et Groffier, *supra* note 17 à la p. 76.

1. LE CONTENU DE L'ORDRE PUBLIC INTERNE

La doctrine¹⁴¹ et la jurisprudence¹⁴² nous indiquent que la notion d'ordre public québécois en droit international privé se distingue de l'ordre public en droit interne québécois¹⁴³. Ainsi, l'ordre public dit international prend sa source dans l'ordre juridique interne mais il est moins strict, car il vise avant tout la conciliation entre la solution dégagée par la loi étrangère et les valeurs du for. À cet égard, la notion d'ordre public international est empreinte de relativisme culturel¹⁴⁴ et, conformément au principe de courtoisie qui doit guider les États en droit international privé¹⁴⁵, ne doit pas entraîner le rejet automatique de toute différence mais uniquement de celles qui s'opposent gravement aux conceptions de l'ordre juridique de réception¹⁴⁶. L'exception d'ordre public international sert donc d'arbitre aux conflits de civilisations, alors que l'ordre public interne vise à assurer le respect de certaines valeurs essentielles au sein d'un ordre juridique donné.

Tout comme au plan international, la valeur faisant partie de notre ordre public interne qui pose problème avec la reconnaissance d'un mariage polygame est l'égalité entre les sexes. Cette valeur est explicitement reconnue dans nos chartes, mais l'est également implicitement à travers notre définition du mariage, notre droit criminel ainsi que notre politique migratoire.

Le droit à l'égalité des sexes est doublement protégé dans la *Charte canadienne*. L'article 15(1) émet le principe général, qui prévoit que la loi doit s'appliquer également à tous, indépendamment de toute discrimination fondée sur le sexe. Ce principe est complété par l'article 28, suivant lequel les droits prévus dans la *Charte canadienne* sont garantis également aux personnes des deux sexes, indépendamment des autres dispositions. Selon une auteure, cet article accorde une primauté à l'égalité des sexes sur tout autre droit¹⁴⁷, ce qui signifie que les revendications religieuses et culturelles devraient céder le pas devant l'égalité homme-femme. Cependant, bien qu'il ait été mentionné à quatorze reprises par la Cour suprême¹⁴⁸, l'article 28 n'a jamais fait l'objet d'une analyse en profondeur et est

¹⁴¹ Voir entre autres Emanuelli, *supra* note 19 à la p. 251; Sabourin, *supra* note 103 à la p. 151.

¹⁴² *Droit de la famille-1466*, [1991] R.D.F. 492 (C.A.); Auerbach, *supra* note 129; *Droit de la famille – 072464*, *supra* note 72 aux para. 47-9.

¹⁴³ La distinction n'est évidemment pas étanche, puisque l'on peut rarement parler d'un ordre public purement international, à l'exception de la *lex mercatoria* : Goldstein, « Ordre public », *supra* note 60 à la p. 30.

¹⁴⁴ Salamé, *supra* note 92 à la p. 473.

¹⁴⁵ *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077 à la p. 1095.

¹⁴⁶ Institut de Droit international, *Résolution de Cracovie: Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille* (25 août 2005), préambule, en ligne : Institut de droit international <http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/2005_kra_02_fr.pdf>.

¹⁴⁷ Pour Baines, cette primauté découle naturellement du fait que le droit des femmes à l'égalité dérive de leur humanité, alors que la liberté de religion découle du droit positif : Beverley Baines, « Equality's Nemesis? » (2006) 5 J.L. & Equality 57 au para. 3 [Baines, « Equality »].

¹⁴⁸ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Hess*; *R. c. Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Seaboyer*; *R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Assoc. des femmes*

généralement traité par les observateurs comme une simple disposition interprétative¹⁴⁹. Malgré l'incertitude sur la portée normative de cet article, il n'en demeure pas moins que l'égalité de traitement pour les deux sexes est « un des éléments qui définit le plus les sociétés modernes et démocratiques »¹⁵⁰.

Au Québec, rappelons d'abord que la disposition préliminaire du *Code civil* prévoit que les droits qui y sont contenus doivent être exercés en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁵¹. Plus spécifiquement, le droit à l'exercice en pleine égalité des droits pour les deux sexes est protégé par l'article 10 de la *Charte québécoise*. De plus, suite aux débats sur les accommodements raisonnables et au rapport du Conseil du statut de la femme déposé dans le cadre des travaux de la Commission Bouchard-Taylor¹⁵², l'Assemblée nationale a modifié en 2008 la *Charte québécoise* par l'ajout de l'article 50.1 : « Les droits et libertés énoncés dans la présente Charte sont garantis également aux femmes et aux hommes »¹⁵³. Recevant l'aval de certains¹⁵⁴ tout en étant fortement décrié par d'autres¹⁵⁵, cet amendement qui a polarisé les spécialistes quant à la hiérarchisation des droits qui en découle a pour résultat incontestable l'affirmation de l'importance de l'égalité entre les sexes dans la société québécoise¹⁵⁶. Par ailleurs, l'article 9.1 de la *Charte québécoise* mentionne que les droits fondamentaux doivent s'exercer dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des

autochtones du Canada c. Canada, [1994] 3 R.C.S. 627; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Darrach*, [2000] 2 R.C.S. 443; et *R. c. Shearing*, [2002] 3 R.C.S. 33.

¹⁴⁹ Beverley Baines, « Section 28 of the Canadian Charter of Rights and Freedom: A Purposive Interpretation » (2005) 17 C.J.W.L. 45 à la p. 52. Ce traitement est contraire à l'intention des groupes de femmes qui ont milité pour l'adoption de cet article dans le but d'en faire une disposition indépendante et porteuse de droit : *ibid.* à la p. 51.

¹⁵⁰ Alberta Civil Liberties Research Center, « Distincts et inégaux : les femmes et les enfants de la polygamie » dans Angela Campbell et al, *La polygamie au Canada : conséquences juridiques et sociales pour les femmes et les enfants, Recueil de rapports de recherche en matière de politiques* (Novembre 2005), à la p. 10, en ligne : Condition féminine Canada <http://www.creum.umontreal.ca/IMG/pdf/rapports_condition_feminine.pdf> [ACLRC, « Distincts et inégaux »].

¹⁵¹ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12 [*Charte québécoise*].

¹⁵² Conseil du Statut de la femme, *Avis*, « Droit à l'égalité entre les femmes et les hommes et liberté religieuse » (2007), à la p. 129, en ligne : CSF <<http://www.csf.gouv.qc.ca/modules/fichierspublications/fichier-6-240.html>> [Avis du Conseil du Statut de la femme]; Denis Lessard, « L'égalité des sexes primera la liberté de culte » *La Presse* (10 octobre 2007) A1.

¹⁵³ *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 2008, c. 15, art. 2, modifiant L.R.Q., c. C-12.

¹⁵⁴ Henri Brun, « Une charte des droits n'est pas un paravent » (20 octobre 2007) *Le Soleil* 33.

¹⁵⁵ Voir notamment Yves Boisvert, « De la difficulté de féliciter Jean Charest » (14 octobre 2007) *La Presse* A6 et Pierre Bosset, « Égalité des sexes, religion et chartes des droits : la prudence s'impose » (10 octobre 2007) *Le Devoir* A7.

¹⁵⁶ L'égalité entre les sexes étant une autre des valeurs fondamentales mentionnées par le premier ministre dans son discours de création de la commission Bouchard-Taylor : Jean Charest, « Déclaration du premier ministre » (8 février 2007), en ligne : Site du premier ministre <<http://www.premier-ministre.gouv.qc.ca/salle-de-presse/communiqués/2007/fevrier/2007-02-08.shtml>>. L'importance de cette égalité se dégage aussi de la politique gouvernementale pour l'égalité : Québec, *Pour que l'égalité de droit devienne une égalité de fait*, Québec, Montréal : Ministère de la famille, des aînés et de la condition féminine, 2007.

citoyens du Québec. L'égalité des sexes faisant partie de ces notions, cette clause limitative lui assure déjà une certaine primauté¹⁵⁷.

L'égalité entre les sexes est également au fondement de la décision du législateur de conserver le caractère monogame du mariage lors de la redéfinition de celui-ci en 2005. En effet, si « [l]e mariage entre conjoints de même sexe affermit l'égalité et la dignité des personnes et fait ainsi avancer les valeurs démocratiques. La polygamie est susceptible d'amoindrir ces valeurs. Ces différences fondamentales justifient un traitement différent »¹⁵⁸. Suivant la Commission de réforme du droit, la monogamie est un principe organique de la société canadienne¹⁵⁹. Le législateur québécois renchérit à l'article 373 C.c.Q. en exigeant que le célébrant s'assure que les futurs époux sont libres de tout lien de mariage antérieur avant de les unir. De plus, le ministre de la Justice, dans ses commentaires suivant l'adoption de l'article 380 du nouveau Code civil, mentionne spécifiquement la bigamie comme étant un empêchement relevant de l'ordre public justifiant de prolonger le délai de recevabilité d'une action en nullité¹⁶⁰.

Par ailleurs, la polygamie est toujours interdite par l'article 293 du *Code criminel*. Notons cependant que très peu de poursuites ont été intentées en vertu de cet article dans les dernières décennies. À cet égard, les récentes poursuites intentées en Colombie-Britannique contre les figures de proue de la communauté polygame de Bountiful font figure d'exceptions et mettront sans doute à l'épreuve la constitutionnalité de cette infraction¹⁶¹. Il n'en demeure pas moins que l'existence de celle-ci traduit l'opposition entre cette pratique et notre ordre public. Conséquemment, la politique migratoire actuelle empêche l'immigration au Canada de ménages polygames¹⁶². De plus, la pratique de la polygamie a été reconnue comme

¹⁵⁷ Bosset, *supra* note 155.

¹⁵⁸ Canada, Ministère de la Justice, « Foire aux questions : Loi sur le mariage civil » (février 2005), en ligne : Ministère de la justice de Canada <http://www.justice.gc.ca/fra/nouv-news/fifs/2005/doc_31580.html>.

¹⁵⁹ La bigamie, *supra* note 9 à la p. 6.

¹⁶⁰ Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec : un mouvement de société*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, à la p. 253.

¹⁶¹ Robert Matas et Wendy Stueck, « Polygamy Chartist in Bountiful » (7 janvier 2009) *Globe and Mail*. Voir *infra* section III), B), 1), a) et note 252.

¹⁶² *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, D.O.R.S./2002-227, art. 5. « Pour l'application du présent règlement, l'étranger n'est pas considéré : b) comme l'époux d'une personne si, selon le cas : (i) l'étranger ou la personne était l'époux d'une autre personne au moment de leur mariage. » Par exemple, on a jugé que les agents d'immigration pouvaient prendre en considération la situation maritale polygame pour déterminer si l'admission au Canada serait contraire aux lois d'immigration (*Awwad v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. n° 103 au para. 19.). On a aussi confirmé le rejet d'une demande de résidence permanente, par crainte que le requérant ne pratique la polygamie au Canada, celui-ci ayant contracté deux mariages au Koweït (*Ali v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. n° 1640.) et d'une demande de parrainage d'une seconde épouse dans *Rehman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] D.S.A.I. n° 620. Une approche semblable a été adoptée en droit québécois de l'immigration, dans *L.J. c. Québec (M.R.C.I.)*, [2002] T.A.Q. 913, dans laquelle le refus d'une demande de parrainage a été confirmé. Le statut de conjointe a été refusé à la troisième épouse d'un réfugié et ce, même si un divorce avait été prononcé en Gambie selon la loi islamique, car les définitions de « conjoint » et de « mariage » rejettent toute union polygame survenue à une époque

un facteur pertinent pour octroyer le statut de réfugié en raison de son impact sur le statut de la femme¹⁶³. Le fait qu'une femme serait forcée de vivre dans une relation polygame si elle était renvoyée dans son pays d'origine a en effet été invoqué dans plusieurs décisions en la matière¹⁶⁴. En somme, l'égalité entre les sexes fait partie intégrante de la conception canadienne de l'ordre public.

2. LA VALIDITÉ DU MARIAGE POLYGAME ET L'ORDRE PUBLIC INTERNE

A priori, il peut sembler que l'octroi du divorce, qui implique la reconnaissance de la validité du mariage polygame, va à l'encontre de cette valeur d'égalité si chère à notre ordre public interne. Il apparaît effectivement quelque peu contradictoire de reconnaître la validité d'un mariage polygame, alors que celui-ci fait toujours l'objet d'une infraction criminelle au Canada et qu'un époux ne peut théoriquement immigrer au Canada avec plus d'une épouse. D'ailleurs, le fait d'accorder le divorce pourrait ouvrir la voie à des contestations constitutionnelles à l'encontre de l'infraction de polygamie prévue au *Code criminel*, ainsi qu'à la définition du mariage contenue dans la *Loi sur le mariage civil*. Malgré tout, le conflit n'est qu'apparent, et il est utile de rappeler les objectifs du droit international privé « de faciliter la circulation des personnes, des richesses et des compétences d'un pays à l'autre, fruit de la civilisation moderne »¹⁶⁵ et d'assurer la prévisibilité et la stabilité du droit, ce qui revêt une importance particulière en matière familiale.

Il ne faut pas croire que la reconnaissance d'une situation créée légalement à l'étranger signifie l'acceptation de l'institution à tous égards. En effet, la question migratoire ou criminelle est distincte des effets à accorder au Canada à des unions valablement contractées à l'étranger, dont les membres peuvent avoir franchi les frontières par des demandes individuelles d'ordre humanitaire par exemple¹⁶⁶. S'il est légitime que notre ordre public interne s'oppose avec force à ce qu'un époux canadien contracte un mariage polygame, ce même ordre public interne participe à notre avis des objectifs du droit international privé qui « vise à apporter une solution équitable aux problèmes causés par les écarts entre les lois sur le mariage des différents pays »¹⁶⁷. Conclure que la validité du mariage polygame est contraire à l'ordre public interne canadien équivaldrait à dissocier complètement le droit international privé du droit interne canadien, alors qu'il fait bel et bien partie du même ordre juridique¹⁶⁸. Néanmoins, l'ordre public interne pourrait s'opposer à certains effets juridiques que l'on voudrait faire produire à un mariage polygame considéré valide suivant les règles du droit international privé.

donnée. Or, le tribunal a retenu que le requérant et la parrainée avaient déjà été unis dans un contexte de polygamie, ce qui suffisait à rendre cette épouse inéligible au parrainage.

¹⁶³ Kaufman, *supra* note 25 à la p. 332.

¹⁶⁴ Voir par exemple *Re W. (Y. J.)*, [1994] C.R.D.D. 91 et *Re D. (R. G.)*, [1993] C.R.D.D. 261.

¹⁶⁵ *Tolofson c. Jensen Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon*, [1994] 3 R.C.S. 1022 au para. 36 (Q.L.).

¹⁶⁶ *Bala et al.*, « Examen international de la polygamie », *supra* note 5 à la p. 47

¹⁶⁷ *Ibid.* aux pp. 47-48.

¹⁶⁸ Par opposition au droit international public, Emanuelli, *supra* note 19 à la p. 13.

3. L'OCTROI DU DIVORCE ET L'ORDRE PUBLIC OU LES EFFETS JURIDIQUES QUE PEUT AVOIR UN MARIAGE POLYGAME DANS L'ORDRE JURIDIQUE CANADIEN

Tel que nous l'avons mentionné précédemment, c'est l'ordre public interne qui régit l'insertion du mariage polygame dans l'ordre juridique canadien, une fois sa validité au plan du droit international privé confirmée. Il s'agit donc de déterminer si le fait de prononcer le divorce d'un mariage polygame est contraire à l'ordre public et à la valeur d'égalité qui le compose, et plus largement, quels effets un mariage polygame peut avoir dans notre ordre juridique.

Bien que l'ordre public français se différencie de l'ordre public canadien, la jurisprudence française peut nous être utile puisque l'égalité entre les sexes y est aussi une valeur fondamentale¹⁶⁹. En matière d'octroi d'effets juridiques à des mariages polygames, les tribunaux français ont fait preuve d'une attitude plutôt libérale¹⁷⁰. Ainsi, dans l'arrêt *Chemouni*, on a accordé une pension alimentaire à la seconde épouse d'un Tunisien, qui vivait en sol français au moment de la requête. On y met d'ailleurs l'accent non pas sur l'opposition entre la polygamie et l'ordre public du for, mais sur le caractère naturel et élémentaire de l'obligation alimentaire du mari¹⁷¹. Dans une situation semblable, dans *Bendeddouche*, on a permis à la seconde épouse et à ses enfants d'hériter de façon concurrente avec la première¹⁷². Une attitude plus restrictive est cependant adoptée en matière de sécurité sociale. Par exemple, l'assurance-maladie n'est fournie qu'à une seule des épouses d'un assuré¹⁷³. Ce refus est difficile à expliquer sur le plan de l'ordre public, si ce n'est dans sa conception économique, afin de ne pas imposer une charge excessive à l'État¹⁷⁴. L'ordre public s'oppose aussi à l'application d'une loi étrangère permettant au mari d'imposer la cohabitation de ses deux épouses¹⁷⁵.

La jurisprudence canadienne témoigne quant à elle d'une certaine ambivalence. Les tribunaux canadiens ont initialement adopté une attitude très libérale face aux mariages potentiellement polygames, particulièrement ceux impliquant des autochtones¹⁷⁶. Ce courant a été suivi par les tribunaux¹⁷⁷ jusqu'en 1890, année où une loi antipolygamie a été adoptée, dont les dispositions ont ensuite été introduites dans le *Code criminel*, en 1892¹⁷⁸. Dès lors, l'attitude des tribunaux à l'égard de ces mariages est devenue beaucoup plus restrictive et s'est alignée sur la

¹⁶⁹ Salamé, *supra* note 92 aux pp. 469-75.

¹⁷⁰ Bischoff, *supra* note 52 à la p. 99; Esplugues, *supra* note 65 à la p. 318.

¹⁷¹ Cass. civ. 1^{re}, 19 février 1963 dans Ancel et Lequette, *supra* note 50 aux pp. 269 et s.

¹⁷² Cass. civ. 1^{re}, 3 janvier 1980 dans Ancel et Lequette, *ibid.* aux pp. 556 et s.

¹⁷³ Ancel et Lequette, *ibid.* aux pp. 282-83.

¹⁷⁴ Ibrahim Fadlallah, « Lien conjugal et rencontre de civilisations » dans Jean-Yves Carlier et Michel Verwilghen (dir.), *Le statut personnel des musulmans : droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992 à la p. 352.

¹⁷⁵ Ancel et Lequette, *supra* note 50 à la p. 283.

¹⁷⁶ Dans *Connolly v. Woolrich*, *supra* note 12, la Cour a en effet accepté de reconnaître la validité d'un mariage célébré entre un homme blanc et une femme autochtone dont la tribu admettait la polygamie pour des fins successorales, démontrant ainsi une ouverture envers les lois et les coutumes étrangères.

¹⁷⁷ *Jones v. Fraser* (1886) 12 Q.L.R. 327; *R v. Nan-E-Quis-A-Ka* (1889) 1 Terr. L.R. 211; *Robb v. Robb*, [1891] 20 O.R. 591.

¹⁷⁸ Bartholomew, *supra* note 12 à la p. 312.

position anglaise établie dans l'arrêt *Hyde*. Dans cette affaire, qui date de 1866, la Cour a refusé d'accorder le divorce à un Anglais qui était partie à un mariage potentiellement polygame valablement contracté à l'étranger. Cette décision est implicitement fondée sur des motifs d'ordre public et illustre l'opposition entre la polygamie et la conception chrétienne du mariage.

La *ratio* de l'arrêt *Hyde*, qui a obtenu valeur de précédent, est le principe suivant lequel un mariage polygame ou potentiellement polygame ne peut être reconnu valide aux fins de remèdes matrimoniaux, la décision laissant volontairement ouverte la question des effets d'un tel mariage aux fins de succession ou de légitimation des enfants¹⁷⁹. L'injustice qui résulte de la décision de cet arrêt a amené les tribunaux à faire preuve de créativité, dans le but d'octroyer certains effets à des mariages polygames valablement contractés à l'étranger, surtout en matière de mariages potentiellement polygames¹⁸⁰.

Dans le cas de mariages véritablement polygames, la position des tribunaux canadiens est beaucoup moins claire et la jurisprudence est rare. En 1924, un tribunal canadien a pour la première fois reconnu des effets à un mariage véritablement polygame. Dans l'affaire *Yew*¹⁸¹, mentionnée précédemment, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a admis que les deux épouses d'un homme avaient droit à une part de la succession de leur mari et qu'elles devaient payer les taxes s'y rattachant. Cette décision a été citée avec approbation dans l'arrêt *Re Leong Ba Chai* en 1953 par la même Cour pour appuyer la reconnaissance de la légitimité du fils d'un second mariage aux fins de parrainage. Toutefois, en 1948, dans l'arrêt *Lim*¹⁸², la Cour suprême de la Colombie-Britannique s'est estimée liée par l'arrêt *Hyde* et a refusé à contrecoeur¹⁸³ d'accorder une pension alimentaire à la deuxième épouse d'un mariage valablement célébré en Chine. On critique toutefois cet arrêt puisqu'il témoigne d'une allégeance aveugle à l'arrêt *Hyde*¹⁸⁴. Le juge semble lui-même choqué par les effets injustes de sa conclusion et nous doutons qu'une décision semblable serait rendue en 2008.

¹⁷⁹ M.L. Marasinghe, « Polygamous Marriages and the Principle of Mutation in the Conflict of Laws » (1978) 24 R.D. McGill 395 à la p. 397.

¹⁸⁰ La doctrine de la mutation du mariage a été développée par la jurisprudence anglaise dans ce but (*Sinha Peerage Claim*, [1946] 1 All E.R. 348., suivi notamment dans *Cheni (Rodriguez) v. Cheni*, [1965] 3 All E.R. 873. et *Ali v. Ali*, [1966] 1 All E.R. 664.). Suivant celle-ci, un mariage potentiellement polygame devient monogame par l'établissement des parties dans un pays n'admettant pas la polygamie ou par un changement de religion, ce qui permet d'en reconnaître la validité et de lui accorder des effets. Il s'agit d'une avancée vers la réconciliation de la culture et du droit étranger avec les traditions de droit international privé et l'institution judéo-chrétienne du mariage monogame. Au Canada, la notion de conversion du mariage a permis de reconnaître la validité de mariages potentiellement polygames dans les arrêts *Sara v. Sara* ((1962), 31 D.L.R. (2nd) 566) et *Hassan supra* note 39. Voir Kaufman, *supra* note 25 à la p. 325.

¹⁸¹ *Yew, supra* note 135.

¹⁸² *Lim v. Lim*, [1948] 2 D.L.R. 353.

¹⁸³ Le juge estime injuste et illogique que le statut d'une femme, qui est domiciliée au Canada depuis près de 30 ans et qui jouissait en Chine des pleins droits d'une épouse, ne soit pas reconnu ici. Il va même jusqu'à exprimer le souhait, en *obiter dictum*, que la cause se rende vers un tribunal supérieur afin que la question soit définitivement tranchée.

¹⁸⁴ Bartholomew, *supra* note 12 à la p. 318.

Il ressort de cette analyse jurisprudentielle que les tribunaux ont tendance à accorder les effets demandés lorsqu'ils sont de nature purement privée et patrimoniale, c'est-à-dire qu'ils n'ont d'impact qu'entre les époux. À l'inverse, la jurisprudence française indique que l'ordre public s'oppose lorsque les remèdes demandés impliquent les coffres de l'État ou demandent de régir le fonctionnement de l'institution (ex. : la cohabitation) plutôt que sa dissolution (ex. : la pension alimentaire).

Au plan législatif, soulignons qu'en Angleterre, on a expressément aboli la règle de l'arrêt *Hyde* et permis que des effets matrimoniaux, tels que le divorce, soient octroyés à des mariages polygames¹⁸⁵. Une telle loi n'existe pas au Canada, mais quatre provinces et territoires (Ontario, Yukon, Île-du-Prince-Édouard et Territoires du Nord-Ouest) ont partiellement résolu l'incertitude que fait peser la jurisprudence en reconnaissant explicitement aux époux polygames le statut de conjoint dans des lois relatives aux obligations entre conjoints au moment de la séparation, au patrimoine familial et à la résidence familiale¹⁸⁶, permettant ainsi aux épouses d'unions polygames de bénéficier des mêmes avantages que les conjointes d'unions monogames. Ces lois témoignent de façon éclatante de l'absence d'opposition de l'ordre public interne à l'octroi d'effets liés à la dissolution d'une union polygame.

En l'espèce, nous sommes d'avis que l'octroi du divorce à des époux polygames ne va pas à l'encontre de l'ordre public interne. En effet, sous réserve des dépenses liées au système judiciaire et à la perception des pensions alimentaires, le divorce produit principalement ses effets juridiques dans la sphère privée¹⁸⁷. Par ailleurs, le divorce vise à dissoudre cette union polygame, et non à la gérer; il met donc fin à la situation « criminelle » en cours. Il serait ironique que, sous le couvert de la protection des droits des femmes et des enfants, l'ordre public interne s'oppose au divorce, privant ainsi ces mêmes personnes vulnérables de mesures accessoires. Au plan concret, le refus du divorce aurait pour effet de « stigmatiser [et de] “revictimiser” »¹⁸⁸ ces épouses, en tant que membres plus à risque du ménage polygame.

Certes, l'octroi du divorce peut revêtir une valeur symbolique, puisqu'à la différence des mesures accessoires, il ne se rapporte pas à la définition fonctionnelle du mariage, mais à l'institution. Cependant, au Québec, si le divorce n'est pas prononcé, les époux n'auront pas accès à ces mesures. Et il n'est pas davantage logique, dans les quatre provinces et territoires susmentionnés, de permettre l'accès à certaines mesures liées à la dissolution de l'union, sans pour autant que les parties puissent divorcer. Le divorce est aussi un remède matrimonial. On se doit d'être cohérent quant aux effets juridiques que l'on permet à un mariage polygame de

¹⁸⁵ *Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act 1972*, 1972, c. 38, art. 1.

¹⁸⁶ *Ontario Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. E3, art. 1(2); *Family Property and Support Act*, R.S.Y. 2002, c. 83, art. 1; *Family Law Act*, S.P.E.I. 1995, c. 12, art. 1(2); *Family Law Act*, S.N.W.T. 1997, c. 18, art. 1.

¹⁸⁷ En effet, le divorce et les mesures accessoires n'impliquent aucune dépense pour l'État québécois; ils ne visent qu'à régulariser la situation entre les époux.

¹⁸⁸ Bala *et al.*, « Examen international de la polygamie », *supra* note 5 à la p. 49.

produire dans l'ordre juridique canadien ; ceux-ci doivent se rapporter à la dissolution de l'union dans son ensemble.

* * *

En conclusion, nous croyons qu'un mariage polygame contracté à l'étranger par des époux de bonne foi en conformité avec leur loi personnelle devrait être reconnu valide dans l'ordre juridique canadien. À l'exception de l'hypothèse d'une première épouse québécoise, l'exception d'ordre public international ne devrait pas s'opposer à la reconnaissance de la validité du mariage en droit international privé, en dépit du fait que la polygamie est une institution qui porte atteinte à l'égalité entre les sexes. Cette conclusion de validité ne va pas non plus à l'encontre de l'ordre public interne, puisqu'il faut différencier les interdits migratoires et criminels de situations familiales validement constituées à l'étranger. Toutefois, les effets juridiques que peuvent produire un tel mariage polygame sont soumis à l'ordre public interne. En ce domaine, nous sommes d'avis que tous les effets reliés à la dissolution d'une union polygame ne violent pas l'ordre public et soutiennent de surcroît les valeurs d'égalité entre les sexes et de protection des personnes vulnérables si chères à la société québécoise en donnant aux épouses un accès aux mesures accessoires du divorce.

Dans l'hypothèse toutefois où un tribunal arrivait à la conclusion contraire, il devrait plutôt refuser de prononcer le divorce. Arrivé à ce point du raisonnement, le juge, tout comme dans le cas d'un mariage invalidé par l'application de l'exigence de monogamie canadienne, devrait alors déterminer s'il convient de prononcer la nullité de ce mariage.

III. L'opportunité de prononcer la nullité d'un mariage polygame

Nous avons vu précédemment que la validité du mariage polygame des parties repose sur le domicile des époux au moment du mariage et qu'un mariage polygame peut être considéré invalide en droit québécois, soit en raison de la loi du domicile applicable en vertu de 3088 C.c.Q. ou de l'exception d'ordre public dit international. Dans le cas d'un mariage polygame valide, l'ordre public interne peut ensuite s'opposer aux effets juridiques recherchés. Dans cette partie, nous cherchons à déterminer si une conclusion d'invalidité du mariage ou d'opposition de l'ordre public interne au divorce doit mener la Cour supérieure à simplement refuser de prononcer le divorce ou si elle devrait plutôt déclarer le mariage nul. La réponse à cette interrogation repose sur une mise en balance des avantages à prononcer la nullité, soit l'octroi des effets de la putativité (**A**), et des risques, qui prennent surtout la forme de revendications constitutionnelles fondées sur une atteinte à la liberté de religion (**B**). Nous croyons que le résultat de cette mise en balance penche en faveur d'un prononcé de nullité. Nous laisserons ici de côté la question, davantage

procédurale, concernant la possibilité pour un juge de se prononcer d'office sur cette question ou la nécessité pour les parties de déposer une requête subséquente en nullité, suite au rejet de la demande en divorce¹⁸⁹.

A. L'avantage de la nullité : la putativité

Étant donné le principe de *favor matrimonii*, que nous avons précédemment abordé, la nullité du mariage peut *a priori* sembler une conséquence particulièrement sévère pour un époux qui aurait contracté un mariage polygame de bonne foi, puisque celle-ci opère rétroactivement. Toutefois, elle peut revêtir de grands avantages pour des époux qui désirent divorcer lorsqu'elle permet de faire appel à la notion de putativité du mariage¹⁹⁰.

Le mariage putatif constitue en effet une alternative intéressante au divorce, lorsque celui-ci ne peut être obtenu. La nullité, en tant que jugement déclaratif, ne produit pas de situation nouvelle et s'applique rétroactivement, puisque le mariage est considéré comme n'ayant jamais eu lieu¹⁹¹. Aussi, tous ses effets dans le passé sont annulés, la vie des époux devenant une page blanche à partir du moment de la célébration du mariage. Le divorce, à l'inverse, reconnaît l'histoire des époux et crée des effets pour l'avenir. Le mariage putatif n'accorde pas de tels effets, mais il ne fait pas table rase du passé; dissous pour l'avenir, il laisse toutefois subsister les effets acquis au jour de sa déclaration¹⁹². En l'absence de la possibilité d'octroyer le divorce, la putativité en représenterait un équivalent fonctionnel¹⁹³, d'où l'intérêt de l'accorder au bénéfice de l'époux de bonne foi, particulièrement dans un système juridique où les droits des conjoints de fait sont si ténus qu'ils ne peuvent vraisemblablement pas concurrencer avec ceux qu'octroie la qualité d'époux putatif¹⁹⁴.

Avant de déterminer s'il est opportun pour un tribunal de prononcer la nullité d'un mariage polygame, il faut tout d'abord déterminer si le juge a compétence pour prononcer la nullité **(1)**. Puis, on doit considérer la pertinence de prononcer une telle nullité en examinant si, selon les règles de conflits de lois en la matière, la putativité pourrait être octroyée **(2)**.

¹⁸⁹ Il importe aussi de souligner que le second alinéa de l'article 380 C.c.Q. exige qu'un délai de moins de trois ans se soit écoulé depuis la célébration du mariage, à défaut de quoi l'action en nullité est irrecevable. Il y aurait cependant lieu en ce cas de soulever l'ordre public afin que la demande soit reçue. L'argument de l'impossibilité d'obtention du divorce, emprisonnant conséquemment les époux dans une union indésirable qui constitue par ailleurs une infraction criminelle (Les commentaires du ministre de la Justice à l'article 380 mentionnent comme exemple une situation de bigamie, *supra* note 160.) constituerait une prémisse de base au soulèvement de l'ordre public.

¹⁹⁰ Gérard Goldstein, « Entre l'être et le néant : la loi applicable aux effets putatifs du mariage en droit international privé québécois » (1998) 58 R. du B. 3 à la p. 6 [Goldstein, « Putativité »].

¹⁹¹ Germain Brière, « Le mariage putatif » (1960) 6 R.D. McGill 217 à la p. 217.

¹⁹² *Ibid.* à la p. 223. L'auteur souligne cependant que le Conseil privé s'est écarté de cette interprétation dans la décision *Berthiaume v. Dastous*, [1930] A.C. 79.

¹⁹³ Goldstein, « Putativité », *supra* note 190 à la p. 35.

¹⁹⁴ *Ibid.* à la p. 6.

1. LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL EN MATIÈRE DE NULLITÉ

L'article 3144 C.c.Q. octroie compétence aux autorités québécoises « en matière de nullité du mariage [...] lorsque l'un des conjoints a son domicile ou sa résidence au Québec ou que l'union y a été célébrée »¹⁹⁵. Si la compétence est aisément déterminée, aucune règle de conflit de lois n'est prévue en matière de nullité du mariage et on doit se demander quelle loi le tribunal doit appliquer. À ce sujet, plusieurs auteurs s'entendent pour dire que la nullité est régie par la loi dont la condition a été violée, donc celle qui a fait rejeter la reconnaissance de la validité du mariage¹⁹⁶. Par conséquent, si la nullité du mariage découle de l'inobservance d'une condition de fond de la *lex domicilii* canadienne d'un ou des deux époux, soit l'exigence de monogamie, ce serait la loi québécoise, qui régirait la nullité de leur mariage¹⁹⁷. Le *Code civil du Québec* prévoit plusieurs dispositions quant à la nullité du mariage et ses effets¹⁹⁸. Par contre, si l'invalidité du mariage résulte de l'intervention de l'ordre public international, la situation serait incertaine, puisque l'ordre public n'est pas véritablement une condition qui peut être violée. À défaut pour un juge de s'engager dans cette voie, la nullité d'un tel mariage polygame ne pourrait être prononcée et les parties resteraient alors prisonnières d'une union présumée invalide sans pouvoir bénéficier des remèdes liés à sa dissolution. Il ne leur resterait alors que la possibilité de contester au plan constitutionnel, tant la règle de conflit que l'exigence de monogamie, pour atteinte à leur liberté de religion¹⁹⁹.

2. LA LOI APPLICABLE ET LA POSSIBILITÉ D'OCTROYER LE MARIAGE PUTATIF

Parmi les nombreuses dispositions du *Code civil du Québec* encadrant le droit international privé québécois, aucune n'a été édictée afin de régir le mariage putatif. La question est pourtant fort complexe et aurait mérité éclaircissement, l'étude des différentes opinions doctrinales nous permettant de constater que les théories sur cette notion sont multiples et parfois inconciliables. Il en ressort cependant que le mariage putatif nécessite un examen en deux étapes distinctes, soit déterminer dans un premier temps la loi permettant d'octroyer la putativité, puis dans un deuxième temps fixer la loi générant ses effets. Les juristes estiment majoritairement que chacune de ces questions mène à une loi différente²⁰⁰.

¹⁹⁵ Nous sommes ici en présence de facteurs de rattachement facultatifs, dont l'objectif est de permettre aux tribunaux québécois de défaire les liens unissant les époux, tout particulièrement si ces liens ont été tissés au Québec.

¹⁹⁶ Groffier, *supra* note 81 à la p. 64; Goldstein et Groffier, *supra* note 17 à la p. 80; MacDougall, *supra* note 45 à la p. 544; Talpis, *supra* note 34 à la p. 156.

¹⁹⁷ Le partage des compétences législatives a pour conséquence que la *lex domicilii* prescrivant la condition de fond violée est canadienne, alors que la *lex domicilii* traitant de la nullité est québécoise. Notons que si la *lex domicilii* d'un seul des époux avait invalidé le mariage, la loi du domicile de l'autre époux reconnaissant le mariage polygame, la nullité aurait été régie par la *lex domicilii* rejetant ce mariage, puisqu'elle aurait été celle ayant invalidé l'union.

¹⁹⁸ Voir les articles 380 à 390 C.c.Q.

¹⁹⁹ Voir *infra*, partie III, section B : La violation de la liberté de religion.

²⁰⁰ Appuyant en cela la solution distributive préconisée par la Cour de cassation française : Cass. civ., 6 mars 1956, *Moreau*, D. 1958. 709. Goldstein et Groffier, *supra* note 17 à la p. 86; Croteau cité par Goldstein, « Putativité », *supra* note 190 aux pp. 14 et 35; Talpis, *supra* note 34 à la p. 157.

a) *L'octroi de la putativité*

En ce qui concerne la loi d'octroi de la putativité, la variété d'opinions est vaste. Certains considèrent que le choix de la loi applicable revient au tribunal²⁰¹, ou encore qu'il suffit d'appliquer la loi ayant gouverné la nullité du mariage, c'est-à-dire celle de la condition violée²⁰². Favorisant davantage une certaine forme d'équité, un auteur avance qu'il y a lieu d'invoquer l'exception d'ordre public, afin d'appliquer la loi du for, dans l'éventualité où la loi étrangère n'admet point une quelconque forme de pondération à l'effet rétroactif de la nullité²⁰³. Finalement, certains vont jusqu'à prôner l'application impérative du droit interne, considérant la putativité suffisamment importante, eu égard à notre organisation socio-économique, pour justifier la création d'une règle d'application nécessaire écartant le droit étranger en la matière²⁰⁴. Dans tous les cas, il semble qu'en droit international privé, l'objectif sous-tendant le choix de la loi d'octroi est de favoriser l'admission de la putativité du mariage²⁰⁵.

Considérant les nombreuses opinions favorisant l'application du droit québécois, que ce soit sous le couvert de l'ordre public, à titre de règle d'application nécessaire, ou tout simplement en tant que loi de la condition violée²⁰⁶ (qu'il s'agisse de l'exigence de monogamie imposée par la loi désignée par l'article 3088 C.c.Q. ou la condition implicite de conformité à l'ordre public international suivant l'article 3081 C.c.Q.), il y aurait probablement lieu d'accorder les bénéfices de la putativité aux époux, en accord avec la législation québécoise. Rappelons que suivant celle-ci, la putativité est octroyée sans égard au fait que la nullité du mariage est simplement relative, ou qu'elle est absolue, ayant trait à l'inobservance d'une condition de fond, comme c'est le cas en l'espèce²⁰⁷. En fait, la seule condition préalable à l'obtention de la putativité est la bonne foi²⁰⁸ d'au moins un des époux, soit l'ignorance d'un motif entraînant la nullité de l'union, appréciable au moment de

²⁰¹ Groffier, *supra* note 81 à la p. 65.

²⁰² E. Croteau, rapporté dans Goldstein, « Putativité », *supra* note 190 à la p. 14; Goldstein et Groffier, *supra* note 17 à la p. 90; Gaudemet-Tallon, *supra* note 53 à la p. 122. D'autres nuancent cette dernière opinion, précisant que dans le cas où plusieurs conditions de forme sont violées, donnant ouverture à l'application de plus d'une loi, il suffit d'opter pour l'une de celles qui octroient la putativité, puisque cette dernière vise à créer une situation d'équité. Walter Seely Johnson, rapporté dans Goldstein et Groffier, *supra* note 17 à la p. 85; Goldstein, « Putativité », *ibid.* aux pp. 17-18. Une autre théorie avance que si les violations relèvent à la fois de la forme et du fond, la solution se doit alors d'être cumulative et non alternative, chacune des lois applicables devant admettre la putativité. Goldstein, « Putativité », *ibid.* à la p. 18. Cette théorie nous semble particulièrement restrictive, dans la perspective où l'un des époux est de bonne foi.

²⁰³ Goldstein, « Putativité », *ibid.* à la p. 15.

²⁰⁴ Groffier, *supra* note 81 aux pp. 127-28; Brière, *supra* note 191 à la p. 222.

²⁰⁵ Gaudemet-Tallon, *supra* note 53 à la p. 121.

²⁰⁶ Voir *supra* notes 202 et 204.

²⁰⁷ *Morin v. la Corporation des Pilotes* (1882), 8 Q.L.R. 222 à la p. 223.

²⁰⁸ À l'égard de cette appréciation, la Cour, notamment dans *Stephens v. Falchi*, *supra* note 45 à la p. 361, a statué que la présomption de bonne foi (prévue à l'article 2805 C.c.Q.) trouvait application, aussi l'époux réclamant la putativité n'a pas à en faire la preuve.

la célébration du mariage²⁰⁹. Les époux polygames de bonne foi auraient donc droit à la putativité. Encore faut-il cependant examiner les avantages concrets découlant de celle-ci, qui varient suivant la loi régissant les effets de cette putativité, question sur laquelle persiste une controverse.

b) *Les effets de la putativité*

Cette controverse s'avère possible du fait qu'encore une fois, nulle disposition du *Code civil du Québec* ne résout expressément l'épineuse question de la loi régissant les effets de la putativité²¹⁰. Doctrine et jurisprudence semblent profondément tiraillées entre deux lois possibles²¹¹, soit la loi des effets du mariage²¹² ou la loi gouvernant sa nullité²¹³. L'hésitation entre ces deux avenues découle de conceptions divergentes quant à la nature même de la putativité. Certains assimilent le mariage putatif à un mariage valide (abstraction faite de sa nullité). D'autres considèrent que la loi décrétant la nullité doit aussi prévoir les modalités de la putativité, puisque ces effets s'apparentent davantage à ceux d'un divorce qu'à ceux d'un mariage valide²¹⁴.

La loi régissant la nullité, comme nous l'avons vu, peut être une loi étrangère ou celle du for, selon la condition de validité du mariage non respectée. En l'espèce, il y aurait lieu de se tourner vers la législation québécoise puisque, la nullité relèverait d'une condition de fond, soit l'exigence de monogamie. Quant à la loi des effets du mariage, si elle semble majoritairement favorisée par les auteurs, elle engendre de nombreuses difficultés concrètes d'application²¹⁵. On peut cependant croire que la loi québécoise serait appliquée puisque les effets du mariage sont généralement rattachés à la loi du domicile au moment de la requête. Afin de compléter ce tableau ambigu, il

²⁰⁹ Brière, *supra* note 191 à la p. 219.

²¹⁰ Groffier, *supra* note 81 à la p. 65.

²¹¹ Dans une opinion isolée, Brière suggère une 3^e loi possible, soit celle du lieu où les époux se trouvent (cité par Sabourin, *supra* note 103 à la p. 172).

²¹² L'application de la loi des effets du mariage est prônée par de nombreux auteurs, notamment : Goldstein et Groffier, *supra* note 17 à la p. 84; Talpis et Castel, *supra* note 34 à la p. 845; E. Croteau, tel que rapporté dans Goldstein, « Putativité » *supra* note 190 à la p. 14; Sabourin, *ibid.* à la p. 172. Mentionnons cependant que certains auteurs avancent qu'il y aurait une nuance notable entre les effets d'un mariage valide et les effets d'un mariage nul, voir à cet effet Goldstein et Groffier, *ibid.* à la p. 88, qui penchent en faveur de la seconde.

²¹³ Outre Johnson (cité par Sabourin, *ibid.* à la p. 172), l'application de cette loi semble surtout soutenue par la jurisprudence. Les tribunaux québécois en ont notamment fait mention dans les décisions suivantes : *Lolli c. Husolo* [1947] C.S. 17; *Cox c. Jones* [1951] C.S. 32; *Dwyer c. Snyder* [1957] C.S. 275; *Preap Pos c. Ouch Ry*, C.S. St-François, no 450-05-000251-849, 30 avril 1985. La théorie fut aussi appliquée par la Cour de cassation française dans l'*Affaire Hassain*, (1959) 86 J.D.I. 1146.

²¹⁴ Goldstein, « Putativité », *supra* note 190 à la p. 16.

²¹⁵ *Ibid.* à la p. 92. Il est en effet impossible, en droit québécois, de rattacher tous les effets du mariage à une seule loi, aussi devraient-ils être soumis à leur propre statut et, subsidiairement seulement, à la loi régissant globalement les effets du mariage selon l'article 3089 C.c.Q., soit la loi du domicile des époux. Voir aussi Talpis, *supra* note 34 à la p. 157.

importe de souligner la propension des tribunaux²¹⁶ à appliquer la théorie de la putativité selon le droit québécois, tout en demeurant silencieux quant aux fondements de leur raisonnement²¹⁷.

Cherchant à concilier les deux théories proposées en matière de loi applicable aux effets de la putativité, Goldstein avance que l'article 3096 C.c.Q., codifiant l'obligation alimentaire, crée un « régime minimum de protection des époux »²¹⁸ au plan du droit international privé, ce qui procure une certaine certitude aux époux putatifs. Ce régime de base nécessiterait d'être complété par les diverses lois gouvernant normalement les effets d'un mariage valide²¹⁹. Voyons quels seraient ces autres effets en l'espèce en présumant l'application de la loi québécoise²²⁰.

Tout d'abord, mentionnons qu'en droit québécois, les effets du mariage putatif sont tributaires de la bonne ou mauvaise foi des époux, tout comme l'octroi même de la putativité. Conséquemment, ces effets seront assimilables à ceux d'une dissolution du mariage dans le cas où les deux époux seraient de bonne foi, les conventions matrimoniales étant alors exécutoires malgré les vices dont souffre l'union²²¹. Le mariage putatif entraîne également la liquidation des droits patrimoniaux, i.e. du régime matrimonial et du patrimoine familial²²². Outre l'obligation alimentaire²²³, le mariage putatif validerait pour des conjoints polygames les donations consenties à l'époux de bonne foi²²⁴, exception faite des donations pour cause de mort²²⁵. Dans l'hypothèse où un seul d'entre eux serait de bonne foi, ce dernier bénéficierait exclusivement des effets du mariage, notamment des avantages prévus au contrat de mariage, ainsi que des aliments pouvant être réclamés²²⁶. Quant à l'époux de mauvaise foi, s'il en est un, la nullité du mariage rendrait caduque toute donation qui lui aurait été accordée²²⁷.

En conclusion, puisqu'en l'espèce la loi d'octroi de la putativité et la loi des effets du mariage renvoient toutes deux au droit québécois, le mariage putatif constituerait une alternative hautement intéressante ; les effets pour l'époux de bonne foi étant similaires à ceux d'un mariage valide dissous. Le prononcé de la putativité représenterait donc un avantage indéniable, préférable au maintien dans un état juridique incertain qui résulterait du simple refus d'accorder le divorce. Il existe

²¹⁶ Voir à cet effet : *Berthiaume v. Dastous*, *supra* note 192; *Stephens v. Falchi*, *supra* note 45 à la p. 361; *Cathcart c. The Union Building Society* (1864) 15 L.C.R. 467 (C.S.); *Gregory c. Dyers* (1841) 15 L.C.J. 223 (B.R.); *F. c. G.* [1951] C.S. 458.

²¹⁷ Goldstein, « Putativité », *supra* note 190 à la p. 7.

²¹⁸ *Ibid.* à la p. 34.

²¹⁹ *Ibid.* à la p. 35.

²²⁰ Qui sont prévus aux articles 382 à 390 C.c.Q.

²²¹ Brière, *supra* note 191 à la p. 226.

²²² Mireille D.-Castelli et Dominique Goubau, *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd., Sainte-Foy (Qc), Les presses de l'Université Laval, 2005 à la p. 75.

²²³ Il est en effet « indiscutable, depuis *Berthiaume c. Dastous*, que le droit à des aliments est l'un des effets civils du [mariage putatif] », *Lolli c. Husolo*, *supra* note 213 à la p. 21).

²²⁴ Art. 386 C.c.Q.

²²⁵ Art. 385 C.c.Q.

²²⁶ Brière, *supra* note 191 à la p. 226.

²²⁷ Art. 385 C.c.Q.

toutefois un effet pervers à la nullité du mariage polygame. En effet, les parties pourraient attaquer le jugement par voie d'appel ou déposer une requête en jugement déclaratoire en alléguant que la règle de conflit de l'article 3088 C.c.Q. ou subsidiairement, l'article 2 de la *Loi sur le mariage civil* ainsi que l'infraction criminelle de polygamie contenue à l'article 293 du *Code criminel*²²⁸, constituent une violation injustifiée de la liberté de religion, mormone ou musulmane par exemple, enchâssée au paragraphe 2(a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*²²⁹.

B. Le désavantage de la nullité : la violation de la liberté de religion

Le droit à la liberté de religion prévu au paragraphe 2(a) de la *Charte* a été défini par la Cour suprême comme « le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique »²³⁰. D'interprétation libérale, la liberté de religion ne contient que quelques limites inhérentes²³¹. Pour le reste, ce droit fondamental est conçu de façon large et a récemment vu sa portée étendue par l'application d'un test foncièrement subjectif développé dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*²³². Suivant les enseignements de la Cour suprême, la validité ou la véracité d'une pratique religieuse telle que la polygamie ne peut être appréciée par les tribunaux, seule la sincérité de la croyance peut l'être²³³. Par conséquent, la simple démonstration que le demandeur croit honnêtement que la polygamie est un précepte de sa religion suffit.

La règle de conflit de l'article 3088 C.c.Q. de même que la *Loi sur le mariage civil* imposent la monogamie à tous les futurs époux domiciliés au Canada, et ce, indépendamment de leurs croyances religieuses, sous peine d'invalidité, voire de nullité du mariage. Elle a pour conséquence l'impossibilité pour un mariage polygame conclu entre deux personnes domiciliées au Canada de se voir reconnu officiellement et de produire ses effets, sous réserve de la putativité. Pour sa part, l'article 293 du *Code*

²²⁸ L'examen de la constitutionnalité d'une infraction criminelle est certes éloigné des faits qui nous sont soumis et diffère de l'examen relatif à la constitutionnalité de la définition du mariage monogame. Cependant, l'invalidation de l'article 2 de la *Loi sur le mariage civil* ne pourrait produire de façon certaine ses effets sans l'invalidation de l'infraction. L'état du droit serait alors contradictoire; il serait permis à des époux polygames de convoler en justes noces, mais la possibilité théorique d'une accusation liée à leur statut marital demeurerait. Il semblerait donc cohérent de contester conjointement ces deux lois, plutôt que de laisser cette infraction figurer au *Code criminel*. Rappelons que cette infraction, qu'on aurait pu croire caduque, a récemment fondé les inculpations de deux leaders de la communauté polygame de Bountiful en Colombie-Britannique. La question de la constitutionnalité de celle-ci risque donc de se poser seule et très bientôt : Voir *infra* section III), B), 1), a) et *infra* note 252.

²²⁹ Il serait sans doute possible de se fonder également sur les articles 7 et 15 de la *Charte*.

²³⁰ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 au para. 94.

²³¹ Ainsi, n'est pas protégée constitutionnellement l'atteinte « négligeable ou insignifiant[e] » à la liberté de religion (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713 au para. 97) ou les activités religieuses qui sont contraires au meilleur intérêt d'un enfant (*Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3).

²³² *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551. Peter W. Hogg parle d'un test extraordinairement subjectif (*Constitutional Law of Canada*, student edition, Scarborough (Ont.), Thomson & Carswell, 2006 à la p. 970).

²³³ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, *ibid.* au para. 51.

criminel criminalise la pratique de la polygamie²³⁴, bien que celle-ci puisse être reliée à des croyances religieuses. Ces règles législatives constituent définitivement des atteintes substantielles à la liberté de religion²³⁵ qu'il nous semble impossible de concilier avec le droit à l'égalité qu'elles sous-tendent²³⁶. C'est donc à la lumière de l'article premier que doit être apprécié le conflit entre ces deux droits.

1. LA JUSTIFICATION DE L'ATTEINTE

La liberté de religion n'est pas absolue. En effet, suivant l'article 1 de la *Charte*, un droit peut être « restreint [...] par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Dans l'arrêt *Oakes*²³⁷, la Cour suprême du Canada a établi la logique d'analyse de la justification gouvernementale, qui se déroule en deux étapes : la démonstration de la légitimité des objectifs législatifs (*a*) et celle de la proportionnalité de la restriction eu égard aux objectifs (*b*).

a) *La légitimité des objectifs législatifs : des objectifs urgents et réels*

Malgré la formulation d'une norme sévère visant à déterminer si la restriction se rapporte « à des préoccupations sociales, urgentes et réelles dans une société libre et démocratique »²³⁸, le test de la légitimité des objectifs législatifs est peu exigeant²³⁹, le gouvernement devant plutôt démontrer que l'objectif est « valide »²⁴⁰ ou « suffisamment important »²⁴¹. En matière de liberté de religion, la jurisprudence admet généralement deux types d'objectifs : prévenir un préjudice et promouvoir un intérêt social important²⁴².

Tout État prescrivant une règle de conflit en droit international privé a pour objectif de désigner une loi présentant des liens étroits avec la situation des parties²⁴³. En l'espèce, l'article 3088 al.1 C.c.Q. prévoit qu'en ce qui concerne les conditions de fond du mariage, les lois applicables sont celles des domiciles des parties au moment du mariage. Lorsqu'appliquée à des futurs époux domiciliés au Canada, mais qui contractent un mariage à l'étranger, elle prescrit l'application de la loi canadienne quant aux conditions de fond. Le choix du domicile par le législateur québécois révèle

²³⁴ Et prévoit une peine d'emprisonnement maximal de cinq années.

²³⁵ En ce sens, voir ACLRC, « Distincts et inégaux », *supra* note 150 à la p. 42.

²³⁶ Suivant la méthode décrite dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698 au para. 50 [*Renvoi sur le mariage*].

²³⁷ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

²³⁸ *Ibid.* au para. 69.

²³⁹ Voir Antoine Bigenwald, « L'évaluation des objectifs législatifs en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (1994) 35 C. de D. 779.

²⁴⁰ *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3 au para. 42.

²⁴¹ *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 à la p. 1190, juge Lamer.

²⁴² ACLRC, « Distincts et inégaux », *supra* note 150 à la p. 46. Ces limites se retrouvent également dans la limite du droit à la liberté de religion contenue à l'article 18 (3) du *PIDCP*, *supra* note 83.

²⁴³ Emanuelli, *supra* note 19 à la p. 200.

sans doute un objectif d'intégration, d'imposition d'une définition commune du mariage, à tous ceux qui choisissent d'élire domicile sur son territoire, indépendamment de leur origine, religion ou culture²⁴⁴. Elle nous semble également vouloir homogénéiser la définition d'une institution centrale à l'organisation sociale et économique de l'État québécois. L'uniformisation de la définition du mariage pour tous ceux qui établissent leur domicile au Québec aurait donc pour objectifs de favoriser l'intégration de ces arrivants et d'éviter l'apparition de problèmes sociaux. Nous croyons que ces objectifs, qui promeuvent un intérêt social important, sont bel et bien urgents et réels et le seraient pour tout État laïc qui, de surcroît, a une forte immigration²⁴⁵.

En ce qui concerne la définition du mariage, rappelons que la *Loi sur le mariage civil* a été adoptée en 2005, soit un an après que le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*²⁴⁶ ait répudié la définition traditionnelle chrétienne tirée de l'arrêt *Hyde*. La nouvelle définition de l'institution maritale avait donc pour but premier la légalisation du mariage gai, mais il est évident que le législateur a tenté de faire correspondre celle-ci aux valeurs fondamentales de la société canadienne. Dans cette tâche, la Cour suprême a laissé le champ entièrement libre au législateur en refusant de se prononcer sur les limites naturelles du mariage²⁴⁷. De sa définition traditionnelle, on a conservé le caractère monogame afin de protéger l'égalité des sexes. Un tel objectif de protection des femmes et des enfants a été jugé valide dans l'arrêt *R. c. Butler*²⁴⁸ et à la lumière des études soulignant l'impact de la polygamie sur les enfants et les femmes, il est sans aucun doute réel et urgent puisqu'il vise à prévenir un préjudice qui pourrait être causé à ces groupes vulnérables²⁴⁹.

En ce qui concerne l'infraction criminelle de polygamie contenue au *Code criminel*, une analyse de l'historique législatif, de la jurisprudence et des débats parlementaires démontre avec certitude que la criminalisation de la polygamie est directement reliée à des motifs religieux et à l'immigration mormone de la fin du 19^e siècle et aucunement à l'égalité des femmes²⁵⁰. L'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*

²⁴⁴ Gérald Goldstein, « L'autonomie de la volonté dans le statut personnel. Lecture critique de la thèse de Jean-Yves Carlier » (1997) 10 R.Q.D.I. aux pp. 200 et 204 [Goldstein, « L'autonomie de la volonté »].

²⁴⁵ Tant Wardle que Goldstein soulèvent l'avantage que présente le facteur de rattachement du domicile pour les pays à forte immigration. Wardle, *supra* note 18 à la p. 504; Goldstein, « L'autonomie de la volonté », *ibid.* à la p. 214.

²⁴⁶ *Renvoi sur le mariage*, *supra* note 236.

²⁴⁷ *Ibid.* au para. 28.

²⁴⁸ *Supra* note 148 à la p. 493. Voir aussi *R. c. Keegstra*, *supra* note 148 aux pp. 846-47. La promotion de l'égalité est un objectif important.

²⁴⁹ Certains soulèveront sans doute l'inspiration chrétienne de cette définition du mariage. Sans nier celle-ci, il convient de rappeler qu'« un droit, si religieux soit-il dans ses sources ou par la morale, est d'abord un système d'organisation politique et sociale, que ses objectifs sont terrestres, profanes » : Déprez, *supra* note 61 à la p. 89. On ne peut donc faire une analogie entre la présente loi et la *Loi sur le dimanche* en cause dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* D'adoption récente, la *Loi sur le mariage civil* n'est pas fondée sur des motifs religieux, elle traduit plutôt le fait que la monogamie est devenue un « principe organique de la société canadienne » qui protège le principe d'égalité des époux.

²⁵⁰ Sur ce point, voir Baines, « Equality », *supra* note 147 aux paras 12-6; voir aussi Lori G. Beaman, « Church, State and the Legal Interpretation of Polygamy in Canada » (2004) 8 : 1 *Nova Religio* 20 à la p. 24 et Bailey *et al.*, « Accroître la reconnaissance », *supra* note 48 aux pp. 26-27.

précité ayant rejeté la théorie de l'objet changeant de la loi²⁵¹, l'infraction criminelle de polygamie risque d'être invalidée à cette première étape puisqu'elle est fondée sur un motif qui est en lui-même contraire aux valeurs véhiculées par la *Charte*. Notre analyse constitutionnelle relativement à cette disposition s'arrêtera donc ici²⁵².

c) *La proportionnalité des mesures*

La justification du caractère proportionnel de la mesure se fait en trois étapes. Premièrement, le gouvernement doit démontrer que sa mesure a un lien rationnel avec l'objectif (i), qu'elle constitue une atteinte minimale au droit garanti par la *Charte* (ii) et que ses effets bénéfiques l'emportent sur ses effets néfastes (iii).

i. Le lien rationnel

L'exigence d'un lien rationnel signifie que « les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question [et qu'elles] ne doivent être ni arbitraires, ni inévitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles »²⁵³. La preuve nécessaire pour étayer la rationalité de ce lien peut être faite de deux manières : par preuve directe ou scientifique ou sur le fondement de la raison ou de la logique²⁵⁴. Dans les cas où il est impossible d'établir directement le lien entre le risque de préjudice et la mesure gouvernementale, la Cour suprême emploie le critère d'« une appréhension raisonnée du préjudice »²⁵⁵.

En ce qui concerne le facteur de rattachement choisi par la règle de conflit de l'article 3088 C.c.Q., c'est la logique et le droit comparé qui nous indiquent sa rationalité. En effet, en droit international privé, la règle de conflit la plus fréquente

²⁵¹ *R. c. Big M Drug Mart Ltd*, *supra* note 230 aux pp. 334-36.

²⁵² Dans l'hypothèse où un tribunal aurait conclu à la validité d'un objectif laïc sous-tendant l'infraction de polygamie, les enjeux soulevés auraient été essentiellement les mêmes que ceux relatifs à la définition du mariage en ce qui concerne la promotion de valeurs égalitaires et de protection de groupes vulnérables contre les effets néfastes de la polygamie. L'acceptation de la théorie de l'objet changeant pourrait donc mener à une analyse plus approfondie de la question. Prenons garde cependant, car notre conclusion relative à la constitutionnalité de la définition du mariage ne préjuge pas d'une potentielle inconstitutionnalité de l'infraction criminelle advenant la poursuite de l'analyse, seul l'inverse étant vrai (puisque'il serait peu probable qu'un tribunal trouve à la fois constitutionnelle l'infraction de polygamie et inconstitutionnelle la définition du mariage, en raison de la contradiction qui en résulterait). Finalement, soulignons que les auteurs suivants ont poursuivi l'analyse et conclu à l'inconstitutionnalité de l'infraction : Baines, « Equality », *supra* note 147 au para. 21; Bailey *et al*, « Accroître la reconnaissance », *supra* note 48 à la p. 29. Les théories avancées par ces auteurs risquent d'être mises à l'épreuve prochainement, puisque deux membres de la communauté mormone de Bountiful, en Colombie-Britannique, Winston Blackmore et James Oler, ont été accusés en janvier 2009 de polygamie par le truchement de l'article 293 du *Code criminel*. Plusieurs croient que cette cause constituera « un test des limites de la loi interdisant la polygamie au Canada. » (James Keller, *Deux dirigeants d'une secte accusés de polygamie*, 7 janvier 2009, en ligne : Cyberpresse <<http://www.cyberpresse.ca/actualites/quebec-canada/justice-et-faits-divers/200901/07/01-815595-deux-dirigeants-dune-secte-accuses-de-polygamie.php>>).

²⁵³ *Oakes*, *supra* note 237 à la p. 139.

²⁵⁴ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (P.G.)*, [1995] 3 R.C.S. 199 aux para. 153-154, juge McLachlin.

²⁵⁵ *R. c. Butler*, *supra* note 148 à la p. 504.

en ce qui concerne la reconnaissance des mariages comportant un élément d'extranéité est la loi personnelle des futurs époux²⁵⁶. Et parmi les pays qui retiennent la loi personnelle, le facteur du domicile est le plus populaire, entre autres chez les pays ayant une forte immigration, comme le Canada, car cela leur permet d'appliquer leurs lois aux nouveaux venus²⁵⁷. Sur le plan de la logique, ce choix est doublement rationnel pour un tel pays puisqu'on reconnaît à ce facteur de rattachement la capacité de forcer l'intégration au milieu de vie habituel en niant la différence²⁵⁸. Ce choix se fonde également sur une présomption d'intention, celle des nouveaux arrivants de se soumettre à la loi du pays d'accueil²⁵⁹ et d'en épouser les institutions considérées centrales pour l'ordre public²⁶⁰.

En ce qui concerne la définition du mariage, les requérants pourraient présenter un argumentaire fondé sur la notion de relativisme culturel. Des auteurs soulignent à raison que le gouffre distançant la polygamie du mariage monogame apparaît moins profond si l'on perçoit la monogamie, séparée de l'indissolubilité, comme une forme de polygamie successive²⁶¹. On soulève également la sur et la sous-inclusivité de la définition en affirmant que les maux que l'on cherche à prévenir se retrouvent tout autant dans les unions monogames que polygames et que toute union polygame n'est pas inégalitaire²⁶². De plus, depuis l'avènement de la *Charte*²⁶³, les tribunaux ont adopté une approche dite fonctionnelle du mariage²⁶⁴ en reconnaissant aux conjoints de fait divers types de droits auparavant réservés aux gens mariés²⁶⁵, et en élargissant la notion de conjugalité de fait²⁶⁶, puis de mariage, aux couples de même sexe. Il suffirait alors de définir les fonctions du mariage comme celles susceptibles d'être remplies par la polygamie.

²⁵⁶ La règle la plus ancienne est la *lex loci celebrationis* qui demeure notamment utilisée aux États-Unis : Wardle, *supra* note 18 à la p. 505.

²⁵⁷ Par opposition aux pays de tradition civiliste qui ont majoritairement retenu le facteur de la nationalité. *Ibid.* à la p. 504.

²⁵⁸ Goldstein, « L'autonomie de la volonté », *supra* note 244 aux pp. 200 et 214.

²⁵⁹ *Ibid.* à la p. 214.

²⁶⁰ Au Québec, on considère, sur le fondement de cette présomption, qu'un contrat moral lie les immigrants et la société d'accueil, les premiers s'engageant à respecter les principes fondamentaux de la seconde : Ministère des Communautés culturelles et de l'Immigration du Québec, *Au Québec pour bâtir ensemble* (Énoncé de politique en matière d'immigration et d'intégration), Direction des communications, Québec, 1990 à la p. 16. Goldstein, « L'autonomie de la volonté », *supra* note 244 à la p. 204 : la volonté de l'individu est une composante implicite de la notion de domicile prévue à l'article 76 C.c.Q.

²⁶¹ Fadlallah, *supra* note 174 à la p. 344; Gaudemet-Tallon, *supra* note 53 aux pp. 230-31.

²⁶² Bailey *et al.*, « Accroître la reconnaissance », *supra* note 48 aux pp. 28-29.

²⁶³ Notamment l'entrée en vigueur de l'article 15 portant sur le droit à l'égalité.

²⁶⁴ Onofrio Ferlisi, « Recognizing A Fundamental Change: A Comment on Walsh, The Charter, and the Definition of Spouse » (2001) 18 Rev. Can. D. Fam. 159 au para. 30; Nicholas Bala, « History and Future of the 'Legal Family' in Canada », National Judicial Institute Program, Toronto, 29 novembre 2007 à la p. 9 [non publiée].

²⁶⁵ *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418. Cette extension trouve toutefois ses limites dans le respect de la liberté contractuelle et de l'autonomie individuelle : *Nouvelle-Écosse (P.G.) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325.

²⁶⁶ *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

Cet argument, certes intéressant, rencontre toutefois plusieurs difficultés. Si l'on considère qu'une des fonctions du mariage est la promotion du bien-être des parties vulnérables, dont les femmes et les enfants²⁶⁷, on doit distinguer la reconnaissance juridique grandissante octroyée aux conjoints de fait et aux conjoints de même sexe, qui comblent effectivement les mêmes besoins fonctionnels, de la question polygame²⁶⁸. En effet, la polygamie soulève des enjeux sociaux importants, considérant la nature inégalitaire de ce type de relation. De nombreuses études appuient la prétention du gouvernement voulant que l'interdiction de polygamie promeuve les valeurs d'égalité entre les sexes ainsi que les droits de l'enfant. Elles en soulignent les effets néfastes et nous croyons qu'elles édifient une appréhension raisonnée du préjudice que subiraient ces groupes vulnérables si la polygamie était permise²⁶⁹. Sur le plan du droit comparé, soulignons que la plupart des pays font de la monogamie une condition de fond²⁷⁰.

ii. L'atteinte minimale

Dans l'arrêt *Oakes*, la Cour suprême du Canada avait formulé de façon très sévère le fardeau de preuve du gouvernement qui devait démontrer que la mesure contestée portait « le moins possible »²⁷¹ atteinte au droit protégé constitutionnellement. Or, on a rapidement compris qu'un tel test entraînerait l'invalidation de toutes les mesures contestées²⁷². Afin d'éviter un tel résultat, la notion même d'atteinte minimale doit donc comporter un degré minimal de retenue. Un tribunal considérera que l'exigence d'atteinte minimale sera rencontrée si le législateur a choisi une des diverses solutions raisonnables qui s'offraient à lui²⁷³.

²⁶⁷ Fonction suggérée par Nicholas Bala et Rebecca Jaremko Bromwich, « Context and Inclusivity in Canada's Evolving Definition of the Family » (2002) 16 Int'l J.L. Pol'y & Fam. 145 à la p. 167. On pourrait y ajouter l'apport de stabilité et d'avantages sociaux, de même que l'apport de soins, d'affection, la socialisation des enfants, le contrôle social des membres ainsi que la distribution de biens et de services : Ferlisi, *supra* note 264 au para. 6. La procréation a pour sa part été rejetée par la jurisprudence en tant que fonction essentielle du mariage, renversant ainsi l'arrêt *Layland v. Ontario (Minister of Consumer & Commercial Relations)* (1993), 14 O.R. (3d) 658 (Div. Ct.).

²⁶⁸ Nicholas Bala « Controversy over Couples in Canada: The Evolution of Marriage and Other Adult Interdependent Relationships » (2003) 29 Queen's L.J. 41 aux pp. 86-88. À l'inverse, on peut ajouter que suivant cette même approche fonctionnelle, les fonctions que remplissait la polygamie dans les pays où elle est permise ne se retrouvent pas au Canada, où il n'y a pas d'excédent de femmes dû à une guerre, où le divorce est permis et où la femme qui se retrouve seule peut accéder à certains avantages/remèdes. Ces fonctions sont citées par Bailey *et al.*, « Accroître la reconnaissance », *supra* note 48 aux pp. 2-6. L'argument est inspiré de Beaman, *supra* note 250 à la p. 115.

²⁶⁹ Voir ci-dessous, section 3.2.2.1.

²⁷⁰ Wardle, *supra* note 18 à la p. 500.

²⁷¹ *Oakes*, *supra* note 237 au para. 70.

²⁷² Malgré tout, c'est à l'étape de l'atteinte minimale que la majorité des mesures contestées sont invalidées par la Cour. Leon E. Trackman, William Cole-Hamilton et Sean Gatién, « R. v. Oakes 1986-1997 : Back to the Drawing Board » (1998) 36 Osgoode Hall L.J. 83 au para. 34. En 1997, 86 % des 50 mesures gouvernementales jugées inconstitutionnelles avaient échoué à l'étape de l'atteinte minimale.

²⁷³ *Canada (P.G.) c. JTI-MacDonald Corp.*, [2007] 2 R.C.S. 610 au para. 43.

Le facteur de rattachement du domicile constitue-t-il une atteinte minimale à la liberté de religion? Deux solutions alternatives doivent ici être étudiées afin d'établir le caractère raisonnable du choix du législateur.

Premièrement, il est possible d'avancer le facteur de rattachement de la religion comme substitut moins attentatoire. Cet argument s'inspire de la situation prévalant dans les États pluralistes, où il est courant que chaque groupe religieux soit gouverné par ses propres lois en matière personnelle²⁷⁴, ainsi que de la conception personnaliste de l'islam suivant laquelle il n'y a pas lieu de régir un non-musulman par la loi islamique²⁷⁵. Cet argument a été soulevé devant la Cour suprême de l'Île Maurice qui a refusé à la communauté musulmane le droit d'être gouvernée par la loi chiite quant au mariage, au divorce et aux héritages²⁷⁶. Dans son jugement, la Cour affirme que la liberté de religion n'est pas indûment restreinte du fait de l'existence d'une loi uniforme prohibant la polygamie pour toutes les communautés de l'île. Nous croyons que cette conclusion, qui découle de l'existence même d'un État laïc, est applicable à l'État québécois, dont la laïcité constitue une valeur fondamentale²⁷⁷.

Une seconde alternative au facteur de rattachement du domicile, proposée par un auteur, serait susceptible d'être moins attentatoire à la liberté de religion en mettant de l'avant l'autonomie de la volonté des parties : la *professio juris*²⁷⁸. Cet auteur suggère de permettre aux futurs époux de choisir librement entre l'une des deux lois personnelles régissant les conditions de fond du mariage²⁷⁹. Évidemment, cette alternative n'est d'aucune aide aux futurs époux qui ont un domicile commun, mais elle introduit définitivement une certaine souplesse, ce qui ne peut qu'être favorable au respect de la liberté de religion dans le cas de domiciles différents. Toutefois, l'auteur de cette proposition lui-même reconnaît que l'ordre public peut constituer une limite à cette volonté, notamment dans le cas de mariage polygame²⁸⁰, ce qui sous-entend qu'il est toujours légitime pour un État d'imposer ses valeurs locales et que cela ne constitue pas une atteinte injustifiée à la liberté de religion. D'autre part, nous sommes en accord avec Gérald Goldstein pour dire que cette proposition introduit davantage de flexibilité dans

²⁷⁴ Pensons notamment à l'Inde où les musulmans et hindous sont chacun régis par leurs lois religieuses en matière personnelle. Les conversions d'époux de mariages hindous monogames à la foi musulmane, lorsqu'il leur est impossible d'obtenir le divorce et qu'ils désirent contracter un second mariage causent d'ailleurs certains problèmes. *Lily Thomas v. Union of India et al.*, [2000] 2 L.R.I. 623 (Ind. Supreme Court) au para. 2 (QL).

²⁷⁵ Déprez, *supra* note 61 aux pp. 82-84.

²⁷⁶ *Bhewa v. Government of Mauritius*, 1991 LRC (Const) 298 (1990), cité par Deller Ross, *supra* note 97 à la p. 37.

²⁷⁷ La séparation entre l'État et la religion est une des trois valeurs fondamentales mentionnées par Jean Charest lors de la création de la commission Bouchard-Taylor : Charest, *supra* note 156.

²⁷⁸ Proposée par Jean-Yves Carlier dans *Autonomie de la volonté et statut personnel : étude prospective de droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

²⁷⁹ Le choix entre l'une des lois personnelles prescrites par la règle de conflit vise à préserver un lien de proximité. Notons que Carlier retient toutefois les facteurs de rattachement de la nationalité et de la résidence habituelle plutôt que celui du domicile. Par ailleurs, les conditions de forme ne seraient pas sujettes à l'exercice de la *professio juris*. *Ibid.* à la p. 181 et s., aux pp. 314-17.

²⁸⁰ *Ibid.* à la p. 329.

un État dont le facteur de rattachement est la nationalité, plutôt que le domicile ou le lieu de résidence habituelle²⁸¹.

Au surplus, il est raisonnable de penser que le domicile est un lien suffisant pour justifier l'imposition d'une conception locale et uniforme du mariage lorsque l'établissement est préalable à celui-ci²⁸². Finalement, rappelons que la nullité d'un mariage célébré conformément à la loi religieuse d'époux domiciliés au Canada, mais en contradiction avec les conditions de fond édictées par le législateur fédéral n'est pas fatale, puisque la putativité en amoindrit les conséquences.

En ce qui concerne la définition du mariage, l'appréciation du caractère minimal de l'atteinte repose de nouveau sur l'examen de solutions alternatives susceptibles d'atteindre l'objectif gouvernemental, soit la protection des femmes et des enfants. On suggère ainsi que le législateur dispose déjà des outils juridiques et sociaux nécessaires pour s'attaquer aux problèmes de violence conjugale, de pauvreté et de santé mentale qui y sont associés et qui, de surcroît, ne sont pas exclusifs aux ménages polygames. Rappelons toutefois que de nombreuses études établissent une corrélation entre cette institution et ces maux, et surtout que la polygamie est une relation dont la structure est fondamentalement inégalitaire²⁸³. À la lumière de ces éléments, nous croyons que le législateur était fondé d'exiger la monogamie.

iii. La proportionnalité

Modifié par la Cour suprême dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*²⁸⁴, le troisième critère est celui de la proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de la mesure. En ce qui concerne la règle de conflit de l'article 3088 C.c.Q. et de son facteur de rattachement à la loi du domicile, les effets bénéfiques de la règle au plan de l'uniformisation et de la stabilité sociale et juridique l'emportent sur l'atteinte à la religion.

En ce qui concerne la définition du mariage, nous devons mettre en balance d'un côté l'atteinte portée à la liberté de religion et de l'autre la promotion de l'égalité entre les sexes. Cette étape nous amène à un conflit de droits. Et bien que la Cour suprême nie l'existence de toute hiérarchie entre les droits fondamentaux protégés par la *Charte*²⁸⁵, le droit à l'égalité doit ici avoir primauté sur la liberté de religion. Cette primauté se dégage en outre de l'article 28 de la *Charte* qui s'applique indépendamment des autres dispositions²⁸⁶. La liberté de religion ne peut pas

²⁸¹ Goldstein, « L'autonomie de la volonté », *supra* note 244 à la p. 214.

²⁸² En ce sens, voir Déprez, *supra* note 61 aux pp. 86-89 et 166 et Lagarde, *supra* note 65 à la p. 280.

²⁸³ Voir ci-dessus, partie II, section A i) L'ordre public international et la polygamie.

²⁸⁴ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 aux pp. 887-88 [*Dagenais*].

²⁸⁵ *Dagenais, ibid.* à la p. 877; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772.

²⁸⁶ Ceci est notamment l'opinion de Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 aux pp. 934-35; Hogg, *supra* note 232 aux pp. 773 et 1210-11; André Tremblay, « Le principe d'égalité et les clauses anti-discriminatoires » (1984) 18 R.J.T. 329 à la p. 341; Avis du Conseil du Statut de la femme, *supra* note 152 aux pp. 76 et 88. Le Conseil croit toutefois que cette primauté devrait être affirmée par l'établissement d'une limite interne à la liberté de

davantage justifier qu'il soit causé un préjudice à un groupe vulnérable²⁸⁷. En Inde, où la constitutionnalité d'une loi étatique prescrivant la monogamie a été mise en cause en vertu de la liberté de religion, la Cour suprême a justifié l'atteinte ainsi : « *monogamy is a very desirable and praiseworthy institution. If, therefore, the state of Bombay compels Hindus to become monogamists, [...] the state is empowered to legislate [...] notwithstanding the fact that it may interfere with the right of a citizen freely to profess, practice and propagate religion* »²⁸⁸.

* * *

En conclusion, il serait possible et opportun pour le tribunal de prononcer la nullité du mariage des parties, plutôt que de simplement rejeter la requête en divorce, puisque cela aurait pour avantage de leur octroyer les effets de la putativité du mariage. Cette avenue est toutefois glissante, puisqu'elle risque de porter atteinte à la liberté de religion des parties. Nous croyons néanmoins que ces atteintes sont justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*.

Face à l'augmentation constante de l'immigration au Canada, les tribunaux risquent d'être de plus en plus souvent confrontés à des questions touchant la reconnaissance des mariages polygames. Ceci est d'autant plus vrai que la proportion d'immigrants pourrait atteindre 22 % de la population canadienne d'ici 2017 et que la moitié des 10 premiers pays d'origine des résidents permanents permet la polygamie à un certain degré (Inde, Iran, Pakistan, Philippines et Sri Lanka)²⁸⁹. Il semble donc essentiel que l'état du droit soit clarifié puisque les demandes ne manqueront pas d'affluer dans les prochaines années. Ces remarques sont particulièrement à propos en ce qui concerne le divorce. Bien que le droit international privé intervienne déjà lors de la formation d'un couple, les règles se complexifient en matière de désunion : « la confrontation du droit international privé avec la réalité est beaucoup plus difficile : chacun argue de ses différences (nationalité, domicile, religion, culture) et le droit international privé est alors à un double titre un droit des conflits : conflit entre les droits et conflit entre les personnes »²⁹⁰.

religion et non dans le cadre de l'article premier. Cette primauté a été reconnue dans *Syndicat canadien de la fonction publique c. Québec (P.G.)*, [2004] J.Q. n° 21 (QL) (C.S.) au para. 1416.

²⁸⁷ *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] R.C.S. 315. L'atteinte à la liberté de religion est justifiée afin d'empêcher qu'il soit porté préjudice à un enfant.

²⁸⁸ *Javed & Ors v. State of Haryana & Ors*, [2003] 3 L.R.I. 323 au para. 50 (Supreme Court of India) (QL).

²⁸⁹ Bailey *et al.*, « Accroître la reconnaissance », *supra* note 48 à la p. 18. Notons cependant qu'au troisième trimestre de 2008, le Maroc et l'Algérie, qui permettent la polygamie, se classaient parmi les quatre principaux pays de naissance des immigrants, totalisant 14,3 % de ceux s'établissant au Québec, ce qui est une proportion moindre que dans l'ensemble du Canada. Québec, Ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles, *Bulletin statistique sur l'immigration permanente au Québec, 3^e trimestre et 9 premiers mois 2008*, en ligne : Immigration et Communautés culturelles du Québec <<http://www.micc.gouv.qc.ca/publications/fr/recherches-statistiques/BulletinStatistique-2008-trimestre3-ImmigrationQuebec.pdf>>.

²⁹⁰ Gaudemet-Tallon, *supra* note 53 à la p. 273.

La possibilité pour un tribunal québécois de prononcer le divorce d'une union polygame contractée à l'étranger repose donc implicitement sur la validité de ce mariage au sens du droit international privé. Pour qu'un mariage soit valide, les deux époux doivent avoir été domiciliés au moment du mariage dans des États qui permettraient la polygamie. Cela est toutefois insuffisant puisqu'il faut de surcroît s'assurer que l'exception d'ordre public international n'invalide pas le mariage. En effet, la polygamie porte atteinte à l'égalité entre les sexes, une valeur centrale de l'ordre public international. Si des liens suffisants rattachent la situation polygame au for, le mariage est alors invalide. De façon générale, on doit toutefois considérer comme valide un mariage polygame contracté par des époux de bonne foi conformément à leurs lois personnelles et on doit permettre à cette union de produire des effets juridiques en accord avec l'ordre public interne, notamment tous les effets qui se rapportent à sa dissolution. Ainsi, la polygamie doit être « reconnue dans ses conséquences moralement neutres et généralement sources d'obligations pour le mari »²⁹¹.

Dans l'hypothèse inverse, par exemple si l'un des époux était domicilié au Canada au moment de l'union, le mariage est invalide. Le tribunal doit alors se demander s'il convient d'en prononcer la nullité. En dépit de l'atteinte à la liberté de religion qui en résulterait, nous croyons qu'il serait préférable pour le tribunal de prononcer la nullité, puisque cela permettrait aux parties de bonne foi de bénéficier de la putativité. À notre avis, tant la règle de conflit prévue à l'article 3088 C.c.Q. que l'exigence de monogamie de la *Loi sur le mariage civil* sont des mesures justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique, mesures qui visent à protéger des individus vulnérables et à promouvoir la valeur d'égalité.

Les solutions dégagées ci-haut démontrent la complexité de faire régir les effets du mariage polygame par une loi qui ne reconnaît pas cette institution. Afin de pallier à ces aléas, certains auteurs²⁹², auxquels nous joignons notre voix, croient qu'une institution étrangère à l'Occident, telle que la polygamie, ne devrait pas être gouvernée par un système juridique qui la méconnaît et proposent de régir la polygamie par la loi commune des parties ou celle de la validité du mariage. Cela s'explique par le fait que l'« on trouve dans les systèmes juridiques qui admettent la polygamie des éléments de réponse à des difficultés propres à cette institution »²⁹³. Dans une telle optique, le divorce serait régi par une loi étrangère et c'est le résultat de cette application qui serait confronté à l'ordre public, ce qui permettrait d'éviter le débat fort abstrait de la portée de l'ordre public à l'égard de la validité du mariage lorsque celle-ci prend la forme d'une question sous-jacente ou préalable. Le juge apprécierait donc simplement les résultats concrets qu'aurait la loi étrangère et pourrait alors y opposer l'ordre public de manière plus cohérente. Cela impliquerait, de la part du législateur, une modification de la *Loi sur le divorce* afin d'y inclure une règle de conflit de lois permettant un tel procédé.

²⁹¹ Ibrahim Fadlallah, *La famille légitime en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1977 à la p. 185.

²⁹² Bourdelois, *supra* note 39 aux pp. 233-34; Bischoff, *supra* note 52 aux pp. 101-02.

²⁹³ Bourdelois, *ibid.* à la p. 234.