

# DU MARIAGE GAI À LA POLYGAMIE : TRIOMPHE DU DROIT À L'ÉGALITÉ?

Marie-France Bureau\* et Kim Désilets\*\*

---

*La quête du mariage pour les conjoints de même sexe est généralement conçue au Canada comme une affaire de droits fondamentaux. L'étude de la mobilisation des gais et lesbiennes au Québec démontre que l'évolution des droits d'une minorité est moins linéaire qu'il n'y paraît. La transformation des normes dépend de facteurs multiples et d'influences. Ces constatations remettent en question la théorie de la pente glissante selon laquelle la légalisation du mariage gai ouvrirait naturellement la porte à la polygamie et au mariage à partenaires multiples. Nos recherches sur la reconnaissance de la conjugalité gaie et lesbienne dans le contexte canadien remettent en question cette éventualité en relativisant la place occupée par les droits fondamentaux dans la transformation des institutions telles que le mariage.*

---

*The quest for same-sex marriage is generally considered to be a fundamental rights issue in Canada. A study of efforts by gays and lesbians in Québec demonstrates that the evolution of minority rights is less linear than it appears. A transformation in norms is the result of multiple factors and cross-influences. These findings challenge the slippery slope theory according to which legalization of same-sex marriage would open the door to polygamy or to multiple-partner marriages. Our research on recognition of gay or lesbian marriages in Canada contextualizes the importance of fundamental rights in the transformation of institutions such as marriage.*

---

Depuis quelques décennies, les droits des personnes homosexuelles ont progressé de manière fulgurante, à tout le moins dans les pays occidentaux. Des législations et des instruments de protection des droits de la personne ont progressivement interdit la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle. Depuis la fin des années quatre-vingt-dix, des mécanismes de reconnaissance de la conjugalité et de la parenté homosexuelles ont été mis en place. Au-delà de ces acquis juridiques, les gais et les lesbiennes ont travaillé pour obtenir une place dans la société en changeant les perceptions

---

\* Professeure agrégée, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

\*\* LL.B., LL.M., avocate chez Gosselin Girard Avocats Inc. et chargée de cours à l'Université de Sherbrooke.

à leur égard. Tout un travail de sensibilisation et d'éducation a été déployé afin de créer un espace de citoyenneté pour les minorités lesbienne, gaie, bisexuelle, transsexuelle (« *L.G.B.T.* »); en fait, pour tous ceux qui ne correspondaient pas à l'orthodoxie du genre, au dualisme sexuel.

Dans cette trame historique et ce processus d'action de la communauté *L.G.B.T.* depuis les années 1970, la mobilisation et les initiatives ont été multiples et diversifiées. Parmi les batailles entreprises au Canada, plusieurs groupes ont milité en faveur de l'accès au mariage gai, qui apparaît comme l'ultime bataille de cette communauté, l'achèvement de toute cette lutte sociale. C'est comme si tout le travail pour déconstruire le genre et élargir les possibilités en matière de sexualité avait été éclipsé par la question de l'accès au mariage.

L'espace citoyen pour des sexualités non conformes, l'ouverture des mentalités face aux comportements amoureux et sexuels ou la création de nouveaux arrangements familiaux semblent effacés par l'historiographie récente au profit de l'histoire nuptiale. L'accès des gais et lesbiennes au mariage symbolise l'atteinte de l'égalité juridique tant attendue. La reconnaissance juridique du couple homosexuel (unions civiles, partenariats enregistrés, mariages, etc.) n'est évidemment pas uniquement vue sous cet angle. Des auteurs voient dans l'accès au mariage l'aboutissement d'une célébration nécessaire<sup>1</sup>, une évolution témoignant de la contractualisation des liens conjugaux<sup>2</sup>, voire même un relais au service de l'État pour stabiliser les couples gais<sup>3</sup>.

Des auteurs de la « *Queer Theory* » et féministes soulignent à cet égard le potentiel régulateur et uniformisant du mariage<sup>4</sup>. Selon cette position, l'accès aux institutions conjugales a pour résultat de créer de nouveaux sujets gais et lesbiens, dans le cadre du couple normalisé, légitimé, créant ainsi une division entre les bons gais et les autres<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Bruce MacDougall, « The Celebration of Same-Sex Marriage » (2000-2001) 32 R.D. Ottawa 235.

<sup>2</sup> Alain Roy, « Partenariat civil et couples de même sexe : la réponse du Québec » (2001) 35 R.J.T. 663.

<sup>3</sup> Jeffrey Weeks, « Royaume-Uni. Le partenariat civil, un compromis très british... » dans Virginie Descoutures *et al.*, dir., *Mariages et homosexualités dans le monde. L'arrangement des normes familiales*, Paris, Éditions Autrement, 2008, 45 à la p. 54, n. 33.

<sup>4</sup> Brenda Cossman, « Canadian Same Sex Relationships Recognition Struggles and the Contradictory Nature of Legal Victories » (2000) 48 Clev. St. L. Rev. 49.

<sup>5</sup> Voir par exemple Judith Butler, « On Being Beside Oneself : On the Limits of Sexual Autonomy » dans Nicholas Bamforth, dir., *Sex rights : the Oxford Amnesty Lectures 2002*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 48 à la p. 59; Janet Halley,

La quête du mariage pour les conjoints de même sexe est néanmoins généralement conçue au Canada comme une affaire de droits fondamentaux<sup>6</sup>. Le discours entourant l'accès des gais au mariage laisse entrevoir que cette histoire représente l'aboutissement du droit à l'égalité protégée par la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après « Charte canadienne »). Il est en effet aisé de reconstituer l'histoire du mariage gai au Canada en suivant le fil d'une série de législations clés et de quelques décisions judiciaires importantes des dernières années et d'en conclure que la transformation du mariage résulte d'un processus constitutionnel de reconnaissance des droits fondamentaux. C'est d'ailleurs ce qui se dégage clairement de la décision de la Cour d'Appel de l'Ontario dans la fameuse affaire *Halpern*<sup>7</sup> dans laquelle les juges de cet influent tribunal canadien ont conclu que l'exclusion des conjoints de même sexe du mariage civil était contraire au droit à l'égalité et que ce traitement différentiel ne trouvait pas de justification dans notre société démocratique.

Nous proposons de faire d'abord l'exercice de cette chronologie constitutionnelle et de la comparer aux données que nous avons recueillies au Québec. Nous avons procédé à une série d'entrevues semi-dirigées au printemps 2006 avec des hommes politiques, des militants de la communauté gaie et lesbienne et un avocat de la Commission des droits de la personne et de la jeunesse du Québec<sup>8</sup>. Leur position de témoins privilégiés et d'acteurs directement impliqués dans les phénomènes sociaux qui nous intéressent nous a permis d'entrevoir les

---

« Recognition, Rights, Regulation, Normalisation : Rhetorics of Justification in the Same-Sex Marriage Debate » dans Robert Wintemute and Mads Andenaes, dir., *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships : A Study of National, European and International Law*, Oxford, Hart Publishing Ltd., 2001, 97. À cet égard, Daniel Borillo va jusqu'à affirmer que les gains juridiques obtenus par les gais en matière d'égalité en France l'ont été au prix de la liberté. Selon ce chercheur, le mouvement tendant à reconnaître de plus en plus de droits aux femmes et aux homosexuels a eu pour contrepartie le développement d'une répression et d'une démagogie sexuelle corrélative (par exemple à l'égard des pratiques sexuelles non conventionnelles). À l'aide de plusieurs exemples concrets tirés du droit pénal français et du droit européen, Borillo constate un mouvement de répression accru des pratiques sexuelles peu orthodoxes et une surpénalisation des infractions à caractère sexuel : Daniel Borillo, « Démocratie ou démagogie sexuelle? » dans Marie-France Bureau, dir., *Sexualité et démocratie. Perspectives multidisciplinaires francophones*, Sherbrooke, Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2009, 51.

<sup>6</sup> Alexandre Morin, *Le droit à l'égalité au Canada*, Montréal, Lexis Nexis, 2008 aux pp. 129 et s.

<sup>7</sup> *Halpern v. Attorney General of Canada* (2002), 60 O.R. (3<sup>e</sup>) 321 (Div. Ct. Ont.) [*Halpern*], conf. par (2003), 65 O.R. (3<sup>e</sup>) 161 (C.A. Ont.).

<sup>8</sup> Pour la liste des personnes interviewées et leurs fonctions ainsi que la méthodologie, voir partie I de l'annexe.

interactions entre les différents protagonistes et la perception qu'ils avaient du rôle des normes d'égalité dans l'évolution des réformes relatives à la conjugalité. Bien que nos sources soient limitées à six entrevues d'une durée d'une heure à une heure trente, et malgré la rareté des ressources documentaires et historiques, notre recherche apporte néanmoins un éclairage intéressant sur la question. Et ce, en grande partie parce que nous avons pu obtenir le point de vue des acteurs, ceux-là mêmes qui ont œuvré au sein des organisations et des institutions concernées et qui représentent la mémoire vivante de cette aventure des 30 dernières années liant tant bien que mal une minorité sociale, ses aspirations et l'État.

Cette comparaison se situant à l'intérieur même du système juridique canadien laisse entrevoir que l'évolution des droits de la minorité qui nous intéresse est sans doute moins linéaire qu'il n'y paraît. La transformation des normes dans ce domaine dépend de facteurs multiples et d'interinfluences.

Cette analyse nous permet de projeter quelques hypothèses quant au sort des unions conjugales à partenaires multiples de type polygame ou polyamour<sup>9</sup> qui font l'objet de plus en plus d'attention de la part des décideurs et des chercheurs qui s'intéressent aux transformations de la famille<sup>10</sup>. En effet, dans la foulée du débat sur le mariage gai, un discours

---

<sup>9</sup> Un site internet français définit le polyamour comme étant « la volonté, la pratique ou l'acceptation de vivre une relation amoureuse impliquant plus de deux personnes (nous parlons donc de "non-monogamie") avec la pleine connaissance et le consentement de chaque personne concernée. Notons que les différents partenaires amoureux n'entretiennent pas nécessairement de relation entre eux, cette distinction permettant de définir les deux principaux mode[s] d'expression du polyamour (que nous abordons ailleurs). C'est donc une libération des sentiments, un rejet de la notion d'appartenance et d'exclusivité amoureuse telle qu'elle est véhiculée dans nos vieilles traditions culturelles et religieuses. Cette liberté sentimentale s'accompagne néanmoins d'un comportement qui se veut honnête, transparent, respectueux et responsable. Le polyamour est donc nécessairement consensuel et répond à une certaine éthique. » Voir en ligne : <[www.polyamour.fr/polysite/node/2](http://www.polyamour.fr/polysite/node/2)> : (site consulté en juillet 2009). Selon ce même site, le terme est un néologisme emprunté à l'anglais « polyamori ».

<sup>10</sup> Des rapports de recherche ont notamment été commandés par divers organismes gouvernementaux sur la question. Voir par exemple : Ministère de la Justice du Canada, *La polygynie et les obligations du Canada en vertu du droit international en matière de droits de la personne*, par Rebecca J. Cook et Lisa M. Kelly, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, section de la famille, des enfants et des adolescents, 2006 en ligne : Ministère de la Justice du Canada <[www.justice.gc.ca](http://www.justice.gc.ca)>; Condition féminine Canada, *La polygamie au Canada : conséquences juridiques et sociales pour les femmes et les enfants. Recueil de rapports de recherche en matière de politiques*, par Angela Campbell, Nicholas Bala et al., Ottawa, Condition féminine Canada, 2005, en

évoquant une pente glissante est de plus en plus répandu dans les médias et dans une certaine littérature<sup>11</sup>. Selon cette position, l'élimination de la condition d'hétérosexualité pour accéder au mariage ouvrirait naturellement la porte à la polygamie et au mariage à partenaires multiples. Nos recherches sur la reconnaissance de la conjugalité gaie et lesbienne dans le contexte canadien remettent en question cette éventualité en relativisant la place occupée par les droits fondamentaux dans la transformation des institutions telles que le mariage.

### *La thèse constitutionnelle*

À la suite de l'adoption de la loi omnibus de 1969<sup>12</sup> ayant décriminalisé l'homosexualité au Canada, il faudra attendre le rapatriement de la Constitution et l'adoption de la Charte canadienne en 1982 pour effectuer un virage juridique important dans le développement des droits des gais et lesbiennes au Canada. L'article 15 de la Charte canadienne prévoit le droit à l'égalité sans pour autant prévoir expressément l'orientation sexuelle comme motif prohibé de discrimination. Ce n'est qu'en 1995, dans l'affaire *Egan c. Canada*<sup>13</sup>, que la Cour suprême du

---

ligne : CREUM <[http://www.creum.umontreal.ca/IMG/pdf/rapports\\_condition\\_feminine.pdf](http://www.creum.umontreal.ca/IMG/pdf/rapports_condition_feminine.pdf)> [Condition féminine Canada, *La polygamie au Canada*]. Voir également les textes en droit de la famille qui traitent de cette question tels que : Charles P. Kindregan Jr., « Religion, Polygamy, and Non-Traditional Families : Disparate Views on the Evolution of Marriage History and in the Debate Over Same-Sex Unions » (2007) 41 *Suffolk U.L. Rev.* 19; Lisa M. Kelly, « Bringing International Human Rights Law Home : An Evaluation of Canada's Law Treatment of Polygamy » (2007) 65 *U.T. Fac. L. Rev.* 1; Robert Leckey, « Profane Matrimony » (2006) 21:2 *C.J.L.S.* 1; D. Marisa Black, « Beyond Child Bride Polygamy : Polyamory, Unique Familial Constructions, and the Law » (2006) 8 *J.L. & Fam. Stud.* 497; Elizabeth F. Emens, « Monogamy's Law : Compulsory Monogamy and Polyamorous Existence » (2004) 29 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 277-76; Nicholas Bala, « Controversy over Couples in Canada : The Evolution of Marriage and Other Adult Interdependent Relationships » (2003) 29 *Queen's L.J.* 41.

<sup>11</sup> Selon un discours conservateur nord-américain assez répandu, le mariage entre conjoints de même sexe conduirait nécessairement à la fin du mariage et ouvrirait la porte à toutes les hérésies, du mariage multiple en passant par la bestialité. Pour un bon exemple de ce discours sur le « slippery slope » on consultera les nombreux textes disponibles en ligne, notamment Stanley Kurtz, « Beyond Gay Marriage » *The Weekly Standard* (4-11 août 2003), en ligne : <<http://www.weeklystandard.com>>; Maggie Gallagher, « What is Marriage For? The Public Purposes of Marriage Law » (2002) 62 *La. L. Rev.* 773.

<sup>12</sup> *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, L.C. 1968-69, c. 38, art.7.

<sup>13</sup> [1995] 2 *R.C.S.* 513. Dans cette affaire, un couple homosexuel conteste la constitutionnalité de l'art. 2 et du par. 19(1) de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, qui prévoit le versement d'une allocation aux conjoints. Cette loi prévoit que cette allocation est réservée aux conjoints d'une union hétérosexuelle qui sont mariés ou qui vivent en union de fait.

Canada a reconnu l'orientation sexuelle comme motif de discrimination analogue à ceux énumérés à l'art. 15 de la Charte canadienne :

Si j'ai habituellement des réserves quant aux concessions en matière de questions constitutionnelles, je n'ai toutefois aucune difficulté à accepter la prétention des appelants selon laquelle, qu'elle repose ou non sur des facteurs biologiques ou physiologiques, ce qui peut donner matière à controverse, l'orientation sexuelle est une caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n'être modifiée qu'à un prix personnel inacceptable *et qui, partant, entre dans le champ de protection de l'art. 15 parce qu'elle est analogue aux motifs énumérés* [nos italiques]<sup>14</sup>.

Bien que la Cour ait reconnu que l'orientation sexuelle constituait un motif de discrimination au sens de l'art. 15 de la Charte canadienne, la majorité des juges a conclu que le couple appelant n'était pas victime de discrimination malgré la distinction de traitement dont les conjoints avaient fait l'objet<sup>15</sup>. Dans cette affaire, N demandait l'allocation à laquelle le conjoint âgé entre 60 et 65 ans a droit en vertu de l'art. 19 (1) de la *Loi sur la sécurité du revenu*<sup>16</sup>. Sa demande a été rejetée par les autorités pour le motif que N et E ne formaient pas un couple au sens de la Loi. La Cour suprême a rejeté le pourvoi des appelants qui contestait la validité constitutionnelle de la définition de « conjoint » prévue dans la Loi. Selon la majorité, la Loi établit clairement une distinction entre les couples hétérosexuels et homosexuels. Toutefois, cette distinction ne constitue pas une discrimination pour la majorité puisque la Loi poursuivait un objectif tout à fait légitime, soit de protéger les unités familiales hétérosexuelles, seules unités familiales à avoir la capacité de procréer et qui consacre quotidiennement ses ressources à l'éducation des enfants<sup>17</sup>.

Moins de quatre ans après l'affaire *Egan*, la Cour suprême du Canada adopte un tout autre discours dans l'arrêt *M. c. H.*<sup>18</sup> en 1999. Dans cette cause, la Cour suprême a élargi la protection des personnes homosexuelles contre la discrimination aux relations de couple plutôt que de la limiter aux individus. Pour le plus haut tribunal, le fait de

---

<sup>14</sup> *Ibid.* à la page 528.

<sup>15</sup> *Ibid.* à la page 539.

<sup>16</sup> L.R.C. 1985, c. O-9.

<sup>17</sup> *Supra* note 13 aux pp. 538-539.

<sup>18</sup> [1999] 2 R.C.S. 3. Dans cette affaire, M. contestait la validité constitutionnelle de l'art. 29 de *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, puisque la demande d'aliments était réservée aux conjoints mariés ou à un homme et une femme qui avaient cohabité pendant plus de trois ans. Selon l'appelante, cette disposition violait le droit à l'égalité en vertu de l'art. 15 de la Charte canadienne.

refuser aux conjoints de même sexe des obligations et des droits familiaux était contraire à la Charte canadienne :

L'exclusion des partenaires de même sexe du bénéfice du régime de l'obligation alimentaire entre conjoints laisse entendre qu'ils sont jugés incapables de former des unions intimes marquées par l'interdépendance financière, peu importe leur situation. Si l'on prend en considération ces facteurs, il est manifeste que la définition du mot « conjoint » à l'art. 29 de la LDF porte atteinte à la dignité humaine des personnes qui forment une union avec une personne du même sexe<sup>19</sup>.

Dans l'affaire *M. c. H.*, le plus haut tribunal a mis l'accent sur la légitimité de l'union de fait homosexuelle dans la société canadienne. La reconnaissance des droits des conjoints de même sexe dans le cadre d'une union de fait allait, selon la thèse constitutionnelle, concrètement dans la direction de la légalisation du mariage entre conjoints de même sexe.

De manière concomitante à la cause *M. c. H* et dans le prolongement de celle-ci, la plupart des provinces canadiennes ont modifié leurs lois afin de reconnaître aux gais et lesbiennes des droits et bénéfices sociaux dans les domaines tels que l'emploi, l'immigration ou les régimes d'assurances et de retraite. Ainsi, à la fin des années 90, les gouvernements de plusieurs provinces (mais aussi le gouvernement fédéral) ont reconnu, dans diverses lois sociales et administratives, des droits et des avantages aux conjoints de fait de même sexe au même titre que les partenaires de sexe opposé<sup>20</sup>.

Selon cette trame narrative, ces acquis des années quatre-vingt-dix résultent de revendications plus anciennes. Les premiers pas en vue de l'ouverture du mariage aux conjoints de même sexe seraient en fait antérieurs à ces gains et proviendraient d'une cause manitobaine. En 1974, deux hommes ont demandé au Bureau de l'état civil un certificat de mariage après que celui-ci eut été célébré par un pasteur. Or, les autorités civiles du Manitoba ont refusé leur demande et les époux ont contesté la validité de la décision devant les tribunaux provinciaux. Dans cette affaire<sup>21</sup>, la Cour a donné raison aux autorités administratives du Manitoba en invoquant l'universalité du mariage hétérosexuel.

<sup>19</sup> *Ibid.* au para. 3.

<sup>20</sup> Voir par exemple *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, c. 12; *Loi sur l'Office d'investissement des régimes de pension du secteur public*, L.C. 1999, c. 34; *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, L.Q. 1999, c. 14.

<sup>21</sup> *North v. Matheson* (1974), 24 R.F.L. 112 (C.c. Man.). Étonnamment, même

It is of equal importance in the determination of the issue before me that the meaning of marriage is universally accepted by society in the same sense. “Marriage” is defined in Webster’s Third New International Dictionary (1961), as: “the state of being united to a person of the opposite sex as husband or wife; the mutual relation of husband and wife; wedlock; the institution whereby men and women are joined in a special kind of social and legal dependence for the purpose of founding and maintaining a family”<sup>22</sup>.

Bien que cette décision soit antérieure à l’adoption de la Charte canadienne, elle représente tout de même un jalon significatif dans l’histoire de la reconnaissance du mariage des conjoints de même sexe en ce qu’elle fait apparaître la quête du mariage comme étant une revendication historique de la communauté *L.G.B.T.*

Il faudra néanmoins attendre en juillet 2002 pour qu’une Cour canadienne reconnaisse que l’exclusion des couples de même sexe du mariage était inconstitutionnelle parce qu’elle violait l’article 15 de la Charte canadienne consacrant le droit à l’égalité<sup>23</sup>. À la suite de ce jugement, le gouvernement fédéral a fait l’objet de pressions sociales provenant tant de militants gais que d’opposants à la redéfinition du mariage. Il faut préciser que la Cour supérieure du Québec et la Cour d’appel de la Colombie-Britannique<sup>24</sup> avaient déjà donné raison à des couples de même sexe qui contestaient dans ces provinces la définition traditionnelle du mariage. À titre d’exemple, la Cour supérieure du Québec avait revu et adapté la définition du mariage à la réalité sociale actuelle :

On ne définit plus nécessairement le mariage par les enfants qui naissent de l’union. Le mariage est une relation exclusive, intime et durable de deux personnes qui s’engagent à faire la vie commune et à se supporter mutuellement. Le mariage est célébré avec une certaine [solennté] et publiquement. Plus qu’un contrat, une institution dont on ne peut sortir qu’en respectant des conditions spécifiques et par un jugement de Cour. L’évolution de la société du contexte général de la famille et les

---

après l’adoption de la Charte canadienne, une situation semblable à celle de *North* s’est soldée par un échec judiciaire en Ontario. La Cour a en effet refusé de reconnaître un mariage entre personnes de même sexe : *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)* (1993), 14 O.R. (3<sup>e</sup>) 658 (Div. gén. Ont.) [*Layland*].

<sup>22</sup> *Layland*, *ibid.* au para. 15.

<sup>23</sup> *Halpern*, *supra* note 7.

<sup>24</sup> *Ligue catholique pour les droits de l’homme c. Hendricks*, [2004] R.J.Q. 851 (C.A.), confirmant *Hendricks et Leboeuf c. Québec (P.G.)*, [2002] R.J.Q. 2506 (C.S.); *Egale Canada Inc. v. Canada (A.G.)* (2003), 38 R.F.L. (5<sup>e</sup>) 32 (C.A. C.-B.), infirmant (2001), 88 C.R.R. (2<sup>e</sup>) 322 (C. supr. C.-B.).

développements technologiques peuvent suggérer une plus grande flexibilité de l'institution pour mieux répondre aux besoins des couples homosexuels<sup>25</sup>.

En juin 2003, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la décision de première instance dans l'affaire *Halpern*. Selon un journaliste citant des proches du gouvernement<sup>26</sup>, ce serait cet arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui aurait incité le premier ministre de l'époque, Jean Chrétien, à prendre position et à intervenir dans ce débat social afin de trancher la question du mariage.

Ainsi, le gouvernement fédéral a déposé le projet de loi C-38 visant à légaliser le mariage entre conjoints de même sexe sur l'ensemble du territoire canadien. Afin de s'assurer de la constitutionnalité de son projet de loi, le gouvernement fédéral juge alors pertinent de le soumettre à la Cour suprême du Canada pour étude. Le plus haut tribunal du pays en est arrivé à la conclusion que le projet de loi était constitutionnel, car il respectait l'esprit général de la Charte canadienne ainsi que l'ensemble de ses dispositions, particulièrement celles prévoyant le droit à l'égalité (article 15) et la liberté de religion (article 2(a))<sup>27</sup>.

La *Loi sur le mariage civil*<sup>28</sup> a finalement été sanctionnée officiellement le 20 juillet 2005. Le gouvernement a justifié son intervention législative principalement sur la base du droit à l'égalité consacré à la Charte canadienne. D'ailleurs, le long préambule de la *Loi sur le mariage civil* contextualise et justifie l'adoption de cette Loi. On peut y lire :

que seule l'égalité d'accès au mariage civil respecterait le droit des couples de même sexe à l'égalité sans discrimination, et que l'union civile, à titre de solution de rechange à l'institution du mariage, serait inadéquate à cet égard et porterait atteinte à leur dignité, en violation de la Charte canadienne des droits et libertés<sup>29</sup>.

### *La mobilisation au Québec*

Cette histoire de l'ouverture du mariage aux conjoints de même sexe à travers la loupe du droit public a l'avantage de présenter une chronologie linéaire jalonnée de marqueurs législatifs et judiciaires frappants comme

<sup>25</sup> *Hendricks et Leboeuf c. Québec (Procureur général)*, *ibid.* au para. 149.

<sup>26</sup> Sylvain Laroque, *Mariage gai : Les coulisses d'une révolution sociale*, Montréal, Flammarion Québec, 2005 à la p. 162.

<sup>27</sup> *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79.

<sup>28</sup> L.C. 2005, c. 33.

<sup>29</sup> Voir le Préambule de la *Loi sur le mariage civil*, *ibid.*

l'avènement des chartes des droits de la personne et de grandes décisions judiciaires consacrant ces droits fondamentaux. Vu sous cet angle, l'accès des gais et lesbiennes au mariage civil est le résultat concret de l'opérationnalisation du droit à l'égalité<sup>30</sup>.

Cette version de l'histoire a toutefois comme premier inconvénient de passer sous silence le fait que des provinces canadiennes comme la Nouvelle-Écosse et le Québec, et plusieurs juridictions étrangères (pensons au cas des pays scandinaves), ont mis en place des mécanismes de reconnaissance de la conjugalité homosexuelle non pas tant dans une perspective de droit public que dans un contexte de réforme du droit privé de la famille. C'est notamment le cas du Québec qui instaurait, en 2002, l'institution de l'union civile accessible aux conjoints de même sexe et de sexe différent<sup>31</sup>.

Cette initiative du gouvernement québécois et le travail de transformation des valeurs associées à la famille que ce type de projet suppose laisse entrevoir que la sphère constitutionnelle des droits fondamentaux n'opère pas de façon aussi autonome que les auteurs le laissent entendre. Contrairement à la vision selon laquelle la Charte canadienne et les garanties constitutionnelles d'égalité ont plutôt tendance à opérer une influence de type « top-down » sur le droit privé de la famille, il est possible de cerner une interpénétration des valeurs qui circulent de façon souple entre droit privé et droit constitutionnel. Notre travail de recherche au Québec indique que le droit privé de la famille est l'un des terrains qui pénètrent et influencent les valeurs privilégiées par les juges dans l'ordre constitutionnel<sup>32</sup>. Ces conclusions rejoignent celles de Robert Leckey qui, en examinant le cas du mariage gai au Canada, en vient également à la conclusion que le droit privé fait partie du contexte de la toile de fond qui teinte l'interprétation constitutionnelle des droits et libertés garantis<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> En ce sens, voir Robert Wintemute, « Sexual Orientation and the Charter : The Achievement of Formal Legal Equality (1985-2005) and its Limits » (2004) 49 R.D. McGill 1143.

<sup>31</sup> *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6.

<sup>32</sup> Marie-France Bureau et Jacques Papy, « L'orientation sexuelle et la Charte des droits et libertés de la personne : récit d'une trajectoire » (2006) n° thématique hors série R. du B. 109 (« Les gais et lesbiennes, le public en général et les décideurs sont tous influencés par les mêmes idées dominantes et sont soumis à des contraintes similaires quant à ce qui est acceptable ou non, quant à ce qui est culturellement intelligible », *ibid.* à la p. 128).

<sup>33</sup> Robert Leckey constate avec justesse l'influence du droit privé sur l'interprétation des droits et libertés et sur l'opinion des juges eux-mêmes, qui pourrait aller au-delà de

Une autre lacune de la thèse constitutionnelle est celle de négliger l'apport des minorités sociales qui participent, à divers plans, à la transformation des institutions et des normes sociales. Le travail de fond de mobilisation, de sensibilisation et d'éducation opéré par un groupe est occulté en réduisant l'histoire à quelques évènements, arrêts marquants et autres dates mythiques. Cela a pour effet de négliger l'importance de l'action collective et structurée du mouvement gai et lesbien à partir des années 70 qui a permis aux membres de cette minorité sociale d'inscrire à l'agenda public leurs préoccupations.

Les gais et lesbiennes ont pu sensibiliser la population et faire pression sur les gouvernements pour faire avancer leur cause en stimulant des transformations sociales telles que la redéfinition des notions de conjoint ou de filiation que l'on connaît aujourd'hui<sup>34</sup>. Ils ont réussi, par leur mobilisation, à acquérir cette reconnaissance sociale essentielle à l'action politique et ultimement, juridique. Les militants gais ont orienté leur cause vers l'abolition des disparités sociales entre les personnes homosexuelles et hétérosexuelles, ce qui s'est certes soldé par des gains juridiques. Le cas du mariage gai révèle néanmoins qu'il est malaisé d'isoler exactement les facteurs de transformation dans la mesure où l'évolution des droits d'une minorité est liée à une foule de facteurs, dont celui de l'évolution parallèle des valeurs promues par la majorité<sup>35</sup>. Plutôt que de voir l'influence systématique d'une minorité sur la majorité, ou l'inverse, qu'il nomme la normalisation majoritaire, le sociologue Michel Bozon envisage plutôt des processus d'évolution parallèle des deux groupes qui s'expriment de façon différente<sup>36</sup>.

Sans nier le fait que la Charte canadienne ait pu constituer une assise juridique déterminante dans les revendications des groupes *L.G.B.T.*, le cas du mariage gai illustre qu'avant que l'État ne légifère en 2005, tout un travail de sensibilisation et d'éducation a été nécessaire. L'action

---

la formulation des garanties constitutionnelles formelles. Voir Robert Leckey, « Private Law as Constitutional Context for Same-Sex Marriage » (2007) 2 *Journal of Comparative Law* 172 aux pp. 189 et s.

<sup>34</sup> Marie-France Bureau, *supra* note 32.

<sup>35</sup> *Ibid.* aux pp. 137-38. Nos recherches au Québec ont confirmé qu'il n'existe pas de séparation nette entre, d'une part, une minorité sociale et, d'autre part, la sphère du pouvoir détenu par la majorité. L'hypothèse de la séparation ne permet pas de véritablement rendre compte du travail d'éducation et de sensibilisation effectué par les gais et lesbiennes qui évoluent dans plusieurs cercles, y compris au sein des institutions publiques.

<sup>36</sup> Michel Bozon, « Les minorités sexuelles sont-elles l'avenir de l'humanité » dans *Mariages et homosexualités dans le monde. L'arrangement des normes familiales*, *supra* note 3 à la p. 190.

collective a permis de transformer la perception qu'avait la population des minorités sexuelles et ce travail d'éducation visait autant les membres de la communauté que les décideurs, juges et autres autorités étatiques comme la police ou les services de santé.

Nos entrevues ont démontré que la prise de parole de cette minorité dépend d'abord de la mobilisation au sein même de la communauté. De plus, cette mobilisation n'est possible qu'à partir du moment où les membres s'identifient au groupe, prennent conscience qu'ils ont une cause commune :

Dans le cas étudié, il n'était pas possible pour les gais et lesbiennes de formuler les demandes et de prendre la parole alors qu'ils n'étaient pas constitués en tant que groupe et qu'un travail identitaire restait à faire. Nos interlocuteurs ont affirmé qu'ils ne croyaient pas avoir la légitimité nécessaire pour demander une reconnaissance de leurs droits qui, du reste, n'étaient pas encore bien déterminés<sup>37</sup>.

Or, au Québec, ce n'est qu'à partir des années 1990, à la suite d'importantes consultations publiques de la Commission des droits de la personne<sup>38</sup>, que la communauté gaie a pris conscience qu'une multitude d'homosexuels étaient victimes de discrimination et d'inégalités sociales par rapport aux hétérosexuels, et ce, dans plusieurs facettes de leurs vies, notamment au travail et dans leurs relations familiales.

À la suite de ces audiences, toutes les démarches d'action collective de la communauté *L.G.B.T.* se sont intensifiées et concrétisées, puisque les membres de la minorité identifiaient dorénavant les problématiques de discrimination et les difficultés vécues par l'ensemble des membres. Cette première phase de conscientisation interne a donc permis le cadrage (que l'on nomme également « framing » en sociologie) des problématiques permettant de cibler efficacement les objectifs de revendication. Car il ne suffit pas de s'identifier à un groupe, à une cause, pour que l'action collective soit possible. Il faut encore interpréter, catégoriser, donner un sens à une situation considérée comme étant problématique<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Marie-France Bureau, « Les conditions d'émergence d'une prise de parole publique » dans Vincente Fortier et Sébastien Lebel-Grenier, dir., *La parole et le droit : rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke*, Sherbrooke, Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2008, 41 à la p. 45.

<sup>38</sup> Commission des droits de la personne du Québec, Comité de consultation, *De l'illégalité à l'égalité – Rapport de la consultation publique sur la violence et la discrimination envers les gais et les lesbiennes*, par Michèle Morin et al., Montréal, Commission des droits de la personne du Québec, 1994.

<sup>39</sup> Joseph R. Gusfield, *The Culture of Public Problems*, Chicago, Chicago University Press, 1981.

Après cette première phase de « coalition building » – qui a d'ailleurs duré plusieurs décennies au Québec – les actions des gais et des lesbiennes ont permis de sensibiliser l'opinion publique sur les inégalités sociales dont ils étaient victimes. Comme l'opinion publique est pourvue d'une influence sur l'interprétation législative des tribunaux, l'action collective a certainement permis en grande partie l'avancement des droits des personnes homosexuelles au plan judiciaire. Le droit à l'égalité, comme tant d'autres, n'est pas figé dans le temps et n'opère pas dans une sphère séparée de la vie de tous les jours. Il évolue plutôt pour s'adapter aux transformations sociales et aux revendications des minorités sociales<sup>40</sup>.

Les entretiens ont démontré que l'action collective et l'opinion publique ne constituaient néanmoins pas à elles seules les facteurs permettant l'évolution des droits. En effet, les priorités de l'État et la présence d'un allié politique en faveur du groupe minoritaire peuvent également être déterminants. À titre d'exemple, Paul Bégin nous expliquait qu'au moment de son retour à la tête du ministère de la Justice en 2001, il s'est penché immédiatement sur la question de la discrimination envers les gais et les lesbiennes. Il estimait qu'il fallait continuer le travail amorcé dans les années 90 : « Nous avons une Charte et il restait des discriminations ciblées envers un groupe, c'était inconcevable ». Nous avons demandé à l'ex-ministre si son initiative de 2001 à l'égard de l'union civile provenait de pressions des groupes gais ou résultait de demandes spécifiques de la communauté. Il a affirmé qu'il n'y avait eu aucune demande en ce sens et qu'il s'agissait plutôt d'une mouvance au sein du Parti Québécois. Il a expliqué que des juristes de son ministère étaient sensibles à la question et suivaient le dossier depuis plusieurs années.

Par exemple, au moment de l'ajout par le gouvernement, en 1977, de l'orientation sexuelle comme motif interdit de discrimination en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne*, il semble qu'une volonté politique à ce sujet animait le Parti Québécois. Bien que la question des droits des gais et lesbiennes n'était pas centrale, Paul Bégin a expliqué que le caucus, de même que le chef du parti à l'époque, Bernard Landry, n'étaient pas opposés à éliminer les discriminations touchant un groupe minoritaire. Il nous a déclaré que « le Parti Québécois, ses membres, ont une idée d'eux plus progressiste, plus à gauche, plus favorable aux droits des petits et des pauvres [que les membres des autres partis] ».

---

<sup>40</sup> *Ibid.* à la p. 139.

Il nous a également exposé que la protection des gais et lesbiennes n'était pas véhiculée de façon aussi forte que celle d'autres groupes, comme les travailleurs par exemple, mais que le Parti Québécois était disposé à encourager son initiative, dans la mesure où l'opinion publique réagirait favorablement.

L'accès des conjoints de même sexe au mariage semble donc conditionné par un faisceau complexe de facteurs. À l'aune de cette recherche, il nous est paru opportun d'envisager la question du mariage à partenaires multiples, puisque cette question est liée au débat sur le mariage gai et qu'elle apparaît comme l'un des prochains défis en ce qui concerne le droit relatif à la conjugalité au Canada. Il ne nous apparaît pas évident que la polygamie soit reconnue dans un avenir rapproché en droit canadien en raison de la position ontologique des individus en unions polygames ou polyamour. En dépit de l'enchevêtrement apparent des influences et de la multiplicité des causes ayant permis la transformation de l'institution du mariage, il semble que la dimension identitaire de la mobilisation de la communauté *L.G.B.T.* soit l'élément essentiel à une transformation *de jure* du mariage dans l'ordre constitutionnel actuel.

*La transformation du mariage et  
les unions à partenaires multiples*

L'accès des conjoints de même sexe au mariage peut apparaître *a posteriori* comme une évidence, un jalon qui allait de soi dans la foulée de l'évolution des droits fondamentaux de la personne. Grâce à l'étude de la situation au Canada, nous avons constaté qu'il convient de se montrer prudent au moment de prévoir les facteurs permettant la transformation des institutions de réglementation de la famille.

L'éclairage de la littérature comparée nous permet en outre de constater qu'il en est de même dans la plupart des pays occidentaux<sup>41</sup>. Nous ne sommes pas en présence de tracés précis ni de progrès inéluctables. L'exemple des États-Unis nous le rappelle de façon significative. Alors que la Cour suprême d'Hawaï laissait présager en 1993 une progression rapide vers la reconnaissance des unions entre conjoints de même sexe à travers le pays<sup>42</sup>, on constate aujourd'hui que le débat est plus houleux

---

<sup>41</sup> Voir à cet égard les ouvrages collectifs suivants : *Mariages et homosexualités dans le monde. L'arrangement des normes familiales*, supra note 3; *Legal recognition of Same-Sex Partnerships : A Study of National, European and International Law*, supra note 5.

<sup>42</sup> *Baehr v. Lewin*, 852 P.2d 44 (Hawai'i Sup. Ct. 1993).

que jamais et qu'il opère comme un révélateur de tensions religieuses, raciales et politiques qui complexifient le dossier américain<sup>43</sup>.

À l'inverse de cette situation, une transformation normative peut survenir bien avant que les experts d'une question l'aient imaginé. Le cas de l'Espagne qui légalisait le mariage homosexuel en 2005 – alors même que le franquisme et le catholicisme hantaient encore la sphère politique et que les revendications en ce sens ne semblaient pas si organisées – en constitue une illustration frappante. On peut, dans une moindre mesure, penser au Québec où le mariage gai, en 2002, n'apparaissait même pas envisageable « dans un avenir prévisible » pour un privatiste<sup>44</sup>. Ce fut également le cas de la reconnaissance de la filiation homoparentale par le législateur québécois en 2002 qui a choqué et surpris une majorité de spécialistes du droit de la famille<sup>45</sup>.

C'est avec ces constats en tête que l'avenir de la polygamie doit être considéré. Nous avons évoqué le fait que selon un discours prégnant, dans la mesure où il est désormais légitime de remettre en question l'exigence d'hétérosexualité pour accéder aux institutions de protection de la conjugalité, il n'y a pas de raison empêchant de considérer celle de la monogamie. En effet, selon la logique de la pente glissante, la reconnaissance de la polygamie suivrait nécessairement celle du mariage homosexuel. Du point de vue strict du droit à l'égalité, cela semble rationnel, en effet. Pourquoi ne pas remettre en question le nombre, après le sexe des partenaires?

---

<sup>43</sup> Pour une vision plus sociologique de la question du mariage homosexuel dans son ensemble, Eric Fassin propose un cadre d'analyse occidental de politisation des questions sexuelles, ce qu'il a d'ailleurs appelé la « démocratie sexuelle » : Eric Fassin, « Démocratie sexuelle » (2006) 6 *Comprendre* : Revue de philosophie et de sciences sociales 263. Le mariage entre conjoints de même sexe est par exemple légalisé au Massachusetts depuis 2003 grâce à l'affaire *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E. 2d 941 (Mass. Sup. Jud. Ct. 2003). Toutefois, dans l'ensemble du pays, la question est loin d'être réglée.

<sup>44</sup> Benoît Moore, « L'union homosexuelle et le Code civil du Québec : De l'ignorance à la reconnaissance? » dans Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, dir., *Droit à l'égalité et discrimination : Aspects nouveaux*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002, 265 à la p. 275.

<sup>45</sup> *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, supra note 31. Pour les réactions suscitées par cette loi dans le milieu universitaire québécois, voir Marie-France Bureau, *Le droit de la filiation entre ciel et terre : Étude du discours juridique québécois*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009, Partie III aux pp. 171 et s.; Robert Leckey, « Where the Parents are of the Same Sex : Quebec's Reforms to Filiation » (2009) 23 *Int'l. J.L. Pol'y & Fam.* 62.

La plupart des auteurs canadiens qui se penchent sur le sujet admettent que la question mérite d'être posée. Si tous ne s'entendent pas sur l'opportunité de maintenir la criminalisation de la pratique, certains considèrent que reconnaître ces unions serait néfaste et contraire aux valeurs d'égalité de la société canadienne<sup>46</sup>. Quoi qu'il en soit, il est clair que la remise en question du principe de monogamie dans le cadre institutionnel de la conjugalité représente un défi de taille.

En mettant en place des mécanismes de reconnaissance des unions, l'État vise certains objectifs législatifs précis. Il est dès lors difficile de concevoir cette structure de protection et d'attribution de responsabilité sans avoir d'a priori sur la fonction de l'unité et sur les valeurs qui devraient guider l'intervention étatique.

Lorsque le législateur pose les droits et obligations des couples mariés, tout un horizon axiologique est présent à l'arrière-plan et rend évident la teneur des orientations normatives. On présuppose l'engagement émotionnel et sexuel, on présuppose la monogamie et l'exclusivité des rapports entre les conjoints de même que la mise en commun des ressources pécuniaires. Ainsi, quand la question de la reconnaissance des couples de même sexe s'est posée, il a été possible pour ces couples de revendiquer une équivalence fonctionnelle pour justifier leur accès aux institutions existantes. Les décideurs savaient à qui ils avaient affaire, la communauté gaie pouvait démontrer la capacité de ses membres de fonctionner comme des conjoints dans les cadres normatifs en place et tout le monde connaissait les enjeux en présence. De plus, le débat ne remettait nullement en cause la réglementation des liens intimes, mais ne faisait que confirmer la pertinence et l'importance du mariage dans l'univers normatif étatique.

Il en va tout autrement des personnes exclues des structures actuelles. Qui sont les membres des ménages polygames ou des unions polyamour? Il est bien difficile d'imaginer quels sont leurs besoins et encore plus de savoir s'ils présentent tous les mêmes caractéristiques, puisqu'ils ne correspondent pas à des catégories prédéterminées. De plus, il existe mille et une façons de vivre ces liens et il n'existe aucune homogénéité dans ces différents groupes. L'État devrait certainement s'écarter d'une morale stricte des relations intimes afin de privilégier la protection de valeurs

---

<sup>46</sup> C'est le cas du professeur Bala. Voir notamment Nicholas Bala « The History and Future of Marriage in Canada » (2007) 4 J.L. & Equality 20; Nicholas Bala, « Is Polygamy Next After Same-Sex Marriage? » *Lawyers Weekly* (23 novembre 2007) 1; Condition féminine Canada, *La polygamie au Canada*, supra note 10.

démocratiques communes, mais il est évident que la tâche d'appréhender une grande variété de liens apparaît assez complexe.

La difficulté d'identifier les personnes concernées par la réglementation et d'évaluer leurs besoins est complexifiée en raison de l'absence de représentation, de prise de parole par un groupe identifié. Les groupes religieux ou la communauté *L.G.B.T.* sont des groupes sociaux susceptibles de former une coalition de cause et de pousser à l'avant-plan des débats des revendications particulières. Ils peuvent ainsi engager un débat sur la pertinence d'un changement normatif comme le cas du mariage gai l'illustre parfaitement. Pour ce faire, il a néanmoins fallu que ce groupe ait accès à l'espace public.

Si en 1975 le mariage des conjoints de même sexe paraissait relever de la science-fiction, il se peut que la reconnaissance d'unions non-conjugales ou de ménages composés de trois ou quatre adultes pose aujourd'hui le même genre de problème quant à la possibilité d'imaginer les options, de légitimer les revendications et d'assumer une prise de parole publique. Selon cette hypothèse, l'élaboration d'un cadre normatif se révèle chimérique, dans la mesure où les objectifs qu'il viserait ne sont pas identifiés, ne sont pas dicibles ou tout simplement non encore formulés.

Les sociologues Lascoumes et Le Galès expliquent que pour qu'un problème devienne public, il faut la mobilisation d'un groupe d'acteurs qui représentent un enjeu<sup>47</sup>. Les interactions qui se produisent dans une arène publique permettent de délimiter, de problématiser cet enjeu, d'analyser ses dimensions et de dégager des voies de changement. Selon ces auteurs – et c'est exactement ce que nos recherches ont démontré – la délibération au sein de l'arène permet une légitimation de la cause.

Cette légitimation se produit à la suite d'une montée en généralité du fait social – on cesse de le particulariser et de le reléguer à un groupe donné – et on le met en relation avec des enjeux de rang supérieur (des valeurs et des principes). Nos recherches sur la transformation des normes relatives à la protection des droits des homosexuels ont démontré l'importance d'une prise de parole publique dans le processus communicationnel qui permet éventuellement une transformation normative. Or, dans le cas nous intéressant, il n'y a pas de groupe précis ni de porteurs de cause, à tout le moins pour l'instant. Dans la mesure où les membres de ces ménages ne

---

<sup>47</sup> Pierre Lascoumes et Patrick Le Galès, *Sociologie de l'action publique*, Paris, Armand Colin, 2007 à la p. 76.

formulent ni ne communiquent leurs besoins, il apparaît douteux que l'État puisse réellement élaborer des cadres appropriés.

En ce moment, la plupart des recherches sur la question de la polygamie confirment que les ménages polygames au Canada se caractérisent en général par la présence d'un homme et de plusieurs femmes (polygynie). Ces pratiques, de plus en plus communes, seraient d'une part, le résultat de traditions et de rites étrangers implantés au Canada du fait de l'immigration de populations en provenance de l'Afrique et de l'Asie et émaneraient d'autre part, d'une tradition des Mormons fondamentalistes de l'Ouest comme dans le cas de la communauté de Bountiful, C.-B.<sup>48</sup>.

La plupart des chercheurs croient qu'il n'y pas de raison pour que l'État légalise ou sanctionne ces pratiques qui seraient nécessairement en conflit avec le droit à l'égalité des femmes<sup>49</sup>. Celles-ci ne pourraient consentir de plein gré à entrer dans ces ménages polygames en raison de l'isolement social et de l'endoctrinement religieux dont elles sont victimes. Le problème de reconnaissance de ce type d'unions n'aurait donc rien à voir avec le caractère religieux de la pratique, mais proviendrait du défaut de se conformer aux valeurs collectives partagées dont celle de l'égalité entre les hommes et les femmes qui apparaît fondamentale dans notre démocratie<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Voir Nicholas Bala, Katherine Duvall-Antonacopoulos *et al.*, « Examen international de la polygamie : répercussions juridiques et politiques pour le Canada » dans Condition féminine Canada, *La polygamie au Canada*, *supra* note 10.

<sup>49</sup> Voir par exemple : *Civil Liberties Research Centre, Distincts et inégaux : Les femmes et les enfants de la polygamie*, Condition féminine Canada, 2006; Bala (*supra* note 46), qui affirme que le Canada devrait continuer de criminaliser la polygamie même si les dispositions actuelles du *Code criminel* l'interdisant sont susceptibles d'être contraires aux droits protégés par la Charte canadienne. Certains auteurs recommandent toutefois d'assouplir les règles actuelles pour mieux protéger les personnes vulnérables en union à partenaires multiples comme les femmes et les enfants. Des auteurs recommandent en outre au gouvernement d'accorder des effets aux unions polygames valablement contractées à l'étranger comme le font certains pays européens. Consulter : Martha Bailey *et al.*, « Accroître la reconnaissance accordée aux mariages polygames contractés à l'étranger : conséquences politiques pour le Canada » dans Condition féminine Canada, *La polygamie au Canada*; Kelly, *supra* note 10; Alberta Civil Liberties Research Centre, « 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*, Canada, Condition féminine Canada, 2005.

<sup>50</sup> Selon Amy Kaufman, l'opinion publique en Occident est en général opposée à la polygamie comme pratique contraire aux intérêts et à la dignité des femmes, ce qui est d'ailleurs soutenu par certaines études. Voir en particulier les notes 49 et 50 de l'article « Polygamous Marriages in Canada » (2005) 21 Rev. Can. D. Fam. 315.

Mais comment peut-on affirmer à priori qu'un ménage composé de plus de deux adultes est nécessairement patriarcal, oppressif et anti-démocratique? Est-ce que l'union amoureuse et conjugale entre une femme et deux hommes présente les mêmes caractéristiques que celle entre un mormon fondamentaliste de 60 ans et ses épouses âgées de 16 à 40 ans? Est-ce que la monogamie et l'exclusivité garantissent de toute façon un mariage exempt de domination ou d'oppression patriarcale pour les femmes? La plupart des chercheurs, y compris les juristes, se questionnent très peu sur ces questions et laissent de côté les cas d'unions multiples de type polyamour en focalisant sur la polygynie, qui est considérée de façon générale comme étant une pratique religieuse et dégradante pour les femmes.

Les recherches actuelles laissent toutefois entendre qu'il existe très certainement des unions à partenaires multiples en Amérique du Nord, caractérisées par l'égalité et l'entraide mutuelle et auxquelles les partenaires accèdent sans contraintes, religieuse ou autre<sup>51</sup>. La reconnaissance de telles unions ne contreviendrait sûrement pas aux principes démocratiques auxquels les sociétés occidentales modernes sont attachées, mais impliquerait d'ouvrir la voie à l'officialisation de la polygynie considérée essentiellement néfaste. En effet, en acceptant la multiplication des partenaires, comment l'État pourrait-il alors contrôler le consentement des partenaires à entrer dans l'union et la qualité des liens entre les partenaires? Cela semble un problème tout aussi fondamental que celui de détecter le caractère forcé ou non des mariages monogames ou l'absence d'inégalité entre les époux dans ce contexte<sup>52</sup>. Cela étant posé, compte tenu de la diversité de ce type d'unions et les dangers réels posés par la polygynie, une action législative demeure à ce stade problématique.

Il n'en demeure pas moins que les arguments à l'encontre de toute reconnaissance des mariages multiples doivent être examinés avec attention. La réticence face à la polygamie est-elle simplement liée à un facteur de dégoût? En Amérique du Nord, la polygamie est en effet historiquement perçue comme étant odieuse, attentatoire aux valeurs chrétiennes dominantes et à la démocratie. Avant même les questionnements

---

<sup>51</sup> Marisa Black, « Beyond Child Bride Polygamy: Polyamory, Unique Familial Constructions, and the Law » (2006) 8 J.L. & Fam. Stud. 497; Emens, *supra* note 10; Maura I. Strassberg, « The Challenge of Post-Modern Polygamy: Considering Polyamory » (2003) 31 Cap. U.L. Rev. 439.

<sup>52</sup> Vincente Fortier, « La règle contre le rite: L'offensive du droit français contre les mariages forcés » dans Bureau, dir., *Sexualité et démocratie. Perspectives multidisciplinaires francophones*, *supra* note 5.

des dernières années, la polygamie apparaissait suspecte pour l'État. Dans la fameuse affaire *Reynolds v. U.S.* de 1878<sup>53</sup>, concernant les mormons de l'Utah, la Cour suprême des États-Unis refusait de protéger la polygamie en vertu de la liberté de religion (1<sup>er</sup> amendement) non pas pour des motifs moraux, mais en vertu du fait que la pratique était théocratique, patriarcale et irréconciliable avec l'idée de démocratie. Une auteure soutient que la Cour était beaucoup moins préoccupée par la discrimination faite aux femmes, qui paraissait alors acceptable dans plusieurs domaines, que par une crainte que ces ménages issus d'une communauté séparatiste soient une menace pour l'État<sup>54</sup>. Il ne s'agissait pas d'une minorité isolée qui implorait la tolérance étatique, mais bien du mouvement fondé par Joseph Smith, qui prédisait l'avènement d'un royaume mormon en Amérique et qui visait le pouvoir national.

On peut supposer que de la même manière aujourd'hui, la polygamie menace l'État en tant qu'institution. La polygamie est généralement associée à un style de vie exotique propre aux populations asiatiques et africaines. L'État a toujours tendance à favoriser les formes familiales qui favorisent sa force et sa pérennité<sup>55</sup>. S'il existe un potentiel de concurrence interinstitutionnelle entre la famille et l'État, celui-ci aura tendance à combattre les institutions familiales qui sont contraires à sa propre construction. En ce sens, la polygamie qui représente l'autre, le barbarisme, voire un potentiel de souveraineté trop fort à l'égard des individus, peut représenter un ennemi de l'État.

Cela étant dit, si l'État continue de pénaliser les mariages multiples, il faudrait pouvoir justifier cette interdiction sur des considérations admissibles dans la société multiculturelle, polyethnique et diversifiée qui caractérise la Canada. La justification communément avancée pour interdire la polygamie (à l'instar de la Cour suprême américaine au XIX<sup>e</sup> siècle) voulant que ce type de mariage renforce le patriarcat et l'oppression des femmes apparaît insatisfaisante.

Il est par ailleurs possible de douter de la corrélation nécessaire entre la polygamie et l'oppression des femmes, dans la mesure où les inégalités fondées sur le genre se retrouvent, à n'en pas douter, dans plusieurs institutions y compris dans le mariage monogame. En ce sens, on pourrait

---

<sup>53</sup> (1878) 98 U.S. 145.

<sup>54</sup> Nancy L. Rosenblum, « Democratic Sex, *Reynolds v. U.S.*, Sexual Relations, and Community » dans David M. Estlund et Martha Nussbaum, *Sex Preference and Family: Essays on Law and Nature*, New-York, Oxford University Press, 1997, 63 aux pp. 75 et s.

<sup>55</sup> Éric Millard, *Famille et droit public, Recherches sur la construction d'un objet juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995.

à la fois soutenir l'égalité des genres et le mariage multiple en arguant que le réel combat consiste à lutter contre le problème de l'oppression patriarcale. L'État pourrait en effet défendre le principe de relations conjugales égalitaires et librement consenties par les parties et ce, sans égard à leur sexe ou à leur nombre.

Nos détracteurs affirmeront que le mariage se verrait là complètement dilué et dénaturé par l'État et ils auront parfaitement raison. Le mariage laïc peut et doit évoluer et se transformer au gré des consensus démocratiques auxquels les citoyens arriveront. L'idée d'un mariage civil inclusif fondé sur des valeurs d'éthique publique telles que l'égalité et la responsabilité n'est pas une utopie.

Certains affirmeront que les transformations de l'institution, en raison notamment de l'accès des conjoints de même sexe et de ce qui adviendra dans le futur, auront comme répercussion possible le repli de certaines minorités religieuses qui s'éloigneront du mariage tel que défini par l'État en raison de la divergence des valeurs promues dans les deux sphères. L'argument inverse pourrait cependant être avancé. Accommoder un plus grand nombre de conjoints dans l'institution commune aurait possiblement pour effet de limiter les pratiques communautaires jugées oppressives en les sortant de l'ombre et de l'isolement actuel et en les soumettant à l'ordre public étatique.

Quoi qu'il en soit, l'absence de revendications des personnes formant des unions à partenaires multiples et la difficulté de former un mouvement d'action collective fondé sur une identité commune déterminante risque fort de freiner une revendication d'accès au mariage fondée sur le droit à l'égalité. Par ailleurs, tel que le cas du mariage gai l'illustre, il est bien difficile de prévoir ce qui, dans le cas d'une minorité sociale donnée, donnera l'impulsion nécessaire à une action publique, une transformation normative. Ce que le cas du mariage gai nous apprend à tout le moins est qu'en l'absence de légitimité sociale, une cause même justement fondée sur des arguments de droits à l'égalité risque de faire long feu.

### *Conclusion*

Plutôt qu'être un pont vers la reconnaissance des mariages multiples, le cas du mariage entre conjoints de même sexe au Canada nous apparaît plutôt annoncer la fin d'une ère, la mort d'un mythe égalitaire fondé sur une politique identitaire. Les enjeux désormais posés par la démocratie sexuelle – unions non monogames, unions non conjugales, célibat prolongé, phénomènes trans – ont tous en commun la multiplicité et l'éclatement des identités. Ces nouvelles dynamiques nous invitent à

repenser au caractère ambigu de ce que Brenda Cossman a appelé les victoires judiciaires<sup>56</sup> fondées sur le droit à l'égalité. Cette matrice nécessite en effet qu'un groupe qui présente des caractéristiques essentielles puisse comparer sa situation à celle d'un autre groupe. Or cette logique comparative présente des failles<sup>57</sup>. Si la communauté *L.G.B.T.* a su jouer la carte de la similitude entre le couple de même sexe et le couple hétérosexuel, il n'est pas certain que cette stratégie assimilationniste soit saisissable, voire même souhaitable, pour d'autres minorités.

Sortir les réformes relatives aux liens intimes du forum judiciaire et constitutionnel permettrait certainement de concevoir des modèles mieux à même de répondre aux besoins réels des ménages<sup>58</sup>. D'un autre côté, la difficulté pour les personnes concernées de se mobiliser et de prendre publiquement la parole laisse craindre une initiative étatique hâtive, purement instrumentale, qui ne répondrait en rien au monde vécu des communautés concernées<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Cossman, *supra* note 4.

<sup>57</sup> Pour l'exigence de l'article 15 de la Charte portant sur les différences de traitement, voir Daniel Proulx, « Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law* : un pas en avant ou un pas en arrière? » (2001) 61 R. du B. 185 aux pp. 219 et s. Nous sommes néanmoins d'accord avec les auteurs qui préconisent la mise en place de régimes souples et diversifiés de protection des ménages fondés sur les fonctions remplies par les individus dans ces unions, dans une optique de droit réflexif. Voir notamment Commission du droit du Canada, *Au-delà de la conjugalité : la reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes*, Ottawa, Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux, 2001; voir aussi l'excellent article de Bruce Ryder et Brenda Cossman, « What is Marriage-Like? The Irrelevance of Conjugalité » (2001) 18 Can. J. Fam. L. 269; Lisa Glennon, « Obligation between Adult Partners : Moving from Form to Function? » (2008) 22:1 Int'l J.L. Pol'y & Fam. 22; Kaufman, *supra* note 50.

<sup>58</sup> Des auteurs australiens pensent que c'est précisément l'absence de garantie constitutionnelle à l'égalité et le fait que la réforme de la conjugalité ait été conçue à l'extérieur d'un litige qui a permis à l'Australie de mettre en œuvre une réforme des liens intimes aussi révolutionnaire et inclusive. Ils écrivent : « It could be suggested, perhaps somewhat controversially, or perhaps even heretically, that the absence of constitutional guarantee of equality in Australia has enabled the debate in that country to bypass, and indeed transcend, some of the limits of the language of equality, leaving the legislature a clean slate upon which to draw recognition regimes. » dans Reg Graycar et Jenni Millbank, « From Functional Family to Spinster Sisters : Australia's Distinctive Path to Relationship Recognition », (2007) 24 Wash. U.J.L. & Pol'y, 121, 157.

<sup>59</sup> La légitimité des normes relatives aux liens intimes passe nécessairement par la participation des citoyens à l'élaboration de celles-ci. Dans une perspective de réflexivité, nous croyons qu'il s'agit là d'une condition essentielle de la démocratie et renvoyons le lecteur au texte de Roderick A. Macdonald et Hoi L. Kong sur ce sujet : « Patchwork Law Reform : Your Idea is Good in Practice, but It won't Work in Theory » (2006) 44 Osgoode Hall L. J. 11, 22.

Le cas du mariage gai au Canada et les défis posés par les unions polygames démontrent à tout le moins que la régulation des liens intimes dépasse largement la problématique du droit à l'égalité.

## Annexe

### I – Présentation des personnes interviewées

M. Paul Bégin :

*Député à l'Assemblée nationale du Québec de 1994 à 2003. Monsieur Bégin a dirigé plusieurs ministères dans le gouvernement du Parti Québécois. Il a été ministre de la Justice de 1994 à 1997 et de 2001 à 2002. Il a été l'instigateur de la loi de 2002 portant sur l'union civile et les nouvelles règles de filiation.*

M<sup>e</sup> Daniel Carpentier :

*Coordonnateur de la recherche juridique à la Direction de la recherche et de la planification de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Durant la consultation publique de 1993 sur la violence et la discrimination envers les gais et lesbiennes, M<sup>e</sup> Carpentier coordonnait le comité de consultation et occupait le poste de conseiller juridique, à la même Direction et à la même Commission.*

M. Claude Charron :

*Député à l'Assemblée nationale du Québec de 1970 à 1982. Entre 1976 et 1982, Monsieur Charron a été à la tête de plusieurs ministères, dans le gouvernement du Parti Québécois. Monsieur Charron a occupé le poste de leader parlementaire du gouvernement de 1978 à 1982.*

M<sup>me</sup> Irène Demczuk :

*Sociologue, Agente de développement au service des collectivités de l'Université du Québec à Montréal. Elle coordonne le protocole UQAM/Relais Femmes. Madame Demczuk a été membre de l'exécutif de la Table de concertation des gais et lesbiennes du Québec et a dirigé la Coalition pour la reconnaissance des conjoints et conjointes de même sexe.*

M. Ross Higgins :

*Chargé de cours, Université Concordia (Département de sociologie et d'anthropologie et Mineure en études interdisciplinaires de la sexualité). Monsieur Higgins est le cofondateur et président d'honneur des Archives gaies du Québec, ancien militant du Groupe homosexuel d'action politique du Comité gai anti-répression et du collectif de la librairie l'Androgyne.*

M. Laurent McCutcheon :

*Président de Gai Écoute et de la Fondation Émergence. Monsieur McCutcheon a été l'initiateur de la Coalition pour la reconnaissance des conjoints et conjointes de même sexe. Durant les années 90, il était responsable de l'action sociopolitique à la Table de concertation des gais et lesbiennes du Québec.*

### II – Lignes directrices utilisées lors des entrevues semi-dirigées

Nous avons contacté sept personnes que nous avons ciblées en raison de leurs connaissances particulières des questions que nous cherchions à étudier. Parmi ces personnes, six ont accepté de participer à notre recherche.

Dans chacune des entrevues, nos questions ont été axées sur les sujets suivants :

- La situation des gais et lesbiennes au Québec des années 70 à aujourd'hui;
- La signification de la norme de non-discrimination contenue à la Charte des droits de la personne du Québec aux époques pertinentes, tant du point de vue des gais et des lesbiennes que du point de vue des autorités publiques;
- La formulation des préoccupations et les stratégies de revendication des gais et des lesbiennes aux époques pertinentes;
- Les raisons motivant l'action des autorités publiques aux époques pertinentes.