

La criminalisation de la polygamie soumise à l'épreuve de la Charte

Marie-Pierre Robert et Stéphane Bernatchez

Volume 40, numéro 2, 2010

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1026960ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1026960ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Robert, M.-P. & Bernatchez, S. (2010). La criminalisation de la polygamie soumise à l'épreuve de la Charte. *Revue générale de droit*, 40(2), 541–598. <https://doi.org/10.7202/1026960ar>

Résumé de l'article

La polygamie est criminalisée, au Canada, par l'article 293 du *Code criminel*. La constitutionnalité de cette disposition fait actuellement l'objet d'un renvoi devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Dans ce contexte, nous soumettons la criminalisation de la polygamie à l'épreuve de la Charte, c'est-à-dire que nous analysons si celle-ci respecte les droits et libertés pertinents, soit la liberté de religion, le droit à la liberté, ainsi que la protection contre la discrimination. Nous analysons ensuite l'objectif du législateur fédéral afin de déterminer si une éventuelle restriction d'un droit ou d'une liberté peut se justifier dans le cadre d'une société juste et démocratique.

La criminalisation de la polygamie soumise à l'épreuve de la Charte

MARIE-PIERRE ROBERT

Professeure adjointe, Faculté de droit, Université de Sherbrooke

STÉPHANE BERNATCHEZ

Professeur agrégé, Faculté de droit, Université de Sherbrooke

RÉSUMÉ

La polygamie est criminalisée, au Canada, par l'article 293 du Code criminel. La constitutionnalité de cette disposition fait actuellement l'objet d'un renvoi devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Dans ce contexte, nous soumettons la criminalisation de la polygamie à l'épreuve de la Charte, c'est-à-dire que nous analysons si celle-ci respecte les droits et libertés pertinents, soit la liberté de religion, le droit à la liberté, ainsi que la protection contre la discrimination. Nous analysons ensuite l'objectif du législateur fédéral afin de déterminer si une éventuelle restriction d'un droit ou d'une liberté peut se justifier dans le cadre d'une société juste et démocratique.

ABSTRACT

Polygamy is criminalized, in Canada, by section 293 of the Criminal Code. The constitutionality of this section is now challenged by a reference to the Supreme Court of British Columbia. In this context, we put the criminalization of polygamy to the test of the Charter, i.e. we will analyze if it respects relevant rights and freedoms, which are the liberty of religion, the right to liberty and the protection against discrimination. Then, we will analyze the objective of the federal Parliament to determine if an eventual violation of a right or a liberty can be justified in a free and democratic society.

Mots-clés : *polygamie, droits et libertés, liberté de religion, principes de justice fondamentale, droits à l'égalité, discrimination, droit et religions.*

Key-words : *polygamy, rights and freedoms, liberty of religion, principles of fundamental justice, rights to equality, discrimination, law and religions.*

SOMMAIRE

Introduction.....	543
Partie I. La criminalisation de la polygamie	548
Partie II. L'atteinte aux droits et libertés.....	552
A) La liberté de conscience et de religion	552
B) Le droit à la liberté	561
1. Les différentes formes d'atteinte au droit à la liberté	562
2. Les principes de justice fondamentale	565
a. La théorie du préjudice.....	566
b. Le caractère arbitraire de la disposition.....	568
c. L'effet disproportionné de la disposition	569
d. L'imprécision législative	570
e. La portée excessive	576
C) Le droit à l'égalité	578
Partie III. La justification de l'atteinte aux droits et libertés	581
A) La règle de droit	582
B) L'objectif législatif	583
C) La proportionnalité	591
Conclusion	596

INTRODUCTION

1. La polygamie est pratiquée au Canada, de façon ouverte ou clandestine, pour des motivations tant religieuses que culturelles ou personnelles. Si la relation polygame peut être vécue de façon sereine par certaines personnes, elle est souvent associée à plusieurs problèmes socioéconomiques, qui peuvent être conçus comme des arguments en faveur de sa criminalisation. La question se pose néanmoins : même dans ces circonstances, est-il constitutionnellement justifié de criminaliser la polygamie?

2. Tout d'abord, la rivalité entre les conjointes peut amener une grande détresse psychologique¹. Dans certains cas, la hiérarchisation des conjointes, soit en fonction de leur rang, du nombre d'enfants auxquels elles ont donné naissance ou simplement des préférences du mari, amène tant l'inégalité de traitement que la jalousie qui en découle. La menace de voir son mari prendre une conjointe supplémentaire est également un facteur de stress et de dévalorisation important. Par contre, des exemples de collaboration importante entre plusieurs conjointes, qui peuvent s'entraider et tisser des liens solides, existent également².

3. Dans certaines communautés, la polygamie peut être pratiquée en l'absence de choix libre de la part des femmes³. L'éducation religieuse, la culture et les pressions sociales peuvent amener une femme à accepter de vivre dans une union

1. 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 *La polygamie au Canada : conséquences juridiques et sociales pour les femmes et les enfants — Recueil de rapports de recherche*, Ottawa, Condition féminine Canada, 2005, p. 4 et 5; Rebecca J. COOK, Lisa M. KELLY, *La polygamie et les obligations du Canada en vertu du droit international en matière de droits de la personne*, Rapport de recherche, Ministère de la Justice Canada, 2006, p. 12-14.

2. *Ibid.*

3. A. CAMPBELL, précité, note 1, p. 8 et 9; COMMITTEE ON POLYGAMOUS ISSUES, *Life in Bountiful — A Report on the Lifestyle of a Polygamous Community*, Ministry of Women's Equality of British Columbia, 1993. Notons cependant que la réalité sociale a beaucoup évolué depuis 1993 dans cette communauté, surtout depuis la scission de la communauté en 2002, laquelle a amené la formation d'une communauté plus ouverte. Voir Marie-Andrée PELLAND, *Allégations d'entorses aux lois : Effets sur la réalité sociale d'un groupe de mormons polygames canadiens*, thèse de doctorat en criminologie, Université de Montréal, 2007, 197 p., p. 89-92.

polygame ou même à souhaiter une telle union. Par contre, des femmes impliquées dans des unions polygames contestent ces analyses et revendiquent leur autonomie et leur liberté de choix.

4. Une autre problématique amenée par la polygamie concerne l'égalité des sexes, car en pratique, les unions polygames regroupent la plupart du temps un homme et plusieurs femmes. L'homme a donc le bénéfice d'avoir plusieurs conjointes, mais les femmes doivent se partager un seul conjoint. Une telle asymétrie dans l'union conjugale amène un questionnement sur l'égalité des sexes : la polygamie est-elle une pratique discriminatoire?

5. De plus, comme la polygamie se pratique souvent dans une logique patriarcale où la femme est davantage associée aux tâches domestiques, l'homme assume la responsabilité d'amener les ressources économiques nécessaires à une famille souvent très nombreuse, car composée de plusieurs femmes ayant généralement chacune plusieurs enfants. Le statut socioéconomique des familles polygames est en conséquence souvent moins élevé que celui des familles monogames⁴.

6. Les femmes et les enfants vivant au sein de familles polygames peuvent en outre être les victimes de violence, tant physique, que sexuelle ou psychologique⁵. Le caractère clandestin de la situation familiale peut alors se poser comme un obstacle à la décision des victimes de porter plainte pour voies de fait ou pour agression sexuelle. Des unions arrangées, entre des filles qui n'ont pas l'âge légal pour se marier et des hommes beaucoup plus vieux qu'elles, entraînent des relations sexuelles qui sont criminelles, les jeunes filles n'ayant pas l'âge requis pour y consentir. Il faut alors analyser le lien entre la polygamie et ces autres crimes.

7. En plus de toutes ces questions, certains autres enjeux concernent plus particulièrement les conditions de vie des enfants qui grandissent dans de telles familles. Souvent plus nombreux que les enfants issus de familles monogames, ils sont généralement moins scolarisés, plus défavorisés

4. R. J. COOK, L. M. KELLY, précité, note 1, p. 16-18.

5. A. CAMPBELL, précité, note 1, p. 9 et 10.

socioéconomiquement et plus fragiles psychologiquement⁶. Dans une communauté polygame comme celle de Bountiful, le fait qu'un homme ait plusieurs conjointes implique nécessairement que certains hommes n'en auront pas, le nombre de femmes disponibles n'étant pas illimité. De jeunes hommes sont en conséquence chassés de la communauté, pour réduire la compétition en matière conjugale. Ils se retrouvent donc abandonnés, démunis par rapport au monde extérieur qui leur est inconnu⁷.

8. La polygamie est interdite au Canada par l'article 293 (1) du *Code criminel*⁸, qui se lit :

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

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

(i) soit la polygamie sous une forme quelconque,

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

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

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

9. Cette infraction criminelle, bien que plus que centenaire, a donné lieu à très peu d'accusations. Seuls quelques cas ont été répertoriés, la plupart au tournant des 19^e et 20^e siècles⁹. Depuis plusieurs décennies, aucune décision publiée ne concerne l'infraction de polygamie. On aurait pu penser que la

6. R. J. COOK, L. M. KELLY, précité, note 1, p. 19-21; A. CAMPBELL, précité, note 1, p. 13-15.

7. Daphne BRAMHAM, *The Secret Lives of Saints: Child Brides and Lost Boys in a Polygamous Mormon Sect*, Mississauga, Random House Canada, 2008.

8. L.R.C. (1985), c. C-46.

9. *R. v. Bear's Shin Bone*, (1899) 4 Terr.L.R. 173, 3 C.C.C. 329 (C.S.T.N.O.); *R. c. Labrie*, (1891) M.L.R., 7 B.R. 211; *R. v. Harris*, (1906) 11 C.C.C. 254 (C.S.Q.); *R. c. Tolhurst and Wright*, [1937] 3 D.L.R. 808 (C.A. Ont.). Au sujet de l'imposition de la monogamie aux autochtones, voir Sarah CARTER, *The Importance of Being Monogamous: Marriage and Nation Building in Western Canada to 1815*, Edmonton, University of Alberta Press, 2008, chap. 4.

Couronne avait renoncé à poursuivre les polygames. Cependant, en janvier 2009, des accusations sous ce chef ont été portées contre les deux dirigeants de la communauté de Bountiful, James Oler et Winston Blackmore, qui pratiquent la polygamie ouvertement, comme leurs coreligionnaires d'ailleurs. Après avoir hésité pendant plusieurs années, les autorités britanno-colombiennes ont finalement décidé de déposer des accusations, sachant qu'elles entraîneraient sûrement une contestation constitutionnelle basée sur les droits et libertés de la personne. Dans une décision rendue le 23 septembre 2009, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a cependant annulé les accusations de polygamie qui pesaient contre messieurs Oler et Blackmore en raison de la nomination illégale d'un deuxième procureur spécial chargé d'examiner le dossier et de porter, le cas échéant, des accusations¹⁰.

10. La question de la constitutionnalité de l'infraction de polygamie est loin d'être réglée pour autant. Au contraire, elle n'a jamais été autant d'actualité, puisque le gouvernement de la Colombie-Britannique a décidé de soumettre cette question par renvoi à la Cour suprême de sa province. La question est posée de façon très large : l'article 293 du *Code criminel* respecte-t-il la *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹? Si ce n'est pas le cas, quel(s) aspect(s) pose(nt) problème et dans quelle mesure?¹² La question n'est donc pas restreinte à la liberté de religion, mais vise plutôt l'ensemble des garanties constitutionnelles contenues dans la Charte. Vu l'ampleur, la complexité et l'importance de la question, il est fort probable que le débat se rende jusqu'en Cour suprême du Canada.

10. *Blackmore v. British Columbia (Attorney General)*, 2009 BCSC 1299 (CanLII).

11. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), [Charte canadienne ou Charte].

12. Nous avons traduit librement la question posée en langue anglaise : « Is section 293 of the *Criminal Code of Canada* consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? If not, in what particular or particulars and to what extent? » citée dans *Reference re : Criminal Code*, s. 293, 2009 BCSC 1668 (CanLII), par. 1. Notons que Messieurs Oler et Blackmore participeront à l'affaire : 2010 BCSC 517 (CanLII).

11. À l'instar des tribunaux, nous nous poserons la question de savoir si la criminalisation de la polygamie respecte la *Charte canadienne des droits et libertés*. Nous soumettrons en conséquence l'article 293 du *Code criminel* à l'épreuve de la Charte, en analysant de la façon la plus exhaustive possible les arguments constitutionnels qui permettraient à la fois d'attaquer et de défendre la constitutionnalité de cet article.

12. Après avoir analysé l'infraction de la polygamie ainsi que son historique législatif, nous analyserons donc les droits et libertés qui sont potentiellement violés par la criminalisation de la polygamie. En premier lieu, la question de la violation de la liberté de conscience et de religion se pose, puisque selon certaines religions, la pratique de la polygamie est essentielle au salut de l'âme. En deuxième lieu, nous étudierons la violation potentielle au droit à la liberté protégé par l'article 7 de la Charte canadienne, ainsi que la conformité avec les principes de justice fondamentale. Finalement, la violation des droits à l'égalité sera analysée, pour voir si la criminalisation de la polygamie constitue une forme de discrimination basée sur la religion, sur la situation de famille, sur le sexe ou sur l'origine nationale ou ethnique.

13. En supposant qu'il y ait violation à au moins un droit ou une liberté protégés par la Charte, nous analyserons dans quelle mesure cette violation peut être justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il nous faudra, par conséquent, analyser l'objectif que poursuivait le législateur fédéral lorsqu'il a décidé de criminaliser les unions conjugales multiples et dans quelle mesure cet objectif a survécu aux modifications législatives qui ont suivi. Le législateur avait-il comme objectif de contrer les torts socioéconomiques dont les femmes et les enfants sont victimes ou visait-il plutôt à enrayer une pratique religieuse d'une communauté? Ensuite, nous devons entre autres nous poser la question du lien rationnel entre la criminalisation et l'objectif identifié et, surtout, celle du caractère minimal de l'atteinte au droit ou à la liberté violés. Compte tenu de toutes les autres alternatives possibles, notamment de la non-reconnaissance civile de ces unions, la criminalisation de la polygamie est-elle la façon la moins attentatoire possible d'accomplir l'objectif? En outre, les effets bénéfiques de la mesure sont-ils proportionnés à ses effets négatifs?

PARTIE I. LA CRIMINALISATION DE LA POLYGAMIE

14. Le crime de polygamie vise non seulement le fait d'être marié à plusieurs personnes à la fois, mais s'étend à toute forme d'union conjugale multiple. La polygamie, telle que conçue par le droit pénal canadien, est donc un concept très large qui vise autant les cas de bigamie¹³ — c'est-à-dire le mariage multiple — que le fait pour une personne mariée d'avoir un autre conjoint ou que le fait pour une personne d'avoir plusieurs conjoints. C'est le fait de pratiquer une quelconque forme d'union conjugale avec plus d'une personne à la fois qui est criminalisé¹⁴. Un ménage à trois constitue donc de la polygamie. Le fait pour une personne mariée, qui est séparée, mais non divorcée, d'entreprendre une relation conjugale avec une autre personne constitue donc également de la polygamie. Il n'est pas nécessaire que la polygamie soit pratiquée pour des raisons religieuses ou culturelles, elle peut très bien être motivée par un simple choix personnel. Il n'est pas nécessaire non plus pour la poursuite de prouver que les conjoints ont eu ni avaient l'intention d'avoir des relations sexuelles¹⁵. C'est bien l'union conjugale, et non sexuelle, qui est visée. Ainsi, cette infraction ne vise pas le fait de commettre l'adultère¹⁶.

15. La notion de polygamie inclut donc autant celle de polyandrie — le fait pour une femme d'avoir plusieurs conjoints — que celle de polygynie — le fait pour un homme d'avoir plusieurs conjointes. Une union conjugale homosexuelle multiple pourrait également constituer de la polygamie au sens du *Code criminel*¹⁷. Tous les participants à l'union conjugale multiple commettent la polygamie, indépendamment de leur sexe, car l'infraction peut être commise par « quiconque ». Par exemple, dans une famille polygyne, autant le mari que ses épouses commettent la polygamie et sont passibles d'un emprisonnement maximal de cinq ans.

13. *Code criminel*, art. 290.

14. *Id.*, art. 293.

15. *Id.*, art. 293 (2).

16. *R. c. Tolhurst and Wright*, précité, note 9.

17. L'exigence que les personnes impliquées dans l'union conjugale soient de l'autre sexe a été retirée dès 1892 : voir *infra*, notes 21 et 22.

16. La pratique de la polygamie, ainsi que le fait de célébrer une union polygame, sont des actes criminels au Canada depuis 1890, soit trois ans après que des mormons aient commencé à émigrer au Canada¹⁸. En effet, certains fondamentalistes appartenant à l'Église de Jésus-Christ des Saints des Derniers Jours avaient fui les États-Unis, où la polygamie, qu'ils pratiquaient, avait été criminalisée¹⁹. La persécution dont ils étaient l'objet aux États-Unis a motivé leur émigration vers le Canada²⁰, où ils se sont installés principalement au sud de l'Alberta et de la Colombie-Britannique, notamment dans la communauté de Bountiful. Réagissant à ce flot migratoire, le législateur fédéral a adopté une loi pour criminaliser à son tour la pratique de la polygamie, en faisant explicitement référence à cette communauté religieuse dans sa loi :

Toute personne qui pratique ou qui — d'après les rites, cérémonies, formes, règles, coutumes de sectes ou sociétés religieuses ou séculières, ou par forme de contrat, simple consentement mutuel, ou de quelque autre manière, et que ce soit d'une manière reconnue ou non par la loi pour mode valable de mariage — convient ou consent de pratiquer —

a) la polygamie sous quelque forme que ce soit; ou —

b) quelque union conjugale avec plus d'une personne de l'autre sexe à la fois; ou —

18. Brigham Y. CARD, Herbert C. NORTHCOTT, John E. FOSTER, Howard PALMER, George K. JARVIS (dir.), *Mormon Presence in Canada*, Edmonton, University of Alberta Press, 1990.

19. Voir le *Morrill Act : An Act to Punish and Prevent the Practice of Polygamy in the Territories of the United States and Other Places, and Disapproving and Annuling Certain Acts of the Legislative Assembly of the Territory of Utah*, 37th Congress, Session II, ch. 26 (1862), renforcé par le *Edmunds Act : An Act to Amend Section 5352 of the Revised Statutes of the United States in Reference to Bigamy and for Other Purposes*, c. 47, §§ 1-9, 22 Stat. 30 (1882). Si la première de ces lois a été peu appliquée, en revanche, plus de 1 300 mormons ont été emprisonnés en vertu de la seconde loi. Dans l'affaire *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1879), la Cour suprême des États-Unis jugea que la criminalisation de la polygamie ne violait pas la liberté de religion et que les obligations religieuses ne constituaient pas un moyen de défense à une accusation criminelle.

20. B. Carmon HARDY, « Mormon Polygamy in Mexico and Canada : A Legal and Historiographical Review », dans Y. CARD *et al.*, précité, note 18, p. 186, à la p. 194.

c) ce que, parmi les personnes communément appelées Mormons, on qualifie de mariage spirituel ou *mariage plural*; [...]

est coupable d'un délit passible d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de cinq cents piastres.²¹

17. Cette infraction a, deux ans plus tard, été incluse dans le premier *Code criminel*²² dans des termes quasi identiques. Bien que la criminalisation de la polygamie demeure en vigueur encore aujourd'hui, la référence expresse aux mormons dans le texte créateur d'infraction a été retirée en 1953-1954²³.

18. La criminalisation de la polygamie s'est donc inscrite dans un contexte social très précis, soit celui de l'immigration des premiers mormons au Canada. Cette communauté était persécutée aux États-Unis notamment à cause du fait que certains d'entre eux pratiquaient la polygamie. Afin d'éviter les sanctions pénales pour le crime de bigamie, qui interdit le fait d'être légalement marié à deux personnes en même temps, des mormons avaient développé la pratique du mariage plural, une forme d'union conjugale multiple qui n'était pas légalement reconnue comme un double mariage. En réponse à ce phénomène, le législateur américain a adopté le *Edmunds Act*²⁴ qui criminalise toute forme de cohabitation illégale, une notion assez large pour inclure le type d'unions conjugales pratiquées par des mormons. Plus de 1 300 hommes ont été

21. (1890) 53 Vict., c. 37, art. 11. Nous soulignons, l'italique figure dans la loi.

22. (1892) 55-56 Vict., c. 29, art. 278 :

Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de cinq cents piastres, toute personne qui — pratique ou — d'après les rites, cérémonies, formes, règles, coutumes de sectes ou sociétés religieuses ou séculières, ou par forme de contrat, simple consentement mutuel, ou de quelque autre manière, et que ce soit d'une manière reconnue ou non par la loi pour mode valable de mariage — convient ou consent de pratiquer —

(i) la polygamie sous quelque forme que ce soit;

(ii) quelque union conjugale avec plus d'une personne à la fois;

(iii) ce que, parmi les personnes communément appelées Mormons, on qualifie de mariage spirituel ou *mariage plural*; [...].

L'italique figure dans la loi. Nous notons, comme différences avec la loi de 1890, l'inversion qui fait que la peine apparaît au début de l'article plutôt qu'à la fin, la qualification d'acte criminel plutôt que de délit et l'abandon de l'exigence que les personnes impliquées dans l'union conjugale multiple soient de l'autre sexe.

23. L.C. 1953-1954, c. 51.

24. *Edmunds Act*, précité, note 19.

emprisonnés en vertu de cette loi, qui enlevait également aux polygames le droit de vote, le droit de servir comme juré et celui d'occuper certaines charges publiques. Cette loi s'ajoutait au *Morrill Act*, qui limitait le droit de propriété des Églises, en visant spécifiquement l'Église de Jésus-Christ des Saints des Derniers Jours²⁵.

19. Trois ans après l'arrivée des premiers immigrants mormons, le Parlement fédéral canadien criminalisait à son tour la polygamie, dans un texte qui visait spécifiquement les mariages pluraux pratiqués par les mormons. Si le texte créateur de l'infraction ne laisse aucun doute sur le fait que les pratiques religieuses d'une communauté étaient spécifiquement visées, les débats législatifs confirment que les députés de la Chambre des communes canadienne étaient informés de la législation américaine prohibant la polygamie, du fait que les mormons y voyaient une restriction de leur liberté de religion et que ce contexte avait motivé leur immigration au Canada. La criminalisation de la polygamie s'est bel et bien faite dans le but de mettre un frein à l'immigration de cette communauté religieuse, car leurs pratiques matrimoniales étaient jugées inacceptables d'un point de vue moral :

[J]e ne pense pas qu'il y ait un seul d'entre nous qui soit d'opinion que dans ces circonstances, une telle immigration soit utile, bienfaisante et désirable. Je ne veux pas dire que nous ne pouvons faire plus, par une législation étendue et bien étudiée, que de donner le moyen de prévenir et d'empêcher ces pratiques abominables auxquelles ces gens se livrent sous des prétextes religieux. [...] Je crois donc qu'il est de notre devoir, non seulement d'appuyer l'honorable ministre dans les efforts raisonnables qu'il fait pour décréter de crimes ces pratiques immorales, et pour rendre aussi efficaces que les circonstances l'exigeront, les dispositions de la loi contre ce crime, mais aussi qu'il faut, le plus tôt possible, que le Parlement, qui représente le peuple, donne, non pas de l'encouragement, mais affirme sa désapprobation au sujet des abus et des pratiques des mormons, ainsi qu'au sujet des idées qu'ils ont sur le gouvernement civil, sur l'allégeance qu'ils lui doivent, et sur la question

25. *Morrill Act*, précité, note 19, art. 2 et 3.

du mariage, car je crains que c'est dans l'intention de se livrer à de telles pratiques qu'ils s'en viennent au milieu de nous.²⁶

20. Conscient du fait que la criminalisation de la polygamie avait entraîné un exode des mormons des États-Unis, le législateur canadien voulait ainsi enrayer ce flot migratoire vu comme non souhaitable pour le Canada, et ce, malgré le besoin criant d'immigrants afin de peupler ce grand pays. La jurisprudence canadienne a reconnu que l'objectif de cette loi était la répression du mormonisme²⁷. En clair, au-delà d'enrayer la pratique religieuse polygame chez les immigrants mormons, le législateur fédéral souhaitait enrayer le mormonisme fondamentaliste à sa source, laquelle était l'immigration. Tel était l'objectif du législateur en 1890, année où l'Église mormone, basée aux États-Unis, a renoncé officiellement à pratiquer la polygamie. Seuls certains fondamentalistes continuèrent à se livrer à cette pratique, qui était déjà loin d'être universelle chez les mormons, même à cette époque.

PARTIE II. L'ATTEINTE AUX DROITS ET LIBERTÉS

A) LA LIBERTÉ DE CONSCIENCE ET DE RELIGION

21. Compte tenu de l'historique de l'article 293 du *Code criminel*, ainsi que du contexte dans lequel la question de la validité de cet article se pose, la constitutionnalité de l'infraction de polygamie doit d'abord et avant tout être analysée à la lumière de la liberté de religion.

22. En effet, *l'amicus curiæ* au dossier pourrait tenter de démontrer que la religion des mormons fondamentalistes les oblige à pratiquer la polygamie, puisque, selon leurs croyances, les hommes doivent avoir au moins trois épouses afin d'atteindre le plus haut niveau de paradis. Selon les révé-

26. *Débats de la Chambre des communes*, 129 (10 avril 1890) à la p. 3245 (M. Blake).

27. *R. v. Liston*, une cause non rapportée de 1893, citée à (1898) 34 C.L.J. 546n; *R. c. Labrie*, précité, note 9; *Dionne c. Pépin*, (1934) 72 C.S. 393 (C.S. Qué.). Voir également COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *La bigamie*, document de travail n° 42, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1985, p. 23.

lations que Dieu aurait faites au prophète Joseph Smith, l'homme est justifié de pratiquer la polygamie :

61 And again, as pertaining to the law of the priesthood—if any man espouse a virgin, and desire to espouse another, and the first give her consent, and if he espouse the second, and they are virgins, and have vowed to no other man, then is he justified; he cannot commit adultery for they are given unto him; for he cannot commit adultery with that that belongeth unto him and to no one else.

62 And if he have ten virgins given unto him by this law, he cannot commit adultery, for they belong to him, and they are given unto him; therefore is he justified.²⁸

23. La liberté de conscience et de religion est protégée de façon large par l'alinéa 2 a) de la Charte canadienne. En effet, dans l'affaire *Big M Drug Mart*, la Cour suprême du Canada a énoncé que :

Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement 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 et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela.

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de

28. *Doctrines and Convenants*, section 132.

contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.

Une majorité religieuse, ou l'État à sa demande, ne peut, pour des motifs religieux, imposer sa propre conception de ce qui est bon et vrai aux citoyens qui ne partagent pas le même point de vue. La *Charte* protège les minorités religieuses contre la menace de « tyrannie de la majorité ».²⁹

24. La liberté de religion n'est donc pas limitée à une liberté de croyance, mais protège la pratique religieuse également. Ainsi, elle garantit entre autres la liberté de se rendre dans un lieu de culte, de célébrer les fêtes religieuses et de porter certains couvre-chefs. Dans la mesure où la polygamie est une pratique religieuse, elle est donc protégée par la *Charte*. Pour déterminer si la polygamie est une pratique religieuse, les tribunaux adopteront une analyse subjective, basée sur la conception personnelle des individus qui invoquent leur liberté de religion³⁰. Le fait qu'au sujet de la polygamie les accusés aient une position différente des autres mormons (qui ont abandonné cette pratique il y a plus d'un siècle) ne saurait donc faire échec à la protection de la liberté de religion. Le nombre de personnes qui partagent les croyances religieuses des accusés n'est pas non plus pertinent, car notre droit considère toutes les croyances religieuses sur un même pied d'égalité. La question que les tribunaux auront à résoudre est donc la suivante : est-ce que les accusés croient sincèrement au caractère religieux de la polygamie? La Cour suprême refuse donc de se transformer en une juridiction ecclésiastique qui se prononcerait sur les croyances et pratiques religieuses :

[...] l'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des dogmes religieux, et il ne devrait pas le devenir. Les tribunaux devraient donc éviter d'interpréter — et ce faisant de déterminer —

29. *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, par. 94-96.

30. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

explicitement ou implicitement, le contenu d'une conception subjective de quelque exigence, « obligation », précepte, « commandement », coutume ou rituel d'ordre religieux. Statuer sur des différends théologiques ou religieux ou sur des questions litigieuses touchant la doctrine religieuse amènerait les tribunaux à s'empêtrer sans justification dans le domaine de la religion.

De fait, dans l'appréciation de la sincérité, le tribunal doit uniquement s'assurer que la croyance religieuse invoquée est avancée de bonne foi, qu'elle n'est ni fictive ni arbitraire et qu'elle ne constitue pas un artifice. Autrement, il faudrait rien de moins qu'une inquisition religieuse pour parvenir à découvrir les convictions les plus intimes des êtres humains.³¹

25. Dans cette logique, il n'est pas nécessaire de présenter une preuve d'expert pour appuyer la prétention de violation de la liberté de religion. De toute façon, en tant que dirigeants de la communauté, les deux accusés sont sans doute considérés comme des « experts » par leurs coreligionnaires.

26. *L'amicus curiæ* pourra tenter de démontrer que, selon les mormons fondamentalistes, leur religion les oblige à pratiquer la polygamie. Des témoins pourront expliquer comment la pratique de la polygamie est essentielle à l'obtention du salut éternel. On peut cependant se demander si ce caractère obligatoire de la pratique religieuse est essentiel. La protection de la liberté de religion est large et vise toute pratique religieuse, obligatoire ou volontaire³². Le cas de figure où la religion impose, dans la conception subjective du croyant, la polygamie ne pose donc pas problème; il entraîne clairement une restriction de la liberté de religion. Selon les motifs de la Cour suprême dans l'affaire *Amselem*, il pourrait y avoir également violation de la liberté de religion dans le cas où une religion permet la polygamie, sans toutefois l'obliger : « C'est le caractère religieux ou spirituel d'un acte qui entraîne la protection, non le fait que son observance soit obligatoire ou perçue comme telle »³³. Si la pratique de la polygamie a une dimension religieuse, par exemple, parce qu'elle permet au croyant de se

31. *Id.*, par. 50 et 52.

32. *Id.*, par. 47. Voir aussi le par. 68.

33. *Id.*, par. 47.

rapprocher de son Dieu, elle est protégée par la liberté de religion, sans qu'il ne soit nécessaire de démontrer quelque obligation religieuse à cet égard. Les nombreuses religions qui permettent la polygamie sans toutefois l'exiger bénéficient donc de la même protection de la liberté de religion.

27. Une fois le lien entre une croyance sincère et une pratique religieuse des croyants établi, il faut, pour conclure à une atteinte, que la législation contestée entrave « de façon plus que négligeable ou insignifiante, [leur] capacité d'agir en conformité avec [leurs] croyances religieuses »³⁴. Comme la criminalisation d'une pratique religieuse amène des conséquences très graves, qui peuvent aller jusqu'à l'emprisonnement, la contrainte amenée par la disposition législative est certes importante.

28. Cependant, la liberté de religion — comme tous les droits et libertés d'ailleurs — n'est pas absolue. Dans l'arrêt *Ross*, la Cour suprême, à l'unanimité, a précisé que la liberté de religion est « restreinte par le droit des autres personnes d'embrasser et de professer leurs propres croyances et opinions, et de ne pas être lésées par l'exercice de la liberté de religion d'autrui »³⁵. Et le juge La Forest d'ajouter, *per totam curiam* : « La liberté de religion est soumise aux restrictions nécessaires pour protéger la sécurité, l'ordre, la santé ou la moralité publics, ainsi que les libertés et droits fondamentaux d'autrui »³⁶.

29. Ainsi, la liberté de religion demeure soumise à des limitations : généralement comprises comme étant extrinsèques, celles-ci peuvent-elles aussi être intrinsèques? Telle est la question à laquelle nous voulons apporter maintenant un certain éclairage. Les limitations extrinsèques seront analysées sous l'article premier de la Charte, lequel permet de restreindre les droits et libertés dans des limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Quant aux limites intrinsèques, il s'agit d'une question qui divise parfois les

34. *Id.*, par. 59.

35. *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 72.

36. *Ibid.*

juges précisément en raison de l'existence d'une disposition limitative expresse.

30. Dans l'optique limitative, le droit à l'égalité, le droit à la vie, le droit à la sécurité et la liberté de conscience peuvent être conçus comme étant des limites internes à la liberté de religion. En définissant l'objet de la liberté de religion, la Cour suprême du Canada a d'ailleurs précisé l'importance de tenir compte des autres droits :

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*³⁷.

31. Les autres droits agiraient ainsi comme limites intrinsèques de la liberté de religion. Dans l'arrêt *Amselem*, la Cour suprême précise qu'« [a]ucun droit — y compris la liberté de religion — n'est absolu », pour la raison que « nous vivons dans une société où chacun doit toujours tenir compte des droits d'autrui »³⁸: « Une conduite susceptible de causer préjudice aux droits d'autrui ou d'entraver l'exercice de ces droits n'est pas automatiquement protégée »³⁹.

32. Alors que la jurisprudence majoritaire de la Cour suprême du Canada établit que l'examen de la limitation d'un droit ou d'une liberté doit s'effectuer à l'étape ultérieure de la justification sous l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁰, l'on retrouve dans les décisions de la Cour suprême des motifs dans lesquels la limitation est

37. *R. c. Big M Drug Mart*, précité, note 29, par. 117.

38. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précité, note 30, par. 61.

39. *Id.*, par. 62.

40. Voir notamment l'opinion rédigée par la juge Charron, à laquelle souscrivent quatre autres juges de la Cour suprême du Canada, dans *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 30 : « Cette Cour a souvent affirmé, avec raison, que la liberté de religion n'est pas absolue et peut entrer en conflit avec d'autres droits constitutionnels. Toutefois, depuis l'élaboration dans l'arrêt *Oakes* du critère encadrant la restriction des droits, elle n'a pas remis en question qu'en principe les droits sont conciliés au regard de la justification constitutionnelle que commande l'article premier de la *Charte canadienne* ».

survenue à l'étape de la définition du droit ou de la liberté. À ce sujet, le juge LeBel écrit dans l'arrêt *Multani* :

Avec égards pour l'opinion contraire, même si notre Cour a privilégié cette technique dans l'application de la liberté de religion, sa jurisprudence n'a jamais établi définitivement que le recours à la procédure de justification prévue par l'article premier constitue la seule méthode de conciliation des droits fondamentaux concurrents ou conflictuels. Cela ne ressort pas de ses décisions. Cela ne serait pas souhaitable non plus. [...]

Elle n'a exclu ni la conciliation ni la délimitation des droits avant le recours à l'article premier.⁴¹

33. À l'appui de la limitation intrinsèque de la liberté de religion, il est possible d'invoquer également le raisonnement de quatre juges de la Cour suprême dans *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, concernant la liberté de religion des parents qui refusaient des transfusions sanguines pour leur enfant. Tandis que trois juges (La Forest, Gonthier et McLachlin) ne traitent la question de la conciliation qu'à l'étape subséquente de l'article premier, quatre juges (Iacobucci, Major, Cory et Lamer), soulèvent la question au stade préliminaire de la détermination de la portée du droit :

La liberté de religion n'est toutefois pas absolue. Bien que le juge La Forest ait estimé que les restrictions de ce droit sont mieux analysées dans le cadre de l'article premier, nous sommes d'avis que le droit lui-même doit être défini et que, même s'il convient de lui donner une définition large et souple, il doit avoir une limite. La conduite qui outrepassé cette limite n'est pas protégée par la *Charte*. Cette limite est atteinte dans les circonstances de la présente affaire.

Nous sommes d'avis que la question constitutionnelle devrait être la suivante : dans quelle mesure le droit à la vie et à la santé d'un enfant en bas âge peut-il être subordonné au comportement dicté par les convictions religieuses d'un parent? Vu sous cet angle, nous concluons que les appelants ne jouissent pas de la protection de l'al. 2a) de la *Charte* puisque la liberté de religion d'un parent ne l'autorise pas à imposer

41. *Multani*, *id.*, par. 148 et 149.

à son enfant des pratiques religieuses qui menacent sa sécurité, sa santé ou sa vie.

Tout comme il existe des limites à la liberté d'expression (p. ex., l'al. 2*b*) ne protège pas les actes violents : *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, aux pp. 753 et 801; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697 aux pp. 732 et 830), il y a également des limites à la portée de l'al. 2*a*), particulièrement lorsqu'on a recours à cette disposition pour préserver une activité qui menace le bien-être physique et psychologique d'autrui. En d'autres termes, bien que la liberté de croyance puisse être vaste, la liberté d'agir suivant ces croyances est beaucoup plus restreinte, et c'est cette liberté qui est en cause en l'espèce.⁴²

34. À l'encontre de cette thèse de la limitation intrinsèque de la liberté de religion, l'on peut opposer que la jurisprudence majoritaire de la Cour suprême du Canada préfère concilier les droits opposés dans le cadre de l'analyse de la limitation des droits sous l'article premier de la Charte canadienne, plutôt qu'à l'étape initiale de la définition du droit en cause. Dans l'arrêt *Ross*, la Cour suprême a unanimement refusé d'établir des limites internes à la portée de la liberté de religion⁴³, jugeant que « [c]ette méthode est préférable sur le plan analytique parce qu'elle donne au contrôle judiciaire en vertu de la Charte la plus large portée possible [...] et fournit une méthode plus complète d'évaluation des valeurs opposées pertinentes »⁴⁴. La Cour suprême du Canada a limité sous l'article premier de la Charte canadienne la liberté de religion d'un enseignant qui manifestait des croyances antisémites, ce qui compromettait le droit des élèves à un apprentissage scolaire sans discrimination. Le juge La Forest y écrit, au nom d'une Cour unanime :

Cette méthode est préférable sur le plan analytique parce qu'elle donne au contrôle judiciaire en vertu de la *Charte* la plus large portée possible (voir l'arrêt *B.(R.)*, à la p. 389) et

42. *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 224-226 et 228.

43. *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, précité, note 35, par. 73.

44. *Id.*, par. 74.

fournit une méthode plus complète d'évaluation des valeurs opposées pertinentes. [...]

[...] Ce point de vue me semble s'imposer dans le présent pourvoi où l'intimé allègue une atteinte grave à ses droits à la liberté d'expression et de religion dans des circonstances nécessitant une analyse contextuelle détaillée. Dans ces circonstances, il ne fait aucun doute que la méthode analytique détaillée que notre Cour a établie sous le régime de l'article premier constitue un mécanisme plus pratique et complet qui comporte l'examen de toute une gamme de facteurs aux fins de l'appréciation d'intérêts opposés et de l'imposition de restrictions à des droits et libertés individuels.⁴⁵

35. Dans l'arrêt *Multani*, la juge Charron, écrivant au nom de ses collègues McLachlin, Bastarache, Binnie et Fish, mentionne que « notre Cour a souligné à de nombreuses reprises les avantages qu'il y a à concilier les droits opposés dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier »⁴⁶. Dans l'arrêt *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, le juge La Forest écrit :

Notre Cour s'est toujours gardée de poser des limites internes à la portée de la liberté de religion dans le cas où la constitutionnalité d'un régime législatif était soulevée; elle a plutôt choisi de soupeser les droits dans le cadre de l'article premier de la *Charte* [...].

À mon avis, il paraît plus judicieux de laisser à l'État la tâche de justifier les restrictions qu'il a choisi d'imposer. Toute ambiguïté ou hésitation devrait être dissipée en faveur des droits de l'individu. Non seulement cela est-il conforme à l'interprétation large et libérale des droits que préconise notre Cour, mais encore l'article premier est un outil beaucoup plus souple que l'al. 2a) pour soupeser des droits opposés [...] ⁴⁷

36. En conséquence, la question de la limitation de la liberté de religion sera ici abordée sous l'article premier de la

45. *Id.*, par. 74 et 75.

46. *Multani*, précité, note 40, par. 26.

47. *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, précité, note 42, par. 109-110.

Charte⁴⁸, plutôt qu'à l'étape préliminaire de la définition de la liberté de religion.

B) LE DROIT À LA LIBERTÉ

37. La question de la constitutionnalité de la criminalisation de la polygamie se pose également en regard du droit à la liberté garanti par l'article 7 de la Charte canadienne. Cet article dispose :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

38. Bien qu'ils soient *a priori* indépendants l'un de l'autre, il arrive parfois que la liberté de religion et le droit à la liberté soient invoqués de pair pour attaquer constitutionnellement une loi ou une décision gouvernementale⁴⁹. Dans la récente affaire *A.C.*, quant au refus, pour des raisons religieuses, de transfusions sanguines par un enfant de moins de seize ans, la juge en chef McLachlin fait ainsi état de la possible « fusion » entre ces deux droits :

En l'espèce, il ressort d'une analyse minutieuse qu'il y a fusion entre la demande fondée sur l'art. 7 et celle fondée sur l'al. 2*a*). La *Charte* peut exiger ou non qu'un enfant manifestement « mature » de moins de 16 ans ait le droit inconditionnel de prendre toutes les décisions concernant son traitement médical, sans égard à la raison qui l'a motivé à refuser le traitement. Le fait que la répugnance d'*A.C.* à recevoir une transfusion de sang découle d'une conviction religieuse ne change pas la nature fondamentale de sa demande, qui porte sur la reconnaissance d'une autonomie personnelle absolue en matière de décisions médicales.⁵⁰

48. *Infra*, Partie III.

49. Voir par exemple : *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, [2009] CSC 30.

50. *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, précité, note 49, par. 155.

39. Dans le cas qui nous intéresse ici, il peut donc s'agir à la fois d'un argument supplémentaire invoqué à l'égard des personnes pour lesquelles la polygamie a un aspect religieux et d'un argument relatif aux personnes qui pratiquent la polygamie par simple préférence personnelle.

1. Les différentes formes d'atteinte au droit à la liberté

40. Il faut d'abord préciser que l'application du droit à la liberté dans le présent cas ne fait aucun doute en raison de la peine d'emprisonnement prévue à l'article 293 du *Code criminel*. La Cour suprême a en effet établi que la possibilité d'emprisonnement suffit pour justifier un examen fondé sur l'article 7 et conclure à une atteinte à ce droit⁵¹. Par conséquent, il faut passer à la deuxième étape du raisonnement sous l'article 7 et examiner la question de savoir si l'atteinte au droit à la liberté est conforme aux principes de justice fondamentale. Avant d'étudier cet élément de l'article 7, il convient cependant de présenter l'autre argument qui peut être tiré du droit à la liberté.

41. Dans le cas de la criminalisation de la polygamie, il y a lieu de se demander dans quelle mesure des considérations d'autonomie personnelle plus générales permettraient également d'invoquer la protection de l'article 7. Ne pourrait-on pas faire valoir que la décision d'être polygame constitue une décision fondamentale faisant partie de la sphère d'autonomie personnelle constitutionnellement protégée par l'article 7?

42. Cette interprétation plus généreuse du droit à la liberté a été au départ proposée par la juge Wilson dans l'arrêt *Morgentaler*⁵² relatif à l'avortement. Même si elle fut alors la seule juge de la Cour suprême à décider sur la base du droit à la liberté, son interprétation large et libérale de ce droit s'est par la suite imposée dans la jurisprudence de la Cour. Il convient ici de tracer brièvement l'évolution de cette

51. Renvoi sur la *Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 84.

52. *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

interprétation du droit à la liberté avant d'examiner la question de son application au cas de la polygamie.

43. S'il était bien acquis dès l'origine que le droit à la liberté signifie d'abord l'absence de contrainte physique, garantissant notamment une liberté de mouvement, sa dimension psychologique paraît une création jurisprudentielle plus novatrice. La juge Wilson fut d'avis dans *Morgentaler* que le droit à la liberté « confère à l'individu une marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne », « sans intervention de l'État »⁵³. La liberté protégée par la Charte s'entend ainsi du « droit à une sphère irréductible d'autonomie personnelle où les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l'État »⁵⁴. Cette protection ne vise que les sujets qui « peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d'essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles »⁵⁵.

44. Même si, « [d]ans une société libre et démocratique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne »⁵⁶, ce droit ne saurait être absolu. Dans *Godbout c. Longueuil*, le juge La Forest précise que « nul ne peut, dans une société organisée, prétendre à la garantie de la liberté absolue d'agir comme il lui plaît »⁵⁷. En conséquence, ce ne sont pas toutes les décisions qu'un individu peut prendre dans sa vie qui sont protégées par cette sphère d'autonomie constitutionnalisée. Celle-ci « ne protège pas tout ce qui peut, même vaguement, être qualifié de "privé" »⁵⁸. C'est ainsi que la Cour suprême a considéré que le fait de consommer de la marijuana ou des stupéfiants, aussi important puisse-t-il être pour certains individus, ne constitue pas un choix de vie constitutionnellement protégé par la

53. *Id.*, p. 166.

54. *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 66.

55. *Ibid.*

56. *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, précité, note 42, par. 80.

57. *Godbout c. Longueuil*, précité, note 54, par. 66.

58. *Ibid.*

Charte : « Bien que nous soyons prêts à admettre que fumer de la marihuana constitue pour M. Malmo-Levine un aspect central de son mode de vie, la portée de la Constitution ne saurait être élargie pour protéger toute activité qu'une personne choisit de définir comme essentielle à son mode de vie. »⁵⁹

45. Il s'agit donc de déterminer si le choix de la polygamie peut être qualifié de « fondamentalement ou d'essentiellement personnel »; constitue-t-il un « choix fondamental participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles »?

46. Jusqu'à présent, dans différentes affaires, des juges de la Cour suprême ont considéré que « la décision que prend une femme d'interrompre sa grossesse relève de cette catégorie de décisions protégées »⁶⁰, tout comme le droit pour une employée municipale de choisir son lieu de résidence⁶¹ et la décision des parents de choisir ou de refuser un traitement médical pour leur enfant⁶². Dans tous ces cas, il fut jugé que la question constituait un choix fondamental et personnel d'importance pour le projet de vie des individus impliqués. Sur cette base, la question de former une union polygame pourrait être considérée, au même titre que les décisions et les choix déjà protégés constitutionnellement, comme une question fondamentale et personnelle de très haute importance et justifiant la protection du droit à la liberté. D'une part, le choix du type d'union conjugale, ou le simple fait d'en former une ou non, représentent l'une des décisions les plus importantes qu'un individu puisse prendre dans sa vie. D'autant plus lorsqu'il fait du même coup le choix du cadre dans lequel naîtra et vivra sa progéniture, le cas échéant. D'autre part, l'importance que le droit accorde à cette question des formes d'union, tel que le démontre l'attention que le droit y a depuis toujours consacrée, et qu'il continue encore de le faire, semble aussi suggérer qu'il s'agit là d'une question pouvant faire l'objet d'une protection par l'article 7 dans la

59. *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, précité, note 51, par. 86.

60. La juge Wilson dans *Morgentaler*, précité, note 52, par. 239.

61. Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin dans *Godbout c. Longueuil*, précité, note 54.

62. Les juges La Forest, Gonthier et McLachlin dans *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, précité, note 42.

mesure où la société lui reconnaît une dimension fondamentale dans le projet de vie des individus. Qu'une forme d'union puisse être jugée, par certaines autres personnes, moralement répréhensible ne doit pas intervenir dans la détermination de l'étendue de cette protection, puisque ce type de considération n'est pas pertinent, comme l'illustre la décision de la juge Wilson sur l'avortement.

47. À la fois parce qu'il prévoit l'emprisonnement et parce qu'il porte atteinte à un choix fondamental et personnel relevant de la sphère d'autonomie individuelle, l'article 293 du *Code criminel* porte atteinte au droit à la liberté conféré par l'article 7 de la Charte. Par conséquent, il convient d'examiner si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale puisqu'il s'agit d'une limitation intrinsèque prévue à l'article 7.

2. Les principes de justice fondamentale

48. Le droit criminel étant l'outil de dissuasion le plus puissant dont l'État dispose en matière juridique, il doit être utilisé à bon escient. En ce sens, la Commission de réforme du droit du Canada, après avoir rappelé que le droit criminel doit être utilisé avec modération, recommandait l'abrogation de la disposition criminalisant la polygamie, puisqu'elle « apparaît à ce point étrangère à nos valeurs et à nos structures juridiques qu'il devient à la fois inutile et excessif de la réprimer pénalement »⁶³. Dans cette logique, nous identifierons quelques principes de justice fondamentale — retenus ou non par la Cour suprême du Canada — pertinents à l'analyse de la constitutionnalité de la criminalisation de la polygamie.

49. Afin de déterminer dans quelle mesure les principes de justice fondamentale de l'article 7 de la Charte canadienne encadrent le pouvoir du législateur fédéral de criminaliser un comportement, nous nous pencherons sur la théorie du préjudice et sur le caractère arbitraire de l'article 293 C.cr., avant de nous attarder à la question de la disproportion. Puis, nous étudierons les théories de l'imprécision législative et de la portée excessive.

63. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, précité, note 27, p. 32.

a. *La théorie du préjudice*

50. Les philosophes du droit sont depuis longtemps divisés sur la question de savoir ce qui justifie la criminalisation d'un comportement. Diverses théories ont été proposées, allant du moralisme juridique à la théorie du préjudice⁶⁴. Selon la première école, le fait qu'un comportement soit immoral est suffisant pour justifier sa criminalisation⁶⁵. Au contraire, selon la théorie du préjudice, le pouvoir législatif est beaucoup plus restreint et seul un comportement qui cause un préjudice à autrui ou à la société peut être criminalisé. John Stuart Mill a ainsi énoncé ce principe du préjudice :

Ce principe veut que les hommes ne soient autorisés, individuellement ou collectivement, à entraver la liberté d'action de quiconque que pour assurer leur propre protection. La seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de la force contre un de ses membres est de l'empêcher de nuire aux autres. Contraindre quiconque pour son propre bien, physique ou moral, ne constitue pas une justification suffisante. [...] Sur lui-même, sur son corps et son esprit, l'individu est souverain.⁶⁶

51. La Cour suprême du Canada a eu à se prononcer à ce sujet dans l'affaire *Malmo-Levine*⁶⁷, alors que les accusés contestaient la constitutionnalité de la criminalisation de la possession de marijuana en alléguant qu'elle violait le principe de justice fondamentale du préjudice. Ils prétendaient que l'emprisonnement n'était pas justifié pour un comportement qui ne cause pas préjudice à autrui, telle la consommation de marijuana. Bien que le droit criminel puisse être utilisé principalement pour éviter un préjudice à autrui, la Cour suprême refuse d'affirmer qu'il s'agit là des seules

64. Pour une présentation de ce débat, voir notamment : Marie-Élaine GUILBAULT, « Les valeurs de la communauté et la justification de l'action gouvernementale en matière criminelle et pénale », (2009) 68 *R. du B.* 1.

65. Lord Patrick DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Londres, Oxford University Press, 1965.

66. John Stuart MILL, *De la liberté*, Paris, Gallimard, 1990, p. 74-75. Voir aussi Herbert PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, Stanford University Press, 1968.

67. *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, précité, note 51.

circonstances dans lesquelles un comportement puisse être criminalisé. Les juges Gonthier et Binnie écrivent, au nom de la majorité : « Nous refusons cependant d'élever le principe du préjudice au rang de principe de justice fondamentale. À notre avis, le principe du préjudice ne constitue pas la norme constitutionnelle applicable pour déterminer, au regard de l'art. 7, si un comportement peut ou non être criminalisé »⁶⁸. La Cour estime qu'il n'y a pas de consensus suffisant, premièrement, quant au caractère fondamental de ce principe au sein de la société canadienne et, deuxièmement, quant à la distinction entre le préjudice à autrui et le préjudice à soi-même. De toute façon, elle juge que la théorie du préjudice ne forme pas une norme fonctionnelle.

52. En supposant que, comme l'aurait décidé la juge Arbour dans sa dissidence, la théorie du préjudice ait été reconnue comme principe de justice fondamentale, nous pouvons nous demander si la criminalisation de la polygamie répondrait à ce critère. La polygamie cause-t-elle préjudice à autrui? Est-ce que les problèmes socioéconomiques des femmes et des enfants qui vivent dans une famille ou une communauté polygame constituent des préjudices répondant à cette théorie? Tout d'abord, notons que comme la criminalisation de la polygamie vise toute personne vivant dans une union conjugale multiple, les femmes vivant dans de telles unions sont visées par la sanction criminelle et ne sont donc pas de tierces victimes. Elles ne sont pas « autrui », au sens de la théorie du préjudice. La criminalisation de la polygamie pour protéger les femmes qui s'engagent dans de telles unions contre elles-mêmes relèverait davantage du paternalisme.

53. Par contre, les enfants issus d'unions polygames sont des tiers, potentiellement victimes, de la polygamie au sens du droit criminel. Les problèmes psychologiques, scolaires et socioéconomiques vécus par ces enfants constituent-ils des préjudices susceptibles de justifier la criminalisation de ce type d'union conjugale? La question est-elle celle de savoir s'il existe un préjudice à autrui ou celle de savoir si le législateur s'est basé sur un préjudice à autrui? Même si, selon les

68. *Id.*, par. 111.

études actuelles⁶⁹, la polygamie entraîne sur les enfants issus de ces unions un préjudice considérable, ces préjudices n'ont pas été considérés par le législateur lorsqu'il a légiféré pour criminaliser la polygamie. De toute façon, comme le principe du préjudice n'a pas été reconnu comme principe de justice fondamentale, une contestation constitutionnelle de la criminalisation de la polygamie pourrait difficilement s'appuyer sur cette théorie dans l'état actuel du droit.

b. Le caractère arbitraire de la disposition

54. La constitutionnalité de plusieurs dispositions législatives criminelles a été contestée sur la base de l'article 7 de la Charte canadienne puisque, selon les accusés, elles étaient arbitraires et irrationnelles⁷⁰. Cela a notamment été le cas du paragraphe du *Code criminel* prévoyant que le meurtre commis dans le cadre d'une infraction de domination est un meurtre au premier degré, indépendamment de toute préméditation⁷¹. La Cour suprême rejettera cet argument en affirmant que :

La décision du Parlement de traiter plus sévèrement les meurtres commis pendant que leur auteur exploitait une situation de puissance par la domination illégale de la victime est conforme au principe qu'il doit y avoir proportionnalité entre une peine et la culpabilité morale du délinquant, ainsi qu'à d'autres considérations comme la dissuasion et la réprobation sociale des actes du délinquant. Par conséquent, je conclus que, dans la mesure où le par. 214(5) n'est ni arbitraire ni irrationnel, il ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte*.⁷²

69. A. CAMPBELL, précité, note 1.

70. *R. c. Malmo-Levine*, précité, note 51; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 619-620 (j. McLachlin, diss.); *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, 793, où la Cour précise qu'une loi ayant une portée excessive entraîne des applications arbitraires ou disproportionnées. Cette question peut également être soulevée sous l'article premier sous le volet de l'atteinte minimale. Voir aussi *R. c. Morgentaler*, précité, note 52.

71. *Code Criminel*, art. 214 (5), aujourd'hui 231 (5).

72. *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695, 704.

55. Une disposition arbitraire ou irrationnelle porte donc atteinte à l'article 7 de la Charte⁷³. Selon la juge McLachlin, dissidente dans l'affaire *Rodriguez*, une mesure législative est arbitraire lorsqu'elle « n'a aucun lien ou est incompatible avec l'objectif visé par la loi »⁷⁴.

56. Nous pouvons nous demander si ce principe est violé dans le contexte de la polygamie. Autrement dit, la criminalisation de la polygamie est-elle arbitraire? Encore une fois, cette question nous ramène à l'objectif de la criminalisation. Comme le législateur a criminalisé la polygamie dans le but d'enrayer le mormonisme, l'article 293 du *Code criminel* pourrait être jugé arbitraire, car il vise une panoplie de situations qui n'ont aucun lien avec cet objectif.

c. L'effet disproportionné de la disposition

57. Un autre principe de justice fondamentale, fortement lié au caractère arbitraire de la loi, est son effet disproportionné. Dans l'affaire *Malmo-Levine*, la Cour suprême établit ce principe de justice fondamentale qui demande une analyse en deux temps : premièrement, il faut se demander si la loi poursuit un objectif étatique légitime et, deuxièmement, si la loi est exagérément disproportionnée par rapport à cet objectif :

En d'autres termes, si les appelants établissaient que le recours au droit criminel a sur les accusés des effets exagérément disproportionnés compte tenu de l'objectif de protection contre le préjudice causé par la consommation de marijuana, l'interdiction serait contraire à la justice fondamentale ainsi qu'à l'art. 7 de la *Charte*⁷⁵.

58. La majorité de la Cour suprême a déterminé que ce principe de justice fondamentale n'était pas violé en l'espèce, alors que les juges LeBel et Deschamps, dissidents, en sont venus à la conclusion contraire. Ce principe de justice fondamentale

73. *R. c. Malmo-Levine*, précité, note 51, par. 135; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 129-131; *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, précité, note 49, par. 103 et suiv.

74. *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, précité, note 70, p. 619-620. La juge prend appui sur l'affaire *R. c. Morgentaler*, précité, note 52.

75. *R. c. Malmo-Levine*, précité, note 51, par. 169.

est critiqué⁷⁶, car il permet à la magistrature de se prononcer sur l'opportunité d'une loi, comme le démontrent bien les motifs dissidents.

59. Plusieurs des arguments avancés à ce chapitre par les appelants dans l'affaire *Malmo-Levine* pourraient être invoqués dans le dossier de la polygamie. Ceux-ci ont invoqué l'effet exagérément disproportionné des conséquences fâcheuses reliées à la criminalisation de la marijuana (frais d'avocat, dossier criminel, peine, etc.) compte tenu de l'objectif du Parlement de protéger certaines personnes vulnérables. Ils ont aussi plaidé l'inefficacité de la loi. Les risques de se faire poursuivre pour simple possession de marijuana sont très faibles, comme l'ont été jusqu'à maintenant les risques d'être accusé de polygamie. Finalement, les effets préjudiciables de la mesure sont, à leur avis, exagérément disproportionnés à leurs effets bénéfiques. En mettant en balance ces différents intérêts, il faut prendre en compte l'effet de la criminalisation, qui amène un caractère clandestin aux activités prohibées, ce qui, dans le cas de la polygamie, peut contribuer non seulement à la marginalisation des femmes et des enfants, mais aussi à plusieurs problèmes socioéconomiques.

60. Cette question de la disproportion de la mesure législative nous ramène, encore une fois, à celle de l'objectif poursuivi par le législateur. C'est par rapport à celui-ci que seront évalués les effets du recours au droit criminel. Plus l'objectif sera important, plus il permettra de justifier des effets négatifs sur les accusés. Cette analyse, qui est fonction de l'objectif et qui analyse la proportionnalité de la loi en mettant en balance, entre autres, les différents effets, rappelle évidemment l'analyse de la justification d'une atteinte à un droit ou à une liberté faite sous l'article premier de la Charte, que nous analyserons dans la deuxième partie de ce texte.

d. L'imprécision législative

61. Simplement énoncée, la théorie de l'imprécision législative signifie qu'une loi trop imprécise est contraire à la

76. Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Thomson-Carswell, édition feuilles mobiles, chap. 44.15a.

Charte et, par conséquent, inconstitutionnelle. La Cour suprême du Canada s'est inspirée de la jurisprudence états-unienne relative à la doctrine de la nullité pour cause d'imprécision (« *void for vagueness* ») au moment d'ajouter cette exigence constitutionnelle en vertu de la Charte. Le droit constitutionnel américain connaît depuis longtemps cette doctrine de l'imprécision inconstitutionnelle⁷⁷, Lon Fuller disant même, jadis, que la clarté des lois constitue l'un des ingrédients les plus essentiels de la légalité⁷⁸. Quant à la théorie constitutionnelle canadienne de l'imprécision, l'arrêt de principe demeure à ce jour *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*⁷⁹, dans lequel le juge Gonthier a fait un examen des fondements et de la signification de la norme d'imprécision législative. La justification d'arrière-plan, qui sous-tend la théorie de l'imprécision, renvoie au principe de la primauté du droit, lequel comprend l'exigence d'un avertissement raisonnable aux citoyens et la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi. Au nom de la Cour, le juge Gonthier y a notamment précisé que l'imprécision législative entre en jeu tant comme principe de justice fondamentale en vertu de l'article 7 que dans l'application de l'article premier :

On peut invoquer l'imprécision du chef de l'art. 7 de la *Charte* puisqu'un principe de justice fondamentale exige que les lois ne soient pas trop imprécises. On peut aussi l'invoquer dans le cadre de l'article premier de la *Charte in limine*, au motif qu'une disposition est imprécise au point qu'elle ne satisfait pas à l'exigence selon laquelle une restriction de droits garantis par la *Charte* doit être prescrite « par une règle de droit ». De plus, l'imprécision est aussi pertinente sous le volet « atteinte minimale » du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* [...].⁸⁰

62. Tout en faisant observer que « le critère selon lequel une loi sera jugée imprécise est assez exigeant »⁸¹, le juge Gonthier

77. Voir notamment Anthony G. AMSTERDAM, « Void-For-Vagueness Doctrine in the Supreme Court », (1960-1961) 109 *University of Pennsylvania Law Review* 67.

78. Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, (éd. rév.), New Haven et London, Yale University Press, 1969, p. 63.

79. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

80. *Id.*, p. 626.

81. *Id.*, p. 632.

conclut qu'« une loi sera jugée d'une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire »⁸². Cette conception de la théorie de l'imprécision, qui est applicable à tous les types de textes législatifs⁸³, s'appuie sur le raisonnement suivant :

Une disposition imprécise ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire, c'est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques. Elle ne délimite pas suffisamment une sphère de risque et ne peut donc fournir ni d'avertissement raisonnable aux citoyens ni de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi. Une telle disposition n'est pas intelligible, pour reprendre la terminologie de la jurisprudence de notre Cour, et ne donne par conséquent pas suffisamment d'indication susceptible d'alimenter un débat judiciaire. Elle ne donne aucune prise au pouvoir judiciaire.⁸⁴

63. Il peut paraître étonnant que la norme retenue soit celle du guide suffisant pour un débat judiciaire, alors que la théorie de l'imprécision vise d'abord à garantir que la norme juridique fournisse un guide pour la conduite des citoyens : en quoi un « avertissement raisonnable » donné aux citoyens peut-il s'évaluer et se mesurer à l'aune de l'expertise interprétative d'un juge? D'où viendrait l'idée que la capacité du citoyen de connaître à l'avance le droit doit s'apprécier en fonction de la possibilité pour les avocats et les juges d'appliquer la norme juridique en cause au moment du procès?

64. Il n'est pas nécessaire d'approfondir ce débat plus fondamental pour les fins du présent texte; qu'il suffise de noter que c'est précisément parce qu'une loi imprécise ne saurait orienter de manière cohérente le débat judiciaire qu'elle sera considérée contraire aux principes de justice fondamentale garantis à l'article 7, ou qu'elle perdra sa qualité de règle de

82. *Id.*, p. 643.

83. *Id.*, p. 642 : « Pour terminer, je tiens à souligner en outre que la norme que j'ai exposée s'applique à tous les textes de loi, de droit civil, de droit pénal, de droit administratif ou autre. Les citoyens ont droit à ce que l'État se conforme aux normes constitutionnelles régissant la précision chaque fois qu'il établit des textes de loi. »

84. *Id.*, p. 639-640.

droit au sens de l'article premier. La théorie de l'imprécision n'exige pas qu'une loi soit d'une certitude ou d'une prévisibilité absolue, comme l'a bien expliqué le juge Gonthier en référant à l'article de Paul Amselek sur la teneur indécise du droit⁸⁵. De plus, le fait qu'un terme législatif particulier soit susceptible de diverses interprétations par les tribunaux n'est pas fatal pour la disposition législative en cause puisque, comme le juge Beetz l'a écrit dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, « [s]ouplasse n'est pas synonyme d'imprécision »⁸⁶.

65. L'une des difficultés que pose la théorie de l'imprécision concerne à la fois le sempiternel débat entre le texte législatif et l'application contextuelle de la disposition législative et le moment auquel l'on doit se rapporter pour apprécier le degré de précision législative. La Cour suprême avait d'abord affirmé, en accord en cela avec la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. LeBeau*, que « la théorie de la nullité pour cause d'imprécision ne doit pas être appliquée au simple libellé de la disposition législative, mais à la disposition elle-même telle qu'elle a été interprétée et appliquée par les tribunaux »⁸⁷. Dans l'affaire *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*⁸⁸, la Cour suprême a pris une distance importante par rapport à cette affirmation. En effet, contrairement à la juge dissidente Arbour qui évalue l'imprécision à la lumière des difficultés que les tribunaux ont antérieurement rencontrées dans leur application du moyen de défense prévu à l'article 43 du *Code criminel*, la juge en chef McLachlin, au nom de la majorité, écarte cet éclairage jurisprudentiel :

La juge Arbour affirme également que le fait que les tribunaux aient appliqué l'art. 43 de manière incohérente dans le passé prouve que cet article est inconstitutionnellement imprécis. Là encore, cette inférence n'est pas possible. L'imprécision est invoquée non pas en fonction de la question de savoir si une

85. Paul AMSELEK, « La teneur indécise du droit », (1991) 107 *Rev. dr. publ.* 1199.

86. *R. c. Morgentaler*, précité, note 52, p. 107.

87. (1988), 41 C.C.C. (3d) 163, p. 173 (traduction tirée du *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, 1157).

88. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76.

disposition a été interprétée de manière uniforme dans le passé, mais plutôt en fonction de celle de savoir si elle peut donner des indications à l'avenir. Les applications incohérentes et erronées sont courantes en droit criminel, où maintes dispositions peuvent poser des difficultés; cela n'en fait pas pour autant des dispositions inconstitutionnelles.⁸⁹

66. Bien que fondamentale, cette question n'est cependant pas déterminante en matière de criminalisation de la polygamie, puisque, comme nous l'avons déjà mentionné, il y a peu de jurisprudence rendue au cours du dernier siècle. La jurisprudence existante est donc très ancienne et elle a été rendue dans un tout autre contexte, tant social que juridique. Au plan social, les relations entre les hommes et les femmes ont beaucoup évolué, comme le démontre, entre autres, la pratique commune aujourd'hui de l'union libre. Au plan juridique, la jurisprudence a été rendue avant l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ainsi que des autres instruments législatifs de protection des droits et libertés. Elle est donc fort peu utile pour indiquer comment, à l'avenir, la criminalisation de la polygamie sera interprétée.

67. En appliquant les critères dégagés par la jurisprudence de la Cour suprême, il paraît difficile *a priori* d'invoquer l'imprécision de l'article 293 du *Code criminel* eu égard à l'avertissement raisonnable aux citoyens. Rappelons qu'une « règle de droit imprécise empêche le citoyen de se rendre compte qu'il s'aventure sur un terrain où il s'expose à des sanctions pénales »⁹⁰. Dans la mesure où cet avertissement raisonnable consiste dans « la conscience qu'une certaine conduite est assujettie à des restrictions légales »⁹¹, il ne semble pas faire de doute que les hommes polygames qui avaient été accusés (puis libérés des accusations) connaissaient à l'avance le sens de la règle de droit énoncée à l'article 293 du *Code criminel*. Surtout que la norme d'imprécision législative élaborée par la Cour suprême, contrairement à ce que cette dernière affirme⁹², nous semble un critère peu

89. *Id.*, par. 44.

90. *Id.*, par. 16.

91. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 79, p. 635.

92. *Id.*, p. 632.

exigeant pour le législateur. Il serait, par conséquent, possible d'arguer que l'article 293 « trace de vraies lignes de démarcation et délimite une sphère de risque de sanctions pénales »⁹³.

68. Cependant, comme nous l'avons déjà souligné en introduction, la notion de polygamie retenue par le *Code criminel* vise des cas multiples, ce qui est susceptible de créer de l'incertitude quant au sens de l'article 293. La polygamie inclurait à la fois le mariage multiple et le fait pour un conjoint marié d'avoir un autre conjoint. Ce qui est criminalisé ici, c'est le fait de pratiquer une quelconque forme d'union conjugale. Par exemple, une personne mariée, séparée mais non divorcée, qui vivrait en union de fait avec une autre personne, serait visée par l'interdiction criminelle. Ainsi, l'imprécision législative apparaît en fonction de certaines situations particulières, et non seulement sur la seule base du libellé. Bien que la Cour suprême nous mette en garde contre le caractère probant des situations factuelles hypothétiques pour analyser l'imprécision⁹⁴, de tels exemples, aucunement fictifs, peuvent néanmoins éclairer les difficultés susceptibles de se produire dans l'interprétation de la disposition législative en cause. En ce sens, dans la mesure où l'article 293 permet de porter des accusations criminelles contre des femmes vivant dans une union conjugale, il paraît alors difficile de réconcilier cette situation avec l'un des objectifs législatifs qui pourraient être invoqués, soit la protection des femmes contre certains problèmes associés à la polygamie. Cette situation montre bien la difficulté de recourir à l'interprétation téléologique dans la construction de la signification de cette règle juridique, ce qui peut militer en faveur d'une conclusion d'imprécision.

69. Ainsi, il n'est pas assuré que la disposition législative satisfasse l'un des fondements de la théorie de l'imprécision, soit la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi. Pour expliquer comment la loi peut laisser une « large place à l'arbitraire », la Cour a précisé, dans le *Renvoi sur la prostitution*, que la question peut être ainsi formulée :

93. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, précité, note 88, par. 42.

94. *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, par. 5 et suiv.

« la loi est-elle tellement imprécise qu'elle laisse une "large place à l'arbitraire" en permettant aux responsables de son application de faire prévaloir leurs préférences personnelles? »⁹⁵ Il serait certes contraire aux principes de justice fondamentale qu'une disposition législative autorisant l'emprisonnement laisse une large place à l'arbitraire. Cette imprécision potentielle découlant de l'application de la norme pourrait également être comprise comme une atteinte aux principes de justice fondamentale en raison de la portée excessive de la norme, même si la Cour suprême a bien pris soin de départager la frontière entre les deux aspects.

e. La portée excessive

70. Un autre principe de justice fondamentale permet de s'assurer que les moyens privatifs de liberté pris par le législateur pour atteindre son objectif ne soient pas trop larges : il s'agit du principe de la portée excessive. Une disposition ayant une portée excessive, c'est-à-dire visant trop de situations ou ratissant trop large ne sera pas conforme à la justice fondamentale. Dans l'arrêt de principe sur la question, rendu dans l'affaire *Heywood*, la Cour suprême du Canada explique le concept de la portée excessive :

L'analyse de la portée excessive porte sur les moyens choisis par l'État par rapport à l'objet qu'il vise. Lorsqu'il examine si une disposition législative a une portée excessive, le tribunal doit se poser la question suivante : ces moyens sont-ils nécessaires pour atteindre l'objectif de l'État? Si, dans un but légitime, l'État utilise des moyens excessifs pour atteindre cet objectif, il y aura violation des principes de justice fondamentale parce que les droits de la personne auront été restreints sans motif. Lorsqu'une loi a une portée excessive, il s'ensuit qu'elle est arbitraire ou disproportionnée dans certaines de ses applications⁹⁶.

71. La Cour suprême a invalidé dans cette affaire l'article 179 (1)b) C.cr. qui interdisait à une personne déclarée

95. *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, note 87, p. 1157.

96. *R. c. Heywood*, précité, note 70, par. 49.

coupable d'une infraction sexuelle de se trouver flânant dans des endroits tels les parcs publics ou les terrains d'école. La disposition avait une portée excessive, car elle visait trop de personnes et trop d'endroits (même ceux où on ne pouvait raisonnablement s'attendre à trouver des enfants) pour une durée illimitée. Dans la même logique, dans l'affaire *Demers*, la Cour suprême a jugé que le régime applicable aux personnes inaptes à subir leur procès en raison d'un trouble mental avait une portée excessive en ce qu'il ne permettait pas de libérer inconditionnellement une personne dont l'inaptitude était permanente⁹⁷.

72. Par contre, dans l'arrêt *Clay*, une autre affaire portant sur la criminalisation de la possession de marihuana, l'argument de portée excessive a été rejeté par la Cour suprême, entre autres parce que la preuve indiquait qu'une interdiction plus limitée serait inefficace, vu l'impossibilité d'identifier à l'avance les personnes vulnérables que la loi vise à protéger⁹⁸.

73. Dans le cas de la polygamie, la question de savoir si l'article 293 C.cr. a une portée excessive se pose dans la mesure où l'interdiction a une portée très large, tant à l'égard des types d'union visés que des personnes susceptibles d'être emprisonnées. Encore une fois, tout dépendra de la définition de l'objectif poursuivi par le législateur. Si le législateur voulait protéger les enfants contre les maux socioéconomiques reliés à la polygamie, une interdiction qui vise toutes les familles, qu'elles aient ou non des enfants, pourrait être considérée comme ayant une portée excessive. Si le législateur voulait plutôt protéger les femmes contre certains problèmes associés à la polygamie, il faut se demander si le moyen pris par le législateur, soit l'interdiction de toute forme d'union conjugale multiple, est nécessaire pour atteindre cet objectif. La difficulté vient ici du fait que certaines unions polygames sont vécues de façon sereine. Dans le cas de conjoints consentant librement, où les revenus de la famille sont suffisants et où il n'y a pas de violence, la criminalisation

97. *R. c. Demers*, [2004] 2 R.C.S. 489. Les arguments sur la portée excessive ont également été retenus dans *O'Neill c. Canada (Attorney General)*, (2007) 42 C.R. (6th) 63 (Ont. S.C.J.) et *A.B. c. College of Physicians and Surgeons of Prince Edward Island*, (2001) 204 D.L.R. (4th) 750 (C.S. Î.-P.-É.).

98. *R. c. Clay*, [2003] 3 R.C.S. 735, par. 40.

de la polygamie peut avoir une portée excessive. De même, on peut se demander si l'assujettissement à la sanction pénale de toutes les personnes participant à l'union conjugale, dont les femmes vivant dans des familles polygynes, est nécessaire à leur protection. Le tribunal aura à répondre à ces questions, en plus de celle de savoir si l'efficacité de la mesure commande une criminalisation tous azimuts. Cela suppose cependant que la criminalisation de la polygamie est efficace, ce qui est loin d'être acquis.

C) LE DROIT À L'ÉGALITÉ

74. Le droit à l'égalité protégé par le paragraphe 15 (1) de la Charte peut également être invoqué dans le cadre d'une contestation de la constitutionnalité de la criminalisation de la polygamie⁹⁹. L'objet de cette disposition est « d'empêcher les gouvernements d'établir des distinctions fondées sur des motifs énumérés ou analogues qui ont pour effet de perpétuer un désavantage ou un préjugé dont un groupe est victime, ou qui imposent un désavantage fondé sur l'application de stéréotypes »¹⁰⁰. Dans l'arrêt *Kapp*¹⁰¹, la Cour suprême a reformulé le critère de discrimination au sens du paragraphe 15 (1) de la Charte. Depuis, le critère à deux volets est le suivant :

- (1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue?
- (2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes?

75. En ce qui concerne la polygamie, divers motifs énumérés peuvent être invoqués, tels la religion, le sexe et l'origine nationale ou ethnique. Il est également possible d'invoquer le motif analogue de la situation de famille. La Cour suprême du Canada a en effet mentionné que la situation de famille

99. La *Loi canadienne sur les droits de la personne* (L.R., 1985, c. H-6) protège également contre la distinction illicite sur la base de l'origine ethnique ou nationale, la religion, le sexe, l'état matrimonial et la situation de famille. Pour les fins du présent texte, la discussion ne portera que sur la protection offerte par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

100. *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 25.

101. *Id.*, par. 17.

peut être considérée comme un motif analogue dans certains contextes, ce qui nécessite de procéder à une analyse individualisée à chaque situation¹⁰². Tant les personnes qui pratiquent la polygamie pour des raisons religieuses que celles qui le font pour des raisons culturelles reliées à leur origine ethnique ou nationale peuvent prétendre à une atteinte à leur droit à l'égalité, en ce que la criminalisation a, à leur égard, des effets discriminatoires dans la mesure où elles peuvent être emprisonnées en raison de leurs pratiques polygames. De plus, selon l'argument fondé sur l'égalité entre les sexes et les effets discriminatoires de la polygamie quant aux femmes, ces dernières pourraient aussi invoquer la discrimination sur la base du sexe. Si des accusations étaient portées à l'égard de tous les partenaires d'une union polygame, la criminalisation aurait des effets plus importants pour les différentes femmes faisant partie d'une telle union puisqu'elles y sont généralement plus nombreuses que les hommes. De la même manière, la situation de famille des personnes vivant dans des unions polygames pourrait aussi être invoquée pour contester le caractère discriminatoire de l'article 293 du *Code criminel*.

76. La question est celle de savoir si la distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue crée un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes. Dans ces différents cas de figure, il s'agirait donc de démontrer que les individus qui font partie de chacun de ces groupes subissent un désavantage préexistant dans notre société, c'est-à-dire qu'ils forment un groupe vulnérable. Par exemple, il pourrait s'agir de montrer que la vulnérabilité de ce groupe est « cristallisée par le droit »¹⁰³, ce qui s'apprécie en fonction du traitement juridique qui lui a été traditionnellement consacré. L'analyse du traitement historiquement accordé aux membres des groupes pratiquant la polygamie pourrait

102. *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 50; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695. L'état matrimonial est un autre motif analogue : *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Droit de la famille — 102866*, 2010 QCCA 1978, par. 73.

103. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, précité, note 88, par. 225 : à titre d'exemple, la juge Deschamps, dissidente, y écrit qu'« en tant que groupe, les enfants subissent un désavantage préexistant dans notre société ». Elle ajoute (au par. 225) que « leur vulnérabilité était cristallisée par le droit, qui considérait traditionnellement les enfants comme la propriété ou le bien de leurs père et mère ou tuteurs ».

révéler une telle cristallisation juridique de leur vulnérabilité. Il faut également déterminer si la distinction établie par la loi n'apporte pas une amélioration à la situation du groupe plutôt qu'une distinction injuste¹⁰⁴. Dans le cas de la polygamie, il est difficile de concevoir que la loi protège les intérêts des groupes visés, dans la mesure où tous, y compris les femmes vivant dans une union polygame, sont susceptibles d'être emprisonnés. Certains estiment cependant que la pratique de la polygynie est intrinsèquement discriminatoire pour les femmes, car elle permet aux hommes d'avoir plusieurs épouses, alors que les femmes doivent se partager le même mari. Selon cette conception, ce serait le fait, pour l'État, de permettre la polygynie, qui serait discriminatoire¹⁰⁵. L'interdiction de la polygamie vise donc, selon eux, à apporter une amélioration à la condition de certaines femmes.

77. La différence de traitement dont il est question ici produit des effets discriminatoires en ce que la criminalisation de la polygamie établit une distinction qui crée un désavantage par la perpétuation de préjugés et l'application de stéréotypes. Les personnes vivant en union polygame appartiennent à des groupes victimes de préjugés et subissant de la discrimination dans la société canadienne, comme le sont les mormons fondamentalistes, par exemple.

78. Dans l'affaire des huttérites, concernant la photo obligatoire pour l'obtention d'un permis de conduire, la Cour a ajouté que la distinction fondée sur le motif énuméré de la religion doit découler d'un « stéréotype méprisant » pour qu'il y ait atteinte au droit à l'égalité¹⁰⁶. À la majorité, il fut décidé que le règlement, pourtant contraire à la liberté de religion protégée par l'alinéa 2 a) de la Charte, ne constituait pas de la discrimination sur la base de la religion au sens du paragraphe 15 (1). On peut y lire ce qui suit :

104. *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, précité, note 49.

105. R. J. COOK, L. M. KELLY, précité, note 1; CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *La polygamie au regard du droit des femmes*, Québec, Conseil du statut de la femme, 2010.

106. Selon les juges majoritaires, cette conception de la discrimination correspondrait au sens qui lui a été donné dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

À supposer que les intimés puissent démontrer que le règlement établit une distinction fondée sur le motif énuméré de la religion, celle-ci découle non pas d'un stéréotype méprisant, mais d'un choix politique neutre et justifiable sur le plan rationnel. Il n'y a aucune discrimination au sens de l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, tel que l'explique l'arrêt *Kapp*. L'objet de la demande des membres de la colonie est la pratique inconditionnelle de leur religion, et non l'absence de discrimination religieuse exercée contre eux. La demande des intimées fondée sur le par. 15(1) a déjà été traitée pour l'essentiel dans l'analyse fondée sur l'al. 2a). Il n'y a aucune violation du par. 15(1).¹⁰⁷

79. Puisque, pour reprendre les mots de la Cour, la demande fondée sur le paragraphe 15 (1) a déjà été traitée dans l'analyse fondée sur l'alinéa 2 a), comment expliquer dès lors que le jugement du plus haut tribunal puisse en arriver à deux conclusions si opposées, c'est-à-dire qu'il y a atteinte à la liberté de religion, mais que cette distinction ne soit pas discriminatoire sur la base de la religion? Quoi qu'il en soit, il s'agit de se demander, dans le cas de la polygamie, si l'interdiction criminalisée porte atteinte au droit à l'égalité protégé par la Charte.

80. Une fois qu'il y a conclusion d'une atteinte au droit à l'égalité, il s'agit d'examiner si cette discrimination peut être justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique dans le cadre de l'article premier de la Charte.

PARTIE III. LA JUSTIFICATION DE L'ATTEINTE AUX DROITS ET LIBERTÉS

81. Si une violation à au moins un droit ou une liberté protégés par la Charte était constatée, le Procureur général du Canada devrait démontrer que cette violation est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la Charte, pour sauvegarder l'article 293 C.cr. Nous étudierons donc, dans cette partie, le test de

107. *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] CSC 37, par. 108.

l'article premier¹⁰⁸ d'une façon intégrée, c'est-à-dire pour toutes les violations potentielles aux droits et libertés, et ce, afin d'éviter les répétitions.

82. Il demeure entendu que, malgré ce choix de présentation, les restrictions à certains droits peuvent s'analyser de façon légèrement différente. Malgré le fait que l'article premier soit applicable à tous les droits et libertés étudiés, il sera plus difficile de justifier, notamment, une atteinte à l'article 7 de la Charte. Il est en effet difficile de concevoir qu'une atteinte aux droits protégés par l'article 7 qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale puisse par ailleurs constituer une limite raisonnable et justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique. Jamais jusqu'à maintenant la Cour suprême du Canada n'a-t-elle considéré qu'une atteinte à ce droit était justifiée au sens de l'article premier de la Charte. Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, il fut de plus souligné que :

L'article premier peut, pour des motifs de commodité administrative, venir sauver ce qui constituerait par ailleurs une violation de l'art. 7, mais seulement dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite.¹⁰⁹

A) LA RÈGLE DE DROIT

83. Le texte même de l'article premier de la Charte prévoit que les droits et libertés peuvent être restreints par une règle de droit. En l'espèce, cette condition ne pose pas de problème *a priori* puisque l'article 293 est une disposition du *Code criminel*. Cependant, la jurisprudence a précisé certaines caractéristiques inhérentes qu'une règle doit posséder afin qu'elle puisse être qualifiée de règle de droit. Parmi celles-ci, il en est une, qui peut également faire l'objet de discussion dans le cadre de l'article 7 lorsqu'il est question des principes de

108. Ce test a été élaboré pour la première fois par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. La Cour l'a par la suite fait évoluer dans sa jurisprudence subséquente.

109. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, précité, note 51, par. 85. Voir aussi *Heywood*, précité, note 70, par. 69.

justice fondamentale, soit la nécessité de précision de la règle de droit. Cette question a par conséquent déjà été abordée précédemment, dans le cadre de l'analyse sous l'article 7¹¹⁰.

B) L'OBJECTIF LÉGISLATIF

84. Pour qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté protégés par la Charte soit néanmoins constitutionnelle, il faut tout d'abord que cette restriction soit faite dans un objectif législatif qui réponde à des préoccupations réelles et urgentes¹¹¹. Comme nous l'avons identifié dans la partie I, la criminalisation de la polygamie a été adoptée en 1890 dans une optique antimormoniste. C'est afin d'enrayer l'immigration de mormons fondamentalistes provenant des États-Unis que cette mesure a été adoptée, car leur type d'union conjugale était jugé immoral.

85. Rappelons que l'objectif de la mesure attentatoire aux droits et libertés qu'il faut identifier est l'objectif d'origine, la Cour suprême ayant refusé d'admettre la théorie de l'objet changeant : « De plus, la théorie de l'objet changeant contraste nettement avec les notions fondamentales qui se sont formées dans notre droit au sujet de la nature de "l'intention du législateur". L'objet d'une loi est fonction de l'intention de ceux qui l'ont rédigée et adoptée à l'époque, et non pas d'un facteur variable quelconque »¹¹². Des préoccupations du plus haut tribunal du pays concernant la sécurité juridique l'ont amené à prendre cette décision, qui s'écarte de la jurisprudence américaine.

86. Si un changement d'accent entre différents objectifs qui étaient tous présents au moment de l'adoption de la loi est permis¹¹³, la loi ne peut cependant acquérir un objectif complètement nouveau¹¹⁴. C'est donc avec un regard historique, basé sur l'intention originelle du législateur, qu'il faut identifier l'objectif de la loi, et non avec notre regard actuel. Malgré

110. *Supra*, Partie II. B., sous le titre « L'imprécision législative ».

111. *R. c. Oakes*, précité, note 108. Voir aussi *R. c. Big M Drug Mart*, précité, note 29.

112. *R. c. Big M Drug Mart*, précité, note 29, par. 91.

113. *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, par. 85.

114. *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, p. 761.

toutes les critiques¹¹⁵ que l'on peut adresser à ce type d'analyse, cela demeure la façon de faire. La question n'est donc pas de savoir si, aujourd'hui, il existe des objectifs louables de criminaliser la polygamie. Tous les maux sociaux associés à la polygamie, concernant les femmes et les enfants qui vivent au sein d'unions polygames, ne peuvent donc justifier l'atteinte aux droits que si ces préoccupations étaient présentes à l'esprit du législateur à l'origine, ce qui ne semble pas être le cas, vu le texte de l'article, les débats législatifs et le contexte social de l'époque. Rappelons que les femmes n'avaient alors pas le droit de vote, n'étaient pas considérées comme les égales des hommes et étaient restreintes à des rôles domestiques et de reproduction, non seulement chez les mormons, mais dans la société en général. Si le préjudice subi par les femmes¹¹⁶ et les enfants¹¹⁷ a pu justifier les atteintes aux droits portées par certaines dispositions criminelles, il ne l'a été que dans la mesure où ces préjudices constituaient des objectifs d'origine des dispositions contestées. Par contre, le Procureur général peut s'appuyer sur des preuves récentes, postérieures à l'adoption de la loi, pour prouver l'importance de son objectif d'origine¹¹⁸.

87. Comme le texte criminalisant la polygamie a été modifié depuis le jour où il a été adopté en 1890, nous devons nous questionner sur l'effet de la modification législative sur l'intention du législateur. En effet, en 1953-1954, la référence explicite aux mormons a été retirée du texte du *Code criminel*¹¹⁹. Est-ce que, de ce fait, l'objectif a été modifié? Ce changement a eu lieu dans le contexte de la révision du *Code criminel* par une commission royale, dont le mandat était de :

- a) réviser les dispositions ambiguës et obscures;
- b) adopter partout un langage uniforme;

115. Scott G. REQUADT, « Worlds Apart Words Apart : Re-Examining the Doctrine of Shifting Purpose in Statutory Interpretation », (1993) 51 *U. Toronto Fac. L. Rev.* 331.

116. *R. c. Butler*, précité, note 113.

117. *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45.

118. *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

119. L.C. 1953-54, c. 51, art. 243.

- c) éliminer les incohérences; les anomalies ou défauts d'ordre juridique;
- d) remanier les dispositions et les Parties;
- e) chercher à simplifier en omettant ou en unifiant certaines dispositions;
- f) avec l'approbation de la Commission de révision des statuts, omettre les dispositions qui doivent être insérées dans d'autres lois;
- g) s'efforcer d'étendre la portée du Code de façon à embrasser tout le droit criminel; et
- h) apporter à la procédure telles modifications qu'elle juge nécessaires à l'application prompte et équitable du droit criminel.¹²⁰

88. La Commission avait donc un mandat centré sur des modifications de forme. La professeure Ruth Sullivan considère que, dans le contexte de la révision du *Code criminel* de 1953-1954, même des modifications importantes dans le libellé d'un article visent à simplifier ou à moderniser le style, et non pas à en changer la substance¹²¹. D'ailleurs, la modification à l'article criminalisant la polygamie était considérée, lors du processus de révision, comme une modification de forme seulement¹²². Elle a été adoptée par la Chambre des communes sans discussion¹²³. Elle a été faite à la demande de deux députés de la Chambre des communes, eux-mêmes mormons, mais non fondamentalistes, qui ne pratiquaient pas la polygamie. Il s'agit de deux députés albertains élus sous la bannière du Crédit social, Solon Low et John Blackmore, ce dernier étant l'oncle de Winston Blackmore qui a été récemment accusé, puis libéré de l'accusation de polygamie¹²⁴.

120. *Rapport de la Commission royale pour la révision du Code criminel*, Ottawa, Edmond CLOUTIER, 1954, p. 3.

121. Ruth SULLIVAN, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd., Markham, Lexis Nexis, 2008, p. 585.

122. Délibérations du Comité permanent des banques et du commerce auquel a été déféré le projet de loi (H-8) intitulé: *Loi concernant le droit criminel*, séance du mercredi 11 juin 1952, appendice B, p. 38, art. 243 « changement de forme seulement ».

123. *Débats de la Chambre des communes*, 3 (26 février 1954), p. 2631. L'article 243 C.cr. relatif à la polygamie est adopté sans discussion.

124. B. C. HARDY, précité, note 20, p. 199; Daphne BRAMHAM, « Polygamy Issue Runs Deep in the Blackmore Family », *Vancouver Sun*, 17 février 2009.

Peut-être que comme la pratique de la polygamie était devenue marginale au sein de leur religion, les députés mormons voulaient que la loi cesse de faire cette association entre polygamie et mormonisme, une association dans la quasi-totalité des cas erronée.

89. Cette modification législative ne peut avoir pour effet de soustraire les mormons qui pratiquent encore la polygamie à l'application de la loi. La criminalisation de la polygamie englobe toujours toutes les formes d'unions conjugales, y compris celles pratiquées par les fondamentalistes mormons. La disposition telle que modifiée en 1953-1954 ménage donc la susceptibilité de la majorité des mormons, sans cesser de viser les fondamentalistes. Rien ne semble indiquer qu'une préoccupation particulière, dans les années cinquante, pour les femmes et les enfants ne soit apparue ni n'explique la modification législative. Comme pour la plupart des changements apportés lors de cette révision du *Code criminel*¹²⁵, le peu d'informations que nous avons et l'absence de débats en Chambre sur la question laissent croire que l'intention du législateur est demeurée inchangée. Il semble donc qu'un objectif législatif religieux soit à la base de cette mesure législative, ce qui constitue un problème quant à sa constitutionnalité de cette norme législative.

90. Subsidiairement, une seconde manière de concevoir l'objectif législatif de l'article 293 du *Code criminel* pourrait être considérée par le tribunal. S'il est maintenant bien établi que le législateur ne peut utiliser le droit pénal pour assurer le respect des règles de bienséance¹²⁶ ou pour « imposer une certaine norme de moralité publique et sexuelle »¹²⁷, la Cour suprême du Canada a néanmoins affirmé, en *obiter* dans l'affaire *Butler*, que le Parlement peut légiférer en « se fondant sur une certaine conception fondamentale de la moralité

125. La Cour suprême s'est prononcée sur l'effet de cette révision dans plusieurs arrêts : voir *R. c. Zundel*, précité, note 114; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, précité, note 88, par. 65; *R. c. Boulanger*, [2006] 2 R.C.S. 49, par. 36; *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106, par. 65-66; *R. c. Nabis*, [1975] 2 R.C.S. 485, p. 489. *Contra* : *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 24, où la majorité tire un argument important de cette révision.

126. *R. c. Butler*, précité, note 113, p. 498.

127. *Id.*, p. 492.

aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique »¹²⁸. Citant avec approbation David Dyzenhaus, la Cour reconnaît que « [l]a désapprobation morale est reconnue comme une réponse appropriée lorsqu'elle repose sur les valeurs de la *Charte* »:

Comme l'intimée et de nombreux intervenants l'ont fait ressortir, une bonne partie du droit criminel repose sur des conceptions morales de ce qui est bon et de ce qui est mauvais, et le simple fait qu'un texte législatif soit fondé sur la moralité ne le rend pas automatiquement illégitime.¹²⁹

91. Aussi, la Cour suprême a insisté sur le rôle des valeurs dans certaines affaires récentes. Ainsi, dans *Bruker c. Marcovitz*, où il s'agissait précisément de concilier la liberté de religion et certains droits et valeurs concurrents, la juge Abella établit, en tout début de son jugement, que le respect des valeurs canadiennes fondamentales peut justifier la restriction de certains droits :

Le Canada est fier avec raison de sa tolérance évolutive à l'égard de la diversité et du pluralisme. Au fil des ans, l'acceptation du multiculturalisme n'a cessé de croître et l'on reconnaît que les différences ethniques, religieuses ou culturelles seront acceptées et respectées. Confirmé dans des textes de loi, que ce soit par des mesures de protection figurant dans les codes des droits de la personne ou par son inscription dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, le droit de chacun de s'intégrer dans la société canadienne avec ses différences — et malgré celles-ci — est devenu un élément déterminant de notre caractère national.

Toutefois, le droit à la protection des différences ne signifie pas que ces différences restent toujours prépondérantes. Celles-ci ne sont pas toutes compatibles avec les valeurs canadiennes fondamentales et par conséquent, les obstacles à leur expression ne sont pas tous arbitraires. Déterminer les circonstances dans lesquelles l'affirmation d'un droit fondé sur une différence doit céder le pas à un intérêt public plus pressant constitue un exercice complexe, nuancé, tributaire des faits

128. *Id.*, p. 493.

129. *R. c. Butler*, précité, note 113, p. 493.

propres à chaque espèce qu'il serait illusoire d'encadrer nettement. Mais cette tâche est également une délicate nécessité, requise afin de protéger l'intégrité évolutive du multiculturalisme et de l'assurance du public quant à son importance.¹³⁰

92. Sur cette base, la Cour suprême, à la majorité, a conclu que « [l]'intérêt que porte le public à la protection des droits à l'égalité et de la dignité des femmes juives dans l'exercice indépendant de leur capacité de divorcer et se remarier conformément à leurs croyances, tout comme l'avantage pour le public d'assurer le respect des obligations contractuelles valides et exécutoires, comptent parmi les intérêts et les valeurs qui l'emportent sur la prétention de M. Marcovitz selon laquelle l'exécution de l'engagement pris au paragraphe 12 de l'entente pourrait restreindre sa liberté de religion »¹³¹.

93. En matière de polygamie, la question est ainsi de savoir si la criminalisation qui porte atteinte à certains droits repose néanmoins sur les valeurs de Charte. Dans l'arrêt *Oakes*, le juge en chef Dickson a énoncé, dans un passage trop peu cité en comparaison des fameux critères de l'objectif législatif et de la proportionnalité, certaines valeurs devant orienter l'interprétation de l'article premier :

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

130. *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607, par. 1-2.

131. *Id.*, par. 92 (nous soulignons).

94. Pour déterminer dans quelles circonstances une conception morale revêt un caractère suffisamment fondamental, le juge Gonthier a proposé dans *Butler* une démarche à cette fin¹³², résumée comme suit dans l'arrêt *Sauvé* :

Le tribunal doit tout d'abord être convaincu que la prétention morale est fondée : elle doit « porter sur des problèmes concrets, comme la vie, le préjudice, le bien-être [...]; il ne doit pas s'agir simplement de divergences d'opinions ou de goûts. Le Parlement ne saurait restreindre les droits garantis par la *Charte* simplement pour des motifs d'aversion; c'est ce qu'on entend par préoccupation "réelle et urgente" ». Deuxièmement, il faut établir qu'il existe « un consensus au sein de la population quant à ces prétentions. Elles doivent bénéficier de l'appui de plus d'une majorité simple de la population ».¹³³

95. La criminalisation de la polygamie possède-t-elle un tel fondement? Bien que la moralité ait été écartée comme critère permettant de déterminer si l'*actus reus* d'un crime a été commis¹³⁴, elle demeure potentiellement susceptible de justifier une atteinte à un droit ou à une liberté protégés par la Charte. Premièrement, les prétentions morales doivent être fondées, ce qui nécessite d'identifier les problèmes concrets auxquels s'adresse la criminalisation de la polygamie. À cet égard, nous avons déjà mis en évidence qu'il est difficile d'identifier clairement ces problèmes. La jurisprudence de la Cour suprême a déjà bien montré la difficulté pour une loi de passer avec succès le test de l'article premier lorsque le gouvernement ne réussit pas à cerner les problèmes spécifiques qui nécessitent la privation d'un droit. Dans de telles circonstances, « il est donc difficile de dire si celle-ci vise un but urgent et réel »¹³⁵. Même si la Cour nous enseigne que, « malgré la nature abstraite des objectifs gouvernementaux et le fondement fragile sur lequel ils reposent, la prudence nous conseille de procéder à l'analyse de la proportionnalité au lieu

132. *R. c. Butler*, précité, note 113, p. 523.

133. *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, par. 113.

134. *R. c. Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728.

135. *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, précité, note 133, par. 26.

de rejeter catégoriquement ces objectifs »¹³⁶, cette analyse est alors fortement prédéterminée, pour ne pas dire que la constitutionnalité de la mesure législative contestée est d'ores et déjà vouée à l'échec.

96. Deuxièmement, « il doit exister un consensus au sein de la population quant à ces prétentions morales. Elles doivent bénéficier de l'appui de plus d'une majorité simple de la population »¹³⁷. Cela représente un vaste défi, car, comme l'écrit le juge Gonthier dans *Butler*, « dans une société pluraliste comme la nôtre, les divers segments de la population ont maintes conceptions différentes de ce qui est bien »¹³⁸. Comment, dès lors, déterminer s'il existe un vaste consensus entre les tenants des diverses conceptions du bien, consensus qui serait suffisamment important pour que l'État puisse intervenir en invoquant la moralité? Le juge Gonthier précise qu'« [é]viter qu'un préjudice soit causé à la société par suite de changements d'attitude représente certainement une "conception fondamentale de la moralité" »¹³⁹. Encore une fois, appliqué à la polygamie, il demeure difficile d'identifier clairement quel préjudice le législateur souhaite-t-il éviter en recourant à la criminalisation. Il faudrait donc un consensus social important quant au caractère répréhensible de la conduite criminalisée¹⁴⁰. La bestialité, la nécrophilie ou l'inceste¹⁴¹ pourraient remplir ce critère puisque le consensus social autour de leur criminalisation est établi de longue date et peu susceptible de fléchir¹⁴². Contrairement à l'inceste, la

136. *Ibid.*

137. *R. c. Butler*, précité, note 113, p. 523.

138. *Id.*, p. 523-524.

139. *R. c. Butler*, précité, note 113, p. 524.

140. *Id.*, p. 523-524.

141. Dans *R. c. C.J.F.*, (1996) 105 C.C.C. (3d) 435, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse écrit, dans un jugement où elle décide que la criminalisation de l'inceste (entre des adultes consentants) est constitutionnelle : « Incest is, as indicated by the above authorities, unacceptable, incomprehensible and repugnant to the vast majority of people, and has been for centuries in many cultures and countries » (par. 24). La Cour considère de plus que l'article 155 C.cr. vise les objectifs de préserver l'intégrité de la famille, prévenir les tares génétiques, ainsi que de protéger les membres vulnérables de la famille. Voir aussi *R. c. M.S.*, (1996) 111 C.C.C. (3d) 467 (C.A.C.-B.).

142. Tristan DESJARDINS, *Les infractions d'ordre moral en droit criminel canadien : de la norme de tolérance à la nouvelle théorie du préjudice*, Markham (Ont.), Lexis Nexis, 2007, p. 143.

polygamie n'est pas un tabou universel : au contraire, elle est pratiquée dans plusieurs cultures depuis fort longtemps. Par contre, au Canada, une très forte majorité de la population semble désapprouver cette pratique¹⁴³. Cependant, cette opinion de la majorité pourrait-elle réellement permettre de justifier une atteinte à un droit sans créer une « tyrannie de la majorité »¹⁴⁴ que la Charte vise justement à prévenir? Dans une démocratie libérale et pluraliste fondée sur les droits et libertés, une telle justification utilitariste résiste difficilement à l'analyse de la constitutionnalité.

97. Par ailleurs, si la question devait à nouveau lui être soumise, la Cour suprême serait-elle encore d'accord avec cette justification morale d'une violation à un droit, idée qui ne lie pas la Cour puisqu'elle a été émise en *obiter* et qui a pu être modifiée depuis que plusieurs jugements ont relégué la moralité dans ces derniers retranchements¹⁴⁵?

C) LA PROPORTIONNALITÉ

98. La question de la proportionnalité ne se présentera que si les tribunaux considèrent que la disposition contestée répond à des préoccupations urgentes et réelles. Ainsi, dans l'hypothèse où les tribunaux considéreraient que l'objectif de l'article 293 C.cr. est la protection contre les préjudices causés aux femmes et aux enfants, ils devront alors se demander si la mesure contestée a un lien rationnel avec l'atteinte de cet objectif. Il n'est pas nécessaire ici d'avoir de preuves scientifiques démontrant le lien rationnel, un lien logique suffit¹⁴⁶. Il faut donc que la criminalisation de la polygamie contribue à

143. Selon un sondage, 96 % des Canadiens désapprouvent la polygamie et 80 % ne sont pas prêts à l'accepter : Reginald W. BIBBY, « Polygamy and the Same-Sex Debate », Institut Vanier de la famille, communiqué du 25 janvier 2005, [En ligne]. http://www.vifamily.ca/newsroom/press_jan_25_05.html. Selon un autre sondage, 85 % des Canadiens seraient opposés à la polygamie : En bref — Les opposants à la polygamie disent parler au nom des Canadiens, *Le Devoir*, 5 mars 2009.

144. *R. c. Big M Drug Mart*, précité, note 29.

145. Voir entre autres *R. c. Labaye*, précité, note 134. De plus, pour une discussion relative à la difficulté posée par la distinction entre une conception fondamentale et une conception particulière de la moralité, voir Luc B. TREMBLAY, « Le Canada de la Charte : Une démocratie libérale neutre ou perfectionniste? », (1995) 40 *R.D. McGill* 487.

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

éviter les préjudices envers les femmes et les enfants. Dans la mesure où certains des comportements qui amènent ces préjudices constituent déjà des infractions criminelles distinctes (voies de fait, agressions sexuelles, contacts sexuels, etc.), le lien entre la criminalisation du contexte *familial* dans lequel ces crimes surviennent et la prévention du préjudice est plus ténu. Le lien entre d'autres problèmes socioéconomiques, tels l'absence de choix libre de la part des femmes et la problématique des « lost boys », ces garçons expulsés de la communauté pour réduire la concurrence que se livrent les époux potentiels, et la polygamie serait peut-être plus facile à établir. La Cour suprême s'est d'ailleurs montrée sensible aux effets de la criminalisation d'un comportement des parents sur le tissu familial, en analysant l'effet discriminatoire du moyen de défense relatif à la discipline des enfants prévu à l'article 43 du *Code criminel*. Selon cet argument¹⁴⁷, la stabilité familiale peut être une raison d'éviter la criminalisation de certains comportements.

99. Quoi qu'il en soit, si l'analyse se rend à l'étape de la proportionnalité, le Procureur général du Canada devra démontrer que la disposition constitue une atteinte minimale aux droits et libertés violés. Le moyen choisi, soit la criminalisation de la polygamie, doit restreindre aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire les droits et libertés en cause afin d'être constitutionnel¹⁴⁸. Des moyens moins attentatoires aux droits et libertés doivent se révéler inefficaces à l'atteinte de l'objectif. Ainsi, pour que le critère de l'atteinte minimale soit rempli, le recours au droit criminel, avec ses sanctions dissuasives telle la privation de liberté, doit être nécessaire dans ce contexte. Non seulement la criminalisation de la bigamie¹⁴⁹ ne doit pas suffire, mais la simple non-reconnaissance légale des unions conjugales multiples ne doit pas non plus s'avérer suffisante. Rappelons que le mariage est défini comme « l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne »¹⁵⁰. Sur le plan civil, la

147. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, précité, note 88, par. 68.

148. *R. c. Edwards Books*, précité, note 49.

149. *Code Criminel*, art. 290.

150. *Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, c. 33, art. 2.

polygamie n'est donc pas reconnue, ce qui fait en sorte qu'une seule conjointe peut bénéficier des droits et devoir assumer les responsabilités du mariage. Les épouses subséquentes n'ont donc pas droit au partage des biens, à la pension alimentaire, au consentement aux soins, etc. Elles n'ont pas non plus les droits reconnus aux conjoints de fait par des lois particulières. De plus, compte tenu de cette non-reconnaissance de la polygamie, les autorités chargées de l'immigration refusent l'entrée aux familles polygames. Les tribunaux devront donc déterminer si, une sanction pénale doit s'ajouter à toutes ces règles pour protéger les femmes et les enfants. Le droit pénal étant l'outil le plus puissant dont le législateur bénéficie, il doit l'utiliser avec modération et les tribunaux seront, dans ce contexte, plus exigeants quant à une justification d'une atteinte à un droit ou à une liberté.

100. Finalement, la proportionnalité entre les effets préjudiciables et bénéfiques de la disposition doit de plus être démontrée. Cette dernière étape de l'analyse permettant de justifier une atteinte à un droit ou à une liberté protégés par la Charte a été à l'origine décrite comme suit dans l'affaire *Oakes* :

La gravité des restrictions apportées aux droits et libertés garantis par la *Charte* variera en fonction de la nature du droit ou de la liberté faisant l'objet d'une atteinte, de l'ampleur de l'atteinte et du degré d'incompatibilité des mesures restrictives avec les principes inhérents à une société libre et démocratique. Même si un objectif est suffisamment important et même si on a satisfait aux deux premiers éléments du critère de proportionnalité, il se peut encore qu'en raison de la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes, la mesure ne soit pas justifiée par les objectifs qu'elle est destinée à servir. Plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.¹⁵¹

151. R. c. *Oakes*, précité, note 108, p. 139-140.

101. Ce critère a été reformulé dans l'affaire *Dagenais* pour viser davantage la proportionnalité entre les effets préjudiciables et bénéfiques de la mesure :

À mon sens, la qualification de la troisième étape du second volet du critère formulé dans *Oakes* comme concernant uniquement l'équilibre entre l'objectif et les effets préjudiciables d'une mesure repose sur une conception trop étroite de la proportionnalité. À mon avis, même si un objectif est suffisamment important, même si on a satisfait aux deux premiers éléments du critère de proportionnalité et même si les effets préjudiciables sont proportionnels aux objectifs, il demeure possible qu'en raison de l'absence de proportionnalité entre ses effets nuisibles et ses effets bénéfiques, une mesure ne soit pas raisonnable et que sa justification ne puisse se démontrer dans une société libre et démocratique. Je reprendrais donc la troisième partie du critère *Oakes* comme suit : il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et l'objectif, et il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques¹⁵².

102. Ce critère, même reformulé, a été sévèrement critiqué pour sa redondance et son inutilité, notamment par le professeur Hogg¹⁵³. Comme pour prouver au célèbre constitutionnaliste qu'il avait tort, la juge en chef McLachlin a fondé en grande partie son analyse de l'article premier sur ce critère dans l'affaire des hutteurs¹⁵⁴. Alors que la proportionnalité des effets était généralement un critère analysé très rapidement par la Cour suprême, dans cette affaire, des développements importants y sont consacrés. La juge en chef note que « [s]eule la quatrième étape tient pleinement compte de "la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes" »¹⁵⁵.

103. Ainsi, si cette nouvelle approche devait être adoptée dans l'analyse de la justification des restrictions des droits et

152. *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 889 (souligné dans l'original).

153. P. W. HOGG, précité, note 76, chap. 38.12.

154. *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, précité, note 107.

155. *Id.*, par. 76.

libertés amenés par la criminalisation de la polygamie, les tribunaux devraient identifier les effets bénéfiques de la mesure, effets qui découlent naturellement de l'objectif reconnu. La criminalisation de la polygamie peut avoir pour effet bénéfique la dissuasion d'adopter ce comportement préjudiciable socialement pour les femmes et les enfants. Le fait que soit concrètement affirmée l'égalité entre les hommes et les femmes pourrait également être vu comme un effet bénéfique¹⁵⁶. Dans la mesure où, à cette étape de l'analyse, un objectif suffisamment important a déjà été identifié, des effets bénéfiques découlant de la mise en œuvre de cet objectif peuvent ensuite aussi l'être.

104. Il faut ensuite cerner les effets négatifs sur les droits et libertés d'individus ou de groupes d'individus qu'amène la criminalisation de la polygamie. Il peut s'agir, entre autres, des effets de l'article 293 du *Code criminel* sur les mormons fondamentalistes. Il faut tenter le difficile exercice d'apprécier la gravité de ces effets : s'agit-il d'une contrainte mineure ou d'un obstacle réel à la foi? Dans l'affaire des huttérites, la majorité de la Cour suprême identifie le « prix à payer » pour conserver la foi huttérite : celui de renoncer à conduire sur la voie publique. Selon elle, cet effet négatif sur la liberté de religion n'est pas fondamental et est surpassé par les effets bénéfiques de la réglementation, qui concernent la sécurité¹⁵⁷. Dans le cas de la polygamie, le « prix à payer » pour les mormons fondamentalistes est beaucoup plus élevé : le risque de se voir imposer une peine de 5 ans de prison. Il est plus facile de renoncer à conduire un véhicule que de s'exposer à une peine maximale de 5 ans de prison, sans compter les autres conséquences qui découleront ensuite du casier judiciaire. Il s'agit dans ce cas d'une interdiction complète plutôt que d'une simple réglementation. La mesure fait davantage obstacle à un choix véritable en matière religieuse. Advenant que l'analyse de l'article premier en vienne à ce dernier critère, le dossier de la polygamie sera-t-il le premier où la proportionnalité globale ne sera pas rencontrée?

156. Voir à ce sujet CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, précité, note 105, notamment à la p. 111.

157. *Id.*, par. 72-103.

CONCLUSION

105. La criminalisation de la polygamie est actuellement soumise à l'épreuve de la Charte devant les tribunaux. De nombreux angles d'attaque sont possibles : liberté de religion, droit à la liberté (d'une manière non conforme à plusieurs principes de justice fondamentale) et droit à l'égalité. Compte tenu du fait que la religion mormone fondamentaliste invite ses membres à pratiquer la polygamie pour atteindre le salut éternel, alors que le droit criminel criminalise ce comportement et le rend passible de cinq ans de prison, la restriction d'au moins un droit ou une liberté ne nous semblera pas difficile à établir. Nous pouvons même nous demander combien d'exigences constitutionnelles seront restreintes par l'article 293 du *Code criminel*.

106. La question plus délicate est celle de la justification possible de ces restrictions sous l'article premier de la Charte. L'étude des motivations discriminatoires envers les mormons qui ont initialement motivé l'adoption de la mesure nous porte à croire à l'inconstitutionnalité de l'article 293 du *Code criminel*. Si jamais les tribunaux en venaient à cette conclusion, le Parlement canadien aurait deux possibilités, s'il voulait maintenir la criminalisation de la polygamie. Tout d'abord, s'appuyant sur les nombreuses études sur les impacts que cette forme d'union sur les femmes et les enfants, il pourrait adopter un autre article de loi criminalisant la polygamie, mais tout en poursuivant un objectif social dont la justification pourrait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Sinon, le Parlement fédéral pourrait utiliser pour la première fois la clause dérogatoire prévue à l'article 33 de la Charte canadienne, au nom des valeurs canadiennes.

107. La question de la criminalisation de la polygamie amène en effet une importante réflexion sur les valeurs canadiennes. Ces valeurs se reflètent à la fois dans notre constitution, laquelle prévoit des droits et libertés comme la liberté de religion et dans notre droit criminel, qui sanctionne les comportements qui portent atteinte au tissu social. Or, il y a une tension inhérente entre cette liberté de religion, qui permet un choix personnel de valeurs et de jugement moral, et le

droit criminel, qui interdit au nom de certaines valeurs canadiennes. Bien que la moralité soit de moins en moins citée par la Cour suprême comme étant le fondement du droit criminel, celui-ci implique nécessairement des choix moraux. Comme l'écrit Benjamin L. Berger :

When one takes a conceptual step back, one sees that the constitutional protection of religious freedom and substantive criminal law are both centrally concerned with the role of the State in making and enforcing moral judgments, but are contesting this boundary from opposite directions. On the one hand, the constitutional protection of religious freedom and equality, a now-orthodox component of any modern constitutional democracy, is, at core, the quintessential reflection of the modern liberal demand that the State remain withdrawn from the domain of moral judgments and claims about the good life. [...] On the other hand, the substantive criminal law is precisely a domain of moral judgment. It is a field not only concerned with notions of individual moral blame, but one whose very conceptual foundation is that society can judge certain actions to be so morally repugnant as to warrant State actions with fearsome consequences for the individual.¹⁵⁸

108. Cette tension entre la liberté de religion et le droit criminel substantif peut se résoudre si un élément constitue une limite à l'autre. Dans certains cas, la liberté de religion limitera le pouvoir du législateur de criminaliser un comportement. Dans d'autres cas, ce sera l'inverse : le droit criminel limitera la liberté d'action permise par la liberté de religion. Ni l'un ni l'autre ne sont absolus : alors que la compétence fédérale en matière de droit criminel est limitée par les droits et libertés, ceux-ci peuvent être restreints par une loi criminelle dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Cette question se pose précisément dans le cas de la polygamie : quelle norme — les droits et libertés ou la loi criminelle — permettra de limiter l'autre ?

109. Cette question appelle à la définition des limites des droits et libertés étudiés dans ce texte, que ce soit la liberté de

158. Benjamin L. BERGER, « Moral Judgment, Criminal Law and the Constitutional Protection of Religion », (2008) 40 *Supreme Ct. L. Rev.* 513, 514 et 515.

religion, le droit protégé par l'article 7 de la Charte ou les droits à l'égalité. Alors que ces protections constitutionnelles incarnent les valeurs canadiennes, d'autres valeurs se retrouvent ailleurs, que ce soit dans la Charte ou dans la société. L'analyse de la constitutionnalité de la criminalisation de la polygamie permettra l'identification de ces valeurs, donc de ces limites, ce qui est un exercice aussi délicat que nécessaire.

Marie-Pierre Robert
Faculté de droit
Université de Sherbrooke
2500, boul. de l'Université
Sherbrooke (Québec) J1K 2R1
Téléphone : 819 821-8000, poste 62932
Télécopieur : 819 821-7578
marie-pierre.robert@usherbrooke.ca

Stéphane Bernatchez
Faculté de droit
Université de Sherbrooke
2500, boul. de l'Université
Sherbrooke (Québec) J1K 2R1
Téléphone : 819 821-8000, poste 65284
Télécopieur : 819 821-7578
stephane.bernatchez@usherbrooke.ca

Note des auteurs : Les auteurs tiennent à remercier Mélanie Dupuis-Guiliani et Constantin Kiryakidis pour leur travail de recherche pour cet article.