

"Source : *La bigamie*, 34 pages, Commission de réforme du droit du Canada, 1985. Reproduit avec la permission du ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2010."



Commission de réforme du droit
du Canada

Law Reform Commission
of Canada

DROIT PÉNAL

la bigamie

Document de travail 42

Canada

Rapports et documents de travail de la Commission de réforme du droit du Canada

Rapports au Parlement

1. *La preuve* (19 déc. 1975)
2. *Principes directeurs — Sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal** (6 fév. 1976)
3. *Notre droit pénal* (25 mars 1976)
4. *L'expropriation** (8 avril 1976)
5. *Le désordre mental dans le processus pénal** (13 avril 1976)
6. *Le droit de la famille** (4 mai 1976)
7. *L'observance du dimanche** (19 mai 1976)
8. *La saisie des rémunérations versées par la Couronne du chef du Canada** (19 déc. 1977)
9. *Procédure pénale — Première partie : amendements divers** (23 fév. 1978)
10. *Les infractions sexuelles** (29 nov. 1978)
11. *Le chèque** (8 mars 1979)
12. *Le vol et la fraude** (16 mars 1979)
13. *Les commissions consultatives et les commissions d'enquête* (18 avril 1980)
14. *Le contrôle judiciaire et la Cour fédérale** (25 avril 1980)
15. *Les critères de détermination de la mort* (8 avril 1981)
16. *Le jury* (28 juill. 1982)
17. *L'outrage au tribunal** (18 août 1982)
18. *L'obtention de motifs avant la formation d'un recours judiciaire — Commission d'appel de l'immigration* (16 déc. 1982)
19. *Le mandat de main-forte et le télémandat* (22 juill. 1983)
20. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (11 oct. 1983)
21. *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules* (10 nov. 1983)
22. *La communication de la preuve par la poursuite* (15 juin 1984)
23. *L'interrogatoire des suspects* (19 nov. 1984)
24. *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* (22 mars 1985)
25. *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne* (12 juin 1985)
26. *Les organismes administratifs autonomes — Un cadre pour la prise de décisions* (oct. 1985)
27. *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence** (1974)
28. *La communication de la preuve** (1974)
29. *Le dédommagement et l'indemnisation** (1974)
30. *L'amende** (1974)
31. *La déjudiciarisation** (1975)
32. *Les biens des époux** (1975)
33. *Expropriation** (1975)
34. *Les confins du droit pénal : leur détermination à partir de l'obscénité** (1975)
35. *Emprisonnement — Libération** (1975)
36. *Les divorcés et leur soutien** (1975)
37. *Le divorce** (1975)
38. *Processus pénal et désordre mental** (1975)
39. *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire** (1975)
40. *Responsabilité pénale et conduite collective** (1976)
41. *Les commissions d'enquête — Une nouvelle loi** (1977)
42. *La Cour fédérale — Contrôle judiciaire** (1977)
43. *Le vol et la fraude — Les infractions* (1977)
44. *L'outrage au tribunal — Infractions contre l'administration de la justice** (1977)
45. *Les paiements par virement de crédit* (1978)
46. *Infractions sexuelles** (1978)
47. *Les critères de détermination de la mort** (1979)
48. *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux* (1979)
49. *Les organismes administratifs autonomes* (1980)
50. *Le traitement médical et le droit criminel* (1980)
51. *Le jury en droit pénal** (1980)
52. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1982)
53. *Partie générale : responsabilité et moyens de défense* (1982)
54. *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal** (1983)
55. *Les dommages aux biens — Le vandalisme* (1984)
56. *L'interrogatoire des suspects* (1984)
57. *L'homicide* (1984)
58. *Les méthodes d'investigation scientifiques* (1984)
59. *Le libelle diffamatoire* (1984)
60. *Les dommages aux biens — Le crime d'incendie* (1984)
61. *La juridiction extra-territoriale* (1984)
62. *Les voies de fait* (1985)
63. *Les procédures postérieures à la saisie* (1985)
64. *Le statut juridique de l'Administration fédérale* (1985)
65. *L'arrestation* (1985)

La Commission a également publié au-delà de soixante-dix documents d'étude portant sur divers aspects du droit. Pour obtenir le catalogue des publications, écrire à : Commission de réforme du droit du Canada, 130 rue Albert, Ottawa (Ontario) K1A 0L6, ou Bureau 310, Place du Canada, Montréal (Québec) H3B 2N2.

* Ces documents sont épuisés mais ils peuvent être consultés dans de nombreuses bibliothèques.

LA BIGAMIE

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à :

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7^e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Commission de réforme du droit du Canada 1985
N° de catalogue J32-1/42-1985
ISBN 0-662-53856-0

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 42

LA BIGAMIE

1985

Avis

Ce document de travail présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. Son opinion définitive sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante :

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Canada
K1A 0L6

La Commission

M. le juge Allen M. Linden, président
M^c Gilles Létourneau, vice-président*
M^c Louise Lemelin, c.r., commissaire
M^c Joseph Maingot, c.r., commissaire
M^c John Frecker, commissaire*

Secrétaire

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Coordonnateur de la section de recherche
sur les règles de fond du droit pénal

François Handfield, B.A., LL.L.

Conseiller spécial

Patrick Fitzgerald, M.A. (Oxon.)

Conseillers

Pierre Robert, LL.L., LL.M.
Marie Tremblay, LL.B.

* N'était pas membre de la Commission lorsque le présent document a été approuvé.

Table des matières

INTRODUCTION	1
CHAPITRE UN : La problématique des incriminations	3
I. L'institution du mariage	3
II. Les caractéristiques du mariage	4
A. Les propriétés essentielles du mariage	4
B. Les rites du mariage	6
III. Les atteintes au mariage	9
CHAPITRE DEUX : Les réponses du droit actuel	13
I. Les atteintes au principe monogamique	13
A. La bigamie	14
1) La duplication des mariages	14
2) Le mariage antérieur	16
3) La preuve des mariages	20
4) Les situations visées au sous-alinéa 254(1)a)(iii)	20
5) L'extra-territorialité de la bigamie	21
B. La polygamie	23
II. Les atteintes à la célébration du mariage	24
A. Le mariage feint	24
B. La célébration illicite du mariage	26

CHAPITRE TROIS : La réforme.....	29
I. La nécessité de réforme	29
II. Propositions de réforme	29
III. Propositions législatives	32

À la mémoire de Jacques Fortin qui demeurera toujours une source d'inspiration et d'encouragement dans l'effort de réflexion et de réforme de notre droit pénal.

Introduction

Dans le *Code criminel*, cinq infractions génériques relatives aux droits conjugaux et à la célébration du mariage sont classées parmi les crimes contre la personne. Ce sont la bigamie, la polygamie, le mariage feint, la célébration du mariage sans autorisation et la célébration du mariage en contravention de la loi.

L'existence même de ces infractions dans notre droit pénal ne peut manquer de soulever plusieurs interrogations. Les premières qui se présentent tout naturellement à l'esprit concernent leurs fondements et la nécessité de leur répression pénale. Il est aisé de voir que ces infractions plongent leurs racines dans les structures fondamentales de la société : la famille et le mariage. La caractéristique commune et essentielle de ces infractions consiste d'ailleurs dans l'atteinte à l'institution du mariage. Cette constatation ne suffit évidemment pas à elle seule à justifier les incriminations. Il importe donc de dégager la problématique particulière reliée aux atteintes à cette institution. L'analyse du mariage dans la société canadienne permettra, dans un premier temps, de cerner la nature de ces atteintes et d'en apprécier la gravité relative.

Les problèmes étant ainsi posés, il s'agit d'examiner et d'évaluer les réponses que leur apporte le droit actuel, civil et pénal. Ceci conduit alors à l'appréciation de la nécessité de l'intervention pénale qui doit tenir compte non seulement du caractère répréhensible et de la gravité intrinsèque des comportements prohibés, mais aussi de la qualité et de la suffisance des solutions non répressives. De plus, l'appréciation de la pertinence de la sanction pénale au regard des règles civiles du mariage est susceptible de révéler les conflits ou les ambiguïtés que peut générer la coexistence de deux ordres de solutions. Ce genre de situation, lorsqu'elle existe, peut rendre incertaine la loi aux yeux du public et appeler la réforme.

CHAPITRE UN

La problématique des incriminations

I. L'institution du mariage

Pour qu'une république soit bien ordonnée, les principales lois doivent être celles qui règlent le mariage. (Platon, *de legibus*)

Il ne saurait être question de reprendre dans ce document tous les éléments d'une démonstration de l'importance sociale de la famille et du mariage. Le noyau de l'organisation de la plupart des sociétés demeure la famille. Dans le préambule de la *Déclaration canadienne des droits* par exemple, le Parlement du Canada affirme expressément l'attachement de la Nation à la place de la famille dans notre société¹.

La stabilité et la cohésion sociales exigent que la cellule familiale soit elle-même stable et cohérente. Or, stabilité et permanence de la famille se concrétisent dans le mariage. Aussi la recherche de ces qualités fondamentales constitue-t-elle l'objectif des législations sur le mariage qui délimitent impérativement les effets de ce dernier ainsi que les causes et les modes de sa dissolution. Dans cette perspective, le mariage est élevé au rang d'une véritable institution. Cette caractéristique se reflète également sur la formation de l'union conjugale. Le mariage n'est pas un simple contrat; l'engagement contractuel ne peut être défini ou limité par les époux. Ceux-ci expriment par la célébration du mariage leur adhésion à un nouveau statut social et légal qui va régir leur état.

En conséquence, le mariage doit satisfaire, pour sa réalisation, à certaines conditions de fond et de forme imposées par la loi. Ainsi, l'importance sociale de l'institution du mariage explique la solennité qui l'entoure et l'attention juridique dont il fait l'objet. Nous reconnaissons, toutefois, qu'une partie de la population n'attache plus cette importance à l'institution du mariage. Certains préfèrent une union qui ne satisfait pas aux conditions de fond et de forme imposées par la loi. Toutefois, le droit pénal doit accorder une protection à ceux qui adhèrent aux valeurs du mariage.

1. *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III.

II. Les caractéristiques du mariage

La société fait sentir le poids de sa contrainte, en matière matrimoniale, par les interdits et les rites qu'elle impose. (Jean Carbonnier, *Droit civil*, p. 331)

L'institution du mariage revêt certaines caractéristiques essentielles, et diverses atteintes qui seront, selon le cas, sanctionnées ou non par la loi se définissent en fonction de ces caractéristiques.

Le mariage au Canada, comme dans la plupart des pays occidentaux, a sa source dans le droit romain tel que l'a façonné depuis les débuts de la chrétienté le droit canonique². Cette communauté d'origines se reflète dans l'identité des propriétés essentielles du mariage moderne dans les systèmes de droit civil comme dans les systèmes de tradition de common law³.

Les propriétés essentielles du mariage découlent directement de la nature même de l'institution. À celles-ci s'ajoutent en droit moderne les caractéristiques se rattachant à la forme et à la célébration du mariage.

A. Les propriétés essentielles du mariage

Dans son acception la plus large qui embrasse les diverses traditions juridiques occidentales, le mariage est défini comme l'union volontaire d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toute autre personne pendant la durée de cette union.

Cette définition présente les caractéristiques fondamentales du mariage dans nos sociétés : la différence de sexe des époux, leur consentement à une union conjugale durable et l'exclusivité de cette union. Ces mêmes éléments ont été repris dans le concept de «mariage chrétien» développé par la jurisprudence anglaise du dix-neuvième siècle⁴ afin de le distinguer clairement des pratiques conjugales étrangères aux traditions européennes.

2. J. Carbonnier, *Droit civil, Tome premier : Introduction à l'étude du droit et Droit civil*, 3^e éd., Paris, P.U.F., 1967, p. 331 et s. Voir également E. Roguin, *Traité de droit civil comparé : le mariage*, Paris, F. Pichon éd., 1904; J. Pineau, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 3; J. T. Hammick, *The Marriage Law of England*, Londres, Shaw and Sons, 1873, p. 3.

3. Voir généralement H. R. Hahlo, *Nullity of Marriage in Canada: With a Sideways Glance at Concubinage and Its Legal Consequences*, Toronto, Butterworths, 1979; Roguin, *supra*, note 2.

4. Voir particulièrement T. C. Hartley, «Polygamy and Social Policy» (1969), 32 *Modern L. Rev.* 155, p. 160; M. L. Marasinghe, «Polygamous Marriages and the Principle of Mutation in the Conflict of Laws» (1978), 24 *McGill L.J.* 395, en particulier pages 395-402. Les arrêts classiques de la jurisprudence anglaise sont *Warrender v. Warrender*, [1835] II Cl. & F. 488 — en particulier le dictum célèbre de Lord Brougham, p. 532; *Hyde v. Hyde* (1866), L.R. 1, P. & D. 130 (décision de Lord Penzance); *In re Bethell* (1887), 38 Ch. D. 220.

Les deux premières caractéristiques du mariage sont relativement explicites. L'union de personnes de même sexe n'est pas un mariage et les vices de consentement des époux peuvent compromettre la validité de l'union conjugale.

Le caractère exclusif du mariage présente cependant plus de difficultés. Tout d'abord sur le plan moral et religieux, cette caractéristique est érigée en principe par le droit canon moderne⁵ :

Les propriétés essentielles du mariage sont l'unité et l'indissolubilité qui obtiennent une force particulière dans le mariage chrétien en raison du sacrement. (Canon 1056)

Sur le plan juridique, cette caractéristique essentielle du mariage est source de devoirs conjugaux précis, dont l'obligation de fidélité entre les époux. Enfin, l'exclusivité de l'union conjugale fonde le principe monogamique.

Le mariage monogamique vient en droite ligne du droit romain le plus ancien tel que l'a fortifié la théorie canonique. Ce concept romano-chrétien⁶ est le substrat historique des systèmes matrimoniaux des pays de tradition chrétienne. Comme l'écrit Jean Carbonnier «l'institution du mariage monogamique est une clef de voûte de la civilisation juridique européenne⁷». Cette tradition est donc la source du droit matrimonial canadien, tant dans les provinces de common law qu'au Québec dont le système juridique est d'inspiration de droit civil⁸.

Le mariage monogamique ne résulte pas seulement d'une tradition juridique. C'est aussi un phénomène profond de société et de civilisation. D'ailleurs, le principe monogamique n'est pas un concept exclusivement romano-chrétien. La monogamie et son corollaire, l'interdiction de la polygamie, existent dans d'autres civilisations. Dans l'Antiquité, les tribus germaniques, selon Tacite, n'admettaient généralement que le mariage monogamique. Blackstone cherchant à établir la pérennité de l'institution explique que, dans l'ancien droit scandinave, la polygamie était un crime punissable de mort. Au Siècle des lumières, la constance de la pratique de la monogamie en Europe trouvait une explication dans le climat des pays nordiques et les conditions démographiques des pays orientaux⁹.

5. Code de droit canonique promulgué le 25 janvier 1983 et entré en vigueur le 27 novembre 1983.

6. Le mariage monogamique n'appartient pas à la tradition judaïque de la Bible. La polygamie des patriarches de l'Ancien Testament n'a pas été retenue par l'Église. Il faut observer cependant que même dans la tradition judaïque européenne, la polygamie biblique a cédé la place au principe monogamique. Hartley, *supra*, note 4, p. 155; Carbonnier, *supra*, note 2, p. 339-340.

7. *Supra*, note 2, p. 331.

8. Voir généralement Hahlo, *supra*, note 3; Pineau, *supra*, note 2.

9. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 1^{ère} éd., Oxford, Clarendon Press, 1769, Livre IV, p. 163-164; Montesquieu, *De l'esprit des lois*, titre XXIII : des lois dans le rapport qu'elles ont avec le nombre des habitants.

Ces raisons peuvent aujourd'hui faire sourire, mais quelles que soient les causes premières de la pratique de la monogamie, cette dernière correspond toujours à une réalité sociologique inéluctable. La structure monogamique de l'union conjugale, qu'il s'agisse de l'institution formelle du mariage ou du concubinage, est enracinée profondément dans les mœurs et dans les traditions culturelles d'une société.

Au Canada, au-delà de la valeur morale qu'il représente, le mariage monogamique constitue la fibre même du tissu social. Le recensement de la population canadienne de 1981 indique que la très grande majorité de la population pratique la monogamie :

- 11 949 165 personnes ont déclaré être mariées, être séparées ou vivre en concubinage;
- 500 135 personnes ont déclaré être divorcées;
- 1 157 670 personnes sont veufs ou veuves d'un ancien couple monogamique;
- 10 736 215 personnes ont déclaré être célibataires (ce chiffre comprend les enfants).

Ainsi, le principe monogamique représente non seulement une caractéristique essentielle de l'institution du mariage, mais il constitue également un principe organique de la société canadienne.

B. Les rites du mariage

Contrairement aux caractéristiques fondamentales, les exigences de forme du mariage ont considérablement évolué au cours des siècles. Dans le droit moderne, deux conditions essentielles de forme se dégagent : la nécessité d'un rite et la publicité du mariage¹⁰.

À l'origine, le droit canonique, s'inspirant du droit romain, considérait l'acte de se marier comme une stricte convention consensuelle. Cette conception conférait au mariage un caractère privé qui se traduisait par l'absence de célébration publique. Le simple échange de volonté des époux suffisait à la conclusion du mariage. La possession de cet état confirmait par la suite l'état matrimonial des époux¹¹. Certes l'Église recommandait que l'union soit bénie par un prêtre au cours d'une cérémonie religieuse. C'était le mariage régulier. Mais la non-conformité avec cette recommandation ne nuisait pas à la validité du mariage ni du point de vue juridique ni du point de vue religieux¹².

10. Carbonnier, *supra*, note 2, p. 335 et s.; Hahlo, *supra*, note 3.

11. Il existait dans l'ancien droit un système complexe de preuve de l'état matrimonial. Voir Roguin, *supra*, note 2, p. 96 et s.

12. Au plan juridique, la durabilité de l'union conjugale primait sur la forme; au plan religieux, le sacrement du mariage était considéré administré par les époux eux-mêmes si bien que l'absence d'un célébrant religieux n'empêchait ni la formation d'un mariage efficace et valide ni même la grâce du sacrement. Roguin, *supra*, note 2, p. 100.

Cette extrême simplicité de la formation du mariage était cependant de nature à engendrer des difficultés dans l'établissement du statut matrimonial des individus. Tout d'abord, une confusion inévitable existait entre le mariage consensuel, appelé aussi mariage irrégulier, et le concubinage. Le droit canon, contrairement au droit romain, n'établissait pas de démarcation claire entre les deux états et avait plutôt tendance à assimiler le concubinage au mariage¹³. Il en était ainsi également du mariage défectueux qui aurait été régulier s'il n'avait été entaché d'un manquement aux règles ou aux rites prescrits par l'Église. Le mariage clandestin célébré par un prêtre produisait les effets d'un mariage valide.

Toute cette confusion créée par l'état du droit matrimonial était accentuée lorsque se posait le problème de la validité d'un mariage ou simplement celui de son existence. Inutile de dire que la question devenait cruciale, eu égard au principe monogamique, dans le cas d'une seconde union conjugale ou libre.

Historiquement, c'est ce qui se produisit à différentes époques avec la recrudescence de situations conjugales obscures et de cas de bigamie plus ou moins licites¹⁴. Le Concile de Trente en 1563 atténua cette confusion par l'imposition d'une formalité publique comme condition de validité essentielle du mariage. Désormais, seul le mariage régulier célébré *in facie ecclesiae*, serait reconnu. La situation en Angleterre demeura cependant inchangée à cause de la séparation de l'Église anglicane d'avec Rome survenue une trentaine d'années avant le Concile. Les principes du droit canon antétridentin restèrent donc ceux du droit commun anglo-saxon :

[TRADUCTION]

Ces principes ont consacré trois modes distincts d'accomplissement du mariage selon les règles de l'ancien droit de l'Angleterre : (1) la célébration publique devant l'Église; (2) la célébration clandestine effectuée à la dérobée par un membre du clergé validement ordonné; et (3) le seul consentement des parties¹⁵.

Cette circonstance historique explique la survivance du mariage consensuel, connu aussi sous le nom de mariage de common law, à l'époque moderne. De nos jours, cette forme d'union a un statut légal dans quelques juridictions, notamment dans quelques états américains¹⁶. Cependant, le droit anglais devait rencontrer les mêmes difficultés inhérentes à ce système matrimonial. Différentes mesures ecclésiastiques et législatives

13. Roguin, *supra*, note 2, p. 102.

14. Il serait impossible dans ce document de passer en revue les différents événements historiques qui ont marqué l'évolution des rites du mariage. On pourra consulter avec profit à ce sujet Roguin, *supra*, note 2, p. 98 et s.; Hammick, *supra*, note 2, p. 3-20.

15. Hammick, *supra*, note 2, p. 4.

16. Voir «Bigamy» 10 *Am. Jur.* 2d, p. 967, particulièrement pages 974-975, 977 et s.

au dix-septième siècle furent impuissantes à réduire les irrégularités dans le mariage et un commerce éhonté de mariages clandestins prit des proportions inquiétantes à la fin du siècle¹⁷.

[TRADUCTION]

Malgré la rigueur du droit ecclésiastique en matière de mariage, les irrégularités ont continué d'exister; cela est dû en partie à l'ancienne doctrine selon laquelle un défaut de solennité n'enlève rien à la force du contrat. Un trafic impudent de mariages clandestins a commencé vers la fin du dix-septième siècle et s'est poursuivi en dépit de la loi et des lourdes amendes, au grand scandale de l'Église, jusqu'à l'adoption de la loi de Lord Hardwicke (26 Geo. II, chap. 33) qui y a mis fin¹⁸.

En 1753, le Parlement anglais imposait donc à son tour l'exigence d'une formalité publique pour la conclusion d'un mariage valide. La loi sur le mariage intitulée *An Act for the Better Preventing of Clandestine Marriages* (26 Geo. II, chap. 33) mieux connue sous le nom de *Lord Hardwicke's Act* déclarait nuls les mariages conclus autrement qu'en suivant les formes religieuses et publiques. Cette législation renforçait aussi considérablement les dispositions du droit ecclésiastique antérieur relativement aux devoirs des célébrants dans la conclusion du mariage. C'est à partir de cette époque que la législation statutaire pénale se substitua à la législation religieuse dans la répression des contraventions à la célébration du mariage. En fait, la situation au début du dix-huitième siècle s'était à ce point dégradée que certaines tavernes étaient reconnues comme des *marriage houses*. Les officiants ne prenaient même plus la peine de célébrer selon les rites et vendaient plutôt aux intéressés un certificat de mariage qui leur conférait un statut conjugal.

17. L'année 1603 a fait date dans l'évolution de la réglementation du mariage. C'est en cette première année du règne de Jacques I^{er} que furent convoqués les assises ecclésiastiques de Canterbury où l'on promulgua des canons exhaustifs concernant le gouvernement de l'Église d'Angleterre, le clergé et le mariage. Plusieurs canons prescrivait des règles précises dans la célébration du mariage. Ainsi le Canon 62 prévoyait une peine de suspension «*per triennium*» pour tout célébrant qui officiait un mariage sans publication de bans ou sans licence. Même l'horaire pendant lequel pouvait être célébré le mariage y était prévu. Ces canons précisaient les conditions de forme et de fond du mariage que nous connaissons aujourd'hui. Toutefois cette législation ecclésiastique, même si elle liait le clergé, n'avait pas force de loi.

Aussi, afin de contrer la non-observance de ces canons, une loi de 1695 (6 & 7 Guillaume III, chap. 6) vint leur donner une portée plus générale et leur conférer une dimension pénale. En effet, cette législation prévoyait des amendes en cas de célébration du mariage en contravention des rites. Cependant, les bénéfices que retiraient les ecclésiastiques par la célébration des mariages, réguliers ou irréguliers, rendaient dérisoires ces mesures.

Chose plus grave toutefois, l'évolution de la réglementation du mariage entraîna le développement du mariage clandestin en dehors des églises :

[TRADUCTION]

Les mesures adoptées pour empêcher la célébration des mariages clandestins dans les églises ont notamment eu pour effet d'orienter ce commerce scandaleux dans d'autres directions. Une catégorie d'ecclésiastiques débauchés et dégradés de la prison du Fleet, ou résidant dans cette zone, ont entrepris de marier des couples en privé, et ces hommes couraient après les mariages clandestins avec une effronterie éhontée. (Hammick)

Au cours du siècle, d'autres législations tentèrent de renforcer l'observance de la loi (7 & 8 Guillaume III, chap. 35; 10 Anne, chap. 19 (s. CLXXVI)). Cependant il faut attendre la loi de 1753 pour avoir une législation matrimoniale définitive corrigeant cette situation. Hammick, *supra*, note 2, p. 3 et s.; Blackstone, *supra*, note 9, p. 162 (*clandestine marriages*).

18. Hammick, *supra*, note 2, p. 9.

La loi de Lord Hardwicke définit de façon plus détaillée le crime de «mariage clandestin» en le qualifiant de *felony* et en l'assortissant de peines sévères. Cette infraction réprimait le mariage célébré en dehors des églises ou officé sans autorisation. Elle visait également la célébration où les formalités comme la publication de «bans» ou l'obtention d'un permis n'avaient pas été respectées. Enfin la répression s'étendait à tout le domaine de la falsification des registres et autres pièces relatives au mariage. La définition et la sanction de contraventions à la célébration régulière du mariage cherchaient, à l'évidence, à contrer un problème réel de délinquance qui avait pu se développer à cause des insuffisances d'un droit matrimonial incertain.

L'évolution historique du droit matrimonial révèle, somme toute, que la clarté du statut conjugal des individus dans la société est nécessaire. L'incertitude de l'état civil des couples, qui résultait du mariage irrégulier et du mariage clandestin, favorisait en quelque sorte l'instabilité conjugale et la fraude matrimoniale.

En rendant obligatoire, pour la validité du mariage, la formalité publique d'une célébration officielle, la loi éliminait du coup ces causes d'incertitude et les revendications de toute nature fondées sur une union conjugale obscure.

De nos jours, le mariage exige la formalité d'un acte officiel et public, qu'il s'agisse du mariage civil ou du mariage religieux. Les autres formalités particulières de la célébration apparaissent ainsi comme des détails techniques secondaires qui s'ajoutent à ces traits fondamentaux. Dans une certaine mesure, la clarté du droit matrimonial contemporain relègue aux oubliettes les problèmes cruciaux d'irrégularité et de clandestinité à l'origine des prohibitions relatives à la célébration du mariage.

III. Les atteintes au mariage

[TRADUCTION]

Nous sommes maintenant d'avis qu'il n'y a pas lieu de criminaliser un acte à moins que sa perpétration n'entraîne des conséquences sociales nuisibles¹⁹.

Les atteintes les plus sérieuses au mariage sont évidemment celles qui heurtent les caractéristiques essentielles de l'institution. Cependant, toutes ne justifient pas pour cet unique motif la répression pénale. L'atteinte doit comporter un degré de gravité et de répréhension sociale qui rende à la fois plausible et nécessaire l'intervention du droit pénal.

19. G. Williams, «Language and the Law» (1945), 61 *L.Q.R.* 71, p. 77.

La gravité d'un comportement déviant s'apprécie en fonction de plusieurs facteurs qui doivent normalement constituer les fondements rationnels de sa criminalisation. En ce qui concerne les atteintes au mariage, un faisceau de justifications ont été avancées et discutées pour justifier leur répression sans toutefois offrir une réponse satisfaisante²⁰. Ainsi, selon Lord Devlin et Dean Rostow, la défense de la moralité publique fonde essentiellement l'interdiction et la répression de la bigamie et de la polygamie.

Il est indéniable que des fondements moraux soient à l'origine de la criminalisation de certaines atteintes au mariage. Toutefois, comme l'ont critiqué Hart et Packer²¹, les justifications d'ordre moral n'expliquent pas tout, d'autant que la défense de la moralité publique est difficilement compatible avec le silence du droit criminel quant à certaines conduites immorales en rapport avec le mariage.

L'illustration classique de cette faiblesse de la justification morale est l'adultère. Historiquement en common law, l'adultère n'a jamais été considéré comme un crime. Blackstone nous dit qu'une loi statutaire en avait fait une infraction pénale pendant une très courte période de temps au milieu du dix-huitième siècle²². Son abrogation fut saluée comme mettant un terme à une «rigueur démodée²³».

Il existe par ailleurs d'autres atteintes au mariage qui, malgré leur gravité sur le plan moral, ne constituent pas pour autant des infractions. Ainsi, l'abandon du conjoint, le mariage endogame (consanguin) ou celui entre homosexuels sont des atteintes au droit matrimonial sanctionnées par les règles civiles des lois sur le mariage et de la loi sur le divorce. Cependant, ce ne sont pas des crimes. En fait, la justification morale de la répression des atteintes au mariage est difficile et incertaine parce que sujette aux fluctuations constantes de la moralité publique. Selon les époques et les pays, la morale en matière conjugale et sexuelle change ou du moins son seuil de tolérance se modifie. Un système moral peut tantôt accepter un compromis ou, au contraire, faire preuve de d'autres circonstances d'une rigueur extrême. Ainsi l'adultère, qui n'est pas un crime dans la tradition de common law, a néanmoins été criminalisé dans d'autres pays et même déjà dans certaines parties du Canada par des lois préconfédératives²⁴.

Les mêmes fluctuations se produisent sur le plan religieux. Le nouveau code de droit canonique de l'Église catholique a ainsi substantiellement modifié son droit pénal.

20. Le débat entre le professeur Hart et Lord Devlin quant aux fondements moraux du droit criminel a été l'occasion d'une réflexion et d'une discussion profondes de toute cette question. Voir en particulier l'analyse que nous en propose B. Mitchell dans *Law, Morality, and Religion in a Secular Society*, Londres, Oxford U.P., 1967, spécialement aux pages 18-35.

21. H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Londres, Oxford U.P., 1963; H. L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford (Californie), Stanford U.P., 1968, particulièrement aux pages 312-316; Mitchell, *supra*, note 20, p. 23 et 28.

22. Blackstone, *supra*, note 9, p. 64.

23. *Ibid.*

24. Une loi préconfédérative du Nouveau-Brunswick faisait de l'adultère un acte criminel : S.R.N.B. 1854, chap. 145, art. 3. Cette loi fut abrogée par les premières législations en matières criminelles du Parlement fédéral : 32 & 33 Vict., chap. 36 (1869) (voir J. Fortin et L. Viau, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1982, p. 1).

Depuis 1983, il ne considère plus la bigamie comme un délit pouvant être puni d'une peine ecclésiastique.

De même, sur le plan moral, il est malaisé de condamner purement et simplement la polygamie. Certaines écoles ne considèrent pas la polygamie comme contraire ni au droit naturel ni au droit divin historique. Son interdiction résulterait plutôt du message évangélique et de la législation ecclésiastique²⁵.

En réalité, la polygamie est une institution sociale au même titre que le mariage monogamique. Pour des raisons démographiques, économiques, religieuses ou culturelles, certaines sociétés ont incorporé la polygamie à leurs structures sociales. Au Canada, et généralement en Occident, des raisons du même ordre ont conduit à privilégier le mariage monogamique.

L'interdiction de la bigamie, comme de la polygamie, et a fortiori leur incrimination, ne procède donc pas d'un pur choix moral. Certes on peut dire, de concert avec Lord Devlin, que l'institution du mariage monogamique est l'expression d'une morale sociale, mais alors l'incrimination des atteintes au principe monogamique se fonde peut-être plus sur la défense d'une institution sociale que sur la défense de la moralité publique. Dans cette perspective, les atteintes les plus graves et les plus menaçantes sont celles qui compromettent l'institution même du mariage. Ce facteur sociologique permet d'identifier clairement un degré de gravité qui dépasse les simples atteintes aux caractéristiques essentielles du mariage.

C'est ainsi que la répression de la bigamie apparaît justifiée puisqu'en empruntant toutes les caractéristiques rituelles et officielles du mariage, cette conduite anéantit la signification même de l'institution. Abstraction faite de sa duplicité, le mariage «bigamique» serait en tout point un mariage valide : c'est là que réside la menace réelle pour l'institution. Lors des consultations, certains intervenants nous ont proposé l'adoption d'une forme de bigamie où la fraude serait l'élément déterminant. Bien qu'attrayante, cette solution ne nous paraît pas acceptable, car le concept de fraude n'englobe pas toutes les situations où il y a atteinte au mariage. Nous croyons que la proposition retenue par la Commission tient déjà compte des situations où il y a une victime.

Ce n'est pas le cas des autres atteintes au mariage qui constituent peut-être des contraventions à l'institution, mais n'en sont pas la négation. Ainsi l'adultère, le concubinage, le mariage clandestin ou le mariage irrégulier n'ébranlent pas, au plan des structures sociales, l'institution du mariage. Bien au contraire, c'est par rapport à cette norme institutionnelle que ces conduites se définissent. Dès lors, le droit matrimonial suffit, sans l'apport du droit criminel, à les assumer et à les contrôler.

Il en va ainsi de la polygamie qui apparaît comme une pratique à ce point étrangère à nos mœurs qu'elle ne menace pas directement l'institution du mariage. Dépourvue

25. Roguin, *supra*, note 2; *supra*, note 6.

de tout caractère officiel, la polygamie peut être assimilée à une pratique marginale au même titre que l'adultère et n'appelle pas de ce fait la répression pénale. C'est d'ailleurs l'opinion empreinte de modération exprimée par Glanville Williams :

[TRADUCTION]

Si l'on juge opportun de les décourager par la loi, il suffirait pour cela d'omettre toute mesure à leur égard dans le droit civil, plutôt que d'adopter la voie de dissuasion plus sévère des sanctions pénales²⁶.

Les incriminations actuelles de mariage feint et de mariage célébré sans autorisation ou en contravention de la loi correspondent sans doute à des manquements aux conditions de forme du mariage. Cependant, ces atteintes n'ont plus la gravité morale et sociale qui ont justifié historiquement leur répression pénale. Aujourd'hui le mariage clandestin et le mariage irrégulier ne possèdent pas de statut juridique qui compromet l'institution du mariage. Le droit matrimonial moderne permet de prévoir et de résoudre les problèmes soulevés par ces atteintes.

Outre la défense de l'institution sociale, la protection des époux contre la fraude peut constituer une autre justification de la criminalisation de certaines atteintes au mariage. Packer et Hughes considèrent d'ailleurs que la fonction utilitaire essentielle du crime de bigamie est d'empêcher l'obtention d'une relation sexuelle par fraude²⁷. Il est évident que le mariage feint ou le second mariage qui constitue un cas de bigamie peut dans certaines circonstances amener un conjoint de bonne foi à épouser le « fraudeur » grâce à un subterfuge qui implique l'utilisation délibérée de l'institution du mariage. Cependant le caractère frauduleux que revêtent à l'occasion les infractions matrimoniales n'en constitue pas l'essence et n'embrasse pas toutes les situations visées par les incriminations.

Dans leur formulation actuelle, la bigamie ou le mariage feint peuvent impliquer la collusion des époux. Quant aux autres atteintes au mariage, l'élément frauduleux est à peu près inexistant. La polygamie dans son acception la plus courante suppose une union conjugale avec des participants volontaires.

L'utilisation frauduleuse de l'institution demeure néanmoins un facteur à considérer dans la détermination de la gravité de certaines atteintes au mariage. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que l'aspect frauduleux de certains comportements peut être déjà implicitement visé par d'autres incriminations ou d'autres législations. Enfin une dernière justification bien pragmatique de l'intervention du droit pénal se rattache à l'infraction de la célébration du mariage en contravention de la loi.

L'objectif de la sanction pénale vise à assurer le respect des lois relatives à la célébration du mariage. Cet objectif est certainement compatible avec une législation d'ordre réglementaire, mais ne saurait justifier le maintien d'une infraction criminelle.

26. G. Williams, *Criminal Law*, 2^e éd., Londres, Stevens, 1961, p. 750.

27. *Supra*, note 21; voir également Mitchell, *supra*, note 20.

CHAPITRE DEUX

Les réponses du droit actuel

Comme nous le savons, les comportements réprimés par le droit pénal n'englobent pas toutes les atteintes aux droits conjugaux. Aussi, l'examen de l'état du droit actuel se limite-t-il aux seules atteintes sanctionnées pénalement. Ces dernières se répartissent en deux catégories : les atteintes au principe monogamique et les atteintes à la célébration du mariage.

I. Les atteintes au principe monogamique

[TRADUCTION]

... [J]e ne suis pas sans connaître la très grande importance sociale de la célébration du mariage. C'est cette célébration qui, grâce à la force de la tradition, soutient l'institution de la monogamie et contribue à la stabilité des familles. Il se peut que l'imposition d'une peine soit justifiée si cette mesure est nécessaire au maintien d'une importante institution; mais il faut au préalable nous assurer que cette mesure est nécessaire, et que la monogamie ne peut être maintenue par d'autres moyens. (Glanville Williams, «Language and the Law», p. 78)

La bigamie et la polygamie sont les atteintes principales au mariage monogamique. À plusieurs égards, ces deux notions se confondent. Ainsi, la bigamie est souvent considérée comme une forme particulière de polygamie.

Dans son acception la plus générale, la polygamie consiste dans le maintien d'un lien conjugal de plus de deux personnes. Lorsque ce lien réunit les époux en une seule entité matrimoniale ou familiale, on parle plus volontiers de polygamie. C'est l'institution acceptée par le droit islamique ou l'ancien droit matrimonial chinois. La polygamie peut aussi prendre la forme du maintien simultané de plusieurs unions conjugales indépendantes. Le cumul d'unions monogamiques par la même personne correspond alors à la conception populaire de la bigamie. Sur le plan des réalités sociales, la pratique de la polygamie, comme de la bigamie, n'exige pas la formalité du mariage. Ainsi, l'union libre de plus de deux personnes constitue de la polygamie. Cependant, sur le

plan juridique, ces notions revêtent une signification plus spécifique. En particulier, la bigamie qui se définit par rapport à l'institution légale du mariage, se distingue de la polygamie par l'exigence de liens conjugaux formels.

Si, sur le plan du droit matrimonial, l'interdiction de la bigamie remonte à l'origine du droit canon, sa répression pénale est beaucoup plus récente. En Angleterre, la prohibition criminelle de la bigamie coïncide avec les efforts entrepris au début du dix-septième siècle pour réglementer le mariage. Une loi de 1603 (1 Jac. I, chap. 11) qualifiait ce comportement de *felony*. La peine capitale était la sanction de ce nouveau crime. Les structures de l'infraction actuelle tirent leur origine de cette législation.

A. La bigamie

1) La duplication des mariages

Dans son acception juridique, la bigamie se caractérise essentiellement par le fait de passer par la formalité du mariage alors que l'un des conjoints est déjà engagé par les liens d'un mariage antérieur. C'est l'infraction décrite aux sous-alinéas (i) et (ii) de l'alinéa 254(1)a) du *Code criminel* canadien :

Commet la bigamie, quiconque,

a) au Canada,

(i) étant marié, passe par une formalité de mariage avec une autre personne, [ou]

(ii) sachant qu'une autre personne est mariée, passe par une formalité de mariage avec cette personne, ...

La bigamie est définie en termes d'infraction de commission, ce qui est conforme avec la logique du droit matrimonial puisque le second mariage est de toute façon frappé de nullité du fait de la bigamie. L'expression «formalité de mariage» désigne la façon générale de contracter le mariage. Il s'agit donc d'une référence aux conditions générales de forme du mariage. L'expression est d'ailleurs définie à l'article 196 du *Code* :

«formalité de mariage» comprend une cérémonie de mariage qui est reconnue valide

a) par la loi du lieu où le mariage a été célébré, ou

b) par la loi du lieu où un accusé subit son procès, même si le mariage n'est pas reconnu valide par la loi du lieu où il a été célébré; ...

Cette définition ne pêche pas par excès de clarté. En fait, elle confond plus qu'elle ne précise la «formalité de mariage» visée par l'infraction de bigamie. La jurisprudence a clairement établi qu'il doit s'agir d'une cérémonie qui est reconnue par la loi comme

produisant un mariage valide²⁸. Au Canada, il doit s'agir d'une célébration autorisée par les lois en vigueur dans une des provinces. En droit matrimonial, sans entrer dans les questions fort complexes de conflit de lois, disons simplement que le mariage célébré dans une province est généralement reconnu dans une autre province, lorsque les conditions de forme exigées par la loi de la province où il a été célébré, ont été respectées²⁹.

Dans cette perspective, l'alinéa *b*) de l'article 196 du *Code criminel* concernant la «formalité de mariage» contredit l'état du droit matrimonial. En fait, cette disposition a pour effet d'accorder une valeur à une cérémonie qui, sur le plan du droit civil, n'en a aucune. Lorsqu'une cérémonie célébrée dans une juridiction n'est pas valide au regard des lois matrimoniales de cette juridiction, il n'y a pas eu de mariage. Juridiquement, il n'y a donc pas de second mariage et, dans ces conditions, la question de la bigamie ne se pose même pas.

La légalité des conditions de forme de la cérémonie ne s'étend toutefois pas aux détails techniques ou secondaires comme l'obtention préalable d'un permis de mariage et sa présentation à l'officier célébrant³⁰. En fait, la jurisprudence exige la conformité avec les conditions essentielles de forme, soit la célébration d'un rite et la publicité de la cérémonie. Cette solution concorde parfaitement avec le droit matrimonial puisque le seul manquement à une formalité spécifique n'entraîne généralement pas à elle seule, la nullité du mariage. L'absence de publication de bans peut ainsi rendre la publicité du mariage imparfaite, sans pour autant qu'il y ait défaut absolu de publicité. Ainsi, les tribunaux peuvent, dans leur pouvoir d'appréciation, conclure à la validité d'une célébration malgré cette défectuosité particulière³¹.

Cet état du droit matrimonial rend également superfétatoire la prohibition de l'ex-cuse prévue au paragraphe (5) de l'article 254 du *Code* :

Aucun acte ou omission de la part d'un prévenu qui est inculpé de bigamie n'invalide un mariage ou une formalité de mariage autrement valide.

L'acte ou l'omission d'un accusé tendant à invalider une formalité de mariage peut porter soit sur une caractéristique essentielle de forme, soit sur un détail. Dans le premier cas, il n'y a pas eu de célébration valide de mariage. Dans le second, l'acte ou l'omission n'affecte pas la validité de la formalité du mariage. L'exclusion prévue au paragraphe 254(5) apparaît ainsi à la fois inutile et injuste. C'est au tribunal à apprécier, à la lumière des circonstances, s'il y a eu ou non célébration de mariage. Les fondements de l'infraction de bigamie reposent sur l'observation des rites de l'institution. Il importe que cet élément essentiel soit clairement établi par une preuve régulière.

28. *R. v. Howard*, [1966] 3 C.C.C. 91 (C. comté C.-B.). Voir A. W. Mewett et M. Manning, *Criminal Law*. Toronto, Butterworths, 1978, p. 483-487, particulièrement page 484; I. Lagarde, *Droit pénal canadien*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1974, p. 692 et s.

29. Pineau, *supra*, note 2, p. 49; J.-G. Castel, «Recognition of Provincial Divorces in Canada» (1978), 24 *McGill L.J.* 646; Hahlo, *supra*, note 3.

30. *R. v. Howard*, *supra*, note 28.

31. Sur la question des causes de nullité de mariage reliées à sa célébration, voir Pineau, *supra*, note 2, p. 63 et s.; Hahlo, *supra*, note 3.

En somme, la bigamie est commise par l'emprunt des formes d'un mariage régulier. C'est uniquement dans cette mesure qu'il y a une atteinte véritable à l'institution du mariage. Dans la bigamie, la célébration du mariage est elle-même objet de l'infraction. Les conditions de fond du mariage n'ont pas en principe à être considérées dans l'appréciation de la validité de la formalité même de mariage.

Sur le plan social, la nullité possible du second mariage pour une cause autre que la bigamie, ne fait pas disparaître la situation réelle du double mariage. Si la formalité de mariage est valide, peu importe que les époux aient été inhabiles ou non à contracter le mariage, il y a déjà atteinte à l'institution du fait de la bigamie. En réalité, dans une telle situation l'inhabilité, en raison de l'âge ou du lien de parenté par exemple, est une cause de nullité du mariage qui s'ajoute à celle de l'existence d'un mariage antérieur. Néanmoins, le législateur a cru bon de prévoir spécifiquement au paragraphe 254(3) l'exclusion d'une défense fondée sur la nullité du second mariage :

Lorsqu'il est allégué qu'une personne a commis la bigamie, le fait que les parties auraient, dans le cas de célibataires, été inhabiles à contracter mariage d'après la loi de l'endroit où il est allégué que l'infraction a été commise, ne constitue pas une défense.

Lorsque le second mariage est célébré au Canada, ce texte peut apparaître superflu puisque le seul fait de passer par la formalité de mariage suffit pour commettre la bigamie. Les implications de cette disposition pour le second mariage célébré à l'étranger sont discutées plus loin, dans le présent document, dans un développement consacré à l'extra-territorialité de l'infraction.

2) Le mariage antérieur

La bigamie suppose, bien entendu, l'existence d'un mariage antérieur. Ce premier mariage, contrairement à l'expression «formalité de mariage», n'est pas défini dans le *Code*. Il va cependant avec la logique de l'incrimination que ce premier mariage soit reconnu valide par la loi et non dissous par la mort d'un conjoint ou par le divorce. En droit matrimonial, la validité du mariage se présume. Le *Code criminel* reprend cette présomption au paragraphe 254(4) :

Aux fins du présent article, chaque mariage ou formalité de mariage est censée valide à moins que le prévenu n'en démontre l'invalidité.

Cette présomption de validité du premier mariage ne fut énoncée dans la loi que lors de la codification de 1953-1954. Une interprétation judiciaire excessive du fardeau de preuve de la poursuite est à l'origine de son adoption³². En fait, sans même être énoncée, la validité du mariage doit se présumer.

32. *R. v. Haugen*, [1923] 2 W.W.R. 709, 17 Sask. L.R. 57, 41 C.C.C. 132 (C.A. Sask.); *R. v. Tucker* (1953), 16 C.R. 156, 8 W.W.R. 184, 105 C.C.C. 299 (C.A. C.-B.); Lagarde, *supra*, note 28, p. 698 et s.

Ce qui importe pour l'incrimination, c'est que ce premier mariage soit une union conjugale régulière reconnue par le droit matrimonial canadien. Ainsi, que cette union ait été célébrée au Canada ou à l'étranger, elle sera considérée valide si elle est conforme aux caractéristiques de fond et aux conditions minimales de forme de l'institution³³. Dans ce contexte, il n'est que normal de pouvoir démontrer l'invalidité du premier mariage afin de nier son existence. Cette solution est non seulement compatible avec l'esprit de l'incrimination, mais aussi avec celui du droit matrimonial.

En common law, le mariage, qui par suite d'un manquement à une condition essentielle est nul par opposition au mariage annulable, peut être considéré par les époux comme inexistant³⁴. Au point de vue pratique, ceci implique qu'il n'est pas nécessaire d'obtenir une déclaration judiciaire de la nullité du mariage. Par contre, en droit civil, la solution est différente puisque l'intervention judiciaire est exigée dans tous les cas. Néanmoins, sur le plan théorique, le mariage frappé de nullité est censé n'avoir jamais existé. Aussi, lorsque la bigamie est invoquée en droit civil, le tribunal doit-il trancher au préalable la question de la validité du premier mariage en l'absence d'un jugement en nullité³⁵.

On conçoit aisément que le fardeau de démontrer l'invalidité d'un mariage non dissous par les voies officielles puisse reposer sur l'accusé. Par contre, l'inexistence du mariage qui résulte du décès d'un conjoint, d'un jugement en divorce ou d'un prononcé judiciaire en nullité constitue une fin de non-recevoir complète à l'accusation de bigamie. En fait, dans ces situations, la poursuite est dans l'impossibilité de prouver l'existence d'un premier mariage. Les précisions apportées aux alinéas *a*), *c*) et *d*) du paragraphe 254(2) sont à cet égard totalement inutiles :

- Nulle personne ne commet la bigamie en passant par une formalité de mariage,
- a*) si elle croit de bonne foi, et pour des motifs raisonnables, que son conjoint est décédé;
 - ...
 - c*) si cette personne a été par divorce libérée des liens du premier mariage; ou
 - d*) si le mariage antérieur a été déclaré nul par une cour compétente.

En l'absence d'une preuve formelle de décès d'un premier conjoint, la croyance de bonne foi dans ce décès, même si elle est erronée, peut constituer une défense valable d'erreur de fait qui sera appréciée par les tribunaux à la lumière des règles générales sur cette défense. Les propositions de la Commission de réforme du droit,

33. Pineau, *supra*, note 2, p. 49; *R. v. Bleiler* (1912), 4 Alta. L.R. 320, 2 W.W.R. 5, 19 C.C.C. 249, 1 D.L.R. 878 (C.A. Alb.); *R. v. Naguib*, [1917] 1 K.B. 359 (R.-U.); *R. v. Moscovitch* (1927), 20 Cr. App. R. 121 (R.-U.); *R. v. Foster*, [1935] 8 M.P.R. 10, 62 C.C.C. 263, [1935] 1 D.L.R. 252 (C.A. N.-B.); *R. v. Griffin* (1879), 14 Cox. C.C. 308; *R. v. Debard* (1918), 44 O.L.R. 427, 31 C.C.C. 122 (C.A. Ont.). Ces arrêts concernent surtout la preuve de mariage contracté à l'étranger, mais confirment implicitement les conditions de reconnaissance de ce genre de mariages au Canada.

34. Hahlo, *supra*, note 3, p. 4.

35. Pineau, *supra*, note 2, p. 57-59, 62-63 et la doctrine qui y est citée et discutée.

dans le document de travail 29 sur la partie générale du *Code criminel*, offrent une solution adéquate qui rend superflues les précisions de l'article 254³⁶. De même, l'erreur de droit équivalente à une erreur de fait est désormais admise par la jurisprudence³⁷. Aussi, l'accusé de bigamie qui croit erronément, mais pour des motifs raisonnables, que le premier mariage a été dissous par un jugement en divorce ou en nullité, peut efficacement présenter cette défense dans l'état actuel de notre droit³⁸.

Il est donc inutile dans la définition de l'infraction de définir des moyens de défense qui relèvent plutôt de la partie générale du *Code criminel*. Les propositions de la Commission sont d'ailleurs complètes sur ce sujet.

Le cas d'inexistence du premier mariage fondé sur l'absence du conjoint prévu à l'alinéa 254(2)b) constitue une particularité qui appelle quelques précisions. En droit matrimonial, le conjoint d'un absent ne peut se remarier à moins de fournir la preuve certaine du décès de son époux absent. Si les circonstances l'autorisent, un jugement déclaratif de décès peut constituer une telle preuve. Un tel jugement permet ainsi un second mariage. Cependant, tant en droit civil qu'en common law, la réapparition de l'absent entraîne la nullité du second mariage qui avait été légalement contracté et fait renaître le premier mariage. En common law, l'absence continue d'une personne pendant sept années consécutives crée une présomption de décès. Il importe cependant qu'il s'agisse d'un absent au sens juridique du terme, c'est-à-dire une personne au sujet de laquelle on est sans nouvelle et dont on ne sait si elle est vivante ou morte. La défense proposée à l'alinéa 254(2)b) du *Code* s'inspire de cette présomption :

Nulla personne ne commet la bigamie en passant par une formalité de mariage,

...

b) si le conjoint de cette personne a été continûment absent pendant les sept années qui ont précédé le jour où elle passe par la formalité de mariage, à moins qu'elle n'ait su que son conjoint était vivant à un moment quelconque de ces sept années; ...

L'accusé qui s'est délibérément abstenu de s'enquérir de l'existence de son conjoint peut cependant être considéré comme de mauvaise foi et ne pouvant pas bénéficier de cette présomption³⁹.

36. Commission de réforme du droit du Canada, *Partie générale : responsabilité et moyens de défense* [Document de travail 29], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1982, p. 88 et s., particulièrement pages 89 et 94.

37. *R. c. Prue et Baril*, [1979] 2 R.C.S. 547, 46 C.C.C. (2d) 257, 8 C.R. (3d) 68; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, [1980] 4 W.W.R. 387, 14 C.R. (3d) 243, 52 C.C.C. (2d) 481, 111 D.L.R. (3d) 1.

38. Commission de réforme du droit du Canada, *supra*, note 36, p. 89 et 155, renvoi 93; *R. v. Gould*, [1968] 2 Q.B. 65, 52 Cr. App. R. 152 (C.C.A.) et *R. v. Woolridge* (1979), 49 C.C.C. (2d) 300 (C. Prov. Sask.); *R. v. Haugen*, *supra*, note 32 (croyance en la nullité du mariage); Mewett et Manning, *supra*, note 28, p. 486 et le commentaire sur l'article 254, dans *Martin's Annual Criminal Code 1983*, Toronto, Canada Law Book, 1983, p. 287.

39. Commission de réforme du droit du Canada, *supra*, note 36, p. 84-85.

La défense particulière prévue à l'alinéa 254(2)*b*) n'a plus sa place dans le *Code* actuel. D'une part, cette disposition s'articule mal à l'état du droit matrimonial. Ensuite elle apparaît superfétatoire face au régime actuel de l'erreur de fait et de l'erreur de droit.

L'absence en tant que tel ne dissout pas le mariage. C'est essentiellement le décès du conjoint, établi ou présumé, qui peut être une cause de dissolution. La personne dont le conjoint absent réapparaît après l'obtention d'un jugement déclaratif de décès et son remariage, peut certainement présenter une défense générale d'erreur de fait. Il faut également noter que le divorce dissout le mariage⁴⁰.

En droit matrimonial, le remariage n'est possible que selon les conditions et les formalités prescrites par les législations provinciales⁴¹. La preuve que ces conditions ont été respectées et que ces formalités ont été remplies constitue une circonstance que le tribunal peut apprécier dans la détermination de la sincérité de la croyance erronée d'un accusé dans la dissolution de son premier mariage par le décès présumé ou déclaré de l'absent. Il n'est ni nécessaire ni souhaitable que le droit criminel s'éloigne à ce sujet du régime du droit matrimonial.

D'autre part, si la croyance d'un accusé repose sur une interprétation fautive mais sincère des effets juridiques de l'absence elle-même, le droit actuel ne nie pas à l'accusé la possibilité de se disculper. En effet, l'erreur sur une règle de droit civil constitue un moyen de défense lorsque la connaissance de cette règle est un élément essentiel du *mens rea* requis à l'égard de l'infraction reprochée⁴². L'accusé de bigamie qui, sans pouvoir se prononcer sur la survivance de son conjoint absent, croit sincèrement que cette absence dissout à elle seule les liens de son premier mariage, pose un jugement fautif qui porte un élément essentiel du *mens rea* de bigamie. Si toutes les conditions de son application sont respectées, la défense d'erreur de droit demeure disponible pour cet accusé. La Commission de réforme du droit propose d'ailleurs dans le document de travail 29 (article 10) une codification de cette solution jurisprudentielle qui rend superfétatoire la précision du cas particulier de l'alinéa 254(2)*b*).

40. *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, chap. D-8, al. 4(1)c).

41. Notons que les lois provinciales sur la cérémonie du mariage prévoient presque toutes les formalités spéciales en cas d'absence afin de permettre au conjoint abandonné de se remarier légalement. Île-du-Prince-Édouard : *Marriage Act*, R.S. P.E.I. 1974, chap. M-5, art. 21; Québec : Code civil du Bas-Canada, art. 70-73, 93, 94 et 108; Ontario : *Marriage Act*, R.S.O. 1980, chap. 256, art. 9; Manitoba : *Loi sur le mariage*, C.P.L.M., chap. M50 (S.M. 1982-83-84, chap. 57), art. 23; Saskatchewan : *The Marriage Act*, R.S.S. 1978, chap. M-4, art. 14(3), 29(3) et 36; Alberta : *Marriage Act*, R.S.A. 1980, chap. M-6, art. 20(1) et (2); Colombie-Britannique : *Marriage Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 251, art. 40; Yukon : *Marriage Ordinance*, R.O.Y.T. 1971, chap. M-3, art. 42; Territoires du Nord-Ouest : *Marriage Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, chap. M-5, art. 42. Les provinces de Terre-Neuve, de Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ne semblent cependant pas avoir de dispositions similaires dans leurs législations.

42. Commission de réforme du droit du Canada, *supra*, note 36, p. 90 et plus généralement pages 88-96. Voir aussi, *supra*, note 38.

3) La preuve des mariages

Les dispositions relatives à la preuve devraient être enlevées de la partie du *Code criminel* traitant des infractions. La Commission a déjà suggéré que ces dispositions soient regroupées et intégrées à un code sur la preuve ou une partie spéciale du *Code criminel*.

L'article 255 illustre l'incohérence du *Code* en prévoyant dans une même disposition la qualification criminelle de la bigamie (par. 255(1)) et un mode de preuve du mariage et de la formalité de mariage (par. 255(2)). Le bien-fondé du paragraphe 255(2) n'est pas remis en question, cependant cette disposition n'a pas sa place dans la définition de l'infraction.

4) Les situations visées au sous-alinéa 254(1)a)(iii)

Le *Code criminel* prévoit une troisième façon de commettre la bigamie. Le sous-alinéa 254(1)a)(iii) précise en effet que :

Commet la bigamie, quiconque,

a) au Canada,...

(iii) le même jour ou simultanément, passe par une formalité de mariage avec plus d'une personne; ...

Cette disposition vise en réalité deux situations distinctes. Tout d'abord, si une personne passe par la formalité du mariage avec plus d'une personne le même jour, il y a de fortes chances pour qu'elle passe en réalité par deux formalités de mariage. Dans un tel cas, le premier mariage est juridiquement valide, la seconde formalité de mariage constituant alors la bigamie. C'est la situation déjà visée au sous-alinéa 254(1)a)(i). L'autre situation décrite par cet article correspond à la personne qui passerait par une seule formalité de mariage simultanément avec plus d'une personne. Une telle situation est juridiquement impossible sur le plan du droit matrimonial canadien. Il n'existe pas de «cérémonie de mariage reconnue valide au Canada» pour une union de plus de deux personnes.

Cet article vise donc en fait la polygamie. Par une acrobatie juridique, on pourrait toujours prétendre que cette incrimination vise essentiellement les polygames qui, pour s'unir, utilisent les formes extérieures de la cérémonie de mariage à l'insu ou avec la collusion du célébrant. Mais dans le premier cas, on doit supposer qu'en apparence et officiellement il n'y a qu'un seul mariage monogamique qui est célébré. Dans le second cas, le mariage ne peut revêtir aucun caractère officiel et constitue au mieux une caricature de cérémonie.

En réalité, le sous-alinéa 254(1)a)(iii) n'a un sens que si l'on accorde un effet d'extra-territorialité à l'infraction de bigamie. Cette disposition aurait alors pour effet

d'interdire à un Canadien de contracter un mariage qui le rendrait polygame dans une juridiction étrangère où une telle cérémonie de mariage serait reconnue valide. La pertinence d'une telle prohibition est discutée plus loin dans la partie consacrée à la polygamie.

5) L'extra-territorialité de la bigamie

La bigamie décrite aux sous-alinéas 254(1)a)(i) et (ii) se concrétise par le fait de passer par la formalité de mariage. Cette formalité peut s'accomplir soit au Canada, soit même à l'étranger par l'effet de l'alinéa 254(1)b) :

Commet la bigamie, quiconque,

...

b) étant un citoyen canadien résidant au Canada, quitte ce pays avec l'intention d'accomplir une chose mentionnée aux sous-alinéas a)(i) à (iii) et, selon cette intention, accomplit hors du Canada une chose mentionnée auxdits sous-alinéas dans des circonstances y désignées.

Le mariage célébré à l'étranger produit, à certaines conditions, des effets juridiques au Canada et confère généralement aux époux un statut conjugal valide. Cet état de choses et la nature même du statut conjugal dans la société justifient l'extra-territorialité de l'infraction de bigamie.

En droit civil, le second mariage célébré à l'étranger sans la dissolution d'un mariage antérieur valide ne sera pas reconnu valide au Canada même si l'État où il est célébré reconnaît la pluralité des mariages. Sur le plan des valeurs, la seconde cérémonie de mariage célébrée à l'étranger porte atteinte à l'institution au même titre que la seconde cérémonie célébrée au Canada. Dans les cas de bigamie prévus aux sous-alinéas (i) et (ii), l'infraction sera consommée par l'accomplissement de la formalité de mariage à l'étranger. Pour qu'il s'agisse véritablement d'une atteinte à l'institution, il n'est que normal d'exiger que cette cérémonie en soit une reconnue selon la loi du lieu de célébration. La définition de «formalité de mariage» à l'alinéa b) de l'actuel article 196 va cependant au-delà et confère implicitement à une cérémonie invalide célébrée à l'étranger une portée exceptionnelle. Cette situation nous apparaît injustifiée à la lumière du droit matrimonial et des fondements de l'incrimination.

Certains problèmes ne peuvent manquer de surgir lorsque les conditions de forme de la *lex loci celebrationis* sont totalement étrangères aux conditions minimales de forme exigées en droit canadien, soit en particulier la célébration d'un rite et la publicité du mariage. Les lacunes du droit actuel doivent à cet égard être corrigées. Il importe que la formalité de mariage, au Canada comme à l'étranger, corresponde au moins aux conditions de forme capable de produire des effets juridiques.

L'alinéa 254(1)b) spécifie que seul un citoyen canadien résidant au Canada peut commettre la bigamie à l'étranger. Cette précision du sujet de droit pour une infraction extra-territoriale est appropriée. Cependant, le résidant permanent en situation régulière au Canada se trouve exclu du champ d'application de la loi. Cette situation est sans

doute un oubli car le résidant permanent, dans l'attente de la citoyenneté canadienne, est, en principe, sujet de droit à toutes les lois du pays. Plus encore, l'octroi de cette citoyenneté est subordonné à l'adoption et au respect des institutions canadiennes. Il serait normal d'adapter cette disposition en conséquence.

La bigamie commise à l'étranger comporte un élément additionnel qui caractérise substantiellement l'infraction. En effet, le *Code* exige qu'antérieurement à la commission de la bigamie à l'étranger, le contrevenant ait déjà l'intention spécifique de commettre l'infraction lors de son départ du Canada. Cette exigence est exorbitante puisque, outre la difficulté de preuve, elle suppose un dessein continu qui ne concorde pas nécessairement avec la réalité psychologique de la commission de la bigamie. Les raisons qui ont présidé à la formulation de cette exigence se discernent difficilement. Dans le cas visé au sous-alinéa 254(1a)(i), la personne mariée au Canada a déjà des obligations matrimoniales claires qui lui interdisent de se remarier à l'étranger. L'exigence d'une intention spécifique lors de son départ du Canada lui confère à toutes fins pratiques une impunité qui enlève toute signification à l'alinéa 254(1b).

Pour les situations décrites aux sous-alinéas (ii) et (iii) de l'alinéa 254(1a) du *Code*, l'exigence d'une intention spécifique a pour effet de limiter également la répression de la bigamie. Contrairement au sous-alinéa (i), les situations visées par ces deux alinéas concernent plutôt une personne qui n'est pas déjà mariée au Canada. Il en résulte que l'exigence d'une intention spécifique réduit en pratique la répression de la bigamie aux seuls cas où un célibataire quitte le pays avec l'intention précise de contracter un mariage qui le rendrait polygame ou d'épouser à l'étranger une personne déjà mariée. La jurisprudence ne révèle aucune situation de ce genre. Il est vrai que dans ces derniers cas, il n'y a pas en pratique une menace ou un affront à une union conjugale contractée au Canada et l'institution atteinte, s'il y a atteinte, est plutôt l'institution du pays étranger.

La portée extra-territoriale de l'infraction de bigamie est, somme toute, extrêmement limitée. Sauf dans le cas d'existence d'un premier mariage au Canada, situation visée au sous-alinéa 254(1a)(i), l'on s'interroge vainement sur la nécessité, voire même l'utilité, de la dimension extra-territoriale de l'alinéa 254(1b)⁴³.

43. La compétence législative du Parlement fédéral au regard de l'alinéa 254(1b) du *Code criminel* fut contestée à plus d'une reprise, à la fin du dix-neuvième siècle et au début du vingtième siècle.

Le *Statut de Westminster de 1931*, trancha définitivement la question en prévoyant expressément le plein pouvoir pour le Parlement d'un Dominion «d'adopter des lois d'une portée extra-territoriale». La *Loi d'interprétation fédérale* réaffirme cette compétence à son paragraphe 8(3).

À cet effet, l'alinéa 254(1b) fut déclaré *intra vires* des pouvoirs du Parlement dans presque tous les cas de jurisprudence ainsi que dans la doctrine.

L'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1871* constitue la source la plus citée. Le préambule de cet article accorde au Parlement fédéral le pouvoir «de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada». Plusieurs juges et auteurs ont reconnu dans ces quelques mots la justification de l'alinéa 254(1b). Voir à cet effet : *R. v. Brinkley* (1907), 14 O.L.R. 434, 12 C.C.C. 454 (C.A. Ont.); *Craft v. Dunphy* (1932), 59 C.C.C. 141, [1933] A.C. 156, 1 D.L.R. 225; P. C. Doherty, «Extra-territorial Bigamy» (1930), 8 *Can. Bar Rev.* 251, p. 254-255.

B. La polygamie

Contrairement à la bigamie, l'infraction de polygamie de l'article 257 du *Code criminel* a été introduite dans notre droit beaucoup plus récemment. À dire vrai, c'est à l'époque de la codification à la fin du siècle dernier que le législateur estima nécessaire la répression de cette pratique particulière. Il est indéniable que la législation canadienne a subi à cette époque l'influence du droit américain qui tentait d'enrayer par le droit pénal une recrudescence de la pratique de la polygamie parmi les membres de la communauté mormone, particulièrement dans l'État de l'Utah⁴⁴.

La polygamie ne correspondant à aucune institution dans notre droit, le législateur a été contraint de la définir en des termes laborieux qui constituent un monument de lourdeur juridique :

257. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, quiconque

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

- (i) la polygamie sous une forme quelconque, ou
- (ii) 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; ou

b) célèbre un rite, une cérémonie, un contrat ou un consentement tendant à sanctionner un lien dont fait mention le sous-alinéa a)(i) ou (ii), ou y aide ou participe.

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

Malgré la généralité des termes utilisés, la jurisprudence a estimé que cette disposition ne visait pas l'adultère même lorsque ceux qui le commettent cohabitent⁴⁵. En fait, il n'y a eu que fort peu de condamnations pour polygamie dans l'histoire canadienne. Le cas classique a été celui d'un Amérindien qui, ne suivant que les coutumes de sa tribu, fut néanmoins puni pour avoir deux épouses⁴⁶.

44. American Law Institute, *Model Penal Code and Commentaries*, Philadelphie, American Law Institute, 1980, Partie II, art. 220.1 à 230.5 (1980) p. 368 et s.; voir également *supra*, note 16. À certaines reprises, les tribunaux canadiens ont précisé que l'objet et la raison d'être de l'article interdisant la polygamie résidaient dans la répression du mormonisme : *R. v. Liston* (1893), 34 C.L.J. 546n (Ont.); *Dionne v. Pépín* (1934), 72 C.S. 393, 40 R. de Jur. 443 (C.S. Qué.).

45. *R. v. Talhurst and Wright*, [1937] O.R. 570, 3 D.L.R. 808, 68 C.C.C. 319 (C.A. Ont.).

46. *R. v. Bear's Shin Bone* (1899), 4 Terr. L.R. 173, 3 C.C.C. 329 (C.S. T.N.O.); la seule autre cause rapportée concernait également un Amérindien: *R. v. Harris* (1906), 11 C.C.C. 254 (C.S. Qué.).

La polygamie est une pratique marginale qui ne correspond à aucune réalité juridique ou sociologique significative au Canada. La polygamie de fait peut être pratiquée par un certain nombre de Canadiens. Les communautés hippies dans les années soixante ont parfois prôné l'union libre à plusieurs partenaires. Néanmoins, tout ceci demeure marginal et n'affecte ni le tissu social canadien ni l'institution du mariage.

D'autre part, la polygamie commise à l'étranger n'a en principe aucune valeur en droit matrimonial. Néanmoins, en droit civil les tribunaux ont dû parfois, pour diverses fins, reconnaître son existence ou lui attribuer certains effets⁴⁷. Aussi nos institutions civiles apparaissent-elles suffire pleinement à prévoir et à maîtriser le phénomène de la polygamie. Comme l'adultère ou le concubinage, ce comportement, qui ne concurrence pas au Canada l'institution du mariage monogamique, devrait être ignoré par le droit pénal.

II. Les atteintes à la célébration du mariage

Les atteintes à la célébration du mariage concernent essentiellement les conditions de forme de l'institution.

A. Le mariage feint

Le paragraphe 256(1) du *Code* énonce l'incrimination de mariage feint sans toutefois préciser le sens de cette expression :

Quiconque obtient ou sciemment aide à obtenir un mariage feint entre lui-même et une autre personne est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans.

Le second paragraphe de l'article exige la corroboration du témoin unique dans la preuve du mariage feint. Le silence de la jurisprudence et de la doctrine à propos de cette infraction est significatif. Elle est en fait tombée en complète désuétude et ne correspond plus à aucun comportement que l'on puisse clairement stigmatiser. Le mariage feint est un mariage simulé. Dans cette perspective, cette infraction peut s'apparenter

47. Voir généralement sur ces questions : Hartley, *supra*, note 4; Marasinghe, *supra*, note 4; C. A. Weston, «Polygamous and Monogamous Mariages — Bigamy» (1965), 28 *Modern L. Rev.* 484; K. L. Koh, «Attorney-General of Ceylon v. Reid — The Malayan Experience» (1966), 29 *Modern L. Rev.* 88; S. W. Bartholomew, «The Origin and Development of the Law of Bigamy» (1958), 74 *L.Q.R.* 259; «Polygamous Marriages and English Criminal Law» (1954), 17 *Modern L. Rev.* 344; «Recognition of Polygamous Marriages in Canada» (1961), 10 *Int'l. and Comp. L.Q.* 305.

à une fraude dans l'observation des rites du mariage. Il peut s'agir aussi d'une fraude vis-à-vis l'autre conjoint qui est ainsi appelé à former une union libre alors qu'il croyait se marier.

Lors de nos consultations, quelques personnes se sont interrogées sur le lien pouvant exister entre le mariage feint et le fait, pour certains individus de nationalité étrangère, de se marier avec une personne canadienne dans le but spécifique de pouvoir s'établir au Canada et ceci sans avoir l'intention de faire vie commune avec ce nouvel époux. Il pourrait certes s'agir là d'une forme de mariage «feint». Toutefois, la jurisprudence et les auteurs en droit matrimonial semblent partagés quant à la validité à donner à de tels mariages. Des arrêts récents maintiennent le lien du mariage même lorsque le sérieux du consentement fait défaut⁴⁸. Il convient d'ajouter que le *Règlement sur l'immigration de 1978* a été modifié en 1984⁴⁹, afin de

refuser le privilège de parrainage aux conjoints qui se sont mariés principalement dans le but de se faire admettre au Canada à titre de personnes appartenant à la catégorie de la famille et à refuser un visa d'immigrant aux personnes qui se fiancent principalement dans le même but⁵⁰.

En général, les lois sur le mariage sont suffisamment précises pour prévenir les fraudes ou les contrefaçons dans les formalités de la cérémonie de mariage⁵¹. Ainsi, la plupart des législations prévoient que le célébrant doit s'assurer de l'identité des

48. J. Pineau, *supra*, note 2, p. 27.

49. *Règlement sur l'immigration de 1978 — Modification Gazette du Canada, Partie II*, Vol. 118, n° 4 (22 février 1984), p. 825.

50. *Id.*, note explicative, p. 826.

Voir aussi le règlement modificateur qui se lit ainsi :

1. (1) Le passage du paragraphe 4(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978* qui précède l'alinéa a) est abrogé et remplacé par ce qui suit :

«4. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), tout citoyen canadien ou résident permanent âgé d'au moins dix-huit ans et résidant au Canada peut parrainer une demande de droit d'établissement présentée par»

(2) L'article 4 dudit règlement est modifié par adjonction de ce qui suit :

«(3) L'alinéa (1)a) ne s'applique pas au conjoint qui s'est marié principalement dans le but d'obtenir l'admission au Canada à titre de membre de la catégorie de la famille et non avec l'intention de vivre en permanence avec son conjoint.»

2. L'alinéa 6(1)d) dudit règlement est abrogé et remplacé par ce qui suit :

«d) si, dans le cas d'une fiancée,

(i) le répondant et la fiancée comptent vivre ensemble en permanence après le mariage et ne se sont pas fiancés principalement dans le but d'obtenir l'admission au Canada de la fiancée à titre de membre de la catégorie de la famille,

(ii) il n'y a aucun obstacle juridique au mariage prévu du répondant et de la fiancée, en vertu des lois de la province où ils comptent résider, et

(iii) le répondant et la fiancée ont convenu de s'épouser dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent l'admission de la fiancée.»

Note : L'article 6 du Règlement concerne les demandes de visa d'immigrant.

51. Voir *supra*, note 45. Toutes les lois provinciales ne sont évidemment pas uniformes et si certaines provinces prévoient dans le détail les formalités techniques qui entourent la célébration du mariage, d'autres sont presque muettes sur la question.

futurs époux. Il y a même des dispositions réprimant les fausses déclarations, la falsification des registres et du permis de mariage, ainsi que l'utilisation non autorisée d'un tel permis.

Le mariage simulé quant à la forme n'a aucune signification juridique en droit matrimonial et, à supposer qu'une personne puisse se faire leurrer par un mariage feint, les recours civils offrent une réponse adéquate pour redresser le tort qui aurait pu être ainsi causé.

B. La célébration illicite du mariage

Sous cette appellation générique, le *Code criminel* décrit deux types d'infractions : la célébration du mariage sans autorisation et le mariage célébré en contravention de la loi. La célébration du mariage sans autorisation définie à l'article 258 n'est pas un mariage. Il s'agit essentiellement du cas où le célébrant n'a aucune autorité pour célébrer quelque mariage que ce soit :

Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, quiconque

- a) célèbre ou prétend célébrer un mariage sans autorisation légale, dont la preuve lui incombe, ou
- b) amène une personne à célébrer un mariage, sachant que cette personne n'est pas légalement autorisée à le célébrer.

À l'article 259, la célébration du mariage en contravention de la loi vise plutôt l'officiant habilité par la loi à célébrer un mariage mais qui agit en quelque sorte sans juridiction :

Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, quiconque, étant légalement autorisé à célébrer le mariage, célèbre sciemment et volontairement un mariage en violation des lois de la province où il est célébré.

L'autorité d'une personne à célébrer un mariage et les conditions dans lesquelles cette célébration peut être réalisée sont définies par la législation provinciale. Les provinces possèdent sur le plan constitutionnel une compétence législative exclusive en matière de célébration du mariage. En pratique, les modalités de commission des infractions décrites aux articles 258 et 259 du *Code criminel* ne peuvent donc se définir qu'en rapport avec les textes législatifs provinciaux pertinents⁵². Cette référence au droit provincial peut, particulièrement dans l'application de l'article 259, rendre incertaine

52. Sur la compétence constitutionnelle des provinces en matière de célébration du mariage voir : F. Chevette et H. Marx, *Droit Constitutionnel*, Montréal. P.U.M., 1982, p. 656-661; L. Katz, «The Scope of the Federal Legislative Authority in Relation to Marriage» (1975), 7 *Ottawa L. Rev.* 384; F. J. E. Jordan, «The Federal Divorce Act (1968) and the Constitution» 14 *McGill L.J.* 209.

la portée de l'incrimination. Dans l'affaire *Boggs*⁵³, la Cour suprême a déclaré *ultra vires* une infraction criminelle qui, à cause des impondérables résultant de la variété des législations provinciales, ne présentait plus l'objectif de répression d'un mal public clairement identifiable. On peut certainement s'interroger sur le mal que veut enrayer l'article 259 du *Code*.

Les atteintes visées par les infractions à la célébration de mariage ne justifient plus guère aujourd'hui l'intervention du droit pénal. D'une part, les problèmes de clandestinité et d'irrégularité du mariage qui avaient présidé à leur création ne sont plus que chose du passé. D'autre part, le droit matrimonial moderne apporte une réponse complète aux difficultés soulevées par les comportements prohibés.

Le mariage sans autorisation, tout comme le mariage feint, n'est qu'un simulacre de mariage qui ne peut plus compromettre l'institution. La contrefaçon ou l'altération des documents qui peuvent accompagner ces actes, sont sanctionnés par d'autres dispositions spécifiques plus adéquates.

Le mariage en contravention de la loi concerne en définitive les lois sur le mariage. Ceiles-ci présentent un régime complet qui règle les rites et les formalités de la cérémonie. Les manquements à ces prescriptions législatives peuvent être sanctionnés efficacement par diverses mesures qui vont de la nullité du mariage à la sanction disciplinaire du célébrant.

Les atteintes à la cérémonie du mariage relèvent plus de la réglementation que de la répression. Les législations provinciales apportent à cet égard une réponse amplement suffisante qui fait disparaître les fondements de l'intervention du droit pénal.

53. *Boggs v. The Queen* (1981), 58 C.C.C. (2d) 7, 19 C.R. (3d) 245, [1981] 1 R.C.S. 49, 120 D.L.R. (3d) 718, 34 N.R. 520, 8 M.V.R. 247.

CHAPITRE TROIS

La réforme

I. La nécessité de réforme

La législation pénale relative au mariage et à sa célébration est intimement reliée à l'évolution du droit matrimonial au cours des siècles. Les diverses infractions du *Code criminel* se sont stratifiées à une époque où la répression pouvait s'avérer la seule réponse efficace à certains comportements qui menaçaient l'institution du mariage et les structures fondamentales de la société elle-même.

Cependant, les sociétés ont évolué et le droit matrimonial s'est précisé. Souvent les lacunes qui permettaient le développement de comportements fautifs ont été comblées. Les idées et les valeurs ont, avec la facilité des communications et la multiplication des échanges, également évolué. Les jugements contemporains sur l'adultère, le concubinage ou la polygamie ne sont certainement plus ce qu'ils étaient à l'époque victorienne. Aussi, peut-être plus que pour toute autre infraction, la réforme et la modernisation du *Code* en ce qui concerne les crimes matrimoniaux apparaissent-elles comme une impérieuse nécessité.

II. Propositions de réforme

L'infraction de bigamie demeure la seule atteinte au mariage qui justifie encore, selon nous, la sanction du droit pénal. Les lois provinciales sur la cérémonie du mariage, sans être uniformes, renferment des dispositions dont le but s'apparente à celui visé à l'article 254 du *Code criminel*. Seul le Québec cependant énonce de façon expresse l'interdiction de contracter un second mariage avant la dissolution du «premier»⁵⁴. Les provinces de common law et les territoires se limitent aux conditions de forme. Ainsi,

54. Code civil du Bas-Canada, art. 118 et *Code civil* du Québec, art. 404 (non en vigueur).

ils énumèrent les déclarations et les documents devant être produits aux fins d'une cérémonie de mariage, notamment en cas d'un divorce précédent, de l'annulation d'un mariage antérieur et du décès ou de l'absence d'un conjoint⁵⁵.

Malgré la présence des dispositions provinciales, nous croyons qu'il soit nécessaire d'inclure un article sur la bigamie dans le *Code criminel*, d'abord en raison de la nature de cette infraction et ensuite afin d'assurer une uniformité à travers le Canada.

La gravité intrinsèque de l'atteinte qui suppose l'utilisation de la célébration d'un mariage valide et le caractère répréhensible de ce comportement tant à l'égard de la société que du conjoint-victime fondent le maintien du crime de bigamie dans la législation canadienne.

Cependant, ces justifications ne conservent toute leur acuité que pour la bigamie qui implique les formalités de mariage pouvant produire un mariage valide. Par conséquent, l'infraction de bigamie devrait se limiter à la répression des seules situations décrites aux sous-alinéas (i) et (ii) de l'alinéa 254(1)a) du *Code* actuel. L'union visée par le sous-alinéa (iii) de l'infraction actuelle ne correspond pas à une célébration valide de mariage et ne revêt aucune valeur juridique. Quant aux formes de bigamie des sous-alinéas (i) et (ii), elles peuvent certainement être commises le même jour si bien que cette spécification est totalement inutile.

Le mariage antérieur n'est pas défini dans le *Code* actuel. La jurisprudence ne répond malheureusement pas à toutes les interrogations que soulèvent le concept du mariage antérieur. À première vue, il serait normal de considérer le premier mariage comme devant être un mariage reconnu comme valide au Canada. C'est la solution retenue par le droit matrimonial. Cependant, ceci implique clairement que le mariage valide à l'étranger, mais considéré invalide au Canada, ne constitue pas un premier mariage pour les fins de la bigamie. Sur le plan des politiques pénales, ceci apparaît un concept suffisant qui couvre les principaux cas constituant une atteinte véritable à l'institution du mariage au Canada. De plus, la régression de la polygamie légale dans le monde et la rareté des mariages étrangers qui ne coïncident pas avec les caractéristiques essentielles de l'institution en droit canadien convainquent de l'inutilité de vouloir étendre le concept de «premier mariage». La définition de la bigamie, en faisant référence à un premier mariage valide au Canada, fait preuve ainsi de modération et de réalisme.

55. Terre-Neuve : *The Solemnization of Marriage Act*, S.N. 1974, n° 81, art. 15(1) et 22; Île-du-Prince-Édouard : *Marriage Act*, R.S.P.E.I. 1974, chap. M-5, art. 16 et 21; Nouvelle-Écosse : *Solemnization of Marriage Act*, C.S.N.S. chap. S-25, art. 14; Nouveau-Brunswick : *Loi sur le mariage*, L.R.N.B. 1973, chap. M-3, al. 16(1)b) et e); Ontario : *Marriage Act*, R.S.O. 1980, chap. 256, art. 1(2), 8 et 9; Manitoba : *Loi sur le mariage*, C.P.L.M., chap. M50 (S.M. 1982-83-84, chap. 57), art. 21 et 23; Saskatchewan : *The Marriage Act*, R.S.S. 1978, chap. M-4, art. 14(4)(5), 29(2)(3) et 36; Colombie-Britannique : *Marriage Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 251, art. 39 et 40; Territoires du Nord-Ouest : *Marriage Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, chap. M-5, art. 24(4), 41, 42 et 43; Yukon : *Marriage Ordinance*, R.O.Y.T. 1971, chap. M-3, art. 24(3), 41, 42 et 43.

Notons que le Québec contient des dispositions analogues : Code civil du Bas-Canada, art. 7.1 et 108 et Code civil du Québec, art. 417.

La formalité de mariage par laquelle se concrétise la bigamie est définie dans le *Code* actuel. Cette définition fait référence en réalité aux conditions de forme du mariage, à la célébration elle-même. Dans le droit matrimonial actuel, deux qualités essentielles caractérisent la formalité de mariage : la célébration d'un rite et sa publicité. La définition de l'article 196 devrait en tenir compte par l'adjonction du qualificatif «publique» à la suite du mot cérémonie. Le paragraphe 196 b) concernant la «formalité de mariage» ne correspond ni à l'état du droit matrimonial ni surtout à l'esprit et aux fondements de l'incrimination. Cette partie de la définition est à exclure.

Pour que l'effet extra-territorial de l'infraction de bigamie ait une certaine portée pratique, il importerait d'abolir l'exigence de l'intention spécifique du contrevenant à son départ du Canada. Une telle mesure de réforme va cependant dans le sens d'une extension de la portée de l'incrimination, et mérite pour cette raison d'être considérée avec modération.

En définitive, l'extra-territorialité de l'infraction de bigamie n'est pleinement justifiée que pour protéger un mariage déjà existant au Canada. C'est en se fondant sur la réalité d'une union conjugale concrète que la protection de l'institution du mariage au Canada a du sens. Aussi, l'effet d'extra-territorialité ne devrait-il viser que le cas d'une personne qui a déjà un statut conjugal au Canada et qui, malgré sa situation, décide de passer par une formalité de mariage à l'étranger. C'est là seulement que réside l'atteinte véritable à l'institution au Canada. Cependant, pour que cette protection soit efficace, il ne convient pas d'exiger une intention spécifique au départ du Canada. Non seulement une telle exigence est irréaliste, mais le fardeau de preuve qu'elle implique est par trop exorbitant.

Enfin, le Canada est un pays d'accueil où de nombreux immigrants souhaitent s'intégrer à sa société et bénéficier de ses lois. Il est donc équitable et normal que l'effet extra-territorial réduit de la bigamie ne se limite pas aux seuls citoyens canadiens, mais s'applique aussi aux résidents permanents dans l'attente de leur citoyenneté.

L'inutilité du paragraphe (2) de l'article 254 est manifeste. Le décès, le divorce et l'annulation du mariage sont des événements qui entraînent l'anéantissement du lien conjugal et qui, de ce fait, rendent inexistant un élément essentiel de l'infraction de bigamie, soit le mariage antérieur.

L'erreur de fait ou l'erreur de droit cumulant en une erreur de fait sont des défenses déjà admises par notre droit. La Commission de réforme du droit en propose la codification dans la partie générale du *Code criminel*. Leur répétition dans le contexte de la définition de l'incrimination de bigamie n'a pas sa place.

Enfin, la présomption de décès liée à l'absence est une question qui est déjà réglée par le droit civil. Les solutions offertes par ces règles et celles du droit pénal sur les défenses d'erreur en justifient l'abandon.

Le principe monogamique est une valeur largement partagée par tous les Canadiens. Ses racines sont profondes et teintent tout notre système juridique. Les atteintes qui

peuvent réellement la compromettre apparaissent ainsi exceptionnelles. Dans cette perspective, la polygamie 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. L'abolition du crime de polygamie n'est pas sa reconnaissance. Nos institutions juridiques, et l'institution du mariage en tout premier lieu, préservent adéquatement le principe monogamique. Aussi, l'abrogation de l'infraction de polygamie s'avère-t-elle une preuve de modération et une marque de confiance dans nos propres institutions. Le droit matrimonial, en n'accordant aucune reconnaissance juridique à la polygamie, rend le phénomène non viable au Canada. Ceci devrait se refléter dans le *Code criminel*.

Les atteintes à la célébration du mariage viennent de l'ancien droit ecclésiastique qui était aux prises avec des problèmes de clandestinité et d'irrégularités dans le mariage. La situation du droit matrimonial a considérablement évolué et, aujourd'hui, le mariage et ses rites sont clairement définis et réglementés. Les incriminations de mariage feint (article 256), de célébration du mariage sans autorisation et de célébration du mariage en contravention de la loi (articles 258 et 259) ne correspondent plus à des comportements criminels. Ces atteintes représentent moins des atteintes à l'institution et à la société que des manquements à la réglementation sur le mariage. À ce titre, les législations provinciales apportent une réponse amplement suffisante aux problèmes que peuvent soulever les comportements visés. De plus, dans l'administration des lois relevant de leur compétence, les provinces peuvent assortir leurs prescriptions légales de sanctions pénales qui seraient plus appropriées que la criminalisation simple des comportements fautifs.

Aussi, l'abrogation de ces dernières dispositions représente-t-elle l'attitude raisonnable et modérée que le public est en droit de s'attendre d'une législation criminelle équilibrée.

III. Propositions législatives

Les propositions qui suivent adoptent une formulation nouvelle afin d'assurer une plus grande précision des textes. Nous indiquons également en alternative une formulation plus littérale inspirée des textes actuels afin de permettre une compréhension complète des modifications proposées.

RECOMMANDATION 1

Nous recommandons que l'article 254 du *Code criminel* actuel soit abrogé et remplacé par la nouvelle disposition qui suit :

254. (1) La bigamie consiste dans le fait pour une personne de passer par une formalité de mariage au Canada alors que l'un des conjoints est déjà engagé par les liens d'un mariage antérieur non dissous.

(2) La bigamie consiste également dans le fait pour un citoyen canadien résidant au Canada, ou un résidant permanent du Canada, de passer par une formalité de mariage à l'extérieur du Canada, alors qu'il est déjà engagé par les liens d'un mariage antérieur non dissous.

(3) La bigamie est un acte criminel qui rend son auteur passible d'un emprisonnement de cinq ans.

Le nouvel article 254 pourrait également être formulé de la façon suivante :

254. (1) Commet la bigamie, quiconque,

a) au Canada,

(i) étant marié, passe par une formalité de mariage avec une autre personne, ou

(ii) sachant qu'une autre personne est mariée, passe par une formalité de mariage avec cette personne;

b) étant un citoyen canadien résidant au Canada, ou un résidant permanent du Canada, accomplit hors du Canada une chose mentionnée au sous-alinéa (i) de l'alinéa a) du présent article.

(2) La bigamie est un acte criminel qui rend son auteur passible d'un emprisonnement de cinq ans.

L'infraction de bigamie demeure un acte criminel. Les fondements de l'incrimination justifient cette qualification et le maintien de la prohibition au *Code criminel*. Toutefois, la sentence proposée par la loi devrait faire l'objet d'une réévaluation dans le cadre plus général des politiques de sentencing par la Commission⁵⁶.

56. Voir les commentaires du Juge Borins dans la cause de *R. v. Stanley Walter Friar*, 27 avril 1983, C. comté Ont., 10 W.C.B. n°. 10-0040, p. 20 :

[TRADUCTION]

Cependant, lorsque les deux parties connaissent les faits et se marient, peut-être pour donner plus de respectabilité à leur cohabitation, il me semble que l'infraction revêt une importance relativement moindre et qu'elle ne mérite pas une peine sévère.

Il se peut qu'à l'occasion de la révision du *Code criminel*, qui, si je ne me trompe, devrait avoir

Les paragraphes (2), (3) et (5) de l'article actuel 254 sont abrogés.

Le paragraphe (4) de l'article actuel 254 est intégré à la définition nouvelle de l'expression «mariage antérieur» (ou du mot «marié») qui pourra être énoncée soit à l'article 196, soit dans un nouveau paragraphe de l'article 254.

RECOMMANDATION 2

Nous recommandons que l'expression «mariage antérieur» (ou le mot «marié» si on utilise la formulation alternative de l'article 254) soit définie de la façon suivante :

- (1) Aux fins de l'article 254, l'expression «mariage antérieur» s'entend d'un mariage qui peut être reconnu valide au Canada.
- (2) Aux fins de l'article 254, un mariage est censé être valide à moins que le prévenu n'en démontre l'invalidité.

RECOMMANDATION 3

Nous recommandons que l'expression «formalité de mariage» de l'actuel article 196 soit modifiée de la façon qui suit :

L'expression «formalité de mariage» s'entend d'une cérémonie publique de mariage qui est reconnue valide par la loi du lieu où le mariage a été célébré.

L'alinéa 196b) est abrogé. La nouvelle définition pourrait être intégrée plus adéquatement dans un nouveau paragraphe de l'article 254.

RECOMMANDATION 4

Nous recommandons, en outre, que :

- 1) le paragraphe 255(1) soit intégré à l'article 254;
- 2) la disposition du paragraphe 255(2) soit conservée, mais, cependant, elle aurait mieux sa place dans la *Loi sur la preuve au Canada*;
- 3) les articles 256 (mariage feint), 257 (polygamie), 258 (célébration du mariage sans autorisation) et 259 (célébration du mariage en contravention de la loi) du *Code criminel* soient abrogés.

lieu prochainement, l'on tienne compte du commentaire suivant émis dans l'affaire *Smith and Hogan*, aux pages 688-689 :

Il se peut que la bigamie ait toujours sa place comme acte criminel dans des cas où de *sérieuses conséquences sociales* sont en jeu. On ne peut cependant justifier l'extension de l'infraction majeure au-delà de ces cas, à des affaires qui ne sont plus considérées comme des infractions vraiment graves.