

A large background image showing a stack of several thick, hardcover books. The books are slightly offset, creating a sense of depth. The pages are white, and the spines are dark. The entire image has a teal/green color overlay.

## La polygynie et les obligations du Canada en vertu du droit international en matière de droits de la personne

Section de la famille, des enfants  
et des adolescents  
Rapport de recherche  
Septembre 2006





# **La polygynie et les obligations du Canada en vertu du droit international en matière de droits de la personne**

**Préparé par**

**Rebecca J. Cook, M.P.A., J.D., J.S.D., M.S.R.C.**

Directrice, Chaire de droit international en matière de droits de la personne  
Codirectrice, Programme international sur le droit de la santé reproductive et sexuelle

et

**Lisa M. Kelly, B.A., candidate au J.D.**

Faculté de droit, Université de Toronto

**Présenté à la**

Section de la famille, des enfants et des adolescents  
ministère de la Justice du Canada

*Les opinions exprimées dans ce document sont uniquement celles des auteurs et ne représentent pas nécessairement celles du ministère de la Justice du Canada.*

*Also available in English*

*Le présent rapport peut être reproduit, en tout ou en partie, par quelque moyen que ce soit, sans frais et sans qu'il soit nécessaire de demander la permission du ministère de la Justice du Canada, pourvu que toutes les précautions raisonnables soient prises pour assurer l'exactitude du contenu reproduit, que le ministère de la Justice du Canada soit désigné comme source et que la reproduction ne soit pas présentée comme la version officielle du rapport original.*

## TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION .....	1
II.	DANGERS DE LA POLYGYNIE .....	7
	A. La polygynie comme forme de patriarcat.....	7
	B. Danger de la non-exclusivité.....	11
	C. Torts liés à la compétition entre les épouses d'un même mari.....	12
	D. Torts relatifs à la santé mentale associés à la polygynie .....	13
	E. Torts à la santé génésique et sexuelle.....	14
	F. Torts économiques .....	16
	G. Torts à la jouissance de la citoyenneté .....	18
	H. Torts aux enfants des unions polygynes.....	19
III.	LA POLYGYNIE COMME VIOLATION DU DROIT INTERNATIONAL EN MATIÈRE DE DROITS DE LA PERSONNE.....	23
	A. Traité international et Convention sur la loi.....	23
	B. Vie familiale .....	24
	1. Droit à l'égalité dans le mariage et la famille .....	24
	2. Droit à la vie privée et familiale .....	28
	3. Droit d'être libre de toute forme de stéréotype.....	30
	4. Droit de choisir librement son conjoint et de ne contracter mariage que de son libre et plein consentement .....	31
	C. Sécurité.....	33
	1. Droit d'être protégé contre toute forme de violence .....	33
	2. Droit des femmes à ne pas être soumises à des traitements inhumains et dégradants.....	36
	3. Droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint .....	38
	4. Droit de ne pas être soumis à l'esclavage .....	41
	5. Droit à un niveau de vie suffisant .....	42
	D. Citoyenneté.....	43
	1. Droit de recevoir et de répandre l'information .....	43
	2. Droit à l'éducation .....	44
	3. Droit des femmes à la liberté de religion.....	45
	4. Droit des femmes d'avoir leur vie culturelle .....	48
IV.	LIMITES DISCUTABLES AUX DROITS DES FEMMES.....	51
	A. Le droit à la liberté de religion et le droit à la non-discrimination relative à la religion et à l'origine ethnique.....	51
	B. Droit d'avoir une culture .....	54
	C. Droit au respect de la vie privée et familiale.....	56

V.	LA PRATIQUE DES ÉTATS ET L' <i>OPINIO JURIS</i> .....	61
A.	Interdiction absolue .....	62
1.	L' Australie .....	63
2.	La Belgique, la France, le Luxembourg et la Suisse.....	64
3.	Canada.....	65
4.	Royaume-Uni.....	65
5.	États-Unis.....	66
6.	Tunisie.....	67
7.	Turquie.....	67
B.	Restrictions de la polygynie .....	68
1.	Exigences de notification.....	68
2.	Permission.....	68
3.	La polygynie dans les ordres judiciaires parallèles.....	70
VI.	MOYENS D'INTERDIRE LA POLYGYNIE .....	73
A.	Défis de la transition.....	73
1.	Défis transitionnels des États qui veulent interdire la polygynie.....	73
2.	Défis transitionnels des personnes qui veulent quitter une union polygyne .....	74
B.	Équilibrer le respect des contextes culturels et religieux et la protection des droits de la personne .....	79
VII.	FAVORISER LE RESPECT DES DROITS D'ÉGALITÉ AU SEIN DU MARIAGE ET DE LA FAMILLE .....	81
A.	Amélioration du dialogue.....	81
B.	Obligations canadiennes en vertu du droit international en matière de droits de la personne .....	82
1.	Présomption de conformité.....	82
2.	Valeurs et principes d'une société libre et démocratique .....	84
C.	Surveillance des obligations du Canada en vertu de la Convention de la femme.....	86
1.	Mécanisme de présentation de rapports aux termes de la Convention de la femme .....	86
2.	Utilisation de la procédure de communication en vertu du Protocole facultatif à la Convention de la femme.....	87
3.	Utilisation de la procédure d'enquête en vertu du Protocole facultatif à la Convention de la femme.....	88
D.	Surveillance des obligations du Canada en vertu du Pacte politique et de la Convention de l'enfant .....	90
1.	Comité des droits de l'homme (CDH).....	90
2.	Comité des droits de l'enfant (CDE) .....	91

VIII. CONCLUSION.....	93
RÉFÉRENCES .....	97
NOTES.....	109



## I. INTRODUCTION

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

Le terme « bigamie » est généralement utilisé dans la législation interne lorsque l'on parle de l'interdiction du mariage simultané avec plus d'une personne. Bien que ce rapport ne prétende pas traiter en profondeur de l'interdiction de la bigamie et de la polygamie au Canada, la législation interne est utile pour clarifier la terminologie. Aux termes du *Code criminel*, commet la bigamie quiconque, étant marié, passe par une formalité de mariage avec une autre personne, le même jour ou simultanément, passe par une formalité de mariage avec plus d'une personne ou sachant qu'une autre personne est mariée, passe par une formalité de mariage avec cette personne<sup>1</sup>. Le *Code criminel* ne propose pas de définition claire de la polygamie. Cependant, la principale différence entre la bigamie et la polygamie telle que présentée dans le *Code criminel* réside dans le fait que la bigamie, contrairement à la polygamie, nécessite une « formalité de mariage », notion définie à l'article 214<sup>2</sup>. Dans son rapport de 1985 sur la bigamie, la Commission de réforme du droit du Canada propose une définition de la polygamie :

[ ... ] la polygamie consiste dans le maintien d'un lien conjugal de plus de deux personnes. Lorsque ce lien réunit les époux en une seule entité matrimoniale ou familiale, on parle plus volontiers de polygamie.<sup>3</sup>

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

Dans le contexte canadien, aucun cas de polygamie polyandre, soit une femme qui possède plusieurs conjoints, n'a jamais été recensé<sup>4</sup>; en revanche, il existe des preuves d'unions de polygynie, c'est-à-dire lorsqu'un homme possède plus d'une conjointe. Pour plus de précision, le terme « polygynie » sera utilisé dans ce rapport. Étant donné que les unions polyandres sont interdites dans les systèmes régis par la loi musulmane et les enseignements des mormons fondamentalistes et également, de façon générale, en vertu des coutumes, le terme « polygynie » correspond de manière plus précise à la majorité des unions polygames ainsi qu'aux normes en matière de droits de la personne auxquelles elles contreviennent.

Dans l'analyse des engagements du Canada en vertu du droit international en matière de droits de la personne, ses obligations en regard du respect de la liberté de religion et de l'équité entre les hommes et les femmes seront considérées dans ce rapport. Parce que des arguments ayant rapport avec la liberté de religion peuvent être invoqués lorsque l'on parle de la polygynie telle

que pratiquée au Canada et ailleurs dans le monde, il est important de faire la distinction légale entre une *croissance* religieuse et une *pratique* religieuse. Bien qu'en vertu du droit international, le Canada ne puisse limiter les croyances religieuses, il est autorisé et même obligé, dans certaines circonstances, de restreindre les pratiques religieuses qui contreviennent aux droits et libertés d'autrui. Les tribunaux ont décidé que le droit de pratiquer la religion peut être restreint pour des motifs valables y compris la protection de la santé<sup>5</sup>, la promotion du laïcisme et la protection de l'égalité entre les genres<sup>6</sup>. Comme l'a écrit Lorraine Weinrib, à l'intérieur du cadre constitutionnel du Canada, même si « l'interprétation de la *Charte* doit se faire dans le respect de la "préservation et de l'amélioration de l'héritage multiculturel des Canadiens", toutes les garanties de la *Charte* doivent s'appliquer de la même façon aux hommes et femmes<sup>7</sup> ».

Dans le cadre de cet engagement en vertu du droit international et national en matière d'égalité entre les genres, ce rapport traitera de la façon dont la pratique de la polygynie va à l'encontre, entre autres, du droit des femmes à l'égalité dans le mariage et les rapports familiaux en ayant comme cadre le droit international et plus précisément le contenu de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice (CIJ) :

Art. 38.1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :

- a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige;
- b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit;
- c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées;
- d. sous réserve de la disposition de l'article 5, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

En vertu du droit international en matière de droits de la personne, il existe un consensus de plus en plus important relativement au fait que la polygynie contrevient au droit des femmes d'être protégées contre toute forme de discrimination. Quand la polygynie est permise en vertu de normes juridiques relatives à la religion ou à la tradition, elle est souvent fondée sur des codes d'obéissance, de modestie et de chasteté qui empêchent les femmes d'être des citoyennes à part entière et de jouir de leurs droits civils et politiques<sup>8</sup>. À l'intérieur de ce cadre, les femmes sont souvent restreintes à des rôles où elles sont asservies, ce qui entrave leur pleine participation à la vie familiale et publique. Les torts physiques, psychologiques, sexuels, reproductifs, économiques et relatifs à la citoyenneté associés à la polygynie portent atteinte à bon nombre des droits de la personne fondamentaux reconnus par le droit international. La pratique des États indique que l'interdiction formelle juridique de la polygynie constitue la norme dans la majorité des systèmes nationaux, entre autres ceux des Amériques, de l'Europe, des pays qui formaient l'ancienne Union soviétique, du Népal, du Vietnam, de la Chine, de la Turquie, de la Tunisie et de la Côte d'Ivoire<sup>9</sup>. De plus, dans le monde, il existe actuellement une tendance marquée à

restreindre cette pratique surtout grâce à des exigences relatives à l'obtention d'une permission judiciaire/conjugale. Ces restrictions, en plus de mettre en relief les problèmes socio-économiques associés à la polygynie, sont le symbole de la reconnaissance croissante du droit des femmes à l'égalité.

Le droit à l'égalité entre les genres a été essentiel à l'évolution post-Deuxième Guerre mondiale du droit international en matière de droits de la personne. Avant, les déclarations des droits de la personne et les conventions donnaient un sens erroné à l'égalité entre les genres en jugeant les genres selon des motifs de discrimination interdits. La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (Déclaration universelle)<sup>10</sup>, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte politique)<sup>11</sup> et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte économique)<sup>12</sup> sont tous fondés sur une norme de non-discrimination contre les sexes. À l'intérieur de ce cadre de non-discrimination, certaines variations peuvent entraîner le respect d'obligations positives de la part des États parties. Par exemple, le paragraphe 23(4) du Pacte politique exige des États parties qu'ils prennent « les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution ». Dans le contexte d'un traité, le terme « assurer » signifie généralement l'imposition aux États parties d'une tâche positive qui vise l'atteinte de l'objectif qui suit ce verbe.

En plus de ces instruments internationaux, divers traités relatifs aux droits de la personne régionaux sont établis selon un cadre de non-discrimination. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne)<sup>13</sup>, la Convention américaine relative aux droits de l'homme<sup>14</sup> et la Charte arabe des droits de l'homme<sup>15</sup> interdisent la discrimination fondée sur le sexe, mais pas assez pour assurer l'égalité de fait au sein de la famille et dans la vie publique.

En revanche, l'objectif de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (Convention de la femme)<sup>16</sup> révèle un engagement clair quant à l'atteinte d'une nouvelle égalité. Dans sa recommandation générale n° 25 sur les mesures temporaires spéciales, le CEDEF indique que la Convention de la femme vise :

l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes en vue d'instaurer une égalité de droit et de fait entre hommes et femmes dans la jouissance effective des libertés et des droits fondamentaux<sup>17</sup>.

Dans ce sens, la Convention de la femme s'étend au-delà du cadre de non-discrimination qui protège les hommes et les femmes de la discrimination fondée sur le sexe en reconnaissant le caractère spécial de la discrimination subie par les femmes. Dans la disposition de l'article 16 sur l'égalité dans le mariage et les rapports familiaux, on demande aux États parties de prendre « toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux » dans le but d'assurer « la base de l'égalité de l'homme et de la femme ». Par cette disposition, la Convention de la femme formule non seulement un engagement à respecter les droits de la femme dans la famille,

mais elle redéfinit la notion d'égalité en soulignant la nécessité du partage des responsabilités conjugales entre l'homme et la femme.

Parmi les instruments régionaux en matière de droits de la personne, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Banjul)<sup>18</sup> et le Protocole relatif à la Charte africaine relative aux droits de la femme en Afrique<sup>19</sup> partagent une nouvelle approche de l'égalité. La Charte africaine interdit non seulement la discrimination fondée sur le sexe<sup>20</sup>, mais elle établit également que les États parties ont :

le devoir de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant tels que stipulés dans les déclarations et conventions internationales.<sup>21</sup>

En se basant sur cet article, le préambule du Protocole relatif à la Charte africaine relative aux droits de la femme en Afrique réaffirme :

l'engagement des États africains à assurer la pleine participation des femmes africaines au développement de l'Afrique comme des partenaires égaux.

Ainsi, la Charte africaine et le Protocole contiennent tous deux l'engagement d'éliminer toutes formes de discrimination contre les femmes et d'assurer leur participation efficace dans la famille et la vie publique.

La Convention relative aux droits de l'enfant (Convention de l'enfant) contient une clause de non-discrimination (article 2) et étend le principe directeur de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'article 3 stipule que :

1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

Cette disposition exige que « l'intérêt supérieur de l'enfant » soit toujours une « considération primordiale ». En ce sens, elle constitue une obligation positive pour les États parties de donner à l'intérêt supérieur de l'enfant une importance qui va au-delà de la non-discrimination.

Afin d'atteindre ces objectifs, plusieurs des instruments internationaux en matière de droits de la personne importants ont mis sur pied des comités chargés de la surveillance et du respect des obligations en vertu de traités de divers États. La Convention de la femme a créé le Comité sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) afin de veiller à ce que les lois, les politiques et les pratiques des États respectent la Convention de la femme. De la même façon, le Pacte politique a établi le Comité des droits de l'homme (CDH), le Pacte économique a créé le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC) et la Convention de l'enfant a mis sur pied le Comité des droits de l'enfant (CDE).

Ces comités, qui se rencontrent une à trois fois par année, évaluent les rapports des États membres; ils vérifient ce que les États font pour que leurs lois, leurs politiques et leurs pratiques respectent les obligations en vertu des traités en application. Après l'examen des rapports avec les représentants des États et les discussions, les comités émettent des conclusions finales dans le but de guider les pays afin qu'ils s'acquittent de leurs obligations.

Les comités ont également élaboré des observations ou recommandations générales utiles sur des articles précis qui expliquent le contenu et la signification de droits spécifiques. Là où les comités peuvent entendre des plaintes d'individus ou de groupes provenant de pays consentants (CDH, CEDEF) ou mener des enquêtes à propos d'allégations de violations des droits dans les États consentants (CEDEF), les opinions qu'ils formulent ajoutent également au contenu et à la signification des droits en montrant dans quelles circonstances un droit ou un ensemble de droits s'appliquent.

Plusieurs des organismes créés en vertu de traités, y compris le CEDEF,<sup>22</sup> le CDH<sup>23</sup>, le CDESC<sup>24</sup> et le CDE<sup>25</sup>, ont clairement indiqué, dans leurs conclusions finales, que la polygynie va à l'encontre des droits énoncés dans leurs traités respectifs. De plus, le CEDEF et le CDH en ont condamné la pratique dans leurs observations et leurs recommandations générales. Dans son observation générale n° 28 sur l'égalité des droits entre hommes et femmes, le CDH a déclaré :

Il convient de noter que la polygamie est incompatible avec l'égalité de traitement en ce qui concerne le droit de se marier. La polygamie est attentatoire à la dignité de la femme. Elle constitue, en outre, une inadmissible discrimination à son égard. Elle doit être, en conséquence, définitivement abolie là où elle existe<sup>26</sup>.

Pour faire écho à cette déclaration sur le fait que la polygynie contrevient à l'égalité et à la dignité de la femme dans le mariage, le CEDEF a noté, dans sa recommandation générale n° 21 sur l'égalité dans le mariage et les rapports familiaux, que :

La polygamie est contraire à l'égalité des sexes et peut avoir de si graves conséquences affectives et financières pour la femme et les personnes à sa charge qu'il faudrait décourager et même interdire cette forme de mariage. Il est inquiétant de constater que certains États parties, dont la Constitution garantit pourtant l'égalité des droits des deux sexes, autorisent la polygamie, soit par conviction, soit pour respecter la tradition portant ainsi atteinte aux droits constitutionnels des femmes et en infraction à la disposition 5(a) de la Convention<sup>27</sup>.

Alors qu'il existe un consensus de plus en plus important relativement au fait que la polygynie porte atteinte au droit des femmes d'être protégées contre toute forme de discrimination, l'idée de l'interdiction immédiate de la pratique est moins populaire; en effet, on craint les effets nuisibles qu'une telle interdiction pourrait avoir sur les mariages polygynes déjà existants, sur les unions qui pourraient avoir contribué à sortir des femmes de la pauvreté et, dans une moindre mesure, sur les enfants issus de ces mariages.

Ce rapport tentera de faire la preuve que ces inquiétudes transitionnelles peuvent être éliminées par des mesures législatives de droit familial qui prévoient des pensions alimentaires pour enfants obligatoires et la possibilité de recourir à des mesures de redressement fondées sur une relation peu importe qu'il s'agisse d'un mariage reconnu légalement. Dans la création du consensus en regard de l'interdiction de la polygynie, il est important de tenir compte de la place des femmes dans chaque contexte et de reconnaître l'importance que la religion et la culture peuvent avoir dans leur vie. Comme pour bon nombre de pratiques culturelles et religieuses qui portent préjudices aux femmes, les moyens choisis pour abolir la polygynie, s'ils sont mis de l'avant, doivent tenir compte du milieu de vie des femmes. Cependant, il est important de garder en tête que le manque de consensus relativement aux moyens optimaux de contrer la polygynie n'élimine en rien le fait que de plus en plus de gens s'accordent pour dire que la polygynie est une forme de discrimination et donc qu'elle constitue une violation du droit international.

## **II. DANGERS DE LA POLYGYNIE**

Les pratiques de la polygynie varient selon le contexte religieux, coutumier, culturel et socio-économique<sup>28</sup>; les dangers associés à la pratique varient donc selon ces contextes. Alors que certains de ces dangers sont transculturels (par exemple, la pression économique associée aux familles polygynes), d'autres sont restreints à des contextes précis. La partie II de ce rapport ne prétend pas faire le tour de la question ni aborder les réalités propres à toutes les unions polygynes, mais plutôt donner une idée de certains des dangers associés à la pratique de la polygynie.

Lorsque l'on parle des dangers souvent associés à la polygynie, il est important de noter que certains spécialistes universitaires se sont demandés si la pratique nuisait de façon inhérente aux femmes et aux enfants ou si les dangers généralement associés à la polygynie étaient simplement dus à un contexte social patriarcal. Christina Murray et Felicity Kaganas ont cherché à savoir si les inégalités structurelles pouvaient seulement se résoudre à l'intérieur d'un couple de deux personnes<sup>29</sup>. Plus précisément, elles ont soutenu le fait qu'il n'allait pas de soi qu'une relation symétrique puisse être l'unique théâtre de l'égalité conjugale. Pour Kaganas et Murray, le fait qu'un homme puisse être en mesure de changer de façon unilatérale la composition d'une famille peut être résolu par des exigences en matière de permission conjugale<sup>30</sup>. Elles soutiennent que les problèmes qui concernent la possibilité pour les épouses de donner leur consentement (ou de refuser de le faire) à d'autres mariages sont davantage dus au contexte social patriarcal de la polygynie qu'à la pratique même. Les stéréotypes sexuels, la domination du mâle et la femme considérée comme un bien, selon elles, ne sont pas des concepts qui se limitent à la polygynie, pas plus qu'ils n'y sont inhérents<sup>31</sup>.

Bien que Kaganas et Murray aient raison de dire que les stéréotypes sexuels à l'égard de la femme ne se limitent pas au contexte de la polygynie, elles semblent sous-estimer le degré auquel l'asymétrie inhérente à la polygynie contribue à perpétuer l'idée de ces stéréotypes. La femme, dans un contexte polygyne, occupe souvent le rôle de reproduction et de services. En raison de l'existence de tels stéréotypes et de l'inégalité structurelle qui en résulte, la femme ne peut jamais vraiment être l'égal de l'homme dans les unions polygynes.

### **A. LA POLYGYNIE COMME FORME DE PATRIARCAT**

Bien que la polygynie, telle qu'elle est actuellement pratiquée, perpétue et renforce souvent la structure patriarcale au sein de la famille, ses origines anthropologiques et religieuses, dans certains contextes, révèlent qu'elle a été créée pour remplir des fonctions de protection ou de soutien à l'endroit des femmes et de la famille. Par exemple, on croyait, et certains croient toujours, dans les sociétés pauvres, que la polygynie constituait une protection pour les femmes pauvres. En 1950, une Mission en visite sur les territoires sous tutelle de l'Afrique de l'Ouest appartenant à la Grande-Bretagne a permis de constater que la polygynie était une forme de sécurité sociale pour les femmes étant donné les conditions économiques de ce temps<sup>32</sup>. De façon

similaire, selon la loi talmudique, l'homme avait la responsabilité de la protection de la femme de son frère si celui-ci venait à mourir. Cependant, des analystes modernes ont remarqué que la pratique du *yibum* (le mariage d'une veuve au frère de son défunt mari) était le produit d'une société patriarcale et polygyne dans laquelle la continuité de la dynastie du mâle était primordiale<sup>33</sup>. De nos jours, le *yibum* est interdit par le grand rabbin de *Herem DeYerushalayim*<sup>34</sup>.

La polygynie remplissait également une fonction de soutien lorsqu'un pourcentage important d'hommes étaient tués à la guerre. Par exemple, selon beaucoup d'interprétations réformistes de l'islam, la polygynie était inextricablement liée à la protection des orphelins et des veuves dans le contexte d'après-guerre. Le verset 3 de la sourate 4 du Coran se lit comme suit :

Et si vous craignez de n'être pas justes envers les orphelins... Il est permis d'épouser deux, trois ou quatre...<sup>35</sup>

Parvez, un leader réformiste spécialiste du Coran, a noté que les révélations concernant la polygynie sont apparues après la bataille d'Uhad dans laquelle a péri plus de dix pour cent de la population masculine musulmane, ce qui a laissé beaucoup de veuves et d'orphelins vulnérables<sup>36</sup>. Pour les mêmes raisons, la polygynie était occasionnellement pratiquée avec le consentement religieux protestant à la suite de la guerre de Trente Ans de 1648<sup>37</sup>. Au cours des dix ans qui ont suivi la guerre, en raison de la disparition d'un segment substantiel de la population masculine, les théologiens ont permis aux hommes de prendre une seconde épouse. En vertu des mêmes exigences que celles imposées par l'islam en regard du traitement juste des épouses, on éduquait les hommes à « adopter un comportement convenable, à fournir un approvisionnement adéquat aux deux épouses, [...] à éviter qu'il y ait du ressentiment entre elles<sup>38</sup> ».

À la différence de ces origines en lien avec la protection, la promotion de la polygynie dans les enseignements mormons provient de l'existence de stéréotypes patriarcaux. Dans sa révélation datant du 12 juillet 1843 qui a solidifié la place du pluralisme du mariage dans la théologie mormone jusque dans les années 1890, Joseph Smith note que :

En vertu de la « loi du ministère », un homme « ne peut commettre l'adultère avec celles qui sont en son unique possession. Et si, en vertu de cette loi, on lui fait cadeau de dix vierges, il ne peut être accusé de commettre l'adultère, car elles lui appartiennent... Si un homme a une épouse... et qu'il lui enseigne la loi de mon ministère, elle devra croire et appliquer ces règles, ou alors elle devra disparaître », a dit Dieu votre Seigneur<sup>39</sup>.

Comme Altman et Ginat l'ont indiqué, le stéréotype qui se cache derrière cette révélation et d'autres écrits datant de cette époque et selon lesquels les femmes sont des biens dépendants et obéissants devant rester à la maison et élever les enfants a contribué au succès de la polygynie. De plus, le fait que Smith ait attribué aux hommes, dans sa révélation, des besoins sexuels forts et « inépuisables », a également contribué à perpétuer la théologie des mariages multiples<sup>40</sup>.

Actuellement, la forme patriarcale est dominante dans bon nombre de contextes polygynes modernes. Ainsi, même si la pratique était originellement considérée, dans certains contextes, comme un moyen inoffensif de protection, elle revêt maintenant souvent des caractéristiques oppressives en encourageant et en renforçant la conception patriarcale de la vie de famille. Dans l'analyse de ce type de patriarcat, la définition de Janet Rifkin est un bon point de départ. Elle décrit le patriarcat comme :

toute organisation de groupe dans laquelle les hommes possèdent une puissance dominante et déterminent le rôle des femmes, qui est généralement restreint aux domaines du mystique et de l'esthétique et où elles sont exclues des sphères pratiques et politiques, ces dernières étant à part et donc exclusives<sup>41</sup>.

La polygynie tend à contribuer au succès de tels stéréotypes sexuels en donnant au mari le pouvoir de mettre fin à une union conjugale s'il considère qu'une des femmes ne répond pas adéquatement à ses besoins personnels et reproductifs.

Comme le révèle les écrits de Susan Okin sur le genre et la culture, beaucoup des pratiques traditionnelles qui portent préjudice aux femmes « comptent, parmi leurs objectifs premiers, le contrôle des femmes par les hommes<sup>42</sup> ». Okin présente des propos recueillis de maris polygynes pour appuyer l'affirmation selon laquelle la polygynie sert l'intérêt des hommes et constitue un moyen de contrôler les femmes. Voici ce qu'un immigrant français du Mali a déclaré dans une entrevue :

Si je n'ai qu'une seule épouse et qu'elle tombe malade, qui s'occupera de moi?... [U]ne seule épouse constitue une source de problèmes, alors que si elles sont plusieurs, elles se voient obligées d'être polies et de bien se conduire, car il est toujours possible de les menacer de prendre une autre épouse<sup>43</sup>.

Ainsi, même là où la polygynie n'est pas pratiquée, ce en quoi réside son potentiel, particulièrement dans les contextes où l'homme est le seul à pouvoir divorcer, peut être utilisé pour contrôler et restreindre la capacité des femmes à jouir de leurs droits dans le mariage<sup>44</sup>. C'est précisément sur ce point qu'a insisté la rapporteuse spéciale de l'ONU sur la violence contre les femmes, Radhika Coomaraswamy, dans son rapport de 2002 portant sur les pratiques culturelles dans la famille qui constituent des formes de violence contre les femmes. Soulignant la façon dont les normes coutumières ou culturelles peuvent contribuer à une grave inégalité dans le mariage, elle note que « le mari peut user de diverses... formes de menace ou de violence pour s'assurer la soumission de sa femme. Il peut par exemple la menacer de prendre une autre épouse...<sup>45</sup> ».

Bien que ce modèle de patriarcat oppressif ne soit pas représentatif de tous les contextes polygynes, cela souligne néanmoins l'importance du fait que la capacité d'un mari à prendre de nouvelles épouses peut également être utilisée pour rabaisser et contrôler les femmes de son foyer. En ce sens, la polygynie renforce les structures de puissance de la famille patriarcale où les épouses sont forcées d'occuper principalement des rôles primaires de reproduction ou de services. Lorsqu'elle restreint la femme à occuper de tels rôles, la polygynie est pratiquée en

vertu de la croyance de la supériorité des hommes et de l'infériorité des femmes. Ainsi, elle restreint l'autonomie de la femme au sein de la famille et souvent, elle peut littéralement saper toute liberté d'action dans ce que Rifkin appelle les « sphères pratiques et politiques ».

Comme il a ratifié la Convention de la femme, le Canada a l'obligation d'assurer la protection des droits de la personne des femmes dans le domaine du « privé », et donc de reconnaître le lien entre la subordination privée et l'incapacité pour une personne d'exercer pleinement ses droits en public.

L'article 3 de la Convention, qui exige des États parties qu'ils prennent :

toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives en vue de leur [les femmes] garantir l'exercice et la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur la base de l'égalité avec les hommes,

exige du Canada qu'il adopte, lorsque nécessaire, et plus important encore qu'il applique des dispositions législatives dans le but de protéger les femmes et les enfants des violations des droits de la personne liées à la polygynie. En outre, l'article 5 indique qu'il incombe aux États parties de prendre toutes les mesures appropriées afin de :

(a) Modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes.

Comme le soutient Sandra Fredman, les articles 3 et 5 de la Convention de la femme appellent non seulement à l'égalité formelle (ou le traitement des autres comme étant semblables) ou à l'égalité de la possibilité, mais également à l'« égalité en tant que transformation<sup>46</sup> ». En tenant compte des genres plutôt que de viser un monde où le genre n'a pas d'incidence, l'égalité en tant que transformation :

exige un démantèlement du monde constitué du parallélisme privé-public et la reconstruction d'un monde public... afin de faciliter la pleine expression des capacités et des choix de la femme et son entière participation au sein de la société<sup>47</sup>.

Là où les pratiques patriarcales comme la polygynie sont légales ou autorisées de fait en raison d'un manque de réglementation, la capacité des femmes à jouer un rôle librement et entièrement au sein de la société est minée. L'importance de traiter ces causes sous-jacentes de l'inégalité est formulée dans la recommandation générale n° 25 du CEDEF :

La condition féminine ne pourra s'améliorer tant que les causes sous-jacentes de la discrimination et de l'inégalité de traitement ne seront pas éliminées. Il faut envisager la vie des femmes et des hommes dans leur contexte et adopter des mesures susceptibles de favoriser une réelle mutation des perspectives d'avenir, des institutions et des systèmes pour que les femmes puissent se libérer des paradigmes masculins du pouvoir et des modes de vie historiquement déterminés<sup>48</sup>.

À cette fin, il est essentiel que les structures familiales discriminatoires soient éliminées. Parce que les contextes familiaux, culturels, religieux et sociaux dans lesquels vivent les femmes sont essentiels à l'établissement de leur identité et donc à leur habileté à participer à la vie économique, sociale et politique, les pratiques patriarcales telle la polygynie doivent impérativement être abolies.

## **B. DANGER DE LA NON-EXCLUSIVITÉ**

De par le principe fondamental qui la régit, la polygynie ébranle le principe d'exclusivité qui renforce les liens conjugaux et familiaux. Plus spécialement, la polygynie rejette la notion d'intimité sexuelle exclusive du couple et l'occasion de construire une vie à deux. En outre, elle empêche le partage égal du matériel et de l'attention émotionnelle; elle exclut la possibilité de créer une relation unique avec un partenaire en raison de la perspective qu'un autre parti s'ajoute à l'union conjugale et interrompe la relation.

Il est frappant d'observer ce type d'interruption conjugale dans tous les contextes polygynes, mais particulièrement dans ceux où les femmes subséquentes habitent avec le mari et sa première femme; le fait d'exiger de celle-ci qu'elle accepte les femmes subséquentes dans sa demeure constitue l'interruption la plus explicite et la plus néfaste à une relation conjugale. Comme l'a indiqué la High Court of India d'Allahabad dans l'affaire *Itwari c. Asghari*<sup>49</sup>, le fait d'inclure la seconde femme dans la demeure habitée par le couple d'origine constitue souvent :

[une] grave insulte à l'endroit de la première femme... [et] si elle est contrainte de vivre avec son mari dans ces circonstances, cela risque de miner son moral et sa santé<sup>50</sup>.

Le fait de devoir partager l'attention sexuelle, matérielle et émotionnelle de leur mari avec d'autres épouses, parfois à l'intérieur de la même demeure, prive donc les femmes d'une relation exclusive avec lui.

Bien que bon nombre de mariages « monogames » ne respectent pas la norme d'exclusivité, cette caractéristique demeure une valeur importante au sein d'une union. C'est cette valeur d'intimité exclusive, combinée aux dangers de la polygynie, qui constitue la principale différence entre la polygynie et l'union de conjoints de même sexe. Dans une récente décision de l'État de New York, à laquelle fait allusion le juge Ling-Cohan dans l'affaire *Hernandez et al. c. Robles*<sup>51</sup>, où il a été établi que l'interdiction de l'union de conjoints de même sexe allait à l'encontre de la Constitution de l'État, la nature intime du mariage semble être liée à la symétrie entre les partis. Dans sa décision, le juge Ling-Cohan note :

[Traduction]

Notre société reconnaît que la décision, à savoir quand et avec qui se marier, est propre à transformer une vie. Le mariage est l'expression unique d'un lien privé et de l'amour profond au sein d'un couple, et le rêve d'une vie pour beaucoup d'entre nous. Il constitue également la promesse publique d'engagement vis-à-vis d'une autre personne la plus importante, et ce, pour la vie<sup>52</sup>.

Ainsi, bien que la « polygynie en série » existe *de facto* dans bon nombre de cultures par le biais de l'adultère, du divorce et du remariage, les lois matrimoniales ne devraient pas la promouvoir de plein droit.

### **C. TORTS LIÉS À LA COMPÉTITION ENTRE LES ÉPOUSES D'UN MÊME MARI**

L'interruption d'une relation émotionnelle et matérielle exclusive est souvent exacerbée par la compétition qui naît entre les épouses d'un même mari. L'examen de la documentation anthropologique permet de savoir que la jalousie, la tension, la pression et la compétitivité sont courantes entre les épouses multiples<sup>53</sup>. Bien qu'il y ait bon nombre d'exemples de coopération entre épouses, on insiste, dans la majorité des comptes rendus, sur les sentiments négatifs existants entre les épouses de familles polygynes<sup>54</sup>. Cependant, la coopération existe dans les familles polygynes des Masai d'Afrique, où les épouses ont parfois des relations profondes et de soutien<sup>55</sup>. En outre, chez les Mende d'Afrique, la première épouse peut s'occuper d'une épouse plus jeune d'une manière presque maternelle. Les unions polygynes d'autres contextes culturels peuvent également être caractérisées à la fois par la collaboration et la compétition. Par exemple, chez les Kung, en Afrique, les épouses peuvent cuisiner ensemble ou à tour de rôle, partager un feu ou un abri et même allaiter les enfants d'une autre; des conflits peuvent toutefois éclater dans d'autres aspects de la vie quotidienne, dont l'accès au mari et la distribution des ressources<sup>56</sup>.

L'étude de la polygynie dans le contexte ouest-africain menée par Sangeetha Madhayan révèle que les épouses d'un mariage multiple peuvent collaborer autant qu'elles peuvent se dresser l'une contre l'autre<sup>57</sup>. Même si Madhayan reconnaît que ce que l'on sait sur la polygynie permet de croire qu'elle porte préjudice aux femmes, spécialement en raison de la compétition malsaine, elle a raison de souligner l'importance d'examiner le contexte socio-culturel dans lequel évoluent les relations entre les épouses<sup>58</sup>.

Ainsi, la coopération entre épouses existe dans certains contextes culturels, et la distribution inégale de l'attention émotionnelle et matérielle du mari à ses épouses semble être une cause importante des relations de haine entre celles-ci. Même si les épouses s'attendent à ce que le traitement soit le même pour toutes, les inégalités de fait peuvent néanmoins miner leur santé émotionnelle. Chez les Bédouins d'Israël, par exemple, la réalité sociale prévoit que le mari partage de manière égale son temps, les ressources matérielles et les relations sexuelles avec chacune de ses épouses. Cependant, dans la pratique, les maris favorisent une épouse aux dépens d'une autre, particulièrement au début de la période qui suit un nouveau mariage<sup>59</sup>. Ainsi, une enquête effectuée auprès des femmes Yoruba habitant au sud-ouest du Nigeria et du Bénin a permis de constater que le favoritisme des maris constituait une source importante de mécontentement parmi les épouses<sup>60</sup>. Le mauvais traitement, tel que perçu par les femmes vivant dans des pays développés, est souvent remarqué en ce qui a trait aux questions économiques et matérielles et dans l'attitude quant aux enfants. Cependant, chez les mormons fondamentalistes, la perception du traitement injuste est souvent liée à des facteurs à la fois pratiques et socio-émotionnels<sup>61</sup>.

## **D. TORTS RELATIFS À LA SANTÉ MENTALE ASSOCIÉS À LA POLYGYNIE**

La polygynie a longtemps été associée au stress familial et à la maladie mentale chez les femmes<sup>62</sup>. Tel que mentionné plus haut, la pratique de la polygynie peut mener à de la jalousie entre les épouses, à de la compétition ainsi qu'à la distribution inégale des ressources domestiques — des facteurs qui contribuent à créer de l'acrimonie entre les épouses et entre les enfants de chacune d'elles<sup>63</sup>. On croit que ces facteurs expliquent la prévalence plus élevée des troubles mentaux chez les femmes de familles polygynes que chez les femmes de mariages monogames ou dans la population en général<sup>64</sup>. En général, les personnes de mariages polygynes traitées en psychiatrie souffrent plus souvent de troubles dépressifs, de troubles de somatisation et d'états anxieux<sup>65</sup>.

Selon les résultats d'une étude effectuée sur les femmes bédouines arabes qui ont été traitées dans un service de consultation externe en psychiatrie, les femmes évoluant dans un mariage polygyne éprouvaient, en général, un plus grand désespoir que leurs vis-à-vis monogames<sup>66</sup>, et 58,4 % d'entre elles disaient avoir une faible estime d'elle-même, comparé à 7,7 % des femmes monogames<sup>67</sup>. De plus, les premières étaient plus nombreuses que leurs vis-à-vis à déclarer entretenir une relation médiocre avec leur mari, souvent parce qu'elles étaient négligées sur le plan physique, émotionnel, sexuel et matériel<sup>68</sup>. Finalement, 12,8 % des femmes monogames disaient éprouver un sentiment de solitude, contre 64,1 % des femmes évoluant dans un mariage polygyne.

Ce qui est d'une importance primordiale pour ce qui est des conclusions quant aux sentiments de faible estime de soi et de solitude sont les motifs, selon les femmes vivant dans un contexte polygyne, qui expliquent le second mariage de leur mari. Voici les quatre raisons qui étaient proposées :

- 1) un mariage d'échange (deux hommes marient la sœur de l'autre),
- 2) le nombre de filles auxquelles a donné naissance la première femme,
- 3) l'âge de la première femme (lorsqu'elle est considérée comme trop « âgée »), et
- 4) d'autres facteurs, y compris les cas où les maris sont persuadés d'épouser une femme par sa famille élargie<sup>69</sup>.

De celles qui avaient une faible estime d'elle-même, 71 % ont déclaré que le nombre de filles auxquelles elles avaient donné naissance était la raison d'un autre mariage de leur mari. La totalité des sujets ayant admis que leur âge était la raison du remariage de leur mari disaient éprouver une faible estime d'elle-même<sup>70</sup>. Étant donné la préférence sociale, chez les Bédouins arabes et d'autres peuples, pour des épouses jeunes et un nombre élevé de fils, le statut social et l'estime de la femme sont doublement atteints si le mari décide de se remarier<sup>71</sup>. Il est significatif de constater que tous les sujets polygynes, indépendamment de la raison du remariage du mari,

ont déclaré souffrir de troubles somatiques (symptômes physiques), ce qui est une façon culturellement acceptable, chez les Bédouins arabes, d'exprimer des difficultés émotionnelles<sup>72</sup>.

Chez les Bountiful, dans le contexte des mormons fondamentalistes de la Colombie-Britannique, les rapports indiquent un tort émotionnel et lié à l'identité similaire parmi les femmes évoluant dans un contexte polygyne. Dans un des rapports, un conseiller qui avait travaillé avec des anciens membres de la communauté a noté que les individus démontraient une faible identité personnelle<sup>73</sup>. S'ils connaissaient leurs rôles sociaux, ils étaient souvent incapables de répondre aux questions relatives à leur propre identité. En fait, selon eux, leur valeur aux yeux du groupe n'était pas intrinsèque, mais fondée sur leur rôle social et les relations qu'ils entretenaient avec les hommes puissants de la communauté<sup>74</sup>.

## **E. TORTS À LA SANTÉ GÉNÉSIQUE ET SEXUELLE**

En plus des torts relatifs à santé mentale associés à la pratique, la polygynie peut causer des torts à la santé génésique et sexuelle. Dans sa recommandation générale n° 24 sur les femmes et la santé, le CEDEF note que :

...Dans de nombreux pays, cette catégorie de population n'a pas suffisamment accès à l'information et aux services nécessaires pour exercer ces droits [des femmes et des adolescentes à l'hygiène sexuelle]. Compte tenu des rapports de force inégaux fondés sur le sexe, les femmes et les adolescentes sont souvent dans l'incapacité de refuser les rapports sexuels ou d'imposer des pratiques sexuelles responsables et sans risque. Les pratiques traditionnelles préjudiciables telles... la polygamie... augmentent le risque pour les adolescentes et les femmes de contracter le VIH/sida et autres maladies sexuellement transmissibles<sup>75</sup>.

L'inquiétude à propos de la polygynie et de la transmission du VIH/sida a été au cœur des débats juridiques en Ouganda, où la croyance selon laquelle tous les mariages musulmans sont régis par la shari'a et peuvent donc être polygyne est répandue. À l'intérieur de ce système, les épouses ne possèdent aucune capacité juridique pour empêcher leur mari de prendre une deuxième femme<sup>76</sup>, ce qui est particulièrement alarmant étant donné le taux élevé d'infections au VIH/sida en Ouganda, au Kenya et dans d'autres nations africaines<sup>77</sup>.

En Afrique, les relations sexuelles entre hétérosexuels constituent le vecteur de transmission du VIH/sida le plus commun<sup>78</sup>. Donc, les hommes qui ont plus d'une partenaire sexuelle, y compris leurs épouses, voient leur propre risque de contracter une infection ainsi que celui de leurs épouses augmenter. Le risque de transmission dans les milieux polygyne est augmenté par le fait qu'aucun des maris, pas plus que leurs femmes du moment, ne peuvent vérifier la séropositivité de la prochaine épouse ni garantir leur fidélité durant le mariage, surtout lorsque le mari visite ses autres femmes<sup>79</sup>. Bien que les relations sexuelles extra-conjugales soient socialement désapprouvées dans la majorité des sociétés africaines, les épouses sont nombreuses à y avoir recours pour compenser le manque d'attention de leur mari<sup>80</sup>.

Advenant le cas où des épouses transmettent des maladies à leur mari ou l'inverse, les autres épouses, qui ne peuvent refuser les avances sexuelles de leur mari, sont également à risque<sup>81</sup>.

Étant donné la répugnance de beaucoup d'Africains à utiliser le condom pendant les rapports, surtout avec leurs épouses, ainsi que l'incapacité de ces dernières à insister sur son utilisation, le risque de transmission pendant le mariage se voit intensifié<sup>82</sup>. C'est pour ces raisons qu'un spécialiste a qualifié la légalité de la polygynie « d'autorisation officielle pour les hommes de transmettre le sida à leurs épouses<sup>83</sup> ».

En réponse aux inquiétudes soulevées, le gouvernement ougandais a proposé de limiter la polygynie à deux épouses, à condition que la première femme soit infertile et consentante au deuxième mariage<sup>84</sup>. À la suite de cette proposition, il y a eu une protestation considérable de la part d'un segment de la population musulmane, qui affirmait que la polygynie faisait partie de la liberté religieuse<sup>85</sup>. Aussi récemment qu'en mars 2005, des centaines d'hommes musulmans ont protesté dans les rues de la capitale du pays; ils s'opposaient à la loi proposée qui, selon eux, restreint leur droit de se marier plus d'une fois<sup>86</sup>. Un des protestants, insistant sur le fait que la polygynie était une affaire de religion et qu'on ne devait pas empêcher la population de la pratiquer, a déclaré : « La loi musulmane existe depuis qu'Allah l'a transmise au prophète Mohammed. Elle ne peut être modifiée maintenant<sup>87</sup> ».

Dans la Déclaration d'engagement sur le VIH/sida élaborée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2001, un des objectifs est que d'ici à 2005, il faut veiller à :

l'élaboration et à l'application accélérée de stratégies nationales visant à renforcer le pouvoir d'action des femmes, à promouvoir et protéger la pleine jouissance de tous leurs droits fondamentaux et à réduire leur vulnérabilité quant au VIH/sida, par l'élimination de toutes les formes de discrimination et de toutes les formes de violence contre les femmes et les filles, y compris les pratiques traditionnelles et coutumières néfastes...<sup>88</sup>.

En dépit de cette Déclaration, des pratiques comme la polygynie sont toujours légales dans diverses parties du monde. Il est fondamental que les femmes aient la capacité d'exercer un contrôle sur leur vie sexuelle, spécialement dans le mariage, pour limiter la propagation actuelle du VIH/sida et d'autres infections. Il sera impossible d'y arriver là où la polygynie légale ou de fait est autorisée.

Au Canada, la polygynie telle que pratiquée par les mormons fondamentalistes peut représenter d'autres dangers pour la santé génésique et sexuelle des femmes. En particulier, l'enseignement religieux de la « Loi de la chasteté », principe selon lequel la reproduction est essentielle au mariage et que l'activité sexuelle doit avoir pour unique but la procréation, prive les femmes d'un choix reproductif en ce qui a trait à la procréation<sup>89</sup>. Si, pour beaucoup de femmes de tous âges, la grossesse peut présenter des risques physiologiques, ces risques sont beaucoup plus élevés pour les filles Bountiful polygynes; certaines ont déclaré avoir contracté une union dès l'âge de quatorze ou quinze ans<sup>90</sup>. Pour elles, en raison de leur âge et de leur période de développement, le risque d'avoir une grossesse à risque est plus élevé, ce qui peut mener à l'invalidité et à la mort.

Dans ses conclusions finales de 1997 portant sur le Canada, le CEDEF a noté que l'une de ses principales préoccupations concernait « l'augmentation du taux de conception chez les adolescentes, son impact négatif sur la santé et l'éducation ainsi que l'accroissement de la pauvreté et de la dépendance des jeunes femmes qui en résultaient<sup>91</sup> ». Bien que les conclusions du Comité s'appliquaient aux adolescentes en général, elles sont également pertinentes au contexte actuel de la polygynie chez les Bountiful.

## **F. TORTS ÉCONOMIQUES**

Si l'instabilité et la vulnérabilité économiques affectent également les femmes vivant au sein d'une union monogame ou polygyne, les torts économiques sont aggravés par la polygynie. Cependant, avant d'examiner le dénuement économique associé à la pratique, il est important de se demander si la polygynie, telle que pratiquée dans certains contextes, peut en fait contribuer à augmenter la richesse de la famille. Selon la théorie de la « polygynie favorisant la richesse » ou « famille polygyne composée d'épouses autonomes » (PCWA), avancée par certains spécialistes des sciences humaines dont D. R. White, l'autonomie résidentielle des épouses (un signe de leur autonomie financière) laisse supposer un modèle de polygynie dans lequel des épouses supplémentaires devraient faire augmenter la probabilité d'acquérir avec succès une autre épouse<sup>92</sup>. Selon White, cela se produirait, car chaque épouse supplémentaire augmenterait la richesse de la famille, facilitant par le fait même l'acquisition de plus d'épouses.

Cependant, la récente étude interculturelle de Bretschneider n'appuie pas cette supposition. Les résultats qu'il a obtenus montrent que le lien entre la contribution d'une femme à la subsistance et la polygynie est indirect seulement et a donc peu de signification<sup>93</sup>. Bretschneider en conclut que les cycles d'évolution de la famille spécifiques à la culture et l'attitude vis-à-vis de la compétition par opposition à la coopération constituent une explication plus appropriée de la raison pour laquelle certains hommes polygyes réussissent à avoir plus de femmes que d'autres<sup>94</sup>.

Peu de gens approuvent l'idée selon laquelle la polygynie peut faire augmenter la richesse d'une famille dans certains contextes; cependant, il existe beaucoup de documentation dans différentes cultures concernant le fait que la polygynie, surtout lorsqu'elle est pratiquée selon le paradigme du « mâle à la tête du foyer », entraîne souvent le dénuement économique<sup>95</sup>. Les facteurs qui contribuent généralement à la féminisation de la pauvreté — à savoir que le travail domestique des femmes n'est souvent pas rémunéré et qu'en moyenne, elles ont moins d'éducation et ont donc seulement accès à un salaire peu élevé — sont particulièrement aggravés par la polygynie combinée au patriarcat. La sous-estimation économique du travail des femmes cause souvent une tension économique inévitable au sein des familles polygyes, où souvent le salaire du mari constitue le seul revenu disponible pour subvenir aux besoins de plusieurs femmes et de beaucoup d'enfants.

Par exemple, au sein des communautés polygyes des mormons fondamentalistes des États-Unis, il existe des preuves qui confirment les difficultés financières de certaines familles. Lillian

Bowles, une femme qui a déjà été en union polygyne, a parlé de la difficulté à trouver et même d'avoir les moyens de se procurer une habitation où pourraient habiter trois ou quatre épouses et plus d'une douzaine d'enfants<sup>96</sup>. Bien que parmi les communautés des mormons fondamentalistes des États-Unis, plusieurs clans polygyne importants possèdent des ressources financières importantes, les femmes, elles, n'ont pas d'accès indépendant à ces acquis. De plus, bon nombre de familles polygyne ne reçoivent pas de soins de santé appropriés et ne mangent pas suffisamment malgré le fait qu'elles reçoivent des montants importants de l'aide sociale<sup>97</sup>. Dans la communauté polygyne des Bountiful, en Colombie-Britannique, les chefs ont avoué que la majorité des personnes de leur communauté étaient pauvres, et qu'une vingtaine de « mères monoparentales » (les « épouses célestes » des maris polygyne), considérées comme aide-éducatrices, recevaient un soutien financier qui provenait du montant affecté à l'éducation<sup>98</sup>. Les médias rapportent que la communauté fait en sorte que l'école se termine à la dixième année, ce qui a des conséquences sur le niveau de scolarité de la population et donc sur son potentiel de gains<sup>99</sup>.

Selon beaucoup de spécialistes, le tort économique causé par la polygynie constitue, avec la tendance grandissante à la reconnaissance de l'égalité entre les genres, l'un des facteurs principaux de la restriction de la pratique à l'échelle internationale<sup>100</sup>. Les études des entrevues réalisées avec des Bédouins arabes indiquent que les femmes vivant dans des unions polygyne déclarent avoir plus de problèmes financiers que leurs vis-à-vis monogames; l'une des études conclut même que « la polygynie a des conséquences économiques néfastes<sup>101</sup> ». L'attitude de femmes ougandaises en regard de la polygynie illustre une expérience commune du dénuement économique. Au début des années 1990, le gouvernement ougandais a sollicité la participation des citoyens dans le processus d'élaboration de la Constitution de 1995<sup>102</sup>. En collaboration avec des ONG impliquées dans la lutte des femmes et des organismes gouvernementaux, le Ministry of Women in Development a organisé plusieurs colloques. Il a affirmé que :

Selon la majorité des femmes ayant participé aux colloques portant sur la Constitution, un homme devrait avoir une seule épouse... Les femmes ont indiqué qu'il y avait beaucoup de souffrance au sein des familles polygyne, car le mari ne peut aimer également ses épouses, et bien souvent, il ne peut fournir le soutien financier nécessaire à ses épouses et ses nombreux enfants. Les femmes se retrouvent donc avec un terrible fardeau à porter...<sup>103</sup>

Ce type de tension économique constitue l'une des raisons principales de la baisse de l'incidence de la pratique dans la région de la Corne de l'Afrique où, bien que la polygynie soit autorisée pour tous les musulmans, peu d'hommes la pratiquent, car ils ne peuvent se le permettre<sup>104</sup>. En outre, les torts économiques de la polygynie sont maintenant très graves; en effet, l'urbanisation croissante n'offre pas l'espace nécessaire pour permettre à des familles multiples de s'établir<sup>105</sup>.

Dans le climat économique tendu qui règne dans les familles, certaines femmes, selon le contexte culturel ou social, sont plus vulnérables que d'autres. Par exemple, chez les Bédouins arabes comme dans d'autres cultures arabes, la deuxième épouse et celles qui la suivent sont souvent favorisées financièrement, et elles reçoivent davantage d'attention et de soutien. Cela s'explique en partie par le fait que les premiers mariages sont souvent arrangés et consanguins (deux

personnes de même sang ou parentes) ou constituent des échanges (deux hommes qui marient la sœur de l'autre)<sup>106</sup>. D'un autre côté, il se peut que les mariages subséquents soient davantage des mariages d'amour en raison de l'indépendance financière du mari et du fait qu'il puisse choisir son épouse<sup>107</sup>. Cela contraste avec la réalité vécue chez les mormons fondamentalistes et celle de certains milieux islamiques, où les premières épouses occupent un rôle plus important que celui des autres épouses dans le contrôle et la distribution des ressources familiales. Les premières épouses, plus âgées, conservent souvent le contrôle premier des ressources familiales de la famille polygyne, surtout lorsque les femmes subséquentes sont très jeunes. Ainsi, si, dans certains contextes, les premières épouses sont reléguées au deuxième rang, dans d'autres, leur séniorité leur permet d'exercer un contrôle sur les épouses subséquentes<sup>108</sup>. Si, en plus, la première épouse possède une propriété et qu'elle est parente avec son mari, elle a plus de chances de garder son statut important et d'être respectée au sein de la famille élargie<sup>109</sup>.

## G. TORTS À LA JOUISSANCE DE LA CITOYENNETÉ

En plus de causer des torts économiques, la polygynie, telle que pratiquée dans bon nombre de contextes, nuit également à la capacité des femmes de jouir de leur citoyenneté<sup>110</sup>. Dans cette optique, les pratiques familiales qui ne respectent pas l'égalité des femmes ne se limitent pas au domaine du « privé ». L'inégalité domestique, comme l'a écrit Courtney Howland, contribue à la répression de valeurs politiques fondamentales comme la liberté d'expression, la liberté de réunion et d'association, le droit à la liberté de pensée, de croyance et d'opinion, et même le droit de vote<sup>111</sup>. En ce sens, les torts « privés » subis par les femmes et les filles ne peuvent être distincts des droits publics que les instruments juridiques internationaux tel le Pacte politique sont censés protéger. Dans le préambule de la Convention de la femme, on reconnaît que la discrimination à l'égard des femmes, dans tout contexte,

entrave la participation des femmes, dans les mêmes conditions que les hommes, à la vie politique, sociale, économique et culturelle de leur pays...

Malgré la déconstruction de la dichotomie public-privé, les autorités religieuses fondamentalistes des Bountiful de la Colombie-Britannique ont déclaré que, selon eux, la liberté de religion était menacée, et que la question des droits de la femme au sein de la famille ne relevait que du domaine religieux « privé »; ils ont ajouté qu'ils étaient heureux que la *Charte canadienne des droits et libertés* soit en mesure de protéger leur mode de vie polygyne basé sur la religion<sup>112</sup>. Une telle interprétation équivaut à ne pas reconnaître la différence entre la liberté *de* religion et la liberté *de respecter* une religion. La compartimentation du paradigme public-privé fait en sorte que les individus de certaines communautés religieuses *acceptent* de vivre selon une doctrine religieuse qui les prive de leurs droits fondamentaux.

Cependant, les individus vulnérables, particulièrement les femmes et les enfants, peuvent très bien être soumis à des contraintes qui ne leur laissent aucun choix quant au *respect* d'une religion.

En ce sens, comme le note Howland, les droits compris dans les articles politiques du Pacte politique prévoient que les citoyens ont la capacité de participer de façon utile à la démocratie. Les inégalités systémiques renforcées par les pratiques familiales patriarcales comme la polygynie entravent la capacité des femmes à exercer leur citoyenneté au sein de l'administration politique en les privant de leur pleine personnalité « intellectuelle, sociale, politique et morale<sup>113</sup> ». Lorsqu'en vertu de la religion ou de la culture, la polygynie est régie par des règles d'obéissance qui forcent les femmes à se soumettre à l'autorité de leur mari, les femmes sont souvent dans l'incapacité d'exprimer ou même de déterminer leurs propres intérêts sociaux et économiques. Chez les Bountiful de la Colombie-Britannique, les règles d'obéissance sont inculquées très tôt aux filles. À titre d'exemple, la devise de la communauté, « rester gentils », est inscrite à l'entrée de l'école : il est interdit aux enfants de s'élever contre ce qui est dit dans les cours d'enseignement religieux<sup>114</sup>. Cela va jusqu'au contrôle du prêtre sur pratiquement tous les aspects de la vie des femmes, y compris le choix de leur mari<sup>115</sup>.

De plus, les codes de modestie qui exigent la « modestie féminine » dans la façon de se comporter et de se vêtir renforce également l'infériorité de la femme à la fois dans les domaines du privé et du public<sup>116</sup>. Par exemple, chez les Bountiful de la Colombie-Britannique, les hommes contrôlent à la fois l'habillement des femmes, qui se compose habituellement de robes longues et amples, et celui des garçons, qui doivent porter des gilets à manches longues<sup>117</sup>. Dans l'analyse de cet aspect de la subordination existant dans le contexte polygyne, il est important de spécifier que ces codes ne visent pas seulement à interdire la liberté de choix quant à l'apparence ou au comportement, mais également à construire une norme féminine idéalement non sexuelle (au moins dans les établissements publics). Le fait de restreindre le débat sur de telles pratiques et modes de pensée en les considérant comme étant du domaine du « privé » équivaut à sous-estimer le degré auquel ces inégalités privées empiètent sur les droits de la citoyenneté, et particulièrement sur les droits politiques fondamentaux. Comme le soutient Howland, le Pacte politique exige des États parties qu'ils « assurent que les droits politiques des femmes soient à l'abri des interférences systémiques privées<sup>118</sup> ».

## **H. TORTS AUX ENFANTS DES UNIONS POLYGYNES**

En plus des torts causés aux femmes associés à la polygynie, les études indiquent que les adolescents issus de familles polygyines ont un plus faible statut socio-économique, un niveau de scolarité plus bas et peu d'estime d'eux-mêmes, et qu'ils déclarent davantage que leur famille est dysfonctionnelle que les adolescents vivant dans une famille monogame<sup>119</sup>. Dans le cadre d'une étude effectuée par Varghese Cherian, on a comparé le niveau de scolarité des enfants de Transkei selon le statut conjugal des parents (monogame ou polygyne)<sup>120</sup>. Le niveau de scolarité moyen des enfants de familles polygyines (766.11) était beaucoup plus bas que celui des enfants de familles monogames (1035.62). Les chercheurs expliquent cette différence par le fait que les familles polygyines sont davantage enclines à la jalousie, au conflit, à la tension, au stress émotionnel, à la confrontation, à l'insécurité et à l'anxiété<sup>121</sup>, et que ce type de stress émotionnel, d'anxiété et d'insécurité peut sérieusement nuire au progrès académique. La rivalité et la jalousie entre les épouses peuvent également causer d'importants problèmes émotionnels chez les

enfants. Dans le cadre d'autres études, des répondants de familles polygynes ont indiqué que le stress augmentait au sein de la relation mère-enfant avec la diminution des ressources sociales et économiques<sup>122</sup>. De plus, la faible estime de soi des épouses causée par le contexte conjugal est associée à des problèmes de comportement chez leurs enfants.

En outre, comme l'a noté Al-Krenawi, les pères des ménages polygynes sont souvent dans l'impossibilité de donner suffisamment d'attention à tous leurs enfants, ce qui réduit la sécurité émotionnelle habituellement créée par des liens étroits entre les enfants et les parents<sup>123</sup>. À la suite d'un rapport effectué sur le contexte polygyne de Bountiful, en Colombie-Britannique, on a démontré que les enfants évoluant dans de tels contextes manquent généralement de liens avec leur père et de l'appui nécessaire pour bâtir leur identité personnelle<sup>124</sup>. Cette carence affective peut par la suite entraîner des problèmes d'apprentissage<sup>125</sup>. Il est clair que cette carence émotionnelle et les problèmes d'apprentissage qu'elle engendre vont à l'encontre de l'intérêt supérieur de l'enfant, protégé en vertu de l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

Les États parties signataires de la Convention de l'enfant ont l'obligation de prendre les mesures appropriées pour abolir la polygynie si la santé mentale des enfants est touchée en raison d'une carence émotionnelle. De plus, comme indiqué plus haut, les mariages polygynes de jeunes adolescentes risquent de nuire à leur santé physique et mentale<sup>126</sup>. Dans les deux cas, le fait de ne pas prévenir ou de remédier à ces torts est contraire aux obligations des parties en vertu de la Convention de l'enfant, surtout selon les dispositions de l'article 24 sur le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible.

Le paragraphe 24(3) établit que :

Les États parties prennent toutes les mesures efficaces appropriées en vue d'abolir les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants.

L'observation générale n° 4 sur la santé et le développement de l'adolescent élabore le contenu et la signification de la Convention de l'enfant afin de spécifier que :

Les adolescentes doivent avoir accès à l'information sur les dangers des mariages et des grossesses précoces et, si elles tombent enceintes, à des services de santé respectueux de leurs droits et attentifs à leurs besoins spécifiques<sup>127</sup>.

Dans cette observation, on explique également que les États parties sont instamment priés « d'adopter des dispositions législatives pour lutter contre les pratiques susceptibles, soit d'augmenter le risque d'infection chez les adolescents...<sup>128</sup> », ce qui les oblige donc à adopter des dispositions législatives afin d'abolir la polygynie ou, au moins, à interdire les mariages polygynes des jeunes adolescentes. En outre, dans son observation générale portant sur le VIH/sida et les droits de l'enfant, le CDE explique que la Convention de l'enfant exige que les mesures appropriées soient prises afin de réduire la vulnérabilité des enfants à l'égard du VIH/sida, y compris « de permettre aux enfants, à leurs familles et à leurs communautés de

participer en connaissance de cause à l'élaboration des décisions, mesures et politiques les concernant dans le domaine du VIH/sida<sup>129</sup> ». Si des pratiques traditionnelles, telle la polygynie, minent la santé des enfants et les exposent possiblement à des infections transmises sexuellement comme le VIH/sida, le droit international exige que les États prennent les mesures appropriées pour les abolir.

En plus des problèmes liés à la santé mentale et à l'apprentissage, les problèmes économiques associés à la polygynie peuvent, dans certains cas, priver les enfants de leur droit fondamental à l'éducation. Parce que les unions polygynes produisent souvent des familles nombreuses, cela réduit la capacité des parents à offrir les besoins de base en matière d'éducation aux enfants; cette situation est particulièrement fréquente en Afrique<sup>130</sup> où pourtant, la Charte africaine protège le droit à l'éducation<sup>131</sup>. Bien que la Charte africaine souligne également l'importance de la culture africaine, le paragraphe 29(7) la limite explicitement aux « valeurs culturelles africaines positives ». Comme le soutient Tibatemwa-Ekiribukinza, une pratique qui engendre la violence familiale et nuit à l'accès des enfants à l'éducation n'est pas ce que l'on peut qualifier de « valeur positive<sup>132</sup> ».

Bien que le Comité des droits de l'enfant ne se soit pas penché sur tous ces torts aux enfants, il a exprimé son inquiétude quant aux conséquences de la polygynie sur les enfants et le besoin de réviser les programmes, les politiques et les dispositions législatives afin de décourager sa pratique<sup>133</sup>.



### III. LA POLYGYNIE COMME VIOLATION DU DROIT INTERNATIONAL EN MATIÈRE DE DROITS DE LA PERSONNE

À la lumière des torts faits aux femmes et aux enfants associés à la polygynie, cette section passera en revue les divers droits des femmes et des enfants auxquels la pratique contrevient en vertu du droit international en matière de droits de la personne. Si la présente analyse des droits porte sur des droits de la personne étant par définition universels, il est clair que la violation des droits, à l'instar des torts causés par les unions polygynes, varie selon le contexte. Cependant, il est important de garder en tête que peu importe le contexte religieux et culturel de la pratique, la polygynie viole le droit à l'égalité dans le mariage et la famille.

#### A. TRAITÉ INTERNATIONAL ET CONVENTION SUR LA LOI

Dans l'évaluation des obligations du Canada en vertu des divers traités qui protègent les droits des femmes et des enfants, quatre principes directeurs sont utilisés dans l'interprétation des traités : le principe textuel, le principe contextuel, le principe de l'objet et du but et le principe dynamique<sup>134</sup>.

Le principe textuel concerne le sens ordinaire du texte. Comme l'indique Cook, il est plus approprié, pour les traités relatifs aux droits de la personne, d'adopter une approche textuelle centrée sur les critères objectifs plutôt qu'une approche centrée sur les critères subjectifs qui viserait uniquement à établir l'intention des parties<sup>135</sup>. Le principe contextuel va au-delà du texte même et exige l'évaluation de la relation entre les différentes composantes du texte, y compris le préambule, les annexes et les accords et pratiques ultérieurs, comme il est établi dans les paragraphes 31(2) et 31(3) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*.

Le principe de l'objet et du but exige que les traités soient interprétés de façon à accorder l'importance à l'objet et au but en lien avec le sens ordinaire des mots et les autres composantes du texte. L'articulation la plus claire de l'objet et du but de la Convention de la femme se trouve dans la recommandation générale n° 25<sup>136</sup> du CEDEF :

Les États parties à la Convention [de la femme] sont juridiquement tenus de respecter, protéger, promouvoir et garantir le droit à la non-discrimination et de veiller à la promotion et à l'amélioration de la condition de la femme afin de la rapprocher de l'égalité de droit et de fait avec celle de l'homme<sup>137</sup>.

Quand des clauses limitatives sont en vigueur, elles sont interprétées de façon stricte afin de laisser une grande marge à la protection des droits. Dans la détermination de l'objet ou du but plus précis, les *travaux préparatoires* peuvent être utiles pour clarifier des incertitudes textuelles, spécialement lorsqu'une interprétation de la signification du texte ou de l'objet et du but du traité, conformément au paragraphe (1) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* « a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable<sup>138</sup> ».

Parce que l'objet et le but des conventions sur les droits de la personne évoluent avec le temps, le principe dynamique de l'interprétation revêt une importance particulière. Dans l'affaire *Marckx c. Belgique*<sup>139</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme a appliqué ce principe pour permettre de légitimer l'enfant d'une mère célibataire, ce qui n'apparaissait pas dans la *Convention*, et la Cour a déclaré que « la *Convention* devait être interprétée à la lumière des conditions actuelles<sup>140</sup> ». Le mécanisme de communication de la *Convention de la femme* permet d'assurer qu'elle conserve « une composante élastique ou dynamique » au fur et à mesure que les parties font état de leur progrès en matière de dispositions législatives, de juridisme et d'administration dans l'élimination de la discrimination contre les femmes<sup>141</sup>. Lorsque l'on applique le principe dynamique, il est essentiel de vérifier quelles sont les « conditions actuelles »; l'une des façons les plus efficaces d'y arriver est d'examiner la manière dont d'autres appareils judiciaires analysent certains types de pratique, surtout dans le contexte d'un traité donné.

Comme le soutient ce rapport, en vertu du droit international conventionnel, la polygynie est une forme de discrimination à l'égard des femmes qui doit être abolie par les États. L'articulation la plus concise à ce sujet se trouve dans la recommandation générale n° 21 du CEDEF sur l'égalité dans le mariage et les rapports familiaux<sup>142</sup>. On y fait également référence dans les observations générales et les obligations finales de plusieurs organismes créés en vertu de traités dont le CEDEF, le CDH, le CDESC et le CDE, qui ont tous déclarés que la polygynie portait atteinte au droit de la femme à l'égalité ainsi qu'à l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>143</sup>.

## **B. VIE FAMILIALE**

### **1. Droit à l'égalité dans le mariage et la famille**

Depuis son entrée en vigueur, le droit international en matière de droits de la personne moderne appelle à l'égalité entre les genres dans les dispositions législatives et le mariage<sup>144</sup>. Dans le préambule de la *Charte des Nations Unies de 1947*, on fait mention de la « résolution... à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme... dans l'égalité de droits des hommes et des femmes...<sup>145</sup> ». L'article 55 de la Charte établit que les Nations Unies « favoriseront... le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de... sexe...<sup>146</sup> ». En outre, la Commission de la condition de la femme des Nations Unies, dont la première rencontre a eu lieu en 1947, s'est engagée à travailler pour :

la liberté de choix, la dignité de l'épouse, la monogamie et le droit commun de dissoudre un mariage<sup>147</sup>.

On fait référence à ce mandat dans l'article 16 de la Déclaration universelle, qui établit que :

(1) À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution.

Cet engagement relatif à la non-discrimination entre les genres est également clair dans le Pacte politique et le Pacte économique. Le paragraphe 2(1) du Pacte politique exige des États parties qu'ils assurent le respect des droits énoncés dans le Pacte politique sans distinction aucune, notamment de sexe. De façon similaire, l'article 3 exige que les États parties « s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte ». Le Pacte politique comprend également un engagement important quant à l'égalité dans le mariage, basé sur l'engagement de la Déclaration universelle, mais ajoutant aux droits égaux des *responsabilités* égales dans le mariage. Le paragraphe 23(4) du Pacte politique requiert des États parties qu'ils :

[prennent] les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution.

Le Pacte économique contient également une clause générale portant sur la non-discrimination à l'égard du sexe (article 2). De plus, les États parties, en vertu de l'article 3, ont l'obligation :

[d'] assurer le droit égal qu'ont l'homme et la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels qui sont énumérés dans le présent Pacte.

Bien que le Pacte économique ne garantisse pas clairement l'égalité dans le mariage et la vie familiale, il est possible d'affirmer que l'obligation d'assurer le droit égal de l'homme et de la femme de bénéficier des droits énoncés dans ce pacte engage les États parties à abolir les pratiques discriminatoires, telle la polygynie, qui nuisent à la capacité des femmes de jouir de ces droits.

Cependant, c'est dans la Convention de la femme que l'on peut constater l'engagement international le plus important quant à l'atteinte de l'égalité entre les genres et dans le mariage. Dans le préambule de la Convention de la femme, on peut lire que :

le rôle traditionnel de l'homme dans la famille et dans la société doit évoluer autant que celui de la femme si on veut parvenir à une réelle égalité de l'homme et de la femme.

Comme le CEDEF l'explique dans sa recommandation générale n° 25 sur les mesures temporaires spéciales :

La condition féminine ne pourra s'améliorer tant que les causes sous-jacentes de la discrimination et de l'inégalité de traitement ne seront pas éliminées. Il faut envisager la vie des femmes et des hommes dans leur contexte et adopter des mesures susceptibles de favoriser une réelle mutation des perspectives d'avenir, des institutions et des systèmes pour que les femmes puissent se libérer des paradigmes masculins du pouvoir et des modes de vie historiquement déterminés<sup>148</sup>.

C'est cet engagement en regard d'une réelle mutation des institutions, comme la polygynie, qui constitue la plus grande protection des femmes au sein de la famille. Les États parties qui encouragent, permettent ou ignorent simplement les pratiques familiales inégales de la polygynie sur leur territoire contribuent à perpétuer l'idée des paradigmes masculins de la puissance, ce qui entraîne l'inégalité de fait et de droit de la femme.

Dans la lutte pour parvenir à cette mutation, spécialement dans la sphère familiale, l'article 16 de la *Convention de la femme* exige des États parties qu'ils :

prennent toutes les mesures nécessaires pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme :

- a) Le même droit de contracter mariage;
- b) Le même droit de choisir librement son conjoint et de ne contracter mariage que de son libre et plein consentement;
- c) Les mêmes droits et les mêmes responsabilités au cours du mariage et lors de sa dissolution;
- d) Les mêmes droits et les mêmes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant à leurs enfants; dans tous les cas, l'intérêt des enfants sera la considération primordiale;
- e) Les mêmes droits de décider librement et en toute connaissance de cause du nombre et de l'espacement des naissances et d'avoir accès à l'information, à l'éducation et aux moyens nécessaires pour leur permettre d'exercer ces droits;
- f) Les mêmes droits et responsabilités en matière de tutelle, de curatelle, de garde et d'adoption des enfants, ou d'institutions similaires, lorsque ces concepts existent dans la législation nationale; dans tous les cas, l'intérêt des enfants sera la considération primordiale;
- g) Les mêmes droits personnels au mari et à la femme, y compris en ce qui concerne les choix du nom de famille, d'une profession et d'une occupation;
- h) Les mêmes droits à chacun des époux en matière de propriété, d'acquisition, de gestion, d'administration, de jouissance et de disposition des biens, tant à titre gratuit qu'à titre onéreux.

Dans cet extrait, la *Convention de la femme* établit le régime de droits et responsabilités auxquels ont droit de façon égale l'homme et la femme au sein de la famille. C'est à cette égalité des droits et des responsabilités que des pratiques conjugales asymétriques comme la polygynie portent préjudice. Comme l'a noté Susan Deller Ross, si un mari possède plusieurs épouses, chacune d'elles possède seulement une fraction de mari, ce qui fait que l'entretien conjugal et les ressources destinées aux enfants se trouvent divisés de façon inégale entre le mari polygyne et chacune de ses épouses pendant le mariage ou lors de sa dissolution<sup>149</sup>. Ces maris ne peuvent accorder qu'une fraction de leur attention émotionnelle, sexuelle et financière à chaque femme, ce qui signifie que les épouses d'union polygyne possèdent moins de droits conjugaux de fait, et leur mari, moins de responsabilités<sup>150</sup>.

Pour ces raisons, le CEDEF a proclamé que la polygynie violait les droits de la femme à l'égalité dans le mariage. Dans sa recommandation générale n° 21 sur l'égalité dans le mariage et les rapports familiaux, le Comité a déclaré que :

La polygamie est contraire à l'égalité des sexes et peut avoir de si graves conséquences affectives et financières pour la femme et les personnes à sa charge qu'il faudrait décourager et même interdire cette forme de mariage. Il est inquiétant de constater que certains États parties, dont la Constitution garantit pourtant l'égalité des droits des deux sexes, autorisent la polygamie, soit par conviction, soit pour respecter la tradition, portant ainsi atteinte aux droits constitutionnels des femmes et en infraction à la disposition 5(a) de la Convention<sup>151</sup>.

Bien que les recommandations générales du CEDEF ne soient pas des interprétations de la Convention même, elles ont de l'influence<sup>152</sup>. Byrnes affirme que les recommandations générales offrent du matériel utile pour construire des arguments fondés sur la Convention, et ce, dans les domaines politique et juridique<sup>153</sup>. On les a invoquées devant des tribunaux nationaux, notamment en Nouvelle-Zélande<sup>154</sup>, au Canada<sup>155</sup> et en Inde<sup>156</sup>.

Dans l'affaire *Vishaka et al.*, la Supreme Court of India a invoqué la recommandation générale n° 19 au sujet du harcèlement sexuel afin de combler une lacune de la loi indienne qui faisait en sorte que les femmes n'étaient pas protégées adéquatement en milieu de travail<sup>157</sup>. La Cour a souligné le fait que l'Inde avait ratifié la *Convention de la femme* et que le pays s'était officiellement engagé, lors de la Quatrième Conférence mondiale sur les femmes, à Beijing, « à formuler et à rendre opérationnelle une politique nationale des femmes qui guidera et influencera de façon continue les moyens d'action à tous les paliers et dans tous les secteurs<sup>158</sup> ». La Cour a ajouté qu'elle n'avait « aucune réticence à ce que l'on se serve de celle-ci [recommandation générale] pour interpréter la nature et la portée de la garantie constitutionnelle de l'égalité entre les genres contenue dans notre Constitution<sup>159</sup> ».

En plus des recommandations ci-dessus, le CEDEF a également suggéré que les États rendent obligatoire l'enregistrement de tous les mariages, qu'ils soient contractés civilement ou suivant la coutume ou un rite religieux, dans le but :

de faire respecter les dispositions de la Convention et les lois qui garantissent l'égalité entre les partenaires ainsi qu'un âge légal pour le mariage et qui interdisent la bigamie ou la polygamie et qui garantissent la protection des droits des enfants<sup>160</sup>.

En dépit de l'existence de la recommandation du CEDEF concernant l'enregistrement, ce dernier demeure l'un des obstacles les plus importants à l'interdiction de la polygynie. Dans le contexte ougandais, où la majorité des mariages sont célébrés selon la coutume, on a fait la preuve qu'un petit nombre seulement des unions étaient enregistrées malgré l'obligation de le faire en vertu de l'ordonnance sur l'enregistrement des mariages coutumiers<sup>161</sup>. De la même façon, la majeure partie des unions polygynes des mormons fondamentalistes contractées au Canada et aux États-Unis ne sont jamais enregistrées<sup>162</sup>. Pour ne pas avoir l'air de se moquer ouvertement de l'interdiction criminelle de la bigamie, la majorité des maris mormons fondamentalistes se marient légalement avec une femme, puis contractent des mariages selon le rite religieux avec les femmes subséquentes<sup>163</sup>.

## 2. Droit à la vie privée et familiale

Le droit à la vie privée et familiale, à la fois reconnu dans la Pacte politique<sup>164</sup> et la Convention européenne<sup>165</sup>, était auparavant invoqué dans les affaires de violation de la vie privée en vertu des dispositions législatives des États, y compris les lois qui interdisaient les rapports homosexuels entre hommes consentants<sup>166</sup>. Le CDH, dans son observation générale n° 16 portant sur l'article 17 (droit à la vie privée) du Pacte politique, a fait remarquer que le droit à la vie privée et familiale engageait une obligation positive qui allait au-delà de l'interprétation traditionnelle sans immixtion. Le CDH a déclaré :

Les obligations imposées par cet article exigent de l'État l'adoption de mesures, d'ordre législatif ou autres, destinées à rendre effective l'interdiction de telles immixtions et atteintes à la protection de ce droit<sup>167</sup>.

Parce que les États parties sont dans l'obligation de garantir ce droit contre toute immixtion et atteinte, « qu'elles émanent des pouvoirs publics ou de personnes physiques ou morales<sup>168</sup> », le droit à la vie privée et familiale ne peut plus être considéré uniquement comme un problème entre l'État et l'individu. Les États parties ont plutôt l'obligation d'interdire les immixtions d'individu à individu, en plus d'assurer la protection de ce droit de façon générale.

Cependant, au-delà de cette conception positive, l'important contenu actuel du droit à la vie privée et familiale a récemment été modifié. C'est pourquoi il est important d'articuler certains des intérêts qui peuvent influencer ce droit, notamment la dignité, la sécurité et les intérêts relationnels de la famille.

La dignité d'une relation conjugale exclusive, les intérêts juridiques et les intérêts relatifs à la sécurité économique sont tous des éléments essentiels à la vie familiale. En ce sens, la situation du taux élevé de divorces et de remariages dans le cadre juridique de la monogamie ne peut être comparée à celle prévalant dans les contextes polygynes, car la dissolution d'un mariage ou un remariage, dans le cadre de la polygynie, ne sont pas encadrés de structures formelles qui assureraient la protection de ces intérêts relatifs à la sécurité et aux biens.

Lorsqu'elle est pratiquée « patrilocalement » (quand les épouses vivent ensemble avec le groupe familial ou le clan du mari), la polygynie va à l'encontre du droit à la vie privée de la famille et nuit à la sécurité de la femme et à ses intérêts relationnels en plus de lui imposer les difficultés inhérentes au fait de devoir partager un seul mari. Une femme condamnée à l'emprisonnement à vie pour avoir tué son mari polygyne a avoué lors d'une entrevue :

Comment est-ce possible d'aller dormir quand on sait que son mari se trouve avec une autre femme dans la pièce voisine? Le fait de savoir que son mari a une autre femme peut rendre fou; imaginez l'avoir devant les yeux chaque jour<sup>169</sup>.

En réponse à ces types de problèmes en lien avec la vie privée de la famille, le paragraphe 27(2) de la Constitution ougandaise garantit maintenant le droit à la vie privée. En vertu de la loi

ougandaise, tout homme qui pratique la polygynie « patrilocalement » avec ou sans le consentement de la première épouse porte préjudice à son droit à la vie privée<sup>170</sup>.

Dans la majorité des cas, le fait d'obliger les épouses à cohabiter viole non seulement leur droit à la vie privée, mais constitue une attaque à leur honneur, à leur réputation et à leur dignité<sup>171</sup>. Dans l'affaire *Itwari c. Asghari*, la High Court of India d'Allahabad a constaté qu'en raison de la mobilité croissante des femmes musulmanes, le fait d'introduire une autre femme dans leur domicile constituait une insulte beaucoup plus grande qu'avant<sup>172</sup>. Associant cette constatation au bien-être émotionnel des épouses, la Cour a fait remarquer que :

Le fait d'intégrer une deuxième épouse à la demeure d'origine constitue une grave insulte à la première... dont l'estime baisse aux yeux de la société. Si elle est contrainte de vivre avec son mari dans ces circonstances, cela risque de miner son moral et sa santé<sup>173</sup>.

Dans cet extrait, la Cour a été claire quant au fait que la polygynie « patrilocale », en plus de contrevenir au droit à la vie privée de l'épouse, pouvait avoir un effet néfaste sur son honneur. Le CDH a interprété l'article 17 de manière à obliger les États parties d'assurer que « l'honneur et la réputation des individus [soient] protégés par la loi...<sup>174</sup> ». Si l'on se fie au contenu des observations finales de 2002 sur le Yémen du CDH, selon lequel la persistance de la pratique de la polygamie est « attentatoire à la dignité humaine et discriminatoire au regard du Pacte<sup>175</sup> », le fait de permettre de façon légale ou d'encourager la pratique sans restriction en ce qui a trait à la résidence contrevient à l'article 17.

Des exigences relatives à des résidences distinctes permettent au moins de réduire certaines des tensions psychologiques associées au domicile partagé. Cependant, comme l'a noté l'organisation non gouvernementale « Femmes sous lois musulmanes » (FSLM), les dispositions législatives des territoires où la polygynie est permise abordent rarement l'obligation d'avoir des habitations séparées<sup>176</sup>. En outre, l'expression « habitations séparées » peut être interprétée de diverses façons : des résidences distinctes à différents endroits, différentes maisons situées à l'intérieur d'une même communauté résidentielle ou d'une même enceinte, ou des cuisines ou chambres à coucher séparées mais des installations communes<sup>177</sup>. Même là où les États, comme le Mali, exigent qu'en principe chaque épouse possède son propre domicile, les maris insistent souvent pour que leurs épouses habitent sous le même toit, sous l'autorité du « chef de famille »<sup>178</sup>.

Les intérêts relationnels et en matière de sécurité des femmes au sein de la famille sont violés même dans les familles polygynes où les épouses ont des domiciles distincts. Le cas de Natakunda, une femme ougandaise accusée d'avoir planifié le meurtre de la femme qui était proposée à son mari, permet de constater à quel point la polygynie peut saper les intérêts en matière de sécurité économique de la femme dans le mariage<sup>179</sup>. En raison de la grossesse qu'elle a eue très jeune, Natakunda n'avait pas pu terminer ses études ni obtenir de qualification professionnelle. Elle et son mari avaient donc décidé de placer tout ce qu'ils possédaient dans une opération commerciale à risques élevés, et elle espérait que les produits de cette opération pourraient servir à subvenir aux besoins de son enfant<sup>180</sup>. Par la suite, lorsque son mari l'a

menacée de prendre une autre femme, une enfant d'âge scolaire qu'il avait mise enceinte, Natakunda a vécu cette situation comme une attaque dévastatrice non seulement à sa dignité personnelle, mais également à ses intérêts en matière de sécurité économique. Dépourvue d'une forme de protection des biens matrimoniaux telle celle qui existe dans bon nombre de régimes de droit de la famille au sein des systèmes monogames, Natakunda risquait de perdre ce qui constituait sa seule forme de sécurité économique. Selon les mots du procureur de l'État, le crime que prévoyait Natakunda « [constituait] un cas d'émotion extrême... de désespoir<sup>181</sup> ».

Ainsi, bien que selon l'article 18 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, « la famille... l'élément naturel et la base de la société... doit être protégée par l'État qui doit veiller à sa santé physique et morale », l'existence d'une forme tacite d'acceptation de la polygynie dans l'article 6 de la Charte, malgré une certaine désapprobation, met en relief une tension dans le document. Étant donné que les mariages ultérieurs perturbent l'unité familiale du couple d'origine, le fait que la Charte oblige les États à protéger les familles issues de ces mariages semble signifier que les États doivent restreindre et devront éventuellement abolir la pratique de la polygynie.

### **3. Droit d'être libre de toute forme de stéréotype**

En plus d'affecter le droit à la vie privée et familiale, la polygynie telle que pratiquée dans bon nombre de contextes culturels contrevient au droit des femmes d'être libre de toute forme de stéréotype.

En vertu de l'article 5 de la *Convention de la femme*, les États parties doivent prendre :

toutes les mesures appropriées pour modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes.

Les facteurs spécifiques aux contextes comme les enseignements culturels ou religieux qui sanctionnent la polygynie en tant que moyen de maximiser la reproduction contribuent clairement au stéréotypage du rôle de la femme dans la famille<sup>182</sup>. De façon plus générale, la polygynie tend à caractériser la capacité de reproduction de la femme de condition essentielle au succès conjugal. Dans beaucoup de cas, la polygynie est vue comme une solution à l'infertilité d'une épouse, à son incapacité d'avoir suffisamment de fils, à son état post-ménopausique, ou simplement comme un moyen de maximiser la reproduction. Dans tous ces scénarios, la valeur de l'épouse au sein du mariage est proportionnelle à sa capacité de reproduction (et surtout à sa capacité de donner naissance à des fils). De cette façon, la polygynie et le stéréotype de la reproduction se renforcent l'un l'autre.

Les États parties ont l'obligation de se pencher sur les stéréotypes patriarcaux existant dans le domaine de la famille ainsi que sur les cadres législatifs et sociaux qui les perpétuent. En

soulignant l'importance des mesures temporaires spéciales contre la discrimination entre les genres, le CEDEF a indiqué que :

[les États parties ont l'obligation] d'aménager les relations qui prédominent entre les sexes et de lutter contre la persistance des stéréotypes fondés sur le sexe qui sont préjudiciables aux femmes et dont les effets se manifestent non seulement dans les comportements individuels mais également dans la législation, les structures juridiques et sociales et les institutions<sup>183</sup>.

Dans l'application de ce raisonnement au problème particulier que pose la polygynie, le CEDEF souligne invariablement le besoin d'abolir les normes juridiques, coutumières et culturelles qui contribuent à la propagation de la pratique. Dans ses observations finales de 2001 sur la Guinée, le Comité note :

avec préoccupation que, bien que le droit écrit les interdise, des pratiques comme... la polygamie et le mariage forcé, y compris le lévirat (qui oblige le beau-frère à épouser la veuve de son frère mort sans enfant afin de perpétuer le nom de ce dernier) et le sororat (coutume selon laquelle un homme marie la sœur ou les sœurs de son épouse défunte ou infertile)... sont largement acceptées dans la société et ne sont pas sanctionnées. Il [le Comité] se déclare préoccupé par le fait que le Code civil contient des dispositions discriminatoires à l'égard des femmes en matière de droit de la famille, qui viennent renforcer les pratiques sociales négatives... [et] de voir le gouvernement invoquer les pratiques et les coutumes de la société pour justifier le fait que le Code civil n'est pas appliqué<sup>184</sup>.

Dans cet extrait, le Comité met l'accent sur les liens entre les dispositions discriminatoires, la non-application du droit civil et les pratiques et coutumes sociales négatives. Les pratiques négatives et discriminatoires comme la polygynie sont souvent fondées sur des stéréotypes à l'égard de la femme et elles contribuent donc à les renforcer; par la suite, les gouvernements utilisent ces stéréotypes pour justifier les dispositions discriminatoires en matière de droit de la famille et la non-application des dispositions relatives à l'égalité.

Dans la lutte contre ces stéréotypes, le Comité encourage les campagnes de sensibilisation du public qui visent à « éliminer le fossé entre le droit écrit et les coutumes et pratiques, notamment en ce qui concerne le droit de la famille<sup>185</sup> ». Ce combat pourrait se révéler très utile pour les femmes vivant dans une union polygyne à Bountiful, en Colombie-Britannique, et partout au Canada où les pratiques familiales ne respectent pas le droit écrit. Le segment à l'effet que le gouvernement de la Guinée doit veiller « à ce que les femmes connaissent leurs droits » est pertinent dans le contexte canadien; en effet, certaines femmes ne sont peut être pas au courant de la protection juridique dont elles pourraient bénéficier si elles désiraient quitter une union polygyne.

#### **4. Droit de choisir librement son conjoint et de ne contracter mariage que de son libre et plein consentement**

L'importance de choisir librement son conjoint et de ne contracter mariage que de son libre et plein consentement transparaît dans la recommandation générale n° 21 du CEDEF sur l'égalité dans le mariage et les rapports familiaux, où l'on indique : « Il est capital pour la vie d'une

femme et pour sa dignité d'être humain à l'égal des autres que cette femme puisse choisir son époux et se marier de sa propre volonté<sup>186</sup> ». On trouve écho à ce droit dans les instruments internationaux en matière de droits de la personne régionaux. Dans le paragraphe 6(a) du *Protocole relatif à la Charte africaine relative aux droits de la femme en Afrique*, on demande aux États d'adopter « les mesures législatives appropriées pour garantir qu'aucun mariage n'est conclu sans le plein et libre consentement des deux [l'homme et la femme]<sup>187</sup> ». Dans cet extrait, le *Protocole* est clair à l'égard du fait que le libre et plein consentement est un préalable obligatoire à la réalisation de l'objectif de l'article 6 qui est d'assurer que l'homme et la femme jouissent de droits égaux et soient considérés comme des partenaires égaux dans le mariage. L'égalité dans le mariage ne peut se réaliser sans que les deux partis donnent leur plein et libre consentement.

La notion de dignité, élément essentiel impliqué dans un tel consentement, est clairement violée dans les cas où les femmes ou les jeunes filles sont forcées de contracter un mariage polygyne, sans qu'elles aient la possibilité de choisir leur conjoint ou de refuser de se marier. Dans les contextes polygyne des mormons fondamentalistes du Canada et des États-Unis, les prêtres organisent des mariages pour des jeunes filles parfois âgées de quatorze ans seulement<sup>188</sup>.

Même s'il existe des endroits où on ne peut forcer une femme à se marier, les défauts en matière d'information et d'éducation présents dans certains contextes polygyne nuisent au consentement libre et éclairé. Comme l'affirment des rapports sur les droits de la personne portant sur le contexte des mormons fondamentalistes des États-Unis, il est possible qu'il n'y ait d'autre avenue que l'union polygyne pour les femmes et les jeunes filles, vivant dans des communautés polygyne fermées, à qui l'on refuse le droit à l'éducation en dehors du cadre de la religion et que l'on entraîne à l'obéissance des enseignements religieux<sup>189</sup>. En ce sens, les femmes et les jeunes filles qui n'ont pas accès à de l'information objective n'ont pas l'occasion d'exercer leur droit au « libre et plein consentement » dans le mariage, comme l'exige le droit international en matière de droits de la personne<sup>190</sup>.

Depuis longtemps, l'importance de l'accès à l'information dans le choix conjugal est un sujet abordé par les membres de l'Assemblée générale des Nations Unies. Dès 1954, dans sa résolution 843 (IX) sur la Condition de la femme en droit privé : coutumes, anciennes lois et pratiques portant atteinte à la dignité de la personne humaine de la femme, on peut lire :

certaines coutumes, anciennes lois et pratiques intéressant le mariage et la famille auxquelles les femmes sont soumises, sont incompatibles avec les principes énoncés dans la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l'homme.<sup>191</sup>

Pour appuyer l'urgence d'abolir de telles pratiques, la Résolution reconnaissait l'importance « d'assurer l'entière liberté dans le choix du conjoint<sup>192</sup> ». Cette notion d'« entière liberté » laisse entendre la notion de liberté « éclairée ». Étant donné les conséquences néfastes de la polygynie, on peut étendre le raisonnement relatif à la dignité humaine afin d'y inclure le choix du *type* d'union conjugale et le choix de s'unir à plus d'une épouse.

Dans les cas où les femmes et les jeunes filles ne sont pas suffisamment mûres ou n'ont pas en main l'information appropriée au sujet de leurs droits conjugaux et de leurs besoins en matière de santé sexuelle et reproductive, la possibilité d'avoir l'« entière liberté éclairée » en ce qui concerne le mariage est sévèrement compromise. En ce qui a trait à cette réalité, la Résolution 843 (IX) fait également la recommandation suivante :

Que des efforts spéciaux soient faits, au moyen de l'éducation de base, à la fois dans les écoles publiques et dans les écoles privées, et des différents organes d'information, pour faire connaître à la population de toutes les régions du monde mentionnées au deuxième alinéa du préambule ci-dessus la Déclaration universelle des droits de l'homme et les décrets et textes législatifs existants qui ont trait à la condition de la femme<sup>193</sup>.

En ce sens, l'exercice du consentement libre et éclairé, de la même façon que d'autres droits, dépend de la connaissance de l'existence de ce droit. Des pays tel le Canada devraient encourager les campagnes de sensibilisation portant sur les droits, surtout celles qui visent les femmes et les enfants évoluant dans des contextes où ils sont vulnérables : par exemple, ceux qui vivent dans des communautés religieuses fermées, les nouveaux arrivants et les jeunes filles. Ce segment de la population ignore souvent les droits nationaux et internationaux qui les concernent.

## **C. SÉCURITÉ**

### **1. Droit d'être protégé contre toute forme de violence**

La violence fondée sur le sexe est définie, dans la recommandation générale n° 19 du CEDEF, comme la « violence exercée contre une femme parce qu'elle est une femme ou qui touche spécialement la femme<sup>194</sup> ». Si l'on se fie à cette recommandation, selon laquelle la « violence fondée sur le sexe » comprend des actes qui infligent des tourments ou des souffrances d'ordre physique, mental ou sexuel, la polygynie telle que pratiquée dans bon nombre de contextes constitue une forme de violence.

En outre, l'Assemblée générale, à l'instar du CEDEF, dans sa Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes de 1993, inclut dans sa définition de la « violence à l'égard des femmes » :

désignent tous actes de violence dirigés contre le sexe féminin, et causant ou pouvant causer aux femmes un préjudice ou des souffrances physiques, sexuelles ou psychologiques<sup>195</sup>...

En plus de cette définition précise de la violence à l'égard des femmes, l'attention particulière portée sur les pratiques traditionnelles qui sont néfastes pour les femmes vise bel et bien la polygynie. Dans une liste non exhaustive, l'alinéa 2a) spécifie que la violence à l'égard des femmes englobe :

La violence physique, sexuelle et psychologique exercée au sein de la famille, y compris les coups, les sévices sexuels infligés aux enfants de sexe féminin au foyer, les violences liées à la dot, le viol conjugal... et autres pratiques traditionnelles préjudiciables à la femme<sup>196</sup>...

Comme on associe souvent des torts physiques, sexuels et psychologiques à la polygynie, on peut la considérer comme une « pratique traditionnelle préjudiciable à la femme » et donc comme une forme de violence à l'égard de la femme conformément à l'alinéa 2a) de la Déclaration.

En plus de la classification de la violence à l'égard de la femme contenue dans la Déclaration, la recommandation générale n° 19 du CEDEF ajoute que :

La violence fondée sur le sexe, qui compromet ou rend nulle la jouissance des droits individuels et des libertés fondamentales par les femmes en vertu des principes généraux du droit international ou des conventions particulières relatives aux droits de l'homme, constitue une discrimination, au sens de l'article premier de la Convention<sup>197</sup>.

Ainsi, la violence fondée sur le sexe peut constituer une violation des dispositions de la Convention de la femme qui ne font pas clairement référence à la violence. Parmi ces droits et libertés qui sont compromis ou rendus nuls, on compte :

- (a) Le droit à la vie;
- (b) Le droit à ne pas être soumis à la torture et à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants;
- (c) Le droit à l'égalité de protection qu'assurent les normes humanitaires en temps de conflit armé, national ou international;
- (d) Le droit à la liberté et à la sécurité de la personne;
- (e) Le droit à l'égalité de protection de la loi;
- (f) Le droit à l'égalité dans la famille;
- (g) Le droit au plus haut niveau possible de santé physique et mentale;
- (h) Le droit à des conditions de travail justes et favorables<sup>198</sup>.

Comme l'indique une analyse sur les droits de la personne dans le contexte de la polygynie, la pratique contrevient à plusieurs de ces droits, y compris, mais sans y être limité, au droit de ne pas être soumis à la torture et à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, le droit à la liberté et à la sécurité de la personne, le droit à l'égalité dans la famille ainsi que le droit au plus haut niveau possible de santé physique et mentale. La rapporteuse spéciale de l'ONU sur la violence contre les femmes, Radhika Coomaraswamy, caractérise la polygynie comme une forme de violence dans son rapport de 2002 portant sur les pratiques culturelles dans la famille qui constituent des formes de violence contre les femmes. Elle indique que « le mari peut user de diverses... formes de menace ou de violence pour s'assurer la soumission de sa femme. Il peut, par exemple, la menacer de prendre une autre épouse<sup>199</sup>... ». Elle déclare que « dans certains pays, la polygamie est, soit légale, soit tolérée<sup>200</sup> ».

Parce qu'elle a des conséquences dans la famille, la polygynie est une forme de violence particulièrement sérieuse. Le CEDEF considère la violence dans la famille comme « l'une des formes les plus insidieuses de violence exercée contre les femmes »; elle constitue donc une violation de l'article 16 de la Convention de la femme<sup>201</sup>. Comme le Comité le note, la violence familiale est « [perpétuée] par la tradition<sup>202</sup> ». Au paragraphe 11, on peut lire :

Les attitudes traditionnelles faisant de la femme un objet de soumission ou lui assignant un rôle stéréotypé perpétuent l'usage répandu de la violence ou de la contrainte, notamment les violences et les sévices dans la famille [et] les mariages forcés... De tels préjugés et de telles pratiques peuvent justifier la violence fondée sur le sexe comme forme de protection ou de contrôle sur la femme<sup>203</sup>.

Contrevenant à l'article 5 ainsi qu'aux alinéas 2f) et 10c) de la *Convention de la femme*, de telles attitudes traditionnelles tendent à renforcer les pratiques familiales patriarcales comme la polygynie, qui elles contribuent à encourager la tolérance de la violence à l'égard des femmes.

En plus de constituer une forme de violence, la polygynie peut également catalyser ou aggraver de façon indirecte la violence familiale en raison de la nature souvent acrimonieuse des relations entre épouses ainsi qu'entre épouse et mari. Par exemple, dans le cadre d'une étude de terrain menée par l'organisme Loi et plaidoyer pour les femmes en Ouganda, 86,7 % des personnes d'un groupe de discussion de la ville d'Iganga et 80 % des personnes d'un groupe de discussion de Kampala ont nommé la polygynie comme cause de violence familiale<sup>204</sup>. Ruth Mukooyo, une représentante du projet d'aide juridique de la FIDA, soutient que :

La constitution parle d'égalité. La polygamie contrevient à ce principe. La majorité de la population d'ici est polygame. Les hommes qui se marient à l'église demeurent tout de même à la recherche d'autres pseudo-épouses. Ils doivent maintenant faire des compromis en raison du projet de loi sur les relations matrimoniales : le consentement de l'épouse est désormais obligatoire... La polygamie encourage réellement la violence. Pour les épouses, elle constitue une torture psychologique qui mène au conflit<sup>205</sup>.

Ce lien entre les relations polygynes et la violence familiale est également pertinent dans le contexte des communautés mormones fondamentalistes du Utah, où des femmes ont déclaré avoir été battues et intimidées par leur mari<sup>206</sup>.

De plus, l'incapacité des maris polygynes à donner suffisamment de ressources et d'attention à leur famille constitue également une forme de violence. Dans sa recommandation générale n° 19, le CEDEF note que :

Les hommes qui ne s'acquittent plus de leurs responsabilités familiales peuvent aussi exercer de cette façon une forme de violence ou de contrainte. Cette violence met la santé des femmes en péril et compromet leur capacité de participer à la vie familiale et à la vie publique sur un pied d'égalité<sup>207</sup>.

Par conséquent, le type de privation économique causé par l'incapacité des maris à s'acquitter de leurs responsabilités de façon appropriée ou égale à l'égard de leurs multiples épouses et enfants, présent dans différents contextes polygynes, peut à lui seul être considéré comme une forme de violence.

À propos du caractère « privé » de ce genre de sévices dans la famille, le CEDEF a clairement indiqué que :

aux termes du paragraphe 2(e) de la Convention, les États parties s'engagent à prendre toutes mesures appropriées pour éliminer la discrimination pratiquée à l'égard des femmes par une personne, une organisation ou une entreprise quelconque. En vertu du droit international en général et des pactes relatifs aux droits de l'homme, les États peuvent être également responsables d'actes privés s'ils n'agissent pas avec la diligence voulue pour prévenir la violation de droits ou pour enquêter sur des actes de violence, les punir et les réparer<sup>208</sup>.

Ainsi, on exige des États parties qu'ils prennent les mesures appropriées pour éliminer la violence et la discrimination à l'égard des femmes, qu'elles soient pratiquées par une organisation, une entreprise ou une personne.

La nature coutumière ou religieuse de la polygynie et d'autres formes de violence contre les femmes n'annulent pas l'obligation des États parties à condamner ces pratiques. Le droit international en matière de droits de la personne est clair quant au fait que les considérations d'ordre coutumier ou religieux ne peuvent être invoquées pour justifier la violence contre les femmes. Dans la Convention sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes de 1993, on note que :

« Les États...ne [devraient] pas invoquer de considérations de coutume, de tradition ou de religion pour se soustraire à l'obligation de l'éliminer [la violence à l'égard des femmes]<sup>209</sup> ».

Ainsi, les arguments de nature coutumière, religieuse ou culturelle ne peuvent être utilisés pour justifier des pratiques comme la polygynie, qui constituent une forme de violence contre les femmes en vertu du droit international.

## **2. Droit des femmes à ne pas être soumises à des traitements inhumains et dégradants**

En plus du droit d'être protégé contre toute forme de violence, le droit international contient des dispositions relatives à la protection plus générale contre les traitements inhumains et dégradants. Dans l'article 7 du *Pacte politique*, il est établi que « nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ». Bien que ce droit ait historiquement été invoqué dans des cas d'abus ou de torture de prisonniers, les tribunaux des droits de la personne l'ont récemment appliqué afin d'assurer le respect et la protection de la dignité de la femme<sup>210</sup>. À titre d'exemple, ce droit a été invoqué afin de tenir les États responsables dans l'affaire du viol de femmes par des responsables du gouvernement<sup>211</sup>. Ainsi, quand la polygynie est pratiquée dans un contexte qui encourage l'abus sexuel des femmes et des enfants, comme on croit que c'est le cas chez les Bountiful de la Colombie-Britannique et chez les mormons fondamentalistes du Utah<sup>212</sup>, il est clair que le droit des individus de ne pas être soumis à des traitements inhumains et dégradants est violé.

En outre, le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains et dégradants est de plus en plus utilisé pour protéger le domaine de la sexualité<sup>213</sup>. Dans l'évaluation des pratiques comme la

polygynie qui sont néfastes pour la santé mentale, sexuelle et reproductive des femmes, ce droit est particulièrement pertinent, surtout en raison de son interférence avec l'intimité conjugale. Comme il a déjà été expliqué, la sexualité a un rôle important, non seulement sur le plan de la reproduction, mais sur le plan des relations, de l'intimité, de l'affection, de la fidélité et de l'attirance entre conjoints ou partenaires, tout comme elle joue un rôle essentiel dans l'épanouissement et la sécurité des individus<sup>214</sup>. Alors que dans l'histoire, les tribunaux ont souvent considéré la sexualité comme étant du domaine du privé et donc comme un droit négatif sur lequel on ne pouvait légiférer, on soutient maintenant que parce que l'intimité sexuelle est inhérente à l'être humain, le fait de la nier, ou par extension d'y contrevenir par le biais de pratiques sexuelles néfastes, constitue une violation du droit d'être humain des individus<sup>215</sup>.

D'ailleurs, dans un récent travail effectué par l'Organisation panaméricaine de la santé, on indique :

La santé sexuelle est l'expérience continue d'un bien-être physique, psychologique et socio-culturel en regard de la sexualité. La santé sexuelle se manifeste dans l'expression libre et responsable des capacités sexuelles qui favorise le bien-être personnel et social harmonieux et qui enrichit la vie individuelle et sociale. Elle ne se définit pas uniquement par l'absence d'un dysfonctionnement, d'une maladie ou d'une infirmité. Afin de favoriser la santé sexuelle, il est nécessaire que les droits sexuels de tous les peuples soient reconnus et respectés<sup>216</sup>.

Le fait de rendre légitimes des pratiques conjugales qui sont néfastes au bien-être sexuel des femmes et contraires à leur dignité constitue donc une violation du droit des femmes à ne pas être soumises à des traitements cruels et inhumains.

Ce raisonnement a été utilisé dans l'affaire *Itwari c. Asghari*, dans laquelle la High Court of India d'Allahabad a appliqué une analyse de la cruauté pour refuser la restitution des droits conjugaux de la première épouse à son mari musulman<sup>217</sup>. En rejetant la possibilité que la notion de cruauté puisse varier selon le droit anglais, hindi ou la loi musulmane, le tribunal a fait remarquer que :

le test de la cruauté est fondé sur des normes universelles et humanitaires qui nous permettent d'affirmer que la conduite d'un mari qui inflige tant de souffrance mentale et corporelle à son épouse qu'il met en péril sa sécurité ou sa santé<sup>218</sup>.

À la lumière des conditions sociales actuelles, de la mobilité croissante des femmes musulmanes et des effets négatifs de la polygynie sur le bien-être des femmes, la Cour a fait le raisonnement suivant :

Il incombe aujourd'hui au mari qui a pris une deuxième femme d'expliquer ses gestes et de prouver que le fait qu'il ait pris une deuxième femme n'est pas la raison de son comportement cruel envers la première<sup>219</sup>.

Le fait que même dans un système où la polygynie est légale pour les musulmans, le mari doit prouver que le fait de prendre une deuxième femme ne constitue pas un acte de cruauté envers la

première est révélateur de la reconnaissance grandissante du fait que la polygynie constitue souvent un acte de cruauté.

### **3. Droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint**

L'un des droits des femmes le plus important et le plus difficile à faire respecter dans le monde est le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint. Les pratiques traditionnelles comme la polygynie qui nuisent à la santé mentale, physique, sexuelle et reproductive des femmes les privent non seulement du droit à la santé, mais constituent également une menace à la jouissance d'autres droits de la personne, notamment le droit à la vie, le droit à la liberté et le droit à la sécurité de la personne.

Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint a longtemps été reconnu comme un droit fondamental. Dans la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), qui date de 1946, on peut lire que :

La possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain, quelles que soient sa race, sa religion, ses opinions politiques, sa condition économique ou sociale<sup>220</sup>.

Cet engagement en regard du droit à la santé se retrouve dans d'autres instruments internationaux en matière de droits de la personne comme le *Pacte économique*, la *Convention de la femme*, la *Convention de l'enfant* ainsi que dans divers instruments régionaux<sup>221</sup>. En réalité, selon l'OMS, « chaque pays du monde est maintenant signataire d'au moins un traité sur les droits de la personne qui traite des droits relatifs à la santé, y compris le droit à la santé ainsi qu'un certain nombre de droits relatifs aux conditions nécessaires à la santé<sup>222</sup> ».

Le *Pacte économique* a élaboré le droit à la santé en y incluant l'obligation positive des États à le reconnaître. L'article 12 établit que :

Les États parties au présent Pacte [économique] reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre.

Étant donné l'association entre la polygynie et divers torts à la santé des femmes ainsi que des problèmes comportementaux et affectifs chez les enfants, la « reconnaissance » du droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint exige des États parties qu'ils interdisent les pratiques discriminatoires néfastes à la santé des femmes et des enfants. Bien qu'en vertu des dispositions du Pacte, les États ne sont pas dans l'obligation d'« assurer » le respect du droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint, ils doivent néanmoins le « reconnaître » de façon tangible. Afin d'être significative, cette reconnaissance exige des États parties qu'ils interdisent les pratiques, comme la polygynie, qui contreviennent au droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint.

À cette fin, bien que le CDESC soit conscient des contraintes en matière de ressources qui empêchent bon nombre d'États parties de fournir des soins de santé appropriés, il est clair quant au fait que :

Les États parties ont des obligations immédiates au regard du droit à la santé : par exemple, celle de garantir qu'il sera exercé sans discrimination aucune (art. 2, par. 2) et celle d'agir (art. 2, par. 1) en vue d'assurer l'application pleine et entière de l'article 12. Les mesures à prendre à cet effet doivent avoir un caractère délibéré et concret et viser au plein exercice du droit à la santé<sup>223</sup>.

Par conséquent, les États parties ont l'obligation de prendre des mesures « concrètes et précises » pour abolir les pratiques qui empêchent les femmes de jouir du droit à la santé. Le CDESC note également que l'obligation de prendre des mesures visant la pleine et entière application de l'article 12 comprend la prémunition des femmes contre « les effets de pratiques et de normes culturelles nocives qui les empêchent d'exercer pleinement leurs droits liés à la procréation<sup>224</sup> ».

Précisant ce droit général au meilleur état de santé susceptible d'être atteint, l'article 12 de la *Convention de la femme* vise à assurer que les femmes aient un accès approprié et non discriminatoire aux soins de santé. Selon les dispositions de l'article 12, les États parties ont l'obligation de :

[prendre] toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine des soins de santé en vue de leur assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les moyens d'accéder aux services médicaux, y compris ceux qui concernent la planification de la famille.

Selon la recommandation générale n° 24 du CEDEF portant sur les femmes et la santé, cet article énonce l'obligation des États de « respecter, [de] protéger et [de] garantir la réalisation des droits des femmes en matière de soins de santé<sup>225</sup> ». L'obligation de *protéger* le droit de la santé des femmes est particulièrement pertinente dans le contexte de la polygynie. Comme l'a noté le CEDEF :

L'obligation de protéger les droits relatifs à la santé des femmes implique que les États parties, leurs représentants et leurs fonctionnaires prennent des mesures pour empêcher la violation de ces droits par des personnes ou des organismes privés et répriment de telles violations<sup>226</sup>.

Puisque la polygynie constitue une menace à la santé mentale, physique, sexuelle et reproductive des femmes, les États parties doivent veiller à empêcher et éventuellement à interdire la pratique. De plus, parce que la polygynie est considérée comme une forme de violence fondée sur le sexe, les États parties devraient « [o]rganiser une formation qui tienne compte des sexospécificités afin que les professionnels de la santé puissent détecter et gérer les conséquences pour la santé » de la violence engendrée par la polygynie<sup>227</sup>.

Au cours des dix dernières années, l'attention internationale s'est tournée de plus en plus vers la santé des femmes et les facteurs qui la définissent. Ainsi, il a été écrit, dans le programme

d'action de Beijing de 1995, dans le cadre de la Quatrième Conférence mondiale sur les femmes :

Les femmes ont le droit de jouir du meilleur état possible de santé physique et mentale. La jouissance de ce droit est d'une importance cruciale pour leur vie et leur bien-être, et pour leur aptitude à participer à toutes les activités publiques et privées. La santé est un état de total bien-être physique, psychologique et social et non pas seulement l'absence de maladies ou d'infirmités. Le bien-être affectif, social et physique est déterminé aussi bien par le contexte social, politique et économique que par la biologie<sup>228</sup>.

Cette définition exhaustive de la santé des femmes est un argument de poids à l'égard de l'élimination des pratiques familiales néfastes; la polygynie, par exemple, comme il a été expliqué dans la section sur les torts située au début de ce rapport, peut avoir des conséquences sur la santé des femmes, et ce, sur divers plans — physique, mental, émotionnel, psychologique et sexuel. Selon l'approche holistique, une interférence à toute facette de la santé de la femme a un impact négatif sur l'habileté de celle-ci à atteindre un certain degré de bien-être en privé et en public.

Ainsi, si le droit à la santé est souvent abordé sous l'angle de l'accès à des soins de santé efficaces et appropriés, il est également étroitement lié à l'élimination des pratiques qui sont néfastes pour la santé des femmes. En effet, on assiste à l'augmentation de la reconnaissance internationale des effets nuisibles sur la santé de certaines pratiques traditionnelles, particulièrement sur la santé sexuelle et reproductive. Dans le programme d'action de 1995 de Beijing, on note que :

Nombreux sont ceux qui ne peuvent jouir d'une véritable santé en matière de procréation pour des raisons diverses : défaut d'éducation sexuelle; insuffisance qualitative ou quantitative des services et de l'information; comportements sexuels à risque; pratiques sociales discriminatoires; préjugés contre les femmes et les filles; limitation du droit des femmes de prendre librement leurs décisions en matière de sexualité et de fécondité<sup>229</sup>.

En ce sens, le manque d'éducation, la désinformation, le pouvoir limité des femmes et des filles sur leur vie sexuelle et les pratiques sexuelles à risque comme celles ayant lieu dans le contexte de la polygynie sont tous des éléments qui nuisent à la santé des femmes et des filles.

Dans l'histoire, les constitutions ont généralement contenu des clauses portant sur les droits civils et politiques; l'importance accordée à la santé est récente. À titre d'exemple, la constitution de l'Afrique du Sud de 1996 assure, entre autres, la protection des droits économiques, sociaux, culturels et de la santé<sup>230</sup>. Cependant, en raison de la sensibilisation croissante à l'égard de l'interdépendance des droits, les tribunaux des États dont la constitution protège des droits plus traditionnels commencent à y ajouter des notions relatives à la santé. Ainsi, dans certains systèmes nationaux, si l'État néglige les besoins en matière de santé d'un individu, cela peut être interprété comme la dénégation de son droit à la sécurité de la personne<sup>231</sup>.

Au Canada, on a pu observer un raisonnement semblable dans la décision relative à l'affaire *Morgentaler*<sup>232</sup> de 1988, dans laquelle la Cour suprême a établi que la criminalisation de l'avortement, en vertu de quoi une femme enceinte serait dans l'obligation de mener un enfant à terme, violait le droit à la sécurité de la personne. Ainsi, même si le droit à la santé n'est pas protégé sur un territoire, il demeure possible de prouver qu'en exposant davantage la femme aux maladies transmissibles sexuellement au moyen de réseaux sexuels concurrents, la polygynie porte atteinte au droit à la sécurité de sa personne. Lorsque la polygynie est pratiquée comme moyen de maximiser la reproduction et qu'elle est tolérée par l'État, l'incapacité de la femme d'espacer de manière saine ses grossesses peut également être interprétée comme une atteinte au droit à la sécurité de sa personne.

#### **4. Droit de ne pas être soumis à l'esclavage**

À la suite de l'examen des inégalités présentes dans les familles polygynes, certains spécialistes ont remarqué que la polygynie telle que pratiquée dans certains contextes ressemblait de très près à l'esclavage en empêchant les femmes de refuser d'occuper des rôles de services<sup>233</sup>. Comme le note Weisbrod, les liens entre la notion d'esclavage et celle de mariage sont le lieu commun de plusieurs écrits et chansons du folklore<sup>234</sup>. Cette analogie à l'esclavage est particulièrement pertinente dans les familles polygynes où les femmes et les filles sont restreintes à des rôles stéréotypés de services et de reproduction.

Par exemple, chez les Bountiful vivant en Colombie-Britannique, des inspecteurs des écoles de cette province ont reconnu que dans les écoles privées de la communauté, les filles étaient seulement autorisées à « préparer les repas et ramasser » et à « coudre et apprendre d'autres types de travaux de couture<sup>235</sup> ». En exigeant des filles et des femmes qu'elles adoptent des rôles de service à un jeune âge, la polygynie, dans ce contexte, restreint la femme à un rôle de soumission.

De plus, parce que dans beaucoup de cultures polygynes, la reproduction est essentielle au salut ou à l'atteinte d'un bien-être général, les femmes risquent d'être des esclaves sexuelles et de perdre le contrôle sur leur propre fécondité. Par exemple, chez les mormons fondamentalistes, les unions polygynes sont régies par la « Loi de la chasteté » en vertu de laquelle les rapports sexuels servent uniquement à la reproduction et ont donc lieu uniquement pendant l'ovulation des filles et des femmes<sup>236</sup>. De tels enseignements privent donc les femmes de l'accès à des choix en matière de reproduction qui leur permettraient d'empêcher ou d'espacer les grossesses. Dans certains contextes islamiques et arabes, ce n'est pas le nombre d'enfants qui importe, mais bien le nombre de fils<sup>237</sup>. Les femmes sont donc restreintes à un rôle de reproduction qui peut être néfastes pour leur santé physique et psychologique.

En outre, même si les mariages impliquant des enfants ne sont pas une réalité dans tous les contextes polygynes, le fait qu'ils soient célébrés dans certaines communautés contrevient au droit des filles de ne pas être soumis à l'esclavage en raison d'un mariage précoce ou forcé<sup>238</sup>.

## 5. Droit à un niveau de vie suffisant

Il n'y a qu'à regarder les torts économiques que cause la polygynie pour comprendre qu'elle nuit à la capacité de l'individu d'atteindre un niveau de vie adéquat. Parce qu'à certains endroits, la polygynie empêche des familles d'atteindre un niveau de vie adéquat et qu'elle est une source de tension pour les épouses multiples en raison de l'inégalité économique avec les hommes et la reproduction excessive, elle ébranle l'habileté des femmes et des enfants de bénéficier de soins médicaux, de nourriture et de vêtements en quantité suffisante, et même d'un toit.

Le droit à un niveau de vie adéquat a été reconnu pour la première fois dans l'article 25 de la Déclaration universelle :

Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires...

L'existence de ce droit a été réitérée dans le Pacte économique, qui, en vertu de l'article 11, exige des États parties qu'ils le reconnaissent :

Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence.

Bien que le terme « reconnaître » ne revête pas le même sens de l'obligation que le terme « assurer », il exige néanmoins des États parties qu'ils luttent contre les pratiques néfastes, comme la polygynie, qui empêchent l'individu d'atteindre un niveau de vie suffisant.

En outre, l'article 13 de la *Convention de la femme* oblige les États parties à :

prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans... [les] domaines de la vie économique et sociale, afin d'assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les mêmes droits et, en particulier : a) Le droit aux prestations familiales...

Il est manifeste que le droit égal aux « prestations familiales » comprend tout bénéfice que peut recevoir une famille par le biais d'un emploi, de la sécurité sociale ou des soins médicaux protégés en vertu d'une politique gouvernementale. Au sein des familles polygynes, les épouses n'ont pas droit à leur part quand le mari bénéficie d'une prestation destinée à être divisée entre deux conjoints; en effet, le mari s'accapare la moitié des prestations et le reste doit être divisé entre les épouses, ce qui fait que celles-ci ne reçoivent qu'une fraction de ce que reçoit leur mari.

Là où des pratiques familiales néfastes comme la polygynie sont acceptées et même encouragées par la législation nationale ou la non-application de dispositions relatives à la criminalité, le droit des femmes de ne pas subir de discrimination économique et sociale, surtout en regard des prestations familiales, est violé.

## D. CITOYENNETÉ

### 1. Droit de recevoir et de répandre l'information

Quand la polygynie est pratiquée dans un contexte social où les femmes et les enfants sont privés d'un accès à l'information et à l'éducation qui leur permettrait de connaître les dangers de la pratique, les alternatives en matière de relations conjugales et de reproduction et d'autres renseignements plus généraux, leur habileté à faire des choix en toute connaissance de cause et leur participation à titre de citoyen s'en voient menacées. Le droit de recevoir et de répandre l'information est essentiel à la capacité des personnes d'exercer leurs droits. Le paragraphe 19(2) du *Pacte politique* se lit comme suit :

Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre de l'information et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.

L'importance du droit de recevoir l'information pour assurer le bien-être des femmes en matière de reproduction est spécialement soulignée au paragraphe 10(h) de la *Convention de la femme*, qui vise à assurer aux femmes « [l]'accès à des renseignements spécifiques d'ordre éducatif tendant à assurer la santé et le bien-être des familles, y compris l'information et des conseils relatifs à la planification de la famille ».

Bien que dans l'histoire, ce droit de recevoir l'information ait été interprété comme un droit négatif allant à l'encontre de l'interférence du gouvernement, certains spécialistes soutiennent maintenant qu'il impose une responsabilité positive aux États d'offrir les renseignements portant sur les choix relatifs à la santé reproductive<sup>239</sup>. En effet, en ce qui concerne le contexte des Bountiful de la Colombie-Britannique, il se peut que le Canada soit dans l'obligation d'assurer qu'un minimum d'information sur les relations conjugales et la reproduction parvienne aux filles et aux femmes. En général, il est difficile pour les adolescents de trouver des renseignements exacts sur la reproduction; cette difficulté est d'autant plus grande au sein d'une communauté fermée où les autorités religieuses contrôlent le programme éducationnel.

Un ancien professeur de la communauté des Bountiful de la Colombie-Britannique a avoué que les élèves savaient peu de choses sur ce qui passait en-dehors de leur communauté<sup>240</sup>. Si cette ignorance peut s'expliquer en partie par l'isolation des lieux, elle est également le résultat de la désinformation. Par exemple, des rapports ont révélé que dans les cours de sciences, on disait aux élèves que l'homme n'avait jamais marché sur la lune<sup>241</sup>. On rapporte également que dans un examen final de biologie, on demandait aux élèves d'exprimer « leur opinion personnelle » sur « la place et le caractère céleste du mariage, l'obéissance [et] le fait d'élever des enfants...<sup>242</sup> ». Si en plus de priver les filles de l'accès à l'information de base relative à la santé, on leur demande d'adhérer à une conception religieuse de la reproduction au cours de leur éducation, on élimine du même coup la possibilité qu'elles reconnaissent les bienfaits de retarder la procréation jusqu'à ce qu'elles atteignent la maturité physique et mentale, et d'avoir des grossesses espacées ainsi que leur capacité de prendre des décisions en connaissant les conséquences possibles de

l'activité sexuelle et reproductive sur la santé. En ce sens, les torts psychologiques aux filles et aux femmes sont renforcés par un manque de connaissance qui empêche toute forme de consentement éclairé.

Si l'État canadien rendait l'éducation sexuelle obligatoire malgré le désaccord des chefs religieux et des parents, le droit international en matière de droits de la personne approuverait sa démarche. Les tribunaux des droits de la personne penchent de plus en plus du côté de l'éducation lorsqu'on leur présente des arguments de nature religieuse ou de liberté morale<sup>243</sup>. À titre d'exemple, la Cour européenne des droits de l'homme, dans une affaire relative à l'éducation sexuelle obligatoire dans les écoles, a exprimé une certaine compréhension à l'égard du point de vue des parents, mais elle a maintenu sa décision relative à l'éducation sexuelle, déclarant que :

le programme doit être transmis d'une manière objective, critique et pluraliste [et ne] doit pas viser l'endoctrinement qui pourrait être considéré comme le non-respect des convictions religieuses et philosophiques des parents<sup>244</sup>.

Même si les écoles des Bountiful sont privées, les normes en droits de la personne devraient faire en sorte que le gouvernement offre aux filles et aux femmes de l'information de base sur la sexualité par le biais du système d'éducation.

## **2. Droit à l'éducation**

Tout comme le droit à l'information, le droit à l'éducation est bien articulé dans le droit international en matière de droits de la personne. L'article 26 de la *Déclaration universelle* établit que :

Toute personne a droit à l'éducation... L'éducation doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et au renforcement du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ce droit est défini plus en profondeur dans l'article 13 du *Pacte économique* :

[Les États parties] conviennent que l'éducation doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et du sens de sa dignité et renforcer le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dans son observation générale n° 13 sur le droit à l'éducation, le CDESC souligne le rôle particulier que l'éducation peut jouer dans le fait de rendre plus forts les femmes et les enfants. On peut y lire que :

L'éducation joue un rôle majeur, qu'il s'agisse de rendre les femmes autonomes, de protéger les enfants contre l'exploitation de leur travail, l'exercice d'un travail dangereux ou l'exploitation sexuelle, de promouvoir les droits de l'homme et la démocratie, de préserver l'environnement ou encore de maîtriser l'accroissement de la population<sup>245</sup>.

De cette façon, le CDESC reconnaît le rôle que peut jouer l'éducation dans la lutte contre les pratiques néfastes aux femmes et aux enfants; cependant, pour qu'elle puisse jouer un tel rôle, il est impératif qu'elle soit accessible de façon égale aux garçons et aux filles et qu'elle ne soit pas utilisée comme instrument social pour renforcer les rôles de genre traditionnels. À cette fin, l'alinéa 10a) de la *Convention de la femme* stipule que les États parties doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, « les mêmes conditions d'orientation professionnelle ». De plus, l'alinéa 10c) appelle à « l'élimination de toute conception stéréotypée des rôles de l'homme et de la femme à tous les niveaux et dans toutes les formes d'enseignement ».

Cependant, au Canada, les femmes et les filles de la communauté des Bountiful de la Colombie-Britannique sont soumises à des normes discriminatoires et inégales en ce qui a trait à l'éducation. Par exemple, les sermons du prophète mormon fondamentaliste Warren Jeffs, dans lesquels l'accent est souvent mis sur l'importance céleste de la polygynie et le devoir du mariage, font partie du programme éducationnel de la communauté<sup>246</sup>. Le gouvernement de la Colombie-Britannique continue de financer un système d'écoles privées qui apprend uniquement aux filles, comme l'ont admis des inspecteurs du Ministry of Advanced Education, Training and Technology, à « préparer les repas et ramasser » et à « coudre et apprendre d'autres types de travaux de couture<sup>247</sup> », ce qui contrevient au droit à l'éducation des femmes et des filles conformément à l'article 10 et à l'alinéa 14(2)d) de la *Convention de la femme*, aux articles 13 et 14 du *Pacte économique* ainsi qu'à l'article 26 de la *Déclaration universelle*.

### **3. Droit des femmes à la liberté de religion**

Bien que l'on cite souvent des arguments relatifs à la liberté de religion pour défendre la pratique de la polygynie (dans les contextes des mormons fondamentalistes ou des musulmans), il est important de faire remarquer que le respect du droit des femmes à la liberté de religion est également ébranlé par les interprétations religieuses patriarcales qui promeuvent les pratiques néfastes et inégales. Les interprétations religieuses qui donnent le feu vert à la polygynie constituent une source importante de querelle au sein des adhérents à l'islam et au mormonisme (dont la branche principale a redéfini ses principes religieux dans les années 1890 et interdit maintenant la pratique)<sup>248</sup>. À propos du contexte islamique, un spécialiste a parlé de la polygynie comme d'« un exemple de la façon dont l'interprétation patriarcale peut l'emporter et régner<sup>249</sup> ». Amira Mashhour souligne ainsi le fait que bien que l'autorisation de la pratique de la polygynie ait été fréquente dans les sociétés préislamiques, la restriction du nombre d'épouses avait constitué un pas important vers la restriction de la pratique et la réalisation de l'égalité entre les genres<sup>250</sup>.

En outre, le verset du Coran en vertu duquel la polygynie est permise peut être interprété de différentes façons :

Et si vous craignez de n'être pas justes envers les orphelins... Il est permis d'épouser deux, trois ou quatre, parmi les femmes qui vous plaisent. Mais si vous craignez de n'être pas justes avec celles-ci, alors une seule, ou des esclaves que vous possédez. Cela afin de ne pas faire d'injustice (ou de ne pas aggraver votre charge de famille)<sup>251</sup>.

Comme le soutiennent Mashhour et d'autres, le verset peut être interprété non pas comme une recommandation à pratiquer la polygynie ou comme un droit absolu, mais comme une autorisation de la pratiquer uniquement dans des circonstances précises et à la condition que le mari soit juste envers chacune de ses épouses. C'est pour cette raison que certains croient que le Coran autorise la polygynie, mais considère la monogamie comme un idéal<sup>252</sup>. Voilà précisément ce qui a convaincu le chef tunisien nationaliste Habib Bourguiba d'interdire la polygynie. En affirmant que le traitement égal envers les épouses était impossible à respecter, Bourguiba a soutenu que lors de la révélation du Coran, il avait été établi que la polygynie pouvait être pratiquée seulement dans des conditions particulières, et qu'à l'instar de l'esclavage, elle devait être interdite<sup>253</sup>.

Comme le montrent ces différentes interprétations, il existe souvent plusieurs systèmes de croyance au sein d'une même religion. Cependant, si l'interprétation patriarcale domine, il se peut que les femmes n'aient pas le droit d'établir leurs propres croyances religieuses ni d'en rejeter d'autres. Dans l'examen du droit à la liberté de religion à travers ce point de vue, il est important de mentionner que même si cela a fait l'objet d'un grand débat, on a finalement ajouté le droit de changer de religion ou de conviction à l'article 18 de la *Déclaration universelle*<sup>254</sup>. Plusieurs pays islamiques ont d'abord exprimé leur désaccord à l'égard de cet ajout, affirmant que le droit de changer de religion ou de conviction était contraire à leur interprétation du Coran; finalement, tous les États membres musulmans à l'exception de l'Arabie saoudite ont voté en faveur de la *Déclaration universelle* et du plein exercice de ce droit<sup>255</sup>. La formulation finale de l'article 18 indique le rôle essentiel que doivent jouer les notions de choix et de liberté dans le domaine de la religion et de la conviction :

Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites.

Dans l'analyse de l'article 18, si l'on considère que les différentes croyances religieuses sont de valeur égale, on doit également considérer les croyances de nature non religieuse<sup>256</sup>. À ce sujet, la *Déclaration universelle* a établi ce qu'on appelle la liberté d'adhérer à une religion, qui est reflétée dans le paragraphe 18(1) du *Pacte politique*. Dans son observation générale sur l'article, le Comité des droits de l'homme a clairement indiqué que « l'article 18 protège les convictions théistes, non théistes et athées ainsi que le droit de ne professer aucune religion ou conviction<sup>257</sup> ».

Cette liberté d'adhérer à une religion est présente dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Kokkinakis c. Grèce*, le plaignant a demandé à la Cour européenne des droits de l'homme de décriminaliser le prosélytisme<sup>258</sup>. En soulignant les principes religieux de l'article 9, qui porte sur la garantie de la liberté de religion, de la Convention européenne, la Cour a noté que la liberté de pensée, de conscience et de religion :

figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme — chèrement conquis au cours des siècles, consubstantiel à pareille société<sup>259</sup>.

Dans ce paragraphe, la Cour a été claire quant à la portée de la liberté de religion, qui s'étend aux croyants et non-croyants. En ce sens, au sein d'une société démocratique, la notion de liberté de religion ne peut être distincte de la liberté d'adhérer à une religion. Si l'interprétation patriarcale est présentée comme l'« unique » angle d'une religion et la seule qui bénéficie de la protection du gouvernement au détriment des autres, elle se trouve imposée de manière excessive à ceux qui, s'ils avaient le choix de prendre une décision libre et éclairée, n'adhéreraient pas à cette interprétation.

Si la Cour, dans l'affaire *Kokkinakis*, a finalement déclaré que la mesure incriminée contrevenait de façon injustifiable à l'article 9 en raison de sa portée trop étendue, elle a accepté l'argument de la Grèce à l'effet qu'une telle loi serait justifiée si elle était limitée au « prosélytisme abusif<sup>260</sup> ». Dans la défense de sa loi, le gouvernement grec avait soutenu qu'un État démocratique se devait « d'assurer la jouissance paisible des libertés individuelles de quiconque vit sur son territoire<sup>261</sup> ». Il avait également insisté sur le fait que « [s'il] ne veillait pas à protéger la conscience religieuse et la dignité d'une personne contre des tentatives d'influence par des moyens immoraux et mensongers, l'article 9 par. 2 se trouverait en pratique privée de toute valeur<sup>262</sup> ». Bien que la Cour ait considéré que la portée de la mesure incriminée était trop étendue, elle a déclaré que celle-ci « poursuivait un but légitime sous l'angle de l'article 9 par. 2 : la protection des droits et libertés d'autrui<sup>263</sup> ».

L'importance de la liberté d'adhérer à une religion a été soulignée par bon nombre de groupes au cours du récent débat qui a entouré l'arbitrage religieux en Ontario. Certains spécialistes ont fait remarquer que la majorité des gens « croyaient que la loi religieuse avait sa place dans les églises, les synagogues, les mosquées et les temples, mais pas dans les tribunaux administratifs<sup>264</sup> », ce qui fait écho à l'argument selon lequel les États non théocratiques comme le Canada ne devraient pas permettre les enseignements et les lois religieuses particulières<sup>265</sup>.

De façon plus importante, le Conseil canadien de femmes musulmanes (CCFM) répond ceci aux partisans de l'arbitrage religieux qui semblent se soucier du fait que les intérêts des musulmans canadiens soient respectés : « l'introduction de la shari'a pour juger des affaires relatives aux familles musulmanes ne résoudra pas de problèmes; au contraire, elle pourrait les exacerber<sup>266</sup> ». Bien qu'il soit en accord avec les inquiétudes religieuses des musulmans canadiens, le CCFM croit que les mêmes lois devraient s'appliquer aux femmes musulmanes et aux autres

Canadiennes. Plutôt que de considérer les lois laïques comme étant contraires à l'islam, le CCFM affirme que « les valeurs de compassion, de justice sociale et des droits de la personne, y compris l'égalité, sont à la fois le fondement de l'islam et de la législation canadienne<sup>267</sup> ». Ainsi, le CCFM exprime clairement son désir qu'au Canada, toute personne soit libre de l'imposition de lois religieuses (parmi lesquelles les interprétations qui permettent la polygynie) et que les musulmans bénéficient des lois familiales fondées sur l'égalité dont bénéficient tous les Canadiens.

En plus du droit d'être libre d'adhérer à une religion, le *Pacte politique* met l'accent sur le rôle de la liberté de choix de pensée, de conscience et de religion. Le paragraphe 18(2) se lit comme suit :

Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix.

Cette interdiction de contraintes revêt un sens particulier sur les territoires où les États autorisent la polygynie, ou refusent de l'interdire. En effet, là où les maris bénéficient d'une autorisation légale ou de fait de prendre plus d'une femme, la liberté de croyance des femmes pour qui la polygynie est contraire à leur interprétation de la religion est bafouée.

De plus, même là où les femmes ont exprimé ouvertement que la polygynie faisait partie de leur système de croyances religieuses<sup>268</sup>, on peut se poser quelques questions en lien avec la définition de contrainte contenue dans le paragraphe 18(2). Comme l'a noté le CDH, la portée du paragraphe 18(2) s'étend au-delà des moyens de contraintes traditionnels comme le recours ou la menace de recours à la force physique ou encore les sanctions pénales. Elle comprend également :

les politiques ou les pratiques ayant le même but ou le même effet, telles que, par exemple, celles restreignant l'accès à l'éducation, aux soins médicaux et à l'emploi ou les droits garantis par l'article 25 et par d'autres dispositions du Pacte.<sup>269</sup>

Dans le contexte des Bountiful, l'endoctrinement lié aux croyances religieuses qui a lieu dans le système scolaire privé, combiné à un manque d'information de base, soulève des questions quant aux contraintes relatives aux croyances religieuses. Cela met en relief la nécessité que l'administration provinciale de la Colombie-Britannique applique des normes objectives en matière d'information et d'éducation, en ligne avec leurs propres lignes directrices et les obligations internationales du Canada.

#### **4. Droit des femmes d'avoir leur vie culturelle**

Le droit de jouir d'une culture est garanti par plusieurs instruments internationaux en matière de droits de la personne comme le *Pacte politique* et le *Pacte économique*. L'article 27 du *Pacte politique* protège les droits relatifs aux minorités culturelles en exigeant qu'au sein des minorités linguistiques, ethniques ou religieuses « les personnes appartenant à ces minorités ne [puissent] être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie

culturelle... ». Le droit des minorités à avoir leur vie culturelle a été défendu dans l'affaire *Lovelace c. Canada*<sup>270</sup>, où le CDH a reconnu que l'on avait injustement porté préjudice au droit de M<sup>me</sup> Lovelace d'avoir la culture autochtone. Le Comité a établi qu'une disposition de la *Loi sur les Indiens* à l'effet qu'à la suite d'un mariage célébré en-dehors de leur tribu, les femmes autochtones et leurs enfants perdaient leur statut d'autochtone, contrevenait au droit à la culture. Cependant, le Comité n'a pas réussi à attirer l'attention sur la nature discriminatoire de la loi, qui s'applique seulement aux femmes; elle a plutôt choisi de mettre l'accent sur la violation du droit d'avoir une culture<sup>271</sup>.

Alors que la violation de l'article 27 dans l'affaire *Lovelace* impliquait une interférence positive législative dans le droit à la culture, le Comité a par la suite interprété l'article 27 comme un droit négatif sans interférences afin d'y ajouter des obligations pour les États parties. Dans sa recommandation générale n° 23 sur le droit des minorités, le CDH précise que les États parties ont l'obligation :

de veiller à ce que l'existence et l'exercice de ce droit soient protégés et à ce que ce droit ne soit ni refusé ni violé. C'est pourquoi, il faut prendre des mesures positives de protection, non seulement contre les actes commis par l'État partie lui-même, par l'entremise de ses autorités législatives, judiciaires ou administratives, mais également contre les actes commis par d'autres personnes se trouvant sur le territoire de l'État partie<sup>272</sup>.

À cet égard, là où des pratiques comme la polygynie empêchent les femmes de s'associer librement avec d'autres, d'avoir accès à l'information culturelle et de la répandre et de définir les pratiques qui constituent la « culture », les États parties ont l'obligation de prendre des mesures de protection du droit à la culture.

Le Pacte économique va plus loin que le Pacte politique et propose un droit à la culture dont tout individu peut se prévaloir, indépendamment de la nature minoritaire ou majoritaire de sa culture. L'article 15 se lit comme suit :

Les États parties au présent Pacte [économique] reconnaissent à chacun le droit : a) de participer à la vie culturelle...

Comme c'est le cas pour plusieurs droits abordés plus haut, la capacité de participer à la vie culturelle dépend du respect des autres droits de la personne. Par exemple, dans sa recommandation générale n° 11 sur les plans d'action pour l'enseignement primaire, le CDESC qualifie l'éducation d'essentielle à l'exercice efficace des droits économiques, culturels, civils et politiques<sup>273</sup>. En ce sens, là où la polygynie est renforcée par l'accès inégal et subjectif à l'éducation, les femmes et les filles sont non seulement privées de leur droit à l'éducation, mais également de leur capacité d'être activement engagées dans la vie culturelle.

La polygynie empêche les femmes et les filles d'exercer les droits culturels énoncés dans le *Pacte économique*. Dans l'observation finale de 2002 sur le Bénin du CDESC, celui-ci a :

déplor[é] le peu de progrès accomplis par l'État partie dans sa lutte contre le maintien de pratiques qui empêchent les femmes et les filles d'exercer les droits qui leur sont reconnus dans le Pacte. Il s'agit notamment de la polygamie et des mariages précoces et forcés des filles<sup>274</sup>.

Dans l'évaluation de la capacité des femmes d'avoir leur propre culture au sein des familles ou des communautés polygynes, l'analyse de Courtney Howland portant sur la façon dont les torts « privés » ou familiaux empêchent les femmes d'exercer leurs droits civils et politiques fondamentaux dans le contexte culturel peut se révéler utile. L'habileté des femmes à avoir et à définir leur propre religion, tout comme la capacité de quelqu'un de définir sa religion, peuvent être ébranlées par des interprétations religieuses patriarcales qui permettent ou encouragent les pratiques qui sont néfastes aux femmes.

Dans un pays comme le Canada où vivent des minorités ethniques, religieuses et linguistiques, l'appui à des pratiques comme la polygynie qui prive les femmes et les filles de leurs droits les plus fondamentaux les empêche d'avoir leur propre culture. Par exemple, quand les femmes vivent dans un climat de tension en raison de la situation financière et des responsabilités trop lourdes liées aux enfants, leur capacité de s'associer librement avec d'autres, garantie par l'article 22 du *Pacte politique*, se voit réduite. Sans la liberté de temps et d'argent qui permet de s'associer librement avec d'autres, la propagation et la jouissance de la culture sont sévèrement compromises.

#### IV. LIMITES DISCUTABLES AUX DROITS DES FEMMES

En matière de polygynie, certaines personnes peuvent soutenir que l'interdiction de la pratique peut priver des hommes, des femmes et des enfants des droits suivants :

##### A. LE DROIT À LA LIBERTÉ DE RELIGION ET LE DROIT À LA NON-DISCRIMINATION RELATIVE À LA RELIGION ET À L'ORIGINE ETHNIQUE

Le fait que de telles mesures violent le droit à la liberté de religion est un argument couramment soulevé contre l'interdiction ou la restriction de la polygynie. Certains commentateurs ont soutenu, par exemple, que le droit de manifester une religion ou une croyance sous la protection de la *Déclaration universelle*, du *Pacte politique* et de la *Déclaration sur l'élimination de l'intolérance et de la discrimination relative à la religion ou aux croyances sous toutes ses formes (Déclaration sur l'intolérance religieuse)*<sup>275</sup> comprend le droit de respecter et de mettre en pratique la loi religieuse à l'aide des tribunaux religieux autant sur le plan de la vie personnelle que publique<sup>276</sup>. De tels arguments s'appuient souvent sur le fait que certaines interprétations de nombreux systèmes de croyance, y compris l'islam, soutiennent que le respect de la loi religieuse fait partie intégrante de la pratique religieuse<sup>277</sup>.

Bien que de tels arguments soient importants à considérer dans le contexte de la polygynie étant donné que de nombreuses interprétations de la loi de la famille islamique et des principes de l'éducation mormone permettent la pratique de la polygynie, quelques raisons expliquent pourquoi cette argumentation est au mieux faible en vertu du droit international. Par exemple, l'article 18 du *Pacte politique* protège le droit à la liberté de religion, y compris la liberté :

d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction [...] par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement.

Toutefois, ni ledit texte ni l'observation générale sur l'article de la Commission des droits de l'homme ne comprennent d'indication concernant un droit que des lois religieuses régissent les questions d'ordre familial<sup>278</sup>. Ainsi, le droit à la liberté de religion ne permet pas de loi à statut personnel ou coutumier pour éclipser la loi laïque dans le cas de questions familiales. En effet, la liberté de se conformer à des lois religieuses ne figure pas parmi les nombreuses pratiques religieuses protégées énumérées dans la *Déclaration sur l'intolérance religieuse*<sup>279</sup>.

En outre, la *Convention de la femme* ne comprend aucune exception pour toute loi religieuse ou coutumière dans son engagement envers l'égalité des sexes. Ainsi, les dispositions d'exécution de l'alinéa 2f) de la *Convention* définissent l'obligation des États parties de « modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire, coutume ou pratique qui constitue une discrimination à l'égard des femmes ». De plus, l'obligation de l'article 3 selon laquelle les États parties « prennent [...] toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives,

pour assurer le plein développement et le progrès des femmes » interdit la défense culturelle ou religieuse de pratiques familiales discriminatoires gênant à ce développement.

Même si un droit de se conformer à des lois religieuses familiales existait, le Pacte politique n'étend pas sa protection de la liberté religieuse à ces pratiques qui violent les droits d'autrui. Le paragraphe 18(3) permet expressément d'établir des restrictions prévues par la loi à la liberté religieuse lorsqu'elles « sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui ». Par exemple, dans l'affaire *Sing Binder c. Canada*, la Commission des droits de la personne a soutenu que les libertés religieuses relatives à l'article 18 de l'auteur sikh dont la religion oblige le port d'un turban pourraient être restreintes pour de justes raisons par une loi obligeant les travailleurs fédéraux à porter un casque protecteur (un « casque de sécurité »). En l'espèce, la loi avait pour objectif de protéger les travailleurs fédéraux et donc « semblait raisonnable et destinée à atteindre des objectifs compatibles avec le Pacte<sup>280</sup> ». Les préjudices liés à la santé associés à la polygynie peuvent précisément découler de tels objectifs raisonnables d'interdire sa pratique.

Il est encore plus pertinent de mentionner que la Commission des droits de l'homme a noté dans son observation générale n° 22 que dans la restriction des pratiques religieuses :

les États parties devraient s'inspirer de la nécessité de protéger les droits garantis en vertu du Pacte, y compris le droit à l'égalité et le droit de ne faire l'objet d'aucune discrimination fondée sur les motifs spécifiés aux articles 2, 3 et 26<sup>281</sup>.

Étant donné que la Commission des droits de l'homme elle-même a conclu que la polygamie violait ces garanties d'égalité, le droit international condamne clairement la législation nationale qui interdit sa pratique en vue de protéger les droits, la santé et la sécurité des femmes et des enfants<sup>282</sup>.

La Cour suprême de Maurice a appliqué précisément ce raisonnement dans l'affaire *Bhewa c. gouvernement de Maurice* en interprétant la garantie de liberté religieuse de la Constitution ainsi que les exigences du *Pacte politique* selon lesquelles les droits des femmes sont égaux à ceux des hommes en ce qui concerne le mariage<sup>283</sup>. En agissant de la sorte, la Cour a refusé à une communauté musulmane le droit d'appliquer des lois islamiques personnelles régissant le mariage, le divorce et l'héritage. La Cour a remarqué l'équilibre important dans :

...la dualité entre la religion et l'État dans un système laïque. L'État laïque n'est pas contre la religion, mais il reconnaît la liberté de religion dans le champ qui lui appartient. L'État et la religion ont tous deux leur champ respectif : la confection des lois pour le bien du public dans le cas du premier et le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement dans le cas de la deuxième. Dès l'instant où l'on cherche à conférer aux principes et commandements religieux la force et le caractère de la loi, la religion sort de son propre champ et empiète dans celui de la confection des lois dans le sens qu'elle existe pour forcer l'État à adopter les principes et commandements religieux dans la loi...<sup>284</sup>

Compte tenu de cet équilibre dans la dualité entre l'État et la religion à l'intérieur d'un système laïque, la Cour a rejeté la demande du plaignant selon laquelle la liberté de pratiquer sa religion nécessitait l'imposition de règlements islamiques sur le mariage par le gouvernement mauricien. En outre, la Cour a indiqué que, même si l'on interprétait la liberté religieuse de la façon qu'a fait valoir le plaignant, les exceptions de la Constitution de Maurice concernant la liberté religieuse (les mêmes que celles indiquées ci-dessus dans le paragraphe 18(3) du *Pacte politique*) obligeaient le pays à interdire la polygynie. À titre de signataire du *Pacte politique*, la Cour a indiqué que le paragraphe 23(4) sur l'obligation à l'égalité des époux ainsi que les paragraphes 2(1) et 2(2) et les articles 3, 24 et 26 obligent tous Maurice à s'assurer de :

conserver la monogamie, y compris par des mesures tendant à sauvegarder la famille et à assurer le mieux possible une non-discrimination contre les femmes, qu'il s'agisse des épouses ou des enfants...<sup>285</sup>

Dans le contexte canadien, une reconnaissance judiciaire semblable des limites entre la liberté de religion des personnes et l'État à l'intérieur d'un système laïque est évidente dans l'affaire *Kaddoura c. Hammoud*<sup>286</sup>. En l'espèce, la Cour de justice de l'Ontario (division générale) décidait si une épouse devrait pouvoir récupérer le *mahr* (un présent ou une contribution promise par un futur mari musulman à sa future épouse dans l'éventualité de la dissolution de leur mariage) au moment de son divorce<sup>287</sup>. En rejetant la demande de l'épouse, la Cour a indiqué que « l'obligation du *mahr* est une obligation religieuse et ne devrait pas être considérée comme une obligation justiciable dans les tribunaux civils de l'Ontario<sup>288</sup> ». En ce sens, la Cour a reconnu que l'État n'agirait pas à titre d'agent positif pour faire valoir les obligations de nature religieuse. Elle a indiqué que :

étant donné que le *mahr* est une question religieuse, la résolution d'un litige s'y rattachant ou les conséquences de l'omission d'honorer cette obligation sont également religieuses en leur contenu et en leur contexte... Ils lient la conscience à titre de principe religieux, mais pas nécessairement à titre d'obligation exécutoire en vertu du droit civil<sup>289</sup>.

Ce raisonnement peut s'appliquer de la même façon à des cas où des demandeurs cherchent à se conformer à des lois religieuses familiales permettant la polygynie. Les États laïques ne devraient pas reconnaître ou appliquer positivement des lois religieuses qui autorisent la pratique, en particulier lorsque cette dernière mine les droits et les libertés d'autrui.

En outre, la jurisprudence des États-Unis portant sur la polygynie mormone, en particulier l'affaire *Reynolds c. États-Unis*<sup>290</sup>, a clairement reconnu que, bien que l'état du droit ne puisse intervenir dans le cas de croyance religieuse, il peut le faire lorsque les pratiques religieuses minent les droits d'autrui. Dans l'affaire *Reynolds*, la Cour suprême a indiqué que, bien que les lois :

ne puissent intervenir dans le cas de simples croyances et opinions religieuses, elles le peuvent dans le cas de pratiques. Si l'on croyait que les sacrifices humains faisaient nécessairement partie du culte religieux, invoquerait-on sérieusement que le gouvernement civil concerné ne peut intervenir pour éviter un sacrifice? Dans le cas d'une épouse qui croirait, dans le cadre de sa religion, avoir l'obligation de s'immoler sur le pieu funéraire de son défunt mari, serait-il au-delà des pouvoirs du gouvernement civil de l'empêcher de mettre sa croyance en pratique<sup>291</sup>?

Comme Deller Ross l'a indiqué, la distinction importante entre croyance et pratique tracée par la Cour suprême des États-Unis s'est reflétée dans d'autres décisions de tribunaux nationaux relativement à la polygynie<sup>292</sup>. Par exemple, dans chacun des deux cas où la High Court of India à Bombay, en Inde, a accueilli les lois régionales interdisant la polygynie hindoue (avant que le droit national ne l'interdise), cette dernière a cité la distinction entre croyance et pratique tracée par la Cour suprême des États-Unis<sup>293</sup>.

## **B. DROIT D'AVOIR UNE CULTURE**

Au-delà des arguments portant sur la liberté religieuse, certains adeptes de la polygynie ont également soutenu que la pratique était partie intégrante du droit à la vie culturelle<sup>294</sup>. Ils peuvent désigner le préambule du *Pacte économique*, qui stipule que :

conformément à la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, l'idéal de l'être humain libre, libéré de la crainte et de la misère, ne peut être réalisé que si des conditions permettent à chacun de jouir de ses [...] droits culturels.

Bien que le droit international reconnaisse clairement un droit à la vie culturelle, ce droit ne comprend pas les pratiques qui violent les droits fondamentaux et la liberté d'autrui. Par conséquent, l'article 4 du *Pacte économique* remarque que les droits proclamés à cet égard peuvent être limités au moyen des lois par les États parties « en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique ». L'élimination des pratiques culturelles qui minent les droits et la dignité des femmes et des enfants convient dans le cadre de cette optique de « bien-être général ». En outre, l'article 3 du *Pacte* exige des États parties qu'ils « [s']engagent à assurer le droit égal qu'ont l'homme et la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels ». L'interdiction des pratiques culturelles telles que la polygynie, qui minent le bien-être des femmes sur les plans de la dignité, de la santé et de l'économie, fait partie de l'équilibre important des droits dont l'État doit se charger.

En plus du *Pacte économique*, un équilibre calculé entre les libertés culturelles des minorités et la protection des droits des personnes est également présenté clairement dans le *Pacte politique*. L'article 27 du *Pacte politique* garantit certains droits culturels aux minorités en exigeant que

celles-ci ne puissent « être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle ». Bien que cette disposition ne s'appliquerait pas aux normes culturelles du groupe majoritaire (par exemple, aux endroits où la polygynie est pratiquée et fait partie de la culture majoritaire<sup>295</sup>), elle accorde un droit négatif de pratiquer leur culture aux groupes minoritaires à l'intérieur d'un État tel que le Canada. Toutefois, lorsque la disposition est lue dans le contexte de la suite du *Pacte*, il est évident que ce droit ne comprend pas de pratiques culturelles préjudiciables telles que la polygynie. Premièrement, le paragraphe 23(4) oblige les États parties à prendre « les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution ». Ce mandat d'égalité de droits et de responsabilités ne peut être respecté lorsque des pratiques conjugales inégales telles que la polygynie sont permises ou tolérées par la loi. En outre, l'article 2, qui garantit la reconnaissance des droits figurant dans le Pacte « sans distinction aucune, notamment [...] de sexe » ainsi que l'article 3, qui oblige les États à « assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte », établissent que l'égalité des sexes constitue une composante fondamentale du Pacte.

À cette fin, la Commission des droits de l'homme a déclaré que les droits culturels des minorités décrits dans l'article 27 « n'autorisent aucun État, groupe ni aucune personne à violer le droit des femmes de bénéficier dans l'égalité de tous les droits du Pacte<sup>296</sup> ». Il est évident que, comme l'indique l'analyse de Courtney Howland, les pratiques qui constituent et favorisent les inégalités familiales privent les femmes de certains de leurs droits civils et politiques fondamentaux, qui sont garantis dans le Pacte politique, et sont donc restreintes pour de justes raisons par le droit national. Ainsi, bien que la Commission des droits de l'homme ait accepté un argument portant sur les droits culturels dans l'affaire *Lovelace*, à savoir que le droit de M<sup>me</sup> Lovelace à sa culture autochtone avait été violé par des dispositions discriminatoires sur le mariage figurant dans la *Loi sur les Indiens*, elle l'a fait dans un contexte où le droit à la culture coïncidait avec le droit à l'égalité des sexes. Dans la décision de l'affaire *Lovelace*, rien n'indique qu'un droit indépendant à la culture pourrait prévaloir sur les normes en matière d'égalité des sexes.

En s'appuyant sur le *Pacte politique* et le *Pacte économique*, la Convention de la femme permet non seulement la restriction ou l'élimination par la loi des pratiques culturelles discriminatoires à l'égard des sexes, mais l'oblige. L'alinéa 2f) impose aux États parties de :

prendre toutes les mesures appropriées, y compris les dispositions législatives, pour modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire, *coutume ou pratique* qui constitue une discrimination à l'égard des femmes.

Étant donné que le CEDEF a caractérisé la polygynie de pratique discriminatoire à l'égard des sexes, cette dernière interdit non seulement les arguments relatifs aux pratiques culturelles qui justifient la pratique, mais impose également l'obligation positive de l'abolir aux États parties.

Dans le même ordre d'idées, l'alinéa 5a) fait appel aux États parties afin qu'ils prennent les mesures appropriées pour :

modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes.

Dans le cas présent, la *Convention de la femme* s'efforce d'assurer que les pratiques telles que la polygynie, qui s'appuient souvent sur des stéréotypes de reproduction ou sur la perception d'infériorité des femmes, ne sont pas justifiées sur le plan juridique par des normes culturelles ou coutumières.

Finalement, l'appui sur des arguments culturels pour justifier la polygynie sur le plan juridique omet de tenir compte de l'obligation positive de l'article 3 de la *Convention de la femme* selon laquelle les États parties doivent « assurer le plein développement et le progrès des femmes ». À cette fin, les États parties doivent prendre :

dans tous les domaines, notamment dans les domaines politique, social, économique et culturel, toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour assurer le plein développement et le progrès des femmes, en vue de leur garantir l'exercice et la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur la base de l'égalité avec les hommes.

Le « développement et l'avancement des femmes » ne peut être assuré lorsque des pratiques préjudiciables et discriminatoires sont perpétuées au nom de la culture. En fait, la référence de l'article 3 au « domaine culturel » indique clairement que, loin d'en être exclu, le domaine culturel constitue en fait le centre des obligations des États parties pour garantir l'égalité des femmes.

### **C. DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE ET FAMILIALE**

La violation du droit au respect de la vie privée et familiale constitue un autre argument soulevé contre l'interdiction de la polygynie, et en particulier contre les politiques d'immigration interdisant l'entrée de plusieurs femmes. Lorsque les unions polygynes ne sont pas reconnues dans le pays où une personne immigré<sup>297</sup> ou qu'on interdit aux femmes subséquentes l'entrée dans un pays<sup>298</sup>, toutes les personnes concernées par une telle union, y compris le mari, ses femmes et leurs enfants, peuvent soutenir que leur droit à la vie familiale a été violé sans raison.

Certains commentateurs ont soutenu que le droit à la vie familiale fait désormais partie d'une norme juridique internationale contre la séparation involontaire des familles. Starr et Brilmayer affirment que le droit individuel à la vie privée, le droit au mariage, les droits des enfants, les droits parentaux et les dispositions qui protègent la famille à titre d'institution comptent de façon cumulative pour une telle norme<sup>299</sup>.

Dans l'affaire de *Bibi c. Royaume-Uni*, la Commission européenne des droits de l'homme avait traité de la question de la séparation involontaire des familles dans un cas amené par la fille d'une femme bangladaise polygyne<sup>300</sup>. La demanderesse a prétendu que son droit au respect de la vie familiale en vertu du paragraphe 8(1) de la *Convention européenne* avait été violé par les lois de l'immigration du Royaume-Uni, qui interdisaient l'entrée de plus d'une épouse par immigrant<sup>301</sup>. En l'espèce, le père de la demanderesse avait déjà amené sa deuxième femme au Royaume-Uni avec ses enfants, séparant ainsi ces derniers de leur mère, qui a été contrainte de rester au Bangladesh. Bien que la Commission ait conclu que le droit de la plaignante en vertu du paragraphe 8(1) avait été violé, elle a soutenu que la loi du Royaume-Uni était justifiée dans le but de préserver la définition chrétienne monogamique du mariage dans le cadre de l'exception de la « protection de la morale » en vertu du paragraphe 8(2) de la *Convention*<sup>302</sup>.

En prenant cette décision, la Commission a manqué une occasion importante d'entreprendre une analyse des droits de la polygynie dans le contexte de l'immigration, en particulier parce que l'une des exceptions du paragraphe 8(2) est indispensable à la loi « pour la protection des droits et des libertés des autres ». Dans une telle analyse, il est permis de penser que la Commission aurait dû tenir compte des violations de droit liées à la polygynie et de la base politique publique consécutive pour exclusion de telles familles, d'un côté dans une tentative d'empêcher la pratique, de l'autre côté dans les violations associées à la séparation involontaire d'une famille. Malgré le faible raisonnement de la Cour, le cas demeure tout de même pertinent pour souligner l'un des scénarios de transition les plus difficiles que le droit international et le droit national doivent prendre en considération.

En effet, la conséquence immédiate pour cette demanderesse et sa mère était qu'elles aillaient demeurer séparées (à moins que la plaignante ne déménage au Bangladesh). Les maris risquent de choisir d'emmener leur femme préférée, souvent plus jeune, laissant la première femme vulnérable et isolée dans leur pays d'origine<sup>303</sup>, en particulier lorsque des États tels que le Royaume-Uni ou le Canada interdisent l'entrée de plusieurs épouses en raison de leur propre interdiction nationale de la pratique<sup>304</sup>. Certains commentateurs, notamment Prakash A. Shah, soutiennent que les politiques d'immigration limitatives ne tiennent pas compte de l'extrême vulnérabilité des femmes qui sont laissées dans leur État d'origine<sup>305</sup>. La femme est souvent laissée sans aucun recours juridique pour lui assurer le soutien de son mari. En outre, même si la femme laissée reçoit un jugement d'entretien d'un conjoint dans son pays d'origine, sa capacité d'exécuter ce jugement reposera sur l'application réciproque des jugements émis par son pays d'origine et par le nouveau pays de résidence de son mari. Finalement, étant donné les enjeux économiques auxquels sont confrontées les femmes polygyne, leur pauvreté peut les empêcher d'intenter une action en justice en vue de recevoir ou d'obtenir l'exécution d'un jugement d'entretien d'un conjoint.

Les difficultés de transition que de telles politiques d'immigration soulèvent doivent toutefois être comparées à la vulnérabilité encore plus importante qu'une politique de « libre entrée » des familles polygyne créerait. La situation qui a prévalu pendant plusieurs décennies en France est peut-être plus évidente, qui reconnaissait légalement et autorisait l'immigration de familles

polygynes étrangères lorsque les mariages étaient valides dans les ressorts d'origine<sup>306</sup>. Bien que les mariages polygynes ne pouvaient être légalement consolidés en France, le modèle de reconnaissance et d'immigration était motivé par un besoin de main-d'œuvre étrangère après la guerre. La politique a permis à des immigrants de sexe masculin d'emmener plusieurs femmes dans le pays au moyen de visas de conjoint prolongés<sup>307</sup>. Les Ouest-Africains étant les principaux à tirer parti de la politique ainsi que les Algériens et les Marocains dans une moins grande proportion<sup>308</sup>, plus de 200 000 personnes vivaient dans des familles polygynes en France dans les années 1990. Ces familles se sont entassées dans des enclaves et dans les banlieues pauvres de Paris où elles formaient encore une majorité dans certaines communautés au début des années 2000<sup>309</sup>.

Les lacunes d'une telle politique sont devenues visibles dans les années 1980 et au début des années 1990 lorsque les groupes de défense des droits des Africaines en France ont commencé à contester les mauvaises conditions de vie des femmes vivant dans des unions polygynes<sup>310</sup>. Un grand nombre des problèmes soulevés faisaient écho à ceux résumés dans ce rapport, y compris la compétition préjudiciable entre les femmes d'un même mari, la négligence envers la conjointe et le mariage précoce forcé. En outre, les atteintes à la vie privée étaient particulièrement aggravées dans le contexte français où les frais de logement rendaient les ententes de domicile séparé non viables économiquement pour la majorité des familles polygynes<sup>311</sup>. L'animosité découlant de l'aversion de la population de la France envers la pratique qu'ont souvent subie un grand nombre de femmes et d'enfants s'ajoute aux préjudices psychologiques et émotionnels ainsi qu'aux préjudices relatifs à la santé dont ont souffert les femmes vivant dans des unions polygynes<sup>312</sup>. En outre, les deuxième et troisième femmes polygynes éprouvaient parfois de la difficulté à obtenir des prestations d'assurance maladie et de sécurité sociale même si elles détenaient les documents de résidence et de travail adéquats. En réponse à cette accumulation de préjudices, certains groupes de défense des droits des femmes africaines ont commencé à faire pression sur le gouvernement pour que celui-ci modifie sa politique d'immigration en vue de dissuader la pratique de la polygynie<sup>313</sup>.

Toutefois, la réponse légale de la France qui a suivi ces mesures a échoué, car les familles polygynes qui vivaient déjà en France devaient être protégées. Plutôt que d'affronter les problèmes de transition qui sont survenus lorsque la France a pris des mesures légitimes pour dissuader une pratique préjudiciable, le gouvernement a tenté d'éliminer la polygynie de façon rétroactive même s'il était à l'origine de l'autorisation, voire même l'encouragement de l'immigration de telles familles. La *Loi Pasqua* (nommée selon le ministre de l'Intérieur de l'époque, Charles Pasqua), qui a été promulguée en 1993, a modifié la politique d'immigration de façon à ce que des documents de travail et un visa de conjoint ne soient délivrés qu'à une seule épouse par immigrant<sup>314</sup>. Toutefois, l'aspect extrêmement troublant de la Loi était sa nature rétroactive.

Plutôt que d'appliquer la *Loi Pasqua* uniquement aux nouveaux immigrants, on l'appliquait de façon rétroactive aux familles polygynes qui vivaient déjà en France. Cette situation signifiait qu'à moins que les différentes épouses ne divorcent et ne se séparent physiquement de leurs

ménages (ce que la majorité d'entre elles ne pouvaient pas se permettre), elles perdraient leurs documents de résidence et de travail ainsi que leurs prestations de sécurité sociale en plus de risquer la déportation<sup>315</sup>. La sévérité de la politique était atténuée seulement en raison des lois françaises, qui interdisent la déportation de parents dont les enfants sont nés en France<sup>316</sup>. Une circulaire publiée en 2000 a dénoncé davantage l'injustice de la Loi en officialisant une politique évitant l'application des dispositions rétroactives à la première femme, mais pas aux femmes subséquentes. Cette politique a augmenté la précarité de la situation des femmes subséquentes. Étant donné que les familles polygynes en France et ailleurs sont souvent pauvres, le refus rétroactif de prestations de sécurité sociale pour les deuxièmes femmes était particulièrement dévastateur<sup>317</sup>. En plus, malgré les projets récents du gouvernement en vue d'assouplir la Loi en abaissant les normes pour les épouses polygynes relativement à l'obtention de permis de travail, « les mesures ne répareront pas les dommages<sup>318</sup> ».

Par conséquent, il est évident que l'interdiction de la polygynie nécessite un équilibre soigné des droits et des intérêts pendant les étapes de transition afin de protéger les membres vulnérables des familles polygynes. La nature rétroactive de la loi française a omis de protéger les épouses en obligeant un grand nombre d'entre elles à la vie et au travail illégaux (« sans papiers »)<sup>319</sup>. En effet, une circulaire du ministre de l'Intérieur en date d'août 2000 et soutenant ces dispositions citait des documents « cohérents » du Conseil d'État selon lesquels les familles polygynes n'étaient pas concernées par l'article 8 de la *Convention européenne portant sur la protection de la vie privée et familiale*<sup>320</sup>. Ces arrêts sont clairement réfutés par la Commission européenne des droits de l'homme dans la conclusion ci-dessus de l'affaire *Bibi*, selon laquelle on a effectivement entravé le droit de la plaignante à la vie familiale de l'article 8 (même si, en bout de ligne, l'action était justifiée)<sup>321</sup>. Il est évident que la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme considère que les familles polygames ont le droit à la vie privée et familiale. Ceci étant dit, il appartient aux États comme la France de fournir un niveau de protection à de telles familles s'il y a lieu — la *Loi Pasqua* a échoué sur ce plan.

Cependant, en soutenant que l'exécution par la France de la *Loi Pasqua* viole les normes juridiques internationales contre la séparation involontaire des familles, des commentateurs comme Starr et Brilmayer ont fait preuve de prudence en se concentrant sur la nature rétroactive de la Loi. Ils indiquent clairement que cette demande :

ne doit pas faire l'objet d'une interprétation selon laquelle les lois françaises ne font aucune distinction entre les mariages polygames et monogamiques ni selon laquelle la France doit autoriser les mariages polygames<sup>322</sup>.

Starr et Brilmayer établissent plutôt une distinction entre les lois qui restreignent la formation de certains types de famille et celles qui nécessitent une séparation familiale rétroactive. Ainsi, bien que le droit international interdise clairement aux États de restreindre la formation de certains types de famille (par exemple, les mariages interraciaux<sup>323</sup>), il ne les contraint pas à autoriser la formation d'unions polygynes. En fait, il les invite à éliminer la pratique. Bien qu'il n'y ait pas de consensus international sur les moyens les plus appropriés d'atteindre l'objectif, et ce,

précisément en tenant compte du type de problèmes de transition auquel a été confrontée la France, les États s'entendent pourtant pour dire que la polygynie viole le droit des femmes d'être libre de toutes formes de discrimination.

La plupart des États reconnaissent la différence entre l'exclusion proactive et rétroactive. En fait, l'exclusion proactive des épouses multiples, même lorsque leur mariage a été célébré outre-mer de façon valide, constitue actuellement la norme dans de nombreux États de l'Ouest dont la France, les États-Unis et le Canada. Bien que le droit international interdise les politiques d'immigration discriminatoires à l'égard de la race, les commentateurs ont remarqué qu'aucune interdiction de cette nature ne s'applique aux familles polygynes<sup>324</sup>.

Le CEDEF n'a émis aucune déclaration significative indiquant si les pays devraient établir la distinction entre les unions monogames et polygynes aux fins de l'immigration. Les problèmes de transition entourant la séparation involontaire des familles et la vulnérabilité particulière des femmes à qui l'on impose de rester dans leur pays d'origine pourraient expliquer pourquoi le consensus relatif à l'immigration est plus lézardé. Malgré l'absence d'une entente portant sur ces difficiles questions de transition, le solide consensus parmi les organes créés par traité, les États nationaux et le droit international en général devrait demeurer à l'égard du fait que la polygynie constitue une violation du droit des femmes d'être libres de toutes formes de discrimination et donc que la polygynie ne devrait pas être favorisée par les lois intérieures qui la permettent ou la reconnaissent dans certains ressorts.

## V. LA PRATIQUE DES ÉTATS ET L'*OPINIO JURIS*

Le droit international coutumier est constitué de deux éléments : 1) la pratique internationale régulière et générale des États; et, 2) l'acceptation subjective de la coutume comme source de droit par la communauté internationale (*opinio juris*)<sup>325</sup>. La présente section du rapport se concentre sur la pratique des États. Plusieurs sources peuvent constituer une preuve de l'*opinio juris*. Celles-ci comprennent (mais ne s'y limitent pas) la correspondance diplomatique, les opinions des bureaux d'immigration, les lois et les politiques sur l'immigration (en particulier celles des États comme le Canada qui interdisent l'entrée aux familles polygames), les avis consultatifs des ministères de la Justice, les décisions des tribunaux de l'immigration et des bureaux de protection de l'enfance en ce qui a trait au soutien des enfants et des épouses, jusqu'à quel point les États ont porté la bigamie en justice, l'avis des ministères des Affaires étrangères et les décisions judiciaires. La polygamie n'étant pas traitée par la plupart des ministères des Affaires étrangères en tant que problème diplomatique urgent, les types de prises de position internationales qu'on trouve souvent au sujet d'autres violations des droits de la personne n'existent pas encore pour la polygamie.

La présente section se concentre principalement sur les décisions prises par les tribunaux nationaux et les lois en tant que preuve d'*opinio juris* dans lesquelles les États ont senti l'obligation d'interdire ou, du moins, de limiter la polygamie comme faisant partie du droit international coutumier. Bien qu'à l'origine l'interdiction pénale de la polygamie de plusieurs États dont le Canada se fondait sur la préservation des caractères chrétien et monogame du mariage<sup>326</sup>, il semble maintenant y avoir une autre justification pour de telles lois à cause de la meilleure compréhension des torts causés par la polygamie et de la nature du patriarcat.

Lorsqu'on se sert de l'argument d'un droit coutumier international, il est maintenant admis par bon nombre de commentateurs universitaires que les principes généraux d'égalité et de non-discrimination font partie du droit coutumier<sup>327</sup>. Cette conclusion est appuyée par la pratique des États et l'*opinio juris*, pour lesquels un grand nombre de preuves existent depuis les vingt-cinq dernières années, dont la prise de position des États par la communauté internationale aux conférences des Nations Unies, les États membres qui endossent leur engagement à l'égalité des femmes dans divers traités sur les droits de la personne<sup>328</sup>, de même que la jurisprudence et les lois nationales qui font observer l'égalité des sexes<sup>329</sup>. Comme l'indique Howland, le fait pour certains États de continuer d'exercer la discrimination fondée sur le genre devrait être perçu comme un non-respect de la norme internationale plutôt qu'en tant que preuve d'une nouvelle règle<sup>330</sup>. À l'intérieur du cadre de droit coutumier de non-discrimination, la partie V de ce document démontre que la tendance internationale dominante en termes de pratique des États penche vers l'interdiction ou, du moins, la restriction de la polygamie. Dans plusieurs cas, même les États qui permettaient traditionnellement cette pratique pour des raisons religieuses ou coutumières ont introduit l'obligation d'obtenir une permission juridique ou de la conjointe, parallèlement à d'autres exigences économiques, avant que les maris ne puissent avoir d'autres épouses. De plus, la partie V du document examine la tendance de la jurisprudence africaine à

éliminer toute portée aux pratiques coutumières préjudiciables aux femmes, soit par une approche d'équilibre, soit par une approche d'incompatibilité avec la justice naturelle.

Enfin, bien que ce rapport se fonde principalement sur les arguments des traités et du droit international coutumier, il fait également valoir que l'égalité de toutes les personnes sans égard au sexe, à la race, à la religion ou à l'horizon ethnique constitue maintenant un « principe général de droit ». Afin de déterminer si l'égalité des sexes, en particulier l'égalité au sein de la famille, est un « principe général de droit », le droit international se réfère « au droit municipal, au droit public, au droit constitutionnel et au droit administratif, au droit privé, au droit commercial, au droit substantiel et procédural, etc.<sup>331</sup> ». Comme le souligne lord McNair, l'analyse de ces lois ne devrait pas être « d'importer toutes les institutions de droit privé sans exception, toutes faites et équipées d'un ensemble de règles<sup>332</sup> ». Il faut plutôt voir que « ce que le droit international peut, de façon avantageuse, emprunter à ces sources doit être fait en gardant en tête les principes sous-jacents ou directeurs<sup>333</sup> ».

Dans les *Affaires du sud-ouest africain (deuxième étape)*, le juge Tanaka a soutenu que les principes généraux ne devraient pas se limiter aux dispositions législatives du droit national, mais que plutôt :

Ils doivent s'étendre aux concepts fondamentaux de chacune des branches du droit de même qu'au droit en général, dans la mesure où ils sont "reconnus par les nations civilisées"<sup>334</sup> ».

Ainsi, le juge Tanaka a été en mesure de dégager un principe général de non-discrimination fondé sur la race de l'observation selon laquelle « des lois contre la discrimination raciale et la ségrégation [sont en vigueur] dans les administrations municipales de presque tous les États...<sup>335</sup> ». De plus, il a fait remarquer que les droits de la personne, par définition, s'appliquant à chaque individu, « il ne doit pas y avoir de vide juridique dans la protection des droits de la personne<sup>336</sup> ».

Le raisonnement du juge Tanaka en ce qui a trait à la non-discrimination fondée sur la race traduit également la nécessité que la protection des droits de la personne soit assurée sans distinction de sexe. Bien qu'il sera possible de constater, dans cette partie V, que plusieurs États autorisent encore la pratique de la polygynie, même si elle est souvent restreinte, cela ne diminue en rien le principe général du droit international de non-discrimination envers les femmes. Comme l'a précisé le juge Tanaka, l'alinéa 38(1)c) du Statut de la C.I.J. :

... ne considère pas le consentement des États comme une condition à la reconnaissance des principes généraux. Les États qui ne reconnaissent pas ce principe, et même qui le rejettent, doivent néanmoins le respecter<sup>337</sup>.

## **A. INTERDICTION ABSOLUE**

En plus du droit international conventionnel en matière de droits de la personne, il est manifeste que le droit international coutumier exige l'interdiction ou, au moins, la restriction de la pratique de la polygynie. En observant les pratiques des États, il est facile de constater que la majorité

d'entre eux interdisent la polygynie. À l'instar de la bigamie, cette forme de polygamie est bannie notamment dans les deux Amériques, en Europe, dans les pays de l'ancienne Union soviétique, au Népal, au Vietnam, en Chine, en Turquie, en Tunisie et en Côte d'Ivoire<sup>338</sup>. La majeure partie de la législation portant sur l'interdiction de la polygynie en vigueur dans certains États, y compris la Turquie, l'Ouzbékistan et les Fidji, trouve son origine dans les interdictions du temps des colonies chrétiennes comme le Code Napoléon ou la common law britannique. Par contre, il est notable que la législation en vigueur en Tunisie est fondée sur l'interprétation de la loi musulmane, et plus précisément sur la reconnaissance de l'impossibilité de respecter la condition du Coran selon laquelle toutes les épouses doivent être traitées sur un pied d'égalité<sup>339</sup>.

En effet, dans le monde musulman, il y a eu de nombreux débats entourant la polygynie au cours du dernier siècle. La controverse à l'égard de la pratique a commencé au début du 20<sup>e</sup> siècle lorsque l'Égypte et le Moyen-Orient ont ouvert leurs marchés à l'Europe<sup>340</sup>. Des réformateurs modernes religieux, avec à leur tête sheikh Muhammad Abdou (mort en 1905), ont demandé l'imposition de restrictions sur la polygynie en raison de sa nature injuste envers les femmes; d'autres réformateurs, qui recommandaient l'interdiction complète de la pratique, ont eu recours à la sourate 4, verset 129 du Coran, « Vous ne pourrez jamais être équitable envers vos femmes, même si vous en êtes soucieux », ainsi qu'au verset 3, « mais si vous craignez de n'être pas justes avec celles-ci, alors une seule [femme]<sup>341</sup> », pour appuyer leur point de vue. Ils affirmaient que parce qu'il était impossible que les épouses reçoivent un traitement égal dans une union polygyne, seuls les mariages monogames devaient être reconnus.

Les fondamentalistes religieux ont alors répondu que tous devaient respecter l'autorisation de la polygynie en vertu du Coran en faisant la différence entre le contenu du verset 3 (égalité des conditions matérielles entre les épouses) et celui du verset 129, qui ferait référence au fait qu'aucun mari ne peut avoir la maîtrise totale de ses sentiments<sup>342</sup>. Les fondamentalistes égyptiens ont réussi à empêcher l'entrée en vigueur de réformes juridiques relatives à la pratique au cours des années 1920, 1940 et 1950. Cependant, comme le note Jamal Nasir, la tendance actuelle dans le contexte musulman est à la restriction de la polygynie, si ce n'est à la monogamie, comme c'est le cas en Tunisie et en Turquie<sup>343</sup>.

## **1. L'Australie**

Dans son rapport de 1992 intitulé « Multiculturalism and the Law », la Law Reform Commission of Australia s'est penchée sur la question de savoir si des changements devraient être apportés à la législation du pays sur la polygamie<sup>344</sup>. Comme la Commission l'a précisé, en Australie, un mariage n'était pas reconnu légalement si l'une des parties, au moment du mariage, était déjà mariée légalement à une autre personne<sup>345</sup>; à l'instar d'autres pays, cela constitue une infraction (bigamie) pour une personne qui est déjà mariée de prétendre se marier une autre personne<sup>346</sup>.

Le rapport de la Commission a été commandé à la suite de la publication en 1989 de l'énoncé de politique du gouvernement australien sur le multiculturalisme, le National Agenda for a Multicultural Australia<sup>347</sup>. L'un des objectifs de la politique qui a guidé le raisonnement de la

Commission était la promotion de « [l']égalité de loi par l'examen systématique des présomptions culturelles implicites de la loi et du système juridique dans le but de déterminer la manière dont ils peuvent involontairement désavantager certains groupes d'Australiens<sup>348</sup> ».

Dans la poursuite de cet objectif, la Commission a noté que :

les lois et politiques, concernant les relations familiales, qui sont fondées sur un seul point de vue ou un seul ensemble de suppositions et qui ne tiennent pas compte de la diversité des structures familiales au sein de la société australienne peuvent avoir de graves conséquences pour les communautés ou les personnes dont les relations familiales sont définies de manière différente<sup>349</sup>.

La Commission a tenu des audiences pendant lesquelles on a attiré l'attention sur la tension créée par les lois australiennes qui portent sur la polygamie. Par exemple, certains ont soutenu que les principes qui guident la Commission devraient conduire à la reconnaissance des relations choisies par ceux qui vivent dans des communautés musulmanes. On a insisté pour que la Commission recommande la reconnaissance légale de ce type d'unions surtout parce que les mariages de fait étaient totalement inacceptables dans ces communautés<sup>350</sup>.

Bien que la Commission ait admis que les mariages polygynes pouvaient être acceptés dans les communautés musulmanes et qu'il serait préférable que les unions y soient reconnues légalement, elle a déclaré que « la reconnaissance du statut légal de la polygamie pourrait... aller à l'encontre des principes de l'égalité entre les genres qui sont le fondement des lois australiennes<sup>351</sup> ». Elle a ajouté que la majorité des observations considérées n'allaient pas dans le sens de la reconnaissance juridique de la polygamie. Finalement, la Commission a décidé de ne pas recommander une réforme législative qui rendrait légaux les mariages polygames contractés en Australie<sup>352</sup>.

## **2. La Belgique, la France, le Luxembourg et la Suisse**

Les pays de droit civil européens possèdent également des dispositions qui interdisent les unions polygames. En France, en Belgique et au Luxembourg, l'article 147 du Code civil se lit comme suit : « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ». De la même façon, l'article 96 du Code civil suisse établit que : « Toute personne qui veut se remarier doit établir que son précédent mariage a été annulé ou dissous<sup>353</sup> ».

Comme il est indiqué plus haut, en France, la politique en matière d'immigration n'est pas toujours allée de pair avec le droit interne<sup>354</sup>. L'idée de permettre et même d'encourager l'immigration de familles polygynes en provenance de l'Afrique de l'Ouest, de l'Algérie et du Maroc comme moyen d'engager de la main d'œuvre à bas prix à la suite de la guerre était une politique irréflective qui n'a jamais fait en sorte d'assurer la protection sociale et économique appropriée des épouses vulnérables. Si l'interdiction interne de la polygynie peut constituer un moyen efficace pour les pays qui, de façon générale, rejettent les pratiques néfastes aux femmes, elle doit être accompagnée de protections juridiques internes afin de protéger celles qui ont déjà contracté une union polygyne de fait, comme c'est le cas au Canada en vertu du droit de la famille<sup>355</sup>.

### 3. Canada

Au Canada, la polygamie constitue un acte criminel en vertu du *Code criminel*, et elle est passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans<sup>356</sup>. Aux termes du paragraphe 293(1) :

Est coupable d'un acte criminel... quiconque pratique ou contracte... soit la polygamie sous une forme quelconque, soit une sorte d'union conjugale avec plus d'une personne à la fois...<sup>357</sup>.

L'expression « sorte d'union conjugale » réfère à une forme d'union qui prétend être régie par le mariage, et donc qui ne constitue pas un adultère même si une partie ou les deux étaient mariées à une autre personne au moment de la cohabitation<sup>358</sup>. L'article 293 s'applique aux parties d'une union polygame, mais l'alinéa 293(1)b) précise que quiconque « célèbre un rite, une cérémonie, un contrat ou un consentement tendant à sanctionner [la polygamie] » est également coupable d'un acte criminel<sup>359</sup>.

### 4. Royaume-Uni

La polygamie est également interdite au Royaume-Uni. En vertu de la *Offences against the Person Act, 1861*, une personne reconnue coupable du crime de bigamie est passible d'un emprisonnement pouvant aller jusqu'à sept ans<sup>360</sup>. L'article 57 se lit comme suit :

[Traduction]

Quiconque, étant déjà marié, se marie avec une autre personne durant la vie du précédent mari ou de la précédente épouse, même si le deuxième mariage aura été célébré en Angleterre, en Irlande ou ailleurs, se rendra coupable d'un acte délictueux grave et, par conséquent, sera condamné à une peine de réclusion n'excédant pas sept ans...<sup>361</sup>

Bien que les dimensions du droit international privé des lois britanniques liées à la polygynie et l'immigration aient été examinées par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Bibi*<sup>362</sup>, cette interdiction nationale de la bigamie est de plus en plus critiquée par les groupes musulmans de la Grande-Bretagne. Il n'existe aucune statistique officielle sur le nombre de personnes évoluant au sein d'une union polygyne au Royaume-Uni, mais des reportages des médias datant de 2000 indiquent qu'il pourrait correspondre à des centaines<sup>363</sup>. En réponse à l'entrée en vigueur de la Human Rights Act au Royaume-Uni, en 2000, le Muslim Parliament of Great Britain a annoncé qu'il prévoyait contester l'interdiction interne de la polygamie en s'appuyant sur les droits du respect à la vie privée et familiale et de la liberté de religion garantis par la Convention européenne<sup>364</sup>. Finalement, cette contestation n'a jamais eu lieu.

## 5. États-Unis

À l'instar du Canada, les États-Unis ont dû trouver l'équilibre entre le droit à la liberté de religion et certaines pratiques conjugales fondées sur la religion. Au Utah, comme dans d'autres États, la polygamie est interdite en vertu de la Constitution et de la loi. L'article III de la section 1 de la Constitution du Utah établit que :

[Traduction]

La tolérance parfaite du sentiment religieux est garantie. Aucun habitant de cet État ne sera jamais molesté, ni personnellement ni en ce qui a trait à ses biens, en raison de sa pratique religieuse; mais les mariages polygamiques ou multiples y sont à jamais proscrits<sup>365</sup>.

De plus, le *Code criminel* du Utah prévoit que :

[Traduction]

(1) Se rend coupable de bigamie toute personne qui, sachant avoir un mari ou une femme ou sachant d'une autre personne que celle-ci a un mari ou une femme, prétend épouser une autre personne ou cohabiter avec elle.

(2) La bigamie est un acte délictueux grave au troisième degré.<sup>366</sup>

Ces extraits constituent une tentative législative claire de traiter le problème des unions polygynes de fait, ce que le Canada a fait en ajoutant une disposition à la définition du crime de « polygamie », soit « se marie... ou habite avec une autre personne ». En plus de l'interdiction des unions bigames, une autre loi du Utah prévoit des sanctions pénales pour tout fonctionnaire qui remet sciemment une licence pour des mariages interdits<sup>367</sup>.

La jurisprudence des États-Unis sur la polygynie mormone reconnaît que bien que la loi de l'État ne puisse condamner une *croyance* religieuse, elle peut condamner des *pratiques* religieuses qui sont néfastes aux droits d'une personne. Dans l'affaire *Reynolds*, la Cour Suprême des États-Unis a statué que bien que les lois « ne peuvent condamner les opinions et croyances religieuses, elles peuvent condamner les pratiques<sup>368</sup> ».

Ce raisonnement a été maintenu dans l'affaire *Bronson c. Swensen*, dans laquelle les demandeurs ont contesté la constitutionnalité de l'annexe § 76-7-101 du *Code criminel* du Utah, de l'article III, § 1 de la Constitution du Utah et du *Utah Enabling Act*, ch. 138, § 3, 28, Stat. 107, 108 (1894), qui portent sur l'interdiction de la pratique religieuse de la polygamie en rendant illégaux la bigamie, la polygamie et les mariages multiples<sup>369</sup>. Les demandeurs, dont faisaient partie un mari, une épouse et une future épouse, ont soutenu que le refus du fonctionnaire défendeur de leur remettre une licence de mariage (parce que le mari était déjà marié légalement) violait le libre exercice des droits constitutionnels suivants : droit aux croyances religieuses, droit d'association, droit à la vie privée. Ces droits sont protégés en vertu du premier, du quatorzième et d'autres amendements des États-Unis<sup>370</sup>.

Dans sa décision, le juge Stewart a formulé plusieurs constatations pour justifier le maintien de la constitutionnalité de l'interdiction de la polygamie dans l'État du Utah. D'abord, il a noté que

l'État du Utah avait [Traduction] « un intérêt manifeste et un engagement à l'égard d'un système de relations internes fondé exclusivement sur la pratique de la monogamie et opposé au mariage multiple<sup>371</sup> ». En reconnaissant que le mariage constituait une expression de « loyauté bilatérale<sup>372</sup> », le juge Stewart a déclaré qu'il était justifié que l'État applique l'interdiction du mariage multiple.

Deuxièmement, le juge Stewart s'est référé à la jurisprudence pour juger l'affaire *Reynolds*, qui concerne le problème de la polygamie par rapport au droit à la religion<sup>373</sup>. Dans l'évaluation pour savoir si la décision de la Cour Suprême des États-Unis, dans l'affaire *Lawrence c. Texas* (à l'effet que l'État du Texas ne pouvait criminaliser l'activité homosexuelle privée du requérant<sup>374</sup>), devait être interprétée comme une interdiction du mariage polygame, le juge Stewart a souligné précautionneusement les limites du raisonnement de la Cour. À la différence du problème que présente la polygamie telle que pratiquée dans le Utah et ailleurs, la Cour Suprême avait explicitement déclaré que l'affaire *Lawrence* « n'impliquait pas de mineurs...[ou] de personnes qui auraient pu être blessées, forcées ou qui auraient pu se trouver dans une relation où le consentement n'était pas considéré ». En outre, dans l'affaire *Lawrence*, il n'était pas question de « conduite publique... pas plus qu'il n'était question de savoir si le gouvernement devait reconnaître formellement une relation homosexuelle composée de personnes consentantes<sup>375</sup> ». Après avoir souligné ces importantes distinctions, le juge Stewart a finalement conclu que même si l'État du Utah ne pouvait empêcher les contacts sexuels privés entre les demandeurs, il pouvait refuser de reconnaître un mariage multiple<sup>376</sup>.

## 6. Tunisie

Le Code du statut personnel de la Tunisie de 1956 a non seulement adopté la sourate 4, verset 3 du Coran comme condition légale incontournable à la polygynie, mais il va plus loin en interdisant complètement la pratique. L'article 18 du Code stipule que :

Quiconque, étant engagé dans les liens du mariage, en aura contracté un autre avant la dissolution du précédent, sera passible d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 240000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement, même si le nouveau mariage n'a pas été contracté conformément à la loi<sup>377</sup>.

La notion d'égalité dont il est fait mention dans le Coran a été au cœur du raisonnement des hommes de loi tunisiens. Plus particulièrement, ils ont soutenu qu'étant donné l'impossibilité, dans le contexte socio-économique moderne, de traiter plusieurs épouses d'une manière impartiale, la condition musulmane fondamentale (le traitement égal des épouses) était impossible à remplir. La Tunisie est allée plus loin : en 1964, des réformes légales ont rendu invalides les mariages polygames<sup>378</sup>.

## 7. Turquie

La Turquie, comme la Tunisie, interdit la polygynie. Pour la première fois en 1917, elle a imposé des restrictions à la polygynie qui consistaient en l'exigence du consentement de la première

épouse pour des mariages ultérieurs. En vertu de l'adoption du Code civil de la Turquie, en 1926, la pratique a été entièrement interdite au pays<sup>379</sup>. Cependant, la polygynie y est toujours pratiquée, mais elle est généralement présente uniquement dans les régions rurales et au sein de la population aisée urbaine. Dans de telles conditions, le mariage impliquant une deuxième épouse, la *kuma*, se déroule lors d'une cérémonie religieuse présidée par un imam, et les parties ne bénéficient d'aucun droit légal en vertu du droit civil de la Turquie<sup>380</sup>.

## **B. RESTRICTIONS DE LA POLYGYNIE**

### **1. Exigences de notification**

Bien qu'en Afrique, au Moyen-Orient et en Asie, la tendance dans les régions soit de plus en plus à la restriction et même à l'interdiction de la polygynie, certains systèmes légaux nationaux réglementent peu la pratique, et cela consiste souvent en des exigences relatives à un avis conjugal. Par exemple, en Jordanie, il n'y a aucune restriction importante à la polygynie, mais les épouses peuvent préciser, dans le contrat de mariage, que le mari ne peut prendre une autre épouse, ce qui donne à celles-ci la possibilité de divorcer en cas de violation de la condition<sup>381</sup>. Semblables aux lois jordaniennes, les lois marocaines permettent également aux épouses d'inclure une clause dans le contrat de mariage. De plus, le mariage d'une deuxième femme est interdit si celle-ci ignore que son futur conjoint est déjà marié<sup>382</sup>. Des exigences semblables sont en vigueur au Sri Lanka, où un mari doit fournir un avis de son intention de contracter un mariage polygyne au *quazi* de la région où il demeure, à celui de la région où demeure sa future épouse et à celui où sa femme actuelle demeure<sup>383</sup>. À leur tour, les *quazis* doivent distribuer un avis dans toutes les mosquées jumma.

L'Égypte impose elle aussi de telles exigences : un notaire public doit aviser la ou les épouses du nouveau mariage de leur mari par courrier recommandé<sup>384</sup>. De plus, en vertu de la Egyptian Act No. 100/1985, les femmes d'Égypte ont droit à des avantages relatifs au divorce; en effet, une épouse qui n'a pas donné son consentement de manière implicite ou claire au mariage subséquent de son mari peut demander le divorce si elle éprouve des souffrances psychologiques ou physiques qui rendent la continuation de la vie conjugale difficile, et ce, même s'il est mentionné, dans le contrat de mariage, qu'elle a dit oui à une union polygyne<sup>385</sup>. Cependant, une épouse perd le droit de demander le divorce pour ces motifs un an après qu'elle a été informée du mariage subséquent. En outre, si la nouvelle femme reste dans l'ignorance que son conjoint est marié même après la célébration de l'union, elle peut également demander le divorce<sup>386</sup>.

### **2. Permission**

Alors que les ordres judiciaires, notamment ceux de l'Indonésie, du Pakistan, du Bangladesh, de la Malaisie et de Singapour, tendent vers la restriction de la polygynie, on exige de plus en plus des maris qu'ils obtiennent la permission d'une autorité gouvernementale, d'un tribunal ou d'un organisme quasi-judiciaire avant de contracter un mariage polygyne<sup>387</sup>. Par exemple, en Irak, avant 2002, un homme qui désirait marier plus d'une femme devait préalablement obtenir une autorisation juridique. L'assurance que le mari soit financièrement capable de subvenir aux

besoins d'une autre femme ainsi que l'existence d'un intérêt réel envers un autre mariage constituaient des conditions à l'obtention de cette autorisation<sup>388</sup>. Le juge pouvait également refuser de donner une autorisation si, selon lui, les épouses ne bénéficieraient pas d'un traitement équitable. En l'espèce, si un mari ne respectait pas les règles, il risquait de se voir donner une amende de 100 dinars ou d'être emprisonné pendant une période d'un an.

Bien que la loi syrienne soit moins catégorique, les juges ont également le pouvoir d'interdire à un homme marié de prendre une autre épouse, à moins qu'il ne fournisse une justification valable au mariage et qu'il démontre qu'il est financièrement capable de subvenir aux besoins de sa future conjointe<sup>389</sup>. Sensiblement de la même façon, la législation du Yémen permet à un homme de s'unir à un maximum de quatre femmes (au sens de la shari'a) s'il les traite équitablement; dans le cas contraire, il n'a le droit qu'à une épouse. Pour qu'un mariage subséquent ait lieu, il doit y avoir un avantage légal à celui-ci, la future épouse doit savoir si son futur mari est déjà marié, l'épouse actuelle doit être avisée des projets de mariage de son mari et ce dernier doit être financièrement capable de subvenir aux besoins de toutes ses femmes<sup>390</sup>.

Les exigences d'« intérêt réel » et d'« avantage légal » à un remariage auxquelles on fait référence dans certains des ordres judiciaires ci-dessus ont souvent rapport à des « défauts » de l'épouse actuelle. Parmi ces défauts, on peut compter l'absence de l'épouse au pays, son aliénation mentale, son incapacité à s'acquitter de ses « tâches conjugales », son infertilité ou le fait qu'elle souffre de malformations physiques ou d'une maladie incurable<sup>391</sup>. Bon nombre de ces « justifications valables » pour le remariage renforcent les rôles stéréotypés de services et de reproduction de la femme, car le remariage est autorisé lorsque ces femmes sont incapables de remplir ces fonctions. En outre, comme l'a énoncé le groupe FSLM, les systèmes qui autorisent le remariage en se fondant sur ces motifs ne permettent généralement pas aux femmes de demander le divorce sur une base de réciprocité, ce qui illustre le sexisme des systèmes de permission<sup>392</sup>.

Pour terminer, il est important de noter que les systèmes de permission varient de l'un à l'autre. En effet, certains systèmes ont des exigences plus sévères en matière d'avis et de consentement des épouses que d'autres. Par exemple, à Singapour, on exige que l'épouse actuelle et future soient toutes deux consultées au sujet du mariage proposé<sup>393</sup>. En Inde, le statut légal personnel musulman donne à une épouse musulmane « le droit de demander le divorce si le mari use du droit en common law pour prendre une autre femme<sup>394</sup> ». D'autres ordres judiciaires, comme ceux de l'Indonésie, de la Malaisie et du Maroc, accordent plus d'importance aux conditions que doit remplir le mari, par exemple sa capacité financière à subvenir aux besoins de plus d'une femme<sup>395</sup>. Cependant, le réseau FSLM a soutenu que de telles exigences matérielles sont souvent fondées uniquement sur des indicateurs économiques, ce qui fait que les besoins affectifs et sexuels de la femme ne sont pas pris en compte<sup>396</sup>. Le défaut majeur de ces systèmes de réglementation fondés sur la permission est que les sanctions appliquées dans le cas du non-respect de la procédure sont souvent minimales et parfois, notamment au Bangladesh, au Sri Lanka, au Pakistan et en Malaisie, les mariages demeurent valides<sup>397</sup>.

### 3. La polygynie dans les ordres judiciaires parallèles

Contrairement aux systèmes fondés sur la permission dont les politiques s'appliquent à tous de la même façon, certains systèmes nationaux, surtout en Afrique, possèdent des ordres judiciaires parallèles dont le droit s'applique en fonction de la nature du mariage, qu'il soit civil, coutumier ou musulman<sup>398</sup>. Le CEDEF a sévèrement critiqué les ordres judiciaires parallèles des pays qui permettent la polygynie. Dans ses conclusions finales de 1998 sur la Tanzanie, le Comité se dit préoccupé :

de constater que le droit coutumier et le droit religieux en vigueur, qui prennent parfois le pas sur la Constitution, sont sources de discrimination à l'égard des femmes. Il note en particulier que plusieurs groupes de population sont autorisés à pratiquer la polygamie en République unie de Tanzanie. Il fait observer que le droit coutumier et le droit religieux continuent à régir la vie privée et insiste sur le fait qu'il faut absolument éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans la sphère privée<sup>399</sup>.

Dans les États comme la Gambie, le Nigeria ou l'Inde qui reconnaissent le droit laïque, religieux et coutumier, les couples choisissent de se soumettre aux lois de leur choix selon le type de mariage<sup>400</sup>. Bien que ces ordres parallèles semblent offrir aux femmes une variété d'options (monogamie ou reconnaissance des droits de l'épouse qui évolue dans une union polygyne), le réseau FSLM a précisé que ces avantages sont en général minés en raison de l'incapacité des femmes de déterminer le type de droit en vertu duquel elles désirent se marier, et si elles doivent choisir un mariage monogame<sup>401</sup>. Dans ces cas, les hommes ont tout le loisir de choisir l'ordre qui leur sera profitable. Par exemple, au Nigeria, les hommes mariés en vertu de la *Loi sur le mariage*, qui interdit la polygynie, peuvent être déjà mariés ou contracter d'autres mariages en vertu du droit coutumier ou des lois musulmanes en toute impunité<sup>402</sup>.

La chance des hommes d'utiliser les ordres judiciaires parallèles à leur avantage est particulièrement évidente dans le cas du droit religieux. Par exemple, dans les pays où la polygynie est interdite en vertu des lois sur le mariage civil ou de lois applicables à d'autres communautés, comme le Sri Lanka, la Gambie et la Malaisie, les hommes se convertissent à l'islam pour pouvoir contracter plus facilement des unions polygyne<sup>403</sup>. Cependant, il est intéressant de mentionner que la High Court of India a rejeté ce type d'argument dans l'affaire *B. Chandra Manil Kyamma c. B. Sudershan*<sup>404</sup>, dans laquelle un homme hindouiste converti à l'islam avait contracté un mariage contre la volonté de sa première épouse. La Cour a déclaré que, puisque l'interprétation stricte des principes de l'islam et de l'hindouisme n'appuie pas le second mariage si la première épouse est toujours en vie, le second mariage était invalide et que la conversion religieuse ne pouvait en constituer une justification<sup>405</sup>.

En plus de la manipulation, on craint qu'au sein des systèmes dualistes, les femmes évoluant dans une union polygyne en vertu du droit religieux ou coutumier ne puissent bénéficier de la protection du droit civil dans leur pays. Par exemple, en Éthiopie, les lois formelles qui régissent le mariage ont peu d'impact sur la majorité des ménages habitant les régions rurales, qui vivent selon des pratiques religieuses, coutumières et traditionnelles<sup>406</sup>. Bien que le Code civil du pays interdise la bigamie, la Constitution éthiopienne reconnaît le mariage célébré en vertu du droit

religieux ou culturel. Les épouses d'unions polygynes se retrouvent donc dans une position juridique vulnérable en raison de l'invalidité des mariages subséquents aux termes du Code civil. Les femmes ne bénéficient donc d'aucun droit au sein de leur mariage, sauf si le droit coutumier leur confère un certain statut juridique<sup>407</sup>.

Les problèmes associés à cette vulnérabilité juridique ont particulièrement attiré l'attention au Kenya, où près de 16 % des femmes mariées évoluent dans une union polygyne sanctionnée par les lois coutumières ou musulmanes<sup>408</sup>. Dans le système kényen, les secondes épouses sont particulièrement sujettes à la discrimination de l'État<sup>409</sup>. Par exemple, les paiements de l'assurance maladie du mari et de sa première femme sont généralement déduits du salaire de l'homme; donc, le montant des primes des secondes femmes n'est pas prélevé automatiquement, ce qui fait qu'elles ne bénéficient pas de couverture pour les services médicaux. De plus, parce que leur compréhension du système d'assurance est faible, les maris demandent rarement à ce que la prime de leur deuxième femme soit également déduite<sup>410</sup>. La National Gender and Development Policy du Kenya, élaborée en 2000, a reconnu expressément que les lois du mariage avaient souvent un impact négatif sur le respect des droits des Kényennes<sup>411</sup>.

Dans l'Afrique anglophone, les mariages coutumiers sont encore souvent célébrés; au Zimbabwe, ils représentent 82 % des mariages<sup>412</sup>. Toutefois, plusieurs pays de l'Afrique anglophone soulignent de plus en plus l'importance du consentement dans le mariage, ont augmenté l'âge minimal requis et tendent vers l'officialisation des unions coutumières<sup>413</sup>.

De récentes réformes juridiques sud-africaines illustrent bien les efforts faits dans le but de régler les problèmes de transition causés par ce processus d'officialisation. Contrairement à d'autres systèmes nationaux en vertu desquels le droit coutumier peut prendre le dessus sur les droits prévus par la loi en ce qui a trait au domaine de la famille, la loi de l'Afrique du Sud prévoit un statut juridique pour les deux partis d'un mariage coutumier ainsi que les mêmes droits et protections dont bénéficient les partis d'un mariage civil<sup>414</sup>. Depuis l'entrée en vigueur, en 1998, de la *Recognition of Customary Marriages Act*, le pays tend vers la restriction et, dans la majorité des cas, vers l'interdiction de la polygynie. La Loi stipule que si le mariage initial a été célébré dans le respect de la *Customary Marriage Act*, la polygynie est interdite à moins qu'une approbation juridique n'ait été donnée et comprenne la garantie de la distribution équitable des biens et l'assurance qu'il n'y aura aucun impact négatif sur la famille affectée<sup>415</sup>.

En Afrique francophone, les mariages polygynes sont reconnus dans la majorité des États : la Côte d'Ivoire est le seul où la polygynie est interdite. Sa pratique est passible d'une amende de 50 000 à 500 000 francs CFA (soit 79,59 \$ à 795,54 \$US) ou d'un emprisonnement de six mois à trois ans<sup>416</sup>, qui peut être également appliqué à une personne qui tente de pratiquer la polygamie ou au registraire ou au responsable religieux qui a célébré le mariage. Comme en Afrique du Sud, la Côte d'Ivoire a réglé certains des problèmes causés par la transition vers l'interdiction de la polygynie en reconnaissant les mariages polygynes contractés avant 1964<sup>417</sup>.

Cependant, dans la majorité des États de l’Afrique francophone, y compris le Bénin, le Cameroun, le Tchad, le Mali et le Sénégal, la polygynie est acceptée à moins que l’épouse ne s’y oppose<sup>418</sup>. Parce qu’aucun code familial n’est en vigueur au Tchad, les droits conjugaux sont régis par différents textes<sup>419</sup>. Au sens de l’Ordre 03/INT/61, le corps législatif reconnaît la polygynie comme la norme et exige donc que les épouses « renoncent à la polygamie » au moment du mariage si celui-ci est considéré comme un mariage monogame. Dans le cas du non-respect de cette clause, le mariage peut être dissout de façon unilatérale à la demande de l’épouse, sans qu’il y ait remboursement du prix de la femme<sup>420</sup>. Cela contraste avec le Code civil du pays, qui permet seulement les unions monogames et n’autorise le second mariage qu’après la dissolution du premier.

En plus de reconnaître les unions polygynes, le Bénin reconnaît la polyandrie (union d’une femme avec plusieurs maris)<sup>421</sup>. Comme l’a noté le Centre pour les droits reproductifs, des conséquences graves sur la santé sont associées aux unions multiples, de type polygyne ou polyandre, étant donné la pandémie de sida sévissant en Afrique et la façon dont les unions polygames facilitent le transfert du virus entre différentes épouses<sup>422</sup>. En effet, dans ses conclusions finales de 1998 sur le Nigeria, le CEDEF a exprimé sa préoccupation au sujet de l’insuffisance des données statistiques sur le sida et les maladies transmissibles sexuellement sur le continent, et il a précisé que « la pratique de la polygamie et de la prostitution constitu[ait] des risques graves pour la propagation des maladies sexuellement transmissibles<sup>423</sup> ». Ainsi, les ordres judiciaires parallèles qui permettent ou condamnent par défaut la polygynie perpétuent une pratique qui menace la santé de tous les partenaires impliqués dans ce genre d’union.

## **VI. MOYENS D'INTERDIRE LA POLYGYNIE**

### **A. DÉFIS DE LA TRANSITION**

#### **1. Défis transitionnels des États qui veulent interdire la polygynie**

L'un des plus grands défis auxquels font face les États qui veulent interdire et même faire disparaître la polygynie touche les inquiétudes liées au processus de transition. Parmi les inquiétudes associées à la transition, en plus de ce qui concerne l'immigration, les familles polygynes ont peur de ne plus pouvoir bénéficier des protections conjugales lorsque l'ordre judiciaire de leur pays décide d'interdire la pratique. La peur des épouses polygynes d'être laissées dans un vide juridique se fait sentir dans les domaines de l'entretien conjugal, de l'héritage, de la sécurité sociale, des prestations de maladie, des pensions alimentaires et de la garde des enfants. Ainsi, ces inquiétudes transitionnelles constituent un autre défi qui peut être surmonté par la création d'un consensus international relatif à l'élimination de la polygynie.

Dans l'histoire, ces types d'inquiétudes ont été bien documentés. Comme le révèle l'étude de Karen Knop sur le traitement de la polygynie au Cameroun au milieu du vingtième siècle, alors que le pays était régi par la Grande-Bretagne, les préoccupations liées à la transition étaient au centre de la réticence britannique à interdire de façon draconienne la polygynie<sup>424</sup>. Le cas de Fon de Bikom, le roi polygyne d'une tribu de la région, a soulevé une réaction négative de la part de l'Alliance internationale sainte Jeanne d'Arc, une organisation catholique composée de femmes qui promeut l'égalité des femmes dans les colonies<sup>425</sup>. Cependant, l'administration de la Grande-Bretagne craignait que l'interdiction soudaine de la pratique soit néfaste aux épouses de Fon ainsi qu'aux familles dont les filles avaient la possibilité de vivre près de lui<sup>426</sup>. On craignait également que l'interdiction soudaine entraîne des peurs liées à la superstition, et donne lieu à une objection farouche.

Par conséquent, la politique britannique a été formulée en ces termes : « réaliser une modification graduelle de la coutume tout en assurant la prévention des conséquences sur les individus<sup>427</sup> ». De cette façon, l'administration britannique se concentrait seulement sur les unions polygynes où il y avait des preuves de vols d'enfants, de séquestration et de voies de fait, et elle se fiait sur l'influence continue exercée par les missionnaires et les responsables du gouvernement afin d'éroder la pratique<sup>428</sup>. Comme l'explique Knop, le traitement de la polygynie par les Britanniques a été double. Premièrement, la pratique a été qualifiée de problème culturel (ce qui pouvait être réglé en « civilisant » les missionnaires et les responsables du gouvernement), et deuxièmement, on faisait la distinction entre la polygynie « acceptable » et celle inacceptable, selon le degré de contraintes existant dans les unions<sup>429</sup>.

Les comptes rendus des Missions en visite sur les territoires sous tutelle de l'Afrique de l'Ouest permettent également de dégager certaines questions liées à la transition et à la culture qui doivent être considérées dans le traitement de la polygynie<sup>430</sup>. La Mission en visite sur les

territoires sous tutelle de l'Afrique de l'Ouest de 1950 se disait contre l'application des normes occidentales à la culture ou aux coutumes africaines. Ses membres avaient constaté que la polygynie constituait une forme de sécurité sociale pour les femmes seules vulnérables dans les conditions économiques prévalant à ce moment<sup>431</sup>. Cependant, dans son analyse finale, la Mission en visite a conclu que « les effets néfastes de la polygynie et son incapacité à s'adapter aux besoins d'une société en évolution » étaient plus importants que sa signification morale et coutumière, et la Mission a demandé l'interdiction progressive mais rapide de la pratique<sup>432</sup>. Elle a recommandé aux responsables d'encourager l'élimination de la polygynie en faisant la promotion publique du droit des femmes et des filles de refuser de contracter un mariage forcé ainsi que leur droit d'en sortir. De plus, la Mission en visite a insisté sur l'importance d'informer les femmes et les filles de leur droit de quitter une union polygyne à leur guise<sup>433</sup>.

Dans le contexte moderne, certains États ont tenté de diminuer la vulnérabilité juridique des personnes ayant déjà contracté des unions polygyes en reconnaissant celles qui avaient été contractées avant une certaine année ou avant l'adoption d'une nouvelle législation relative à la famille. Par exemple, la Côte d'Ivoire, l'un des seuls États qui a interdit la polygynie, reconnaît les mariages polygyes qui ont été contractés avant 1964<sup>434</sup>. Ce type d'inquiétude peut expliquer la répugnance des rédacteurs du protocole à la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relative aux droits de la femme en Afrique* à interdire de façon explicite la polygynie. L'article 6 indique plutôt que :

la monogamie est encouragée comme forme préférée du mariage. [Les États doivent s'assurer que] les droits de la femme dans le mariage et au sein de la famille y compris dans des relations conjugales polygamiques sont défendus et préservés<sup>435</sup>.

En l'espèce, on peut lire un encouragement à la monogamie combinée à un semblant de répugnance à interdire la polygynie qui font craindre que des droits de la femme, notamment ceux qui ont trait au mariage et à la famille, soient minés ou totalement ignorés.

## **2. Défis transitionnels des personnes qui veulent quitter une union polygyne**

En plus des défis que doivent surmonter les États qui veulent interdire la polygynie tout en assurant la protection des personnes qui évoluent dans une famille polygyne, les personnes vivant dans des États qui interdisent depuis longtemps la pratique se heurtent à des obstacles importants lorsqu'elles veulent quitter une union ou une communauté polygyne pour entrer dans la société.

Par exemple, dans le contexte des mormons fondamentalistes, un rapport sur les droits de la personne publié par la New York University Law School Human Rights Clinic a fait état des nombreux obstacles auxquels doivent faire face les femmes et les filles qui quittent ces communautés, notamment des obstacles de nature économique, psychologique et juridique. Bien souvent, ces femmes et ces filles sont dans l'ignorance des structures sociales nécessaires pour assurer leur bien-être psychologique et économique à l'extérieur de leur communauté<sup>436</sup>.

Il existe un certain nombre de soucis juridiques à l'égard des femmes et des enfants qui quittent de telles unions, notamment en ce qui a trait à l'entretien conjugal, aux pensions conjugales/alimentaires et à l'héritage. Ainsi, comme l'a soutenu Nicholas Bala, il n'y a aucune raison de refuser d'offrir des protections juridiques aux épouses et aux enfants d'unions polygynes<sup>437</sup>. Si une épouse qui dépend financièrement d'une union polygyne tente de faire une revendication sur la propriété en vertu d'une fiducie constructive ou présente une requête à un tribunal pour recevoir une pension alimentaire pour conjoints ou pour enfants, elle devrait pouvoir bénéficier d'une protection judiciaire<sup>438</sup>.

Cependant, les régimes de biens matrimoniaux provinciaux qui limitent le partage égal systématique des biens familiaux nets au moment de la rupture de la relation entre des personnes légalement mariées demeurent des préoccupations importantes. Bien que l'Ontario, le Yukon, les Territoires du Nord-Ouest et le Nunavut autorisent le partage égal des biens dans le cas d'unions polygames ayant célébré leur mariage dans un État étranger qui prévoit que la polygamie est visée par la définition d'« époux »<sup>439</sup>, celui-ci ne s'appliquerait pas aux unions polygynes *de facto* formées au Canada. Il faudrait que les législatures provinciales qui n'ont pas en même temps prévu de façon expresse dans la définition du terme « époux » d'étendre leurs régimes de biens matrimoniaux et de pensions alimentaires pour conjoints aux époux polygynes *de facto*<sup>440</sup> et aux mariages polygynes *de jure* contractés dans un État étranger aux fins du partage égal des biens et des pensions alimentaires remédient à la situation. Étant donné que de nombreuses épouses polygynes n'auront pas enregistré beaucoup de biens en leur nom pendant leur mariage *de facto*, leur incapacité d'avoir recours aux régimes de partage des biens matrimoniaux les rend particulièrement vulnérables au moment de la rupture du mariage. C'est le cas dans l'affaire Bountiful, par exemple, où les femmes n'ont pas la permission de posséder des biens.

Dans les systèmes où les mariages polygynes sont permis en vertu de lois parallèles coutumières ou religieuses, le fait d'assurer la continuation du soutien conjugal et/ou une compensation pour les biens lors de la séparation du couple ou de la mort d'un conjoint est particulièrement difficile. Une affaire se déroule actuellement en Afrique du Sud, où le demandeur demande la reconnaissance des mariages polygynes musulmans à des fins de compensation aux termes de la *Intestate Succession Act* et de la *Maintenance of Surviving Spouses Act*<sup>441</sup>. Le Women's Legal Center de l'Afrique du Sud soutient que la réglementation du tribunal de grande instance offrirait une meilleure protection pour les épouses que celle du Muslim Judicial Council, dont les décisions sont souvent inapplicables<sup>442</sup>.

En plus de ces inquiétudes juridiques, les enseignements religieux selon lesquels le fait de quitter une union ou une communauté polygyne conduit à la damnation spirituelle peuvent entraîner de graves conséquences psychologiques. Plus inquiétant encore, aux États-Unis, des rapports font état de filles mineures qui auraient fui leur communauté polygyne après qu'on les eut forcées à contracter un mariage et qui ont ensuite été reconduites à leur famille par des employés chargés de l'application de la loi<sup>443</sup>. Bien que l'existence de ce type de cas n'ait pas été confirmée chez les Bountiful de la Colombie-Britannique, la répugnance actuelle des responsables canadiens à engager des poursuites pour des crimes liés à la polygynie entraîne le même problème

transitionnel que celui des États-Unis, à savoir que les filles et les femmes hésitent à quitter leur communauté, car elles craignent que leurs droits de la personne ne soient pas protégés par les instances gouvernementales.

Dans l'analyse de ces inquiétudes transitionnelles, en particulier des obstacles auxquels font face les femmes et les enfants qui quittent les familles ou communautés polygynes, des mesures temporaires spéciales peuvent se révéler nécessaires à la réalisation de l'égalité transformatrice de fait qui constitue le but premier de la *Convention de la femme*. Les mesures temporaires spéciales sont des mesures positives et valides pour une certaine période conçues pour augmenter les chances des groupes désavantagés par rapport aux autres<sup>444</sup>. L'objectif premier de ces mesures est d'intégrer les membres de ces groupes dans l'ensemble de la société culturelle, économique et civile. Les désavantages qu'endurent depuis longtemps les femmes et les enfants des communautés comme celle des Bountiful (C.-B.) ainsi que les obstacles importants auxquels elles font face lorsqu'elles veulent réintégrer la société en général sont révélateurs de la nécessité de telles mesures temporaires spéciales.

En mettant en relief le moment où l'application de telles mesures est autorisée, le paragraphe 4(1) de la *Convention de la femme* stipule que :

L'adoption par les États parties de mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considéré comme un acte de discrimination tel qu'il est défini dans la présente Convention, mais ne doit en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes; ces mesures doivent être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteints.

Le paragraphe 4(1) fait donc la distinction entre les mesures temporaires spéciales acceptables qui visent à l'instauration de l'égalité de fait entre les genres et les mesures permanentes pouvant mener au maintien de normes discriminatoires. Même si le contenu du paragraphe 4(1) ne semble pas imposer une obligation positive aux États parties d'adopter de telles mesures, on peut avancer que l'objet et le but de la *Convention de la femme*, soit d'éliminer toute forme de discrimination à l'égard des femmes, comporte à cet égard des obligations positives aux États<sup>445</sup>.

D'ailleurs, dans sa recommandation générale n° 5, le CEDEF révèle « qu'il demeure nécessaire d'agir pour pleinement appliquer la *Convention* grâce à la mise en œuvre de mesures visant à favoriser l'égalité de fait entre hommes et femmes<sup>446</sup> ». Dans ce but, le CEDEF recommande :

aux États parties de recourir davantage à des mesures temporaires spéciales telles qu'une action positive, un traitement préférentiel ou un contingentement pour favoriser l'intégration des femmes à l'éducation, à l'économie, à l'activité politique et à l'emploi<sup>447</sup>.

En ajout à la nécessité de créer des mesures positives pour faciliter l'intégration des femmes dans la société, le CEDEF, dans sa recommandation générale n° 25 sur les mesures temporaires spéciales, précise que les États parties ont trois obligations fondamentales qui sont au centre de la lutte contre la discrimination à l'égard des femmes :

La première de ces obligations est de garantir l'absence de toute discrimination directe ou indirecte dans la loi et de faire protéger les femmes de toute discrimination — de la part des autorités, du pouvoir judiciaire, des organismes, des entreprises et des particuliers — dans le domaine public ou privé, par des tribunaux compétents, des sanctions et des voies de recours.

La deuxième obligation est d'améliorer la condition féminine de fait par des politiques et des programmes concrets et effectifs, et la troisième d'aménager les relations qui prédominent entre les sexes et de lutter contre la persistance des stéréotypes fondés sur le sexe qui sont préjudiciables aux femmes et dont les effets se manifestent non seulement sur le plan des comportements individuels mais également dans la législation, les structures juridiques et sociales et les institutions<sup>448</sup>.

Lorsque l'on parle de mesures temporaires spéciales, on parle souvent de politiques en matière d'emploi, de politique, d'économie ou d'éducation, comme par exemple l'« action affirmative » des États-Unis ou les schémas de « réserve » en Inde<sup>449</sup>. Il est cependant important de noter que la nature et la fonction des mesures temporaires spéciales vont au-delà de ces domaines et s'étendent à toutes les sphères de la vie où il y a de la discrimination, y compris au sein de la famille. L'alinéa 2c) de la *Convention de la femme* exige des États parties qu'ils s'engagent à :

Instaurer une protection juridictionnelle des droits des femmes sur un pied d'égalité avec les hommes et garantir, par le truchement des tribunaux nationaux compétents et d'autres institutions publiques, la protection effective des femmes contre tout acte discriminatoire...

En ce qui concerne la transition vers l'interdiction de la polygynie, l'État canadien devrait adopter plusieurs mesures temporaires afin d'assurer que les femmes et les filles qui quittent les familles ou les communautés polygynes soient protégées efficacement de la violation de leurs droits de la personne et des actes discriminatoires, ce qui n'est pas le cas en ce moment, et qu'elles soient soutenues dans leur pleine intégration à la société<sup>450</sup>. Parmi ces mesures, on compte :

- la conduite d'une enquête interministérielle sur la polygynie et les abus qui y sont associés chez les Bountiful de la Colombie-Britannique et ailleurs au Canada, jusqu'à l'élimination de ces abus (accent sur la tâche du procureur général d'engager des poursuites relatives aux infractions criminelles commises dans ces communautés)
- l'élaboration de principes directeurs en matière de genre, de religion et de culture destinés aux agents chargés de l'application de la loi et des travailleurs sociaux qui enquêtent sur des affaires de familles polygynes
- la révision et la modification des lois provinciales actuelles relatives à la famille ayant trait aux biens matrimoniaux et aux pensions alimentaires afin d'assurer que les femmes, *de jure* ou *de facto*, qui quittent un milieu polygyne puissent être automatiquement admissibles à une pension alimentaire, le cas échéant, et au partage égal des biens familiaux nets
- la formation des responsables de l'application de la loi, des autorités en matière de services sociaux, des professionnels de la santé, des juges, des avocats et des enseignants en ce qui a trait aux caractéristiques des abus engendrés par la polygynie et qui sont commis dans les familles polygynes, jusqu'à ce que les objectifs de la formation soient atteints<sup>451</sup>

- la gratuité de l'aide juridique pour les femmes qui quittent une communauté ou une relation polygyne, jusqu'à l'élimination de la polygynie
- des campagnes d'éducation du public sur la polygynie et les violations des droits de la personne qu'elle entraîne, qui se prolongeraient jusqu'à l'élimination de la polygynie
- la création d'un groupe de travail au sein du ministère de la Justice du Canada qui existerait pendant un certain temps et qui coordonnerait les politiques gouvernementales et offrirait de l'aide dans le cadre des poursuites relatives aux infractions criminelles associées à la polygynie
- une formation destinée aux conseillers scolaires à propos des conséquences de la polygynie sur les jeunes filles, et qui serait donnée tant que la polygynie existe; au sein des Bountiful de la Colombie-Britannique, il faudrait engager un conseiller qui ne ferait pas partie de la communauté afin que les élèves apprennent certaines connaissances élémentaires qui ne sont pas abordées dans le programme régulier<sup>452</sup>
- la prestation et le financement de services de soutien destinés aux personnes qui désirent quitter une relation ou une communauté polygyne jusqu'à l'élimination de la polygynie, parmi lesquels on compterait notamment :
  - a) des maisons d'hébergement offrant des séjours allant jusqu'à 90 jours, où il serait possible de bénéficier des services de conseillers ayant une formation sur ces types de conditions familiales<sup>453</sup>
  - b) aide relative aux connaissances élémentaires, comme la gestion d'un budget et d'affaires personnelles
  - c) counseling à propos de la violence sexuelle, de l'inceste, des deuils et des séparations de la famille.

Il est évident que l'enquête actuellement en cours menée par le gouvernement de la Colombie-Britannique constitue un pas important dans la détermination de l'étendue des abus allégués par des femmes et des enfants de la communauté des Bountiful. La détermination des services sociaux spécialisés nécessaires pour soutenir les victimes d'abus à l'intérieur d'une communauté, initiative à laquelle participe le Ministry of Children and Family Development, contribuera à mieux traiter les besoins des femmes et des filles que ne le ferait une enquête fondée sur l'application de la loi<sup>454</sup>. Comme le suggère le rapport de Palmer intitulé « Life in Bountiful », l'implication de la GRC, elle, devrait servir à mettre en évidence le caractère criminel des mariages forcés des adolescentes et de la polygamie illégale existant au sein de la communauté<sup>455</sup>. Finalement, bien que le Ministry of Advanced Education, Training and Technology se soit engagé, en juillet 2004, à élargir la portée des inspections qu'il effectue dans les écoles<sup>456</sup>, il est troublant de constater qu'en décembre 2004, le financement annuel provincial destiné aux écoles des Bountiful a encore une fois été accordé<sup>457</sup>.

## B. ÉQUILIBRER LE RESPECT DES CONTEXTES CULTURELS ET RELIGIEUX ET LA PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE

Dans l'application du principe dynamique de l'interprétation des traités au contexte de la polygynie et du droit international conventionnel, il est essentiel de déterminer ce qui constitue les « conditions actuelles » modernes. L'une des façons les plus efficaces d'y arriver est d'examiner la manière dont d'autres appareils judiciaires analysent certains types de pratique, surtout dans le contexte d'un traité donné.

En ce concerne la polygynie, la jurisprudence récente de l'Afrique offre un aperçu utile pour la détermination de telles conditions. La jurisprudence indique non seulement les tendances régionales spécifiques à cette région dans des affaires impliquant des pratiques coutumières discriminatoires, mais elle révèle également de façon plus générale certains moyens accessibles aux corps législatifs et aux tribunaux pour éliminer les pratiques discriminatoires dans le respect de la culture. La jurisprudence de l'Afrique est particulièrement instructive, car elle implique souvent l'équilibre entre les valeurs culturelles et les droits à l'égalité, une tâche particulièrement ardue pour les tribunaux d'ordres juridiques parallèles. En général, les tendances juridiques africaines indiquent un désir d'assurer le respect des droits constitutionnels à l'égalité, ce qui est réalisé par la primauté accordée au droit législatif quand les lois coutumières entrent en conflit avec lui, par le biais de la répugnance à l'analyse en vertu de la justice naturelle<sup>458</sup> ou d'une approche équilibrée.

La répugnance envers l'approche de la justice naturelle, nourrie par le raisonnement du droit international en matière de droits de la personne, transparaît dans l'affaire *David Tchakokam c. Koeu Madeleine*<sup>459</sup>, une affaire camerounaise où a été rejetée la requête du demandeur d'obtenir un ordre du tribunal afin de pouvoir épouser la veuve de son frère en vertu du lévirat. Le tribunal a déclaré que la pratique du lévirat (une veuve doit épouser un des frères de son mari décédé, car le prix de la femme payé par la famille du mari doit demeurer dans la famille) était contraire au droit législatif, contrevenait à l'article 16 de la Convention de la femme et répugnait à la justice naturelle<sup>460</sup>.

Si le dénouement de l'affaire *David Tchakokam* s'accorde avec les normes du droit international en matière de droits de la personne qui interdisent les pratiques néfastes et discriminatoires, il soulève néanmoins des questions en ce qui a trait à la « répugnance à l'approche de la justice naturelle ». Spécialement dans le contexte africain, certains théoriciens soutiennent que la doctrine de la répugnance, lorsqu'appliquée aux pratiques coutumières, constitue un prolongement de l'oppression coloniale et du chauvinisme<sup>461</sup>. Cette doctrine a été appliquée dans l'affaire *Mojekwu c. Mojekwu*<sup>462</sup>, dans laquelle le frère d'un mari décédé convoitait la succession de son frère à l'exception de la fille de ce dernier. Dans son raisonnement, la Cour a exprimé qu'elle n'avait « pas [eu] de difficultés à soutenir que la coutume Oli-ekpe des Nnewi [était] répugnante à la justice naturelle, à l'égalité et à la bonne conscience<sup>463</sup> ». Des spécialistes ont demandé pourquoi la Cour avait choisi d'appliquer la doctrine de la justice naturelle alors qu'elle avait déjà déclaré que la coutume était inconstitutionnelle<sup>464</sup>. Toutefois, il se peut que dans cette

affaire, la Cour ait utilisé l'approche de la répugnance à la justice naturelle pour renforcer l'interdiction de la pratique en vertu de la Constitution. Dans le cadre canadien, il existe un besoin semblable de sensibilité à la culture et la coutume, mais on doit garantir le respect des droits de la personne des femmes.

Une approche différente de celle de la doctrine de la répugnance a été utilisée dans une récente décision rendue par le South African Constitutional Court dans l'affaire *Bhe c. Magistrat, Khayelitsha et autres*<sup>465</sup>, dans laquelle la Cour a rejeté l'application du droit coutumier en ce qui a trait à la primogéniture masculine (droit exclusif du premier fils sur le plan successoral) tout en respectant les normes culturelles et coutumières qui régissent ce principe. Notant que « la majorité des Africains n'a[va]it pas renoncé à leurs cultures traditionnelles<sup>466</sup> », la Cour a effectué un « exercice d'équilibre » afin de tenir compte à la fois de la culture traditionnelle et des droits de la personne.

Le respect de notre diversité et le droit des communautés de vivre et d'être régies par le droit autochtone doivent être équilibrés par le besoin de protéger les membres les plus vulnérables d'une famille. Le souci primordial doit être de le faire d'une manière qui soit juste et équitable. Plus important encore, l'intérêt des mineurs et des autres personnes à charge d'un défunt doit être primordial<sup>467</sup>.

Grâce à cette approche équilibrée, la Cour a été capable à la fois de tenir compte des traditions africaines qui constituent le droit coutumier et de reconnaître que les membres d'une famille, spécialement les plus vulnérables, devaient bénéficier d'une protection juridique contre les pratiques discriminatoires en matière de succession.

Ce type de raisonnement peut être appliqué de la même façon à la polygynie. La législation ou la jurisprudence en vertu desquelles la pratique est interdite doivent être sensibles aux traditions culturelles et religieuses qui l'autorisent, du moins selon certaines interprétations, tout en reconnaissant qu'elle asservit les femmes et contrevient à leur droit d'être protégées contre toute forme de discrimination. De plus, il est essentiel que les tribunaux et les corps législatifs soient attentifs au fait qu'il se peut que les principes d'impartialité et d'égalité de ces mêmes traditions culturelles et religieuses soient étouffés par les interprétations patriarcales.

## VII. FAVORISER LE RESPECT DES DROITS D'ÉGALITÉ AU SEIN DU MARIAGE ET DE LA FAMILLE

### A. AMÉLIORATION DU DIALOGUE

Pour réussir à éliminer la polygynie au Canada, le processus utilisé doit absolument être adapté au contexte duquel la pratique est issue. À cette fin, il est utile de se pencher sur la méthodologie adoptée par les Femmes sous lois musulmanes (FSLM) dans leurs efforts pour s'attaquer à la foi islamique lorsque celle-ci mine les droits des femmes plutôt que de la rejeter de façon catégorique. Comme Madhavi Sunder l'a résumé, les FSLM ont adopté des stratégies qui remettent en question les conceptions fondamentales de l'identité sur le plan privé plutôt que de se concentrer uniquement sur les stratégies séculaires en vue d'obtenir l'égalité sur le plan public<sup>468</sup>. La stratégie des FSLM, notamment la diffusion d'information sur la diversité des coutumes et des lois musulmanes en mettant en doute la notion selon laquelle le féminisme et les droits de l'homme ne sont pas islamiques<sup>469</sup>, peut être réalisable en particulier dans le contexte canadien.

Le rapport *Life in Bountiful*, qui porte sur la polygynie mormone fondamentale, a également fait allusion à la valeur du dialogue théologique pour les personnes qui redéfinissent actuellement leurs opinions religieuses. Dans le contexte de Bountiful, le rapport a indiqué :

qu'une part du processus menant à la capacité de faire face à l'ensemble de la société entraîne la nécessité de faire face à l'image de l'église mormone qu'elles ont acceptée. La reconnaissance des déformations qu'elles ont acceptées dans leurs croyances sur l'église mormone peut constituer une étape importante vers la transformation de leur perception de la société en général comme un environnement hostile et dangereux<sup>470</sup>.

Pour y parvenir, on a recommandé dans le rapport que les personnes aient accès à des conseillers qui connaissent la théologie mormone.

Dans le même ordre d'idées, le procureur général de la Colombie-Britannique, Geoff Plant, a reconnu l'importance qu'une enquête au sein de la communauté de Bountiful de la Colombie-Britannique soit « documentée par l'histoire et la culture de la communauté et sensible à ces dernières tout en étant efficace<sup>471</sup> ». À cette fin, comme l'indique le rapport *Life in Bountiful*, les professionnels doivent être sensibles au conditionnement de toute une vie qui peut caractériser un groupe culturel polygyne. La documentation actuellement disponible portant sur les adultes ayant des parents alcooliques ou issus de relations de codépendance ou de dépendance peut aider les professionnels à comprendre l'incapacité des personnes à prendre des décisions indépendantes au même titre que leur réticence à critiquer les membres du groupe<sup>472</sup>.

Compte tenu que le courant dominant du mormonisme a rejeté la polygynie, il serait utile de favoriser l'établissement de réseaux sociaux entre les femmes mormones fondamentalistes et leurs homologues du courant dominant. En réalité, l'aperçu de l'établissement de réseaux de

Janet Bennion dans son travail portant sur la polygynie mormone fondamentaliste contemporaine<sup>473</sup> signale que ce type de cadre social est déjà utilisé par les femmes, quoique ce soit *dans* des contextes polygynes. Comme M<sup>me</sup> Bennion l'indique, bien que ce type de réseaux soit utile pour favoriser la camaraderie, la stabilité économique, la solidarité sociale et les échanges spirituels à mesure que les femmes font face à leur « existence paradoxale » dans le contexte de la polygynie<sup>474</sup>, aucune raison ne semble justifier qu'il soit impossible d'étendre ces réseaux pour inclure les femmes mormones qui vivent dans des communautés monogames. Ce type de dialogue et d'engagement envers la communauté religieuse mormone élargie pourrait permettre aux femmes des communautés mormones fondamentalistes de redéfinir la doctrine religieuse qui les opprime tout en pouvant encore embrasser les composantes de la foi qui sont conformes aux normes.

## **B. OBLIGATIONS CANADIENNES EN VERTU DU DROIT INTERNATIONAL EN MATIÈRE DE DROITS DE LA PERSONNE**

### **1. Présomption de conformité**

Les normes internationales en matière de droits fondamentaux sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes sont essentielles aux politiques étrangères et intérieures du Canada ainsi qu'à sa jurisprudence. Le ministère canadien des Affaires étrangères a indiqué publiquement que « les droits fondamentaux des femmes demeurent au cœur des priorités de la politique étrangère du Canada, tant au sein des discussions bilatérales que des instances multilatérales<sup>475</sup> ». En ce sens, lorsque le Canada omet d'intervenir dans les cas de violation des droits fondamentaux des femmes par des pratiques telles que la polygynie, la légitimité de sa politique étrangère est brimée.

En outre, la question de l'égalité des sexes a le plus souvent été décrite comme suit dans une déclaration du ministère des Affaires étrangères :

... ne concerne pas seulement les droits de la personne : il s'agit d'un élément essentiel au développement démocratique. Le véritable développement ne peut être atteint que si les femmes sont incluses en tant que partenaires égaux, décideurs et bénéficiaires dans le développement durable de leur société<sup>476</sup>.

Par conséquent, il est indispensable que la politique canadienne et la jurisprudence reflètent des normes en matière de droits fondamentaux qui favorisent l'inclusion des femmes et leur participation à titre de citoyennes pour encourager le développement démocratique.

Au-delà de son importance dans la politique étrangère et des engagements démocratiques du Canada, le droit international en matière de droits de la personne joue un rôle de premier plan dans la jurisprudence canadienne, en particulier sous la forme de traités ratifiés et souvent difficiles à intégrer. Bien que l'analyse exhaustive du rôle intérieur relatif au droit international dépasse l'objet du présent rapport, il est essentiel de remarquer le principe de conformité qui renseigne les tribunaux canadiens. Ce principe général de common law, prononcé par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Daniels c. White*, soutient que :

Le Parlement n'est pas censé légiférer à l'encontre d'un traité ou d'une manière incompatible avec les convenances et les règles établies du droit international<sup>477</sup>.

Il s'agit d'une cause mémorable car, bien que les traités non intégrés ne lient pas le système dualiste du Canada sur le plan intérieur, la présomption de conformité leur accorde un rôle interprétatif important dans les cas d'ambiguïté législative.

La Cour suprême du Canada a appliqué cette présomption de conformité dans son analyse de la *Charte*. Dans l'affaire *Slaight Communications c. Davidson*, le juge Dickson a indiqué que la *Charte* :

accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu'offrent les dispositions similaires des instruments internationaux que le Canada a ratifiés en matière de droits de la personne<sup>478</sup>.

Ainsi, il faudrait accorder au droit des femmes et des enfants de ne pas faire l'objet de discrimination sous toutes formes perpétuée par la polygynie, un niveau de protection en vertu des dispositions relatives à la sécurité et à l'égalité des personnes de la *Charte* canadienne semblable à celui qu'il recevrait en vertu de la Convention de la femme et de la Convention de l'enfant.

Comparativement à la loi conventionnelle, le Canada est généralement considéré comme ouvert en ce qui a trait au droit international coutumier, ce qui signifie que les normes coutumières n'ont pas besoin d'être modifiées pour être en vigueur dans le pays<sup>479</sup>. L'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Suresh c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* soutient davantage cette prétention voulant qu'il n'est pas nécessaire d'évoquer intérieurement la transformation du droit international coutumier<sup>480</sup>. Jusque là, un argument selon lequel la prohibition ou, à tout le moins, une restriction à la croissance de la polygynie, fait partie du droit international coutumier, tel que démontré par la pratique des États et l'opinion de droit, ne nécessiterait pas d'analyse plus poussée de la transformation pour être exécutoire dans le droit canadien.

Malgré le principe de conformité de la *common law* et la personne internationale favorisée par le Canada au moyen de ses déclarations relatives aux affaires étrangères, certains théoriciens ont critiqué la rupture entre le droit international et interne dans le système canadien<sup>481</sup>. À la lumière de telles critiques, il est important que les tribunaux remplissent leur fonction d'interprétation et d'application directe du droit international. Cette fonction juridictionnelle peut d'abord se présenter à l'étape d'interprétation et d'application de la législation édictée par le gouvernement en vue de s'assurer qu'elle est conforme aux obligations internationales du Canada. En outre, les tribunaux peuvent jouer un rôle plus direct en se penchant sur les principes juridiques et les documents internationaux ainsi que sur les décisions judiciaires étrangères sur lesquels ils peuvent s'appuyer pour prendre des décisions<sup>482</sup>.

Comme l'ancien juge La Forest l'a déclaré, les tribunaux canadiens deviennent de plus en plus des « tribunaux internationaux » dans quelques domaines du droit, augmentant davantage

l'importance d'adopter une « perspective internationale »<sup>483</sup>. Si l'engagement du Canada envers les droits de la personne et en droit international doit être réellement efficace, il semble que, comme Elizabeth Brandon l'a soutenu, « tous les participants au litige [doivent pouvoir] “parler le même langage” du droit international<sup>484</sup> ».

Cette habileté à « parler le même langage » que le droit international, en particulier dans le contexte des pratiques ou des crimes qui portent préjudice aux femmes, peut être observé dans l'affaire *R. c. Ewanchuk*<sup>485</sup>. Dans son jugement concomitant, madame le juge L'Heureux-Dubé a indiqué que le contexte des droits internationaux de la personne dans lequel le Canada réforme ses lois sur les agressions sexuelles a surgi. Elle a examiné la Convention de la femme non à titre d'obligation, mais à titre d'appui à l'analyse de la *Charte* effectuée par la cour. En concluant que « notre *Charte* est le principal véhicule donnant effet au Canada aux droits de la personne qui sont reconnus à l'échelle internationale<sup>486</sup> », madame le juge L'Heureux-Dubé a tracé un lien solide entre la *Charte* et les protections parallèles en vertu du droit international en matière de droits de la personne. En outre, sa référence au lien entre le droit international et les articles « 15 (la disposition en matière d'égalité) et 7 (qui garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne) [dans le cas où ils] expriment la notion de respect de la dignité et de l'intégrité de la personne<sup>487</sup> » est particulièrement pertinente pour la polygynie étant donné la façon dont la pratique mine ces droits.

La Cour suprême a réitéré la déclaration de madame le juge L'Heureux-Dubé selon laquelle l'article 7 de la *Charte* concernant la protection de la vie, de la sécurité et de la liberté de la personne serait soutenu par le droit international dans la jurisprudence subséquente. Dans l'affaire *Suresh*, la Cour a statué :

qu'il faut tenir compte non seulement de la jurisprudence et de l'expérience canadiennes, mais également du droit international, y compris le *jus cogens*. Sont prises en compte, dans cet examen, les obligations internationales contractées par le Canada ainsi que les valeurs exprimées dans les diverses sources du droit international des droits de la personne — les déclarations, les pactes, les conventions, les décisions judiciaires et quasi judiciaires des tribunaux internationaux, et les règles coutumières<sup>488</sup>.

Ces renseignements sont importants dans l'analyse de la sécurité de la personne, car les normes juridiques internationales reconnaissant que la polygynie constitue une violation des droits des femmes au plus haut niveau de santé susceptible d'être atteint pourraient être consultées dans le cadre d'une analyse de la *Charte* s'appuyant sur un droit comparable de sécurité de la personne.

## **2. Valeurs et principes d'une société libre et démocratique**

Outre le principe de conformité, il est également évident que le Canada considère le droit international des droits de la personne comme une réflexion de ses principes à titre de société libre et démocratique. Dans l'affaire *R. c. Keegstra*, la Cour suprême a indiqué que :

D'une manière générale, les obligations internationales assumées par le Canada en matière de droits de la personne reflètent les valeurs et principes propres à une société libre et démocratique et donc les valeurs et principes qui sous-tendent la *Charte* elle-même<sup>489</sup>.

À bien des égards, cette approche axée sur les valeurs a été renforcée par l'affaire *Baker c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*<sup>490</sup>. En l'espèce, la Cour a indiqué que, même lorsqu'un traité international n'a pas été mis en œuvre au Canada (dans le cas présent, la *Convention relative aux droits de l'enfant*), les valeurs du droit international en matière de droits de la personne peuvent pourtant appuyer l'approche contextuelle d'interprétation des lois<sup>491</sup>. Pour ce que Maro Moran a désigné « autorité d'influence », Baker :

applique ainsi le traité ratifié [...] au niveau de ses valeurs ou principes généraux et impose des obligations de justification et de respect plutôt que de conformité et de respect<sup>492</sup>.

Bien qu'il demeure évident que les traités ratifiés, même s'ils ne sont pas mis en œuvre, n'ont pas force exécutoire à l'interne, ils semblent actuellement nécessiter une considération judiciaire au moins au niveau de la normalisation en matière de valeurs.

L'emphase de madame le juge L'Heureux-Dubé sur le fait que la Cour se penchait sur un traité relatif aux droits internationaux de la personne dans l'affaire *Baker* est particulièrement pertinente pour une analyse des droits de la personne portant sur la polygynie. En examinant la *Convention de l'enfant*, elle a déclaré que :

les valeurs reflétées dans la législation internationale sur les droits de la personne peuvent aider à informer l'approche contextuelle à l'interprétation des lois et à l'examen judiciaire<sup>493</sup>.

Les valeurs présentées dans les traités sur les droits de la personne qui ne sont pas appliqués sont ainsi pertinentes pour une analyse de la *Charte* ainsi que pour une interprétation courante des lois. À cet égard, comme Moran le soutient, « le pouvoir public doit ainsi, au minimum, faire preuve d'une certaine fidélité aux valeurs qu'il a expressément adoptées<sup>494</sup> ».

Finalement, il est important de remarquer que si une loi civile ou criminelle excluant ou interdisant les unions polygames était remise en question et que si un tribunal devait conclure à une violation de la *Charte*, le droit international en matière de droits de la personne aurait un rôle important à jouer dans les analyses subséquentes de l'article 1. Comme la Cour suprême l'a déclaré dans l'affaire *R c. Keegstra* :

le droit international des droits de la personne et les engagements du Canada dans ce domaine prennent une pertinence particulière dans l'appréciation, en vertu de l'article premier, de l'importance de l'objectif visé par le législateur<sup>495</sup>.

En ce sens, l'objectif de protéger les droits des femmes de ne pas faire l'objet de discrimination sous toutes ses formes ainsi que le droit des enfants en vertu duquel l'intérêt supérieur de l'enfant doit être le facteur déterminant, seraient considérés comme des objectifs parlementaires particulièrement importants dans l'interdiction des unions polygynes.

## **C. SURVEILLANCE DES OBLIGATIONS DU CANADA EN VERTU DE LA CONVENTION DE LA FEMME**

### **1. Mécanisme de présentation de rapports aux termes de la Convention de la femme**

L'article 18 de la *Convention de la femme* impose aux États parties la présentation de rapports sur :

les mesures d'ordre législatif, judiciaire, administratif ou autre qu'ils ont adoptées pour donner effet aux dispositions de la présente Convention et sur les progrès réalisés à cet égard...

Ce mécanisme de présentation de rapports est indispensable au rôle de supervision international de la Convention. Il offre également une occasion importante aux organisations non gouvernementales de concentrer l'attention du pays sur des questions précises, notamment les progrès du gouvernement dans le respect de ses obligations relatives aux traités<sup>496</sup>. En outre, la procédure de présentation de rapports contribue à s'assurer que :

- a) Les États parties examinent les lois nationales et les pratiques administratives de conformité à la Convention;
- b) Les États parties surveillent si les personnes jouissent actuellement de leurs droits;
- c) Les États parties prouvent que des politiques soigneusement ciblées d'application de la Convention ont été mises en œuvre;
- d) Le public consulte les politiques gouvernementales efficacement étant donné qu'elles influent sur les droits de la Convention;
- e) Les États parties et le CEDEF améliorent leur compréhension des lacunes ou des faiblesses des politiques intérieures de chaque État partie; et,
- f) Le Comité et les États parties sont mieux disposés à échanger des renseignements et à comprendre les problèmes courants affrontés dans l'atteinte des objectifs de la Convention de la femme<sup>497</sup>.

Les rapports initiaux présentés au Comité ont pour objectif de fournir une description complète de la situation des femmes dans leurs pays respectifs. Les rapports subséquents des États parties devraient identifier les progrès et les changements survenus depuis le rapport précédent en portant une attention particulière à la situation de fait des femmes plutôt qu'à leur situation de droit<sup>498</sup>.

Pour un État partie tel que le Canada, il est impératif de respecter ses obligations en matière de rapports en soulignant l'existence continue de familles polygynes et d'une communauté polygyne au Canada ainsi que les mesures prises pour remédier aux violations actuelles des droits dans les prochains rapports nationaux. Si le gouvernement manque à son devoir de

présenter des rapports, le Comité pourrait soulever des critiques sur l'omission du Canada de lui fournir des renseignements adéquats visant à évaluer les progrès du Canada dans l'atteinte des objectifs relatifs à la Convention de la femme<sup>499</sup>. En outre, bien que les ONG ne détiennent pas de rôle officiel dans l'examen des rapports des États, elles occupent une fonction importante en fournissant au Comité des renseignements sur les groupes nationaux qui complètent, ou contredisent dans certains cas, les présentations officielles des États parties<sup>500</sup>. Ainsi, si le Canada continue, dans ses rapports nationaux, d'omettre de mentionner que la polygynie est un domaine préoccupant ainsi qu'un projet gouvernemental en cours, les rapports dissimulés des ONG pourraient fournir ces renseignements au Comité.

## **2. Utilisation de la procédure de communication en vertu du Protocole facultatif à la Convention de la femme**

La procédure relative aux communications de l'article 2 du Protocole facultatif à la *Convention de la femme*, auquel le Canada a adhéré le 18 octobre 2002<sup>501</sup>, joue un rôle important dans les mesures de réparation lorsque les États sont en violation de leurs obligations liées au traité et, de façon générale, sert d'outil de défense des organisations des droits de la personne qui tentent de « dénoncer » et de « couvrir de honte » les États parties<sup>502</sup>. À cette fin, la mise en évidence continue des violations des normes du traité sur la scène internationale peut constituer un catalyseur important de réforme intérieure.

L'article 2 du Protocole facultatif stipule que :

Des communications peuvent être présentées par des particuliers ou groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou groupes de particuliers relevant de la juridiction d'un État partie, qui affirment être victimes d'une violation par cet État partie d'un des droits énoncés dans la Convention. Une communication ne peut être présentée au nom de particuliers ou groupes de particuliers qu'avec leur consentement, à moins que l'auteur puisse justifier qu'il agit en leur nom sans un tel consentement<sup>503</sup>.

De telles demandes peuvent comprendre des allégations de violations ou d'omissions de l'État d'honorer ses obligations relatives au traité<sup>504</sup>. Au même titre que la procédure de plaintes aux termes du Protocole facultatif au Pacte politique, les communications peuvent contenir des recours spécifiques pour les personnes dont les droits ont été violés et, en général, l'assurance que la mise à exécution des obligations liées aux droits sera plus rapide et directe<sup>505</sup>.

L'épuisement de toutes les mesures internes constitue un critère important qui doit être rempli avant que le CEDEF n'entende de telles plaintes. À l'instar d'autres organes créés par traité, le Comité :

n'examine aucune communication sans avoir vérifié que tous les recours internes ont été épuisés, à moins que la procédure de recours n'excède des délais raisonnables ou qu'il soit improbable que le requérant obtienne réparation par ce moyen<sup>506</sup>.

Dans le contexte canadien, la dernière qualification de l'obligation d'exhaustivité est pertinente pour les femmes qui ont souffert d'abus relatifs aux droits permanents dans le cadre de mariages polygynes, en particulier au sein de la communauté Bountiful, en Colombie-Britannique. Pour

les personnes telles que Deborah Palmer, avocate renommée contre la polygynie et ancienne femme d'une union polygyne, les recours intérieurs pour ces violations des droits de la personne ont été non seulement « prolongés de façon déraisonnable », mais peuvent également ne pas être disponibles actuellement sur le plan intérieur. Bien que les reportages des médias en 2003 aient indiqué que Palmer tentait d'intenter un recours collectif en Colombie-Britannique dans l'espoir d'exposer les « abus sexuels, physiques, spirituels et psychologiques » ainsi que les privations éducatives et financières de Bountiful, rien n'indique ce qui a transparu dans cette tentative de procédure<sup>507</sup>. En outre, bien que la police ait recommandé en 1992 qu'une enquête soit menée sur deux hommes de Bountiful accusés de polygynie, la Couronne n'a jamais intenté de poursuite à la suite de conseils juridiques d'experts de la Constitution selon lesquels les lois du Canada en matière de polygynie ne résisteraient pas à une remise en question de la *Charte* en s'appuyant sur la liberté de religion<sup>508</sup>.

Cette hésitation à intenter des poursuites pour le crime de la polygamie s'est également étendue à l'omission d'intenter des poursuites contre différents crimes présumés au sein de la communauté, y compris les agressions sexuelles, la traite des personnes, le mariage de personnes mineures et les abus physiques. Par contre, les fonctionnaires des États-Unis, bien qu'ils soient également vivement critiqués pour leur manque de vigilance ou leur manquement de fournir des services adéquats aux femmes et aux enfants qui fuient de telles unions<sup>509</sup>, ont au moins réussi à intenter des poursuites contre certains hommes mormons fondamentalistes relativement à la polygamie/bigamie ainsi qu'à d'autres crimes connexes, notamment le viol d'enfants<sup>510</sup>.

Ainsi, il semble que l'hésitation du Canada à remédier aux conduites criminelles et aux violations des droits de la personne au sein du contexte de Bountiful (C.-B.) jusqu'à maintenant serait admise en vertu de l'article 2 portant sur l'exception interne d'exhaustivité. Si une plainte de cette nature était présentée au CEDEF et entendue par celui-ci, le Comité recommanderait au Canada de prendre des mesures de conservation provisoire s'il concluait que la présumée violation pourrait causer des « préjudices irréparables » aux victimes<sup>511</sup>. Dans le cas de la polygynie, les préjudices émotionnels, psychologiques, reproductifs et sexuels délétères mentionnés ci-dessus seraient de toute évidence admis à titre de « préjudices irréparables » aux victimes. En outre, une fois que le Comité aurait terminé son examen d'une telle communication et écouté toutes les parties intéressées, il pourrait demander au Canada, l'État partie, de fournir davantage de renseignements sur les mesures que ce dernier a prises à la suite des recommandations et des observations finales du Comité<sup>512</sup>.

### **3. Utilisation de la procédure d'enquête en vertu du Protocole facultatif à la Convention de la femme**

Au-delà de la procédure de plaintes, la procédure d'enquête du Protocole facultatif constitue un autre mécanisme important pour assurer une meilleure conformité de la part des États parties à leurs obligations en vertu de la *Convention de la femme*. L'article 8 du Protocole facultatif indique que :

1. Si le Comité est informé, par des renseignements crédibles, qu'un État partie porte gravement ou systématiquement atteinte aux droits énoncés dans la Convention, il invite cet État à s'entretenir avec lui des éléments ainsi portés à son attention et à présenter ses observations à leur sujet.
2. Le Comité, se fondant sur les observations éventuellement formulées par l'État partie intéressé ainsi que sur tout autre renseignement crédible dont il dispose, peut charger un ou plusieurs de ses membres d'effectuer une enquête et de lui rendre compte sans tarder des résultats de celle-ci. Cette enquête peut, lorsque cela se justifie et avec l'accord de l'État partie, comporter des visites sur le territoire de cet État.
3. Après avoir étudié les résultats de l'enquête, le Comité les communique à l'État partie intéressé, accompagnés, le cas échéant, d'observations et de recommandations.
4. Après avoir été informé des résultats de l'enquête et des observations et recommandations du Comité, l'État partie présente ses observations à celui-ci dans un délai de six mois.
5. L'enquête conserve un caractère confidentiel et la coopération de l'État partie sera sollicitée à tous les stades de la procédure<sup>513</sup>.

La procédure d'enquête confère au CEDEF l'autorité de mener enquête indépendamment sur des violations graves ou systématiques des droits de la personne; dans tous les cas, il est préférable que cette enquête soit menée en collaboration avec l'État partie concerné. Ces enquêtes peuvent porter sur des violations à grande échelle, telles que la traite des femmes ou des violations plus isolées telles que des pratiques coutumières qui portent préjudice aux femmes. L'illégalité d'une pratique coutumière ou d'une pratique religieuse préjudiciable telle que la polygynie dans un État donné ne compromet pas l'habileté du CEDEF de mener une enquête si l'existence de telles pratiques est confirmée<sup>514</sup>. La procédure d'enquête aux termes de la Convention de la femme est différente de celles des autres organes créés par traité en matière de droits de la personne, car elle ne restreint pas les personnes qui peuvent présenter une demande contre un État partie<sup>515</sup>. L'initiateur n'a qu'à fournir une « preuve pertinente de la violation présumée<sup>516</sup> ».

Étant donné la documentation complète portant sur les abus aux droits de la personne dans le contexte de Bountiful (C.-B.), il est fort probable que si une demande était présentée, le CEDEF conclurait que les preuves pertinentes sont suffisantes pour entamer une enquête. Il est également probable que, dans l'éventualité où une enquête sur la polygynie était menée par le CEDEF, la portée de cette dernière s'étendrait au-delà du contexte de Bountiful. Dans le récent rapport de Marion Boyd portant sur un arbitrage en matière de foi en Ontario, l'ancien procureur général de l'Ontario a déclaré que pendant l'étape de consultation :

beaucoup de participants font observer que bien que la polygamie et la célébration du mariage polygamique soient des crimes prévus au *Code criminel*, la police répugne à porter des accusations en la matière. Le groupe d'étude a reçu de diverses sources des témoignages anecdotiques selon lesquels des mariages polygamiques sont célébrés en Ontario ainsi que l'expression de leur préoccupation au sujet des femmes dont les maris ont plus d'une épouse<sup>517</sup>.

La présence de polygynie à l'extérieur de Bountiful (C.-B.) illustre le besoin pressant que l'État canadien présente un rapport sur la question et qu'il prenne immédiatement des mesures pour éliminer la pratique.

## **D. SURVEILLANCE DES OBLIGATIONS DU CANADA EN VERTU DU PACTE POLITIQUE ET DE LA CONVENTION DE L'ENFANT**

Bien que le CEDEF soit l'organe international idéal pour éventuellement mener enquête, présenter des rapports et proposer des recours pour les violations actuelles aux droits de la personne se rapportant à la polygynie au Canada, d'autres organes des droits de la personne pourraient également participer au processus, en particulier au cours des étapes de présentation de rapports.

### **1. Comité des droits de l'homme (CDH)**

Le Comité des droits de l'homme (CDH) est l'organe créé par traité responsable de la surveillance pour le *Pacte politique*. Selon l'article 40 du *Pacte*, les États parties doivent obligatoirement « présenter des rapports » sur les mesures prises pour « appliquer » leurs obligations relatives au traité et sur les « progrès effectués » dans la jouissance des droits décrits dans le *Pacte*<sup>518</sup>. Bien qu'il puisse exiger d'urgence un rapport lorsqu'une situation conflictuelle se présente, le CDH a demandé que les rapports lui soient envoyés à tous les cinq ans.<sup>519</sup> Ces rapports sont ensuite étudiés par le Comité d'experts en débat public avec l'État partie. De toute évidence, à l'instar du CEDEF, le CDH ne s'appuie pas sur la documentation présentée par l'État pour rédiger ses observations finales sur un État donné. Il peut également recourir à des sources alternatives, notamment des agences spécialisées de l'ONU, des organisations non gouvernementales et la presse<sup>520</sup>. À la suite de ce processus de dialogue, le CDH émettra ses observations finales portant sur un État, qui traitent de la situation actuelle des droits de la personne dans cet État ainsi que des recommandations d'amélioration et des demandes de renseignements précis pour les rapports suivants.

En plus des rapports propres aux États, le CDH émet des « observations générales » en vertu de l'article 40 de sa compétence. Ces observations traitent de questions thématiques se rapportant au *Pacte* et contribuent à l'expansion de la signification et de l'interprétation de droits précis<sup>521</sup>. À la suite de ces rapports, le Comité publie des « observations générales qu'il estime pertinentes » à l'égard de ces États parties.

En plus de publier des conclusions finales sur les rapports des États parties ainsi que des observations générales, le CDH, comme le CEDEF, a un Protocole facultatif qui lui permet de prendre connaissance de renseignements individuels fournis par des personnes qui se prétendent victimes d'abus relatifs aux droits humains commis par un État membre. Après avoir considéré le bien-fondé de telles communications, le Comité publie ses « constatations » en vertu du paragraphe 5(4) du Protocole facultatif. Ces décisions ont à juste titre été caractérisées de publications « à esprit judiciaire<sup>522</sup> ». Les États parties qui ont omis de remédier aux infractions évoquées par le CDH ou de réformer les lois contrevenant au *Pacte politique* s'exposent à une

condamnation publique grave et à des questions relatives à la véracité de leur engagement envers les droits humains. La « dénonciation et la honte » associées aux décisions défavorables émises par le CDH ont certainement poussé de nombreux États à modifier leurs lois et/ou pratiques pour se conformer à leurs obligations en vertu du *Pacte politique*<sup>523</sup>.

Étant donné que le CDH a expressément déclaré que la polygamie viole la garantie d'égalité entre l'homme et la femme du *Pacte politique*, la légitimation légale des unions polygynes au Canada pourrait être remise en question par des requêtes individuelles.

## **2. Comité des droits de l'enfant (CDE)**

La *Convention de l'enfant* est entrée en vigueur le 2 septembre 1990. En 2005, elle lie 192 États parties, dont le Canada<sup>524</sup>. La *Convention de l'enfant* est considérée comme le traité simple de droits humains le plus exhaustif<sup>525</sup>. Le Comité des droits de l'enfant (CDE) est l'organisme créé par traité qui surveille la mise en œuvre de la *Convention relative aux droits de l'enfant* par les États parties.

Les États parties sont tenus de présenter régulièrement des rapports résumant la façon dont les droits sont mis en application au Comité. En premier lieu, les États doivent présenter un rapport deux ans après avoir adhéré à la *Convention*. Par la suite, ils présentent un rapport à tous les cinq ans. À l'instar des autres organes créés par traité, le CDE étudie chaque rapport et fait part des problèmes et des recommandations à l'État partie dans ses conclusions finales. Les États qui ont adhéré aux deux protocoles facultatifs doivent également présenter des rapports supplémentaires<sup>526</sup>.

Comme l'ont indiqué nombre de commentateurs, l'un des inconvénients du CDE est que, contrairement au CDH et au CEDEF, il ne peut prendre en considération les plaintes individuelles<sup>527</sup>. Ainsi, il n'est pas interdit d'invoquer les droits des enfants devant d'autres comités de traités compétents dans l'évaluation des requêtes individuelles. Comme les autres organes créés par traité, le CDE a également publié depuis 2001 quelques observations générales qui fournissent un encadrement sur des questions thématiques et la présentation de rapports sur ces dernières. À la lumière de rapports médiatiques selon lesquels les mariages polygynes à Bountiful (C.-B.) concernent des mineurs, le Canada est tenu devant le CDE de résumer comment les mariages précoces menacent la santé des adolescents, tel qu'indiqué ci-dessus<sup>528</sup>, et d'indiquer les mesures qu'il prend pour éliminer la pratique.



## VIII. CONCLUSION

1. Étant donné que le droit international des droits de la personne a évolué dans un cadre de non-discrimination à l'égard des sexes vers un sens plus solide d'égalité de transformation, un consensus croissant voulant que la polygynie viole le droit des femmes de ne pas faire l'objet de discrimination sous toutes ses formes a émergé. Quelques organes créés par traités, notamment le CEDEF, le CDH, le CDESC et le CDE, ont déclaré dans leurs observations générales que la polygynie viole les droits décrits dans leurs traités respectifs. Dans son *observation générale n° 28, Égalité des droits entre hommes et femmes*, le CDH a indiqué que, puisque « la polygamie est attentatoire à la dignité de la femme » et qu'elle « constitue, en outre, une inadmissible discrimination à son égard [...] elle doit être, en conséquence, définitivement abolie là où elle existe<sup>529</sup> ». De même, le CEDEF a soutenu que, puisque la polygynie viole l'égalité entre les sexes et qu'elle engendre souvent des conséquences financières et émotionnelles délétères pour les femmes et leurs personnes à charge, « de tels mariages doivent être empêchés et interdits<sup>530</sup> ».
2. Ces déclarations des organes créés par traités reflètent la discrimination patriarcale et les préjudices à l'égard des femmes et des enfants associés à la polygynie. Bien que de tels préjudices diffèrent souvent en fonction des contextes religieux, coutumiers, culturels et socioéconomiques dans lesquels la polygynie est pratiquée, la perte de l'exclusivité conjugale est commune à toutes les unions de cette nature. Parmi les autres conséquences néfastes, on compte les préjudices découlant des relations entre les femmes d'un même mari, les préjudices à la santé mentale, les préjudices liés à la sexualité ou à la procréation, les préjudices économiques, les préjudices liés à la jouissance de la citoyenneté et les préjudices à l'égard d'enfants issus d'unions polygynes.
3. À la lumière de ces préjudices à l'égard des femmes et des enfants, la polygynie viole les droits de ces derniers en vertu du droit international des droits de la personne. Plus particulièrement, la polygynie mine les droits des femmes et des enfants relatifs à la vie familiale, à la sécurité et à la citoyenneté. Bien que les droits de la personne distincts compris dans ces réalités soient par définition universels, il est évident que, de la même façon que les préjudices liés aux unions polygynes selon leur contexte, les violations des droits peuvent différer. Toutefois, le droit d'égalité au sein du mariage et de la famille est violé *per se* de façon significative par la polygynie, sans égard au contexte culturel ou religieux dans lequel elle est pratiquée.

4. En ce qui concerne ces violations de droits, le droit international ne fournit pas de justifications relativement à la vie religieuse, culturelle ou familiale. Bien que des protections de la vie religieuse, culturelle et familiale existent dans différents traités internationaux, notamment le *Pacte politique* et le *Pacte économique*, ils ne traitent pas des pratiques qui violent les droits et libertés d'autrui. En outre, l'obligation de la *Convention de la femme* selon laquelle les États parties doivent « assurer le plein développement et le progrès des femmes » exclut la défense de la vie religieuse, culturelle et familiale pour les pratiques qui sont discriminatoires à l'égard des femmes ou qui leur portent préjudice.
5. Cette conclusion indiquant que la polygynie constitue une violation injustifiable des droits des femmes et des enfants peut de plus en plus être considérée comme la pratique *opinio juris* dominante de l'État pour interdire ou, à tout le moins, restreindre la pratique. L'interdiction en propre et pour toujours de la polygynie constitue la norme dans la majorité des États, notamment la totalité des Amériques, l'Europe, l'ancienne Union soviétique, le Népal, le Vietnam, la Chine, la Turquie, la Tunisie, l'Ouzbékistan, les Fidji et la Côte d'Ivoire. Les régions de l'Afrique, du Moyen-Orient et de l'Asie ont de plus en plus tendance à restreindre et, éventuellement, à interdire la pratique. L'existence de ce genre de pratique prohibitive ou restrictive des États liée à l'*opinio juris* voulant que le droit international l'exige, signale l'émergence d'une norme coutumière internationale à l'effet que la polygynie contrevient au droit international.
6. Malgré cet accord grandissant selon lequel la polygynie contrevient au droit international en matière de droits de la personne, le consensus international se brise toutefois sur la question de l'élimination réelle de la polygynie. En raison des préoccupations relatives à la transition dans les contextes d'immigration et de nations en ce qui concerne la protection légale continue des familles polygynes existantes, certains États et organismes régionaux ont été réticents à l'idée d'exiger l'interdiction absolue de la polygynie. Cette réticence ne doit toutefois pas être interprétée comme une dissolution du consensus selon lequel la polygynie contrevient au droit international en matière de droits de la personne. Par conséquent, en traitant de la polygynie dans des contextes nationaux variés, il est indispensable que les systèmes judiciaires, politiques et sociaux tiennent compte des contextes religieux et culturels auxquels les femmes et les familles s'identifient tout en protégeant les droits individuels de la personne.
7. Afin de renforcer le respect des droits d'égalité au sein du mariage et de la famille, il est essentiel que l'État canadien favorise l'amélioration du dialogue entre les communautés et les familles religieuses ainsi que la culture monogamique en général. En outre, étant donné que le Canada a ratifié la *Convention de la femme*, le *Pacte économique*, le *Pacte politique* et la *Convention de l'enfant*, les traités soulèvent respectivement une présomption de conformité dans le cadre de la jurisprudence interne et l'appui des valeurs et des principes dans l'analyse de la *Charte*. Finalement, à titre de partie de la *Convention de la femme* et de signataire de son Protocole facultatif, le Canada est assujéti à son

mécanisme de présentation de rapports ainsi qu'à ses procédures de communication et de requête. Ces dispositions de surveillance visent à s'assurer que le Canada communique au CEDEF les difficultés auxquelles il fait face dans le cadre de ses obligations liées au traité et les divers moyens juridiques et d'élaboration de politiques à l'aide desquels il affronte ces difficultés. Pour ces raisons, il est indispensable que le Canada présente des rapports et prenne des mesures relativement à la présence de familles polygynes en s'efforçant d'atteindre l'élimination de fait de la polygynie.



## RÉFÉRENCES

### DOCUMENTS INTERNATIONAUX

#### DÉCLARATIONS<sup>531</sup>

*Déclaration universelle des droits de l'homme* (1948).

*Déclaration sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes* (1967).

*Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la croyance* (1981).

*Déclaration sur l'élimination de la violence contre les femmes* (1993).

*Déclaration et Programme d'action de Beijing* (1995)<sup>532</sup>.

*Déclaration d'engagement sur le VIH/sida* (2001).

#### TRAITÉS

#### RÉGIONAUX

*Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Europe (1953).

*Convention américaine relative aux droits de l'homme* (1969) — (ni signée ni ratifiée par le Canada)

*Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Banjul, (1981, 1986).

*Charte arabe des droits de l'homme* (1994).

*Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relative aux droits de la femme en Afrique*, 2003.

#### INTERNATIONAUX

*Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimal du mariage et l'enregistrement des mariages* (1962, 1964) — Non ratifiée par le Canada

*Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (1965, 1969) — Canada : signature le 24 août 1966; ratification le 14 octobre 1970

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (1966, 1976) — Adhésion du Canada le 19 mai 1976

*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (1966, 1976) — Adhésion du Canada le 19 mai 1976

*Convention de Vienne sur le droit des traités* (1969, 1980) — Adhésion du Canada le 14 octobre 1970

*Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* (1979, 1981) — Canada : signature le 17 juillet 1980; ratification le 10 décembre 1981

*Convention relative aux droits de l'enfant* (1989, 1990) — Canada : signature le 28 mai 1990; ratification le 13 décembre 1991

## **JURISPRUDENCE**

### **CANADA**

*Ali c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [1998] 154 F.T.R. 285. (Les agents d'immigration canadiens peuvent refuser l'entrée aux familles polygames.)

*Baker c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [1999] 2 R.C.S. 817. (Même lorsqu'un traité international n'a pas été mis en œuvre au Canada, les valeurs du droit international en matière de droit des personnes peuvent contribuer à soutenir l'approche contextuelle de l'interprétation des lois.)

*R c. Ewanchuk* [1999] 1. R.C.S. 3. (Le jugement concomitant mentionne le contexte du droit international en matière de droits de la personne qui a suscité la réforme des lois sur les agressions sexuelles du Canada; il examine la *Convention de la femme* à titre de document à l'appui et non d'obligation.)

*Kaddoura c. Hammoud* [1998] O.J. n° 5054 [Q.L.]. (Le contrat rédigé en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario pour un montant de 30 000 \$ payable à la femme n'était pas exécutoire en raison de son contenu religieux.)

*R c. Keegstra* [1990] 3 R.C.S. 697. (Les facteurs et les valeurs contextuels découlant des accords internationaux du Canada devraient être considérés en vertu de l'art. 1; le droit international en matière de droits de la personne est particulièrement important dans l'évaluation de l'importance des objectifs du Parlement en vertu de l'art. 1.)

*Lim c. Lim*, [1948] 2 D.L.R. 353 (C.S. C.-B.). (La reconnaissance juridique d'une union polygame n'a pas été accordée.)

*R. c. Morgentaler* [1988] 1 R.C.S. 30. (Criminalisation de l'avortement et, par conséquent, obligation d'une femme à mener à terme une grossesse, ce qui viole son droit à la sécurité.)

*N. M. M. c. N. S. M* [2004] B.C.J. n° 642 [Q.L.]. (Le *mahr* était exécutoire à titre de partie valide d'une entente de mariage en vertu de l'art. 48 du *Family Relations Act*.)

*Slaight Communications Inc. c. Davidson* [1989] 1 R.C.S. 1038. (Les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne devraient appuyer autant l'interprétation des droits de la *Charte* que ce qui représente un objectif urgent et important de restreindre le droit en vertu de l'art. 1.)

*Suresh c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [2002] 1 R.C.S. 3. (Requête sur les principes de justice fondamentale s'appuyant sur le droit international, y compris le *jus cogens*.)

*Yew c. Colombie-Britannique*, [1924] 1 D.L.R. 1166 (C.S. C.-B.). (Une reconnaissance limitée a été accordée à la veuve d'un mariage polygame effectif aux fins d'un héritage.)

## **TRIBUNAUX INTERNATIONAUX ET RÉGIONAUX DES DROITS DE LA PERSONNE**

### **Commission européenne des droits de l'homme**

*Bibi c. Royaume-Uni*, Appl. 19628/92 9Dec., 29 juin 1992. (Maintien de la *Immigration Act* de la G.-B. (1988) à l'effet qu'une femme ne pourrait immigrer au pays dans le cadre d'un mariage polygame si une autre femme du même mari a déjà été admise en G.-B.; la Commission a conclu que le droit au respect de la vie familiale de la demanderesse avait été miné, mais a soutenu que la situation était justifiée pour la protection de la morale et des droits et libertés d'autrui.)

### **Cour européenne des droits de l'homme**

*Abdulaziz, Cabales et Balkandal c. Royaume-Uni*, 15/1983/71/107-109 (Cour européenne des droits de l'homme). (Réédité dans l'ouvrage suivant : Emerton, Robyn, Kristine Adams, Andrew Byrnes et Jane Connors, *International Women's Rights Cases*, Londres, Cavendish, 2005, p. 618. (Indique qu'il faudrait accorder une attention accrue à la discrimination sexuelle))

*Kjeldsen c. Danemark* (1976) 1 E.H.R.R. 711, (Cour européenne des droits de l'homme). (Pour l'éducation sexuelle obligatoire dans les écoles, la sensibilité à l'opinion des parents est nécessaire, mais le cours a été maintenu.)

*Kokkinakis c. Grèce* (1993), 260A Cour européenne des droits de l'homme, (Ser. A) 18. (Mentionne l'importance du respect de la liberté de religion et de la liberté de la religion en considérant les lois criminelles qui restreignent le prosélytisme.)

*Marckx c. Belgique* (1979), 2 E.H.R.R. 330 (Cour européenne des droits de l'homme) (Réédité dans l'ouvrage suivant : Emerton, Robyn, Kristine Adams, Andrew Byrnes et Jane Connors, *International Women's Rights Cases*, Londres, Cavendish, 2005, p. 18.) (Principe d'interprétation dynamique des traités appliqué en vue de permettre à une mère non mariée de légitimer son enfant de la même façon qu'une femme mariée pourrait déclarer que « la *Convention européenne* doit être interprétée à la lumière des conditions actuelles ».)

*Petrovic c. Autriche* (1998), 33 E.H.R.R. 307. (Cour européenne des droits de l'homme). (La dissidence a permis de porter une attention particulière à l'égalité des sexes dans le cadre de la loi sur les congés parentaux.)

*Pichon et Sajous c. France* (2001), Cour européenne des droits de l'homme, (section III) Appl. 49853/99. (Les droits à l'objection de conscience peuvent être restreints pour la protection de la santé.)

*Leyla Sahin c. Turquie* (2005), Cour européenne des droits de l'homme, Requête 44774/98. (Restrictions à l'utilisation de voiles religieux en public permises afin de protéger l'égalité des sexes et de maintenir la laïcité dans les lieux officiels et les institutions d'enseignement supérieur.)

### **Comité des droits de la personne**

*Singh Bhinder c. Canada*, Constatation n° 208/1986, doc. NU CCPR/C/37/D/208/1986, 1989. (La loi obligeant toutes les personnes à porter un casque de protection (casque de sécurité) pour des raisons de sécurité et de santé publique constitue une restriction justifiée de la liberté de religion.)

*Lovelace c. Canada* (1981) HRC 36 NU GOAR Supp. (n° 40) Annexe XVIII; doc. NU A/36/40, 1981. (Réédité dans l'ouvrage suivant : Emerton, Robyn, Kristine Adams, Andrew Byrnes et Jane Connors, *International Women's Rights Cases*, Londres, Cavendish, 2005, p. 261). (Le droit à la vie culturelle des minorités protégé par l'article 27 du *Pacte politique* a été accueilli; le droit de la demanderesse de jouir de sa culture autochtone a été injustement miné par une disposition discriminatoire envers le sexe de la *Loi sur les Indiens*.)

### **Cour interaméricaine des droits de l'homme**

*Advisory Opinion on the Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Political Constitution of Costa Rica* (1984) 5 Hum. Rts. L.J. 161 (Cour interaméricaine des droits de l'homme). (Réédité dans l'ouvrage suivant : Emerton, Robyn, Kristine Adams, Andrew Byrnes, et Jane Connors. *International Women's Rights Cases*, Londres, Cavendish, 2005, p. 533.) (Les amendements de naturalisation proposés constituaient de la discrimination, contrairement à l'obligation d'assurer l'égalité des conjoints au sein de la famille et une protection égale par la loi.)

*Ana, Beatriz et Cecilia Gonzalez Perez c. Mexique* (2001), Rapport n° 53/01, Cas 11.565, (Cour interaméricaine des droits de l'homme). (Application du droit de ne pas être l'objet de traitements inhumains et dégradants pour tenir l'État du Mexique responsable du viol de femmes par des fonctionnaires de l'État.)

## JURISPRUDENCE COMPARATIVE

### Afrique du Sud

*Bhe et autres c. le magistrat, Khayelitsha et autres*, Cas CCT 49/03; *Shibi c. Sithole et autres* Cas CCT 69/03; *South African Human Rights Commission et autre c. Président de la République sud-africaine et autres*, Cas CCT 50/03 (2004) Constitutional Court of South Africa). (Décision rejetant l'application de la loi coutumière en matière de primogéniture masculine, mais tout de même sensible à l'importance de la coutume.)

### États-Unis

*Bronson c. Swensen*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 2374 (D. Utah, 15 février 2005). (Décision accueillant l'interdiction de la polygamie dans le Utah contre un recours à l'effet que la législation constituait une violation inconstitutionnelle des droits des demandeurs d'exercer librement leurs croyances religieuses, leur droit d'association et leur droit à la vie privée.)

*Reynolds c. États-Unis*, 98 US 145 (1879). (La Cour a décidé que le droit des mormons à la liberté religieuse ne comprenait pas d'exemption à la loi criminelle fédérale interdisant la polygynie.)

### Inde

*B. Chandra Manil Kyamma c. B. Sudershan* (1989) A.P. 1. HLR 183. (La Cour a rejeté l'argument voulant que la conversion religieuse à l'islam pourrait justifier/valider une union polygyne contre la volonté de la première femme.)

*Itwari c. Asghari*, A.I.R. 1960 AI 684. (La High Court a reconnu que la loi musulmane donne le droit au divorce à une première femme dans le cas d'un mari qui prend une deuxième femme et a décidé que le mariage d'un homme à une deuxième femme « n'est pas un tort unique, mais bien un tort continu à l'égard de la première femme ».)

*Srinivasa c. Saraswati Ammal* A.I.R. 1952 Mad. 193. (La High Court à Bombay, en Inde, a accueilli les règlements régionaux interdisant la polygynie hindoue.)

*État de Bombay c. Narasu Appa Mali* A.I.R. 1952 Bom. 84. (La High Court à Bombay, en Inde, a accueilli les règlements régionaux interdisant la polygynie hindoue.)

*Vishaka c. État de Rajasthan* A.I.R. 1997 SC 3011, p. 3015 (1998) 3 BHRC 261. (Supreme Court of India) (Cite la *recommandation générale n° 19* du CEDEF en ce qui concerne le harcèlement sexuel.)

## Maurice

*Bhewa c. Gouvernement de Maurice*, [1991] LRC (Const). (La liberté de religion, telle que protégée par la *Constitution mauricienne* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ne permet pas à la communauté musulmane d'appliquer sa propre loi religieuse en vue de refuser aux femmes l'égalité des droits au sein du mariage.)

## Nigeria

*Mojekwu c. Mojekwu* (1991) NWLR Pt. 194, p. 739. (Le frère d'une personne décédée a tenté d'hériter de la succession en excluant la fille de cette même personne; la Cour a appliqué la « répugnance envers l'approche de la justice naturelle » dans sa conclusion contre la pratique coutumière.)

## DOCUMENTATION SECONDAIRE : LIVRES ET MONOGRAPHIES

Altman, Irwin et Joseph Ginat. *Polygamous Families in Contemporary Society*, Cambridge, University of Cambridge Press, 1996.

An-Na'im, Abdullahi, éd., *Islamic Family Law in a Changing World: A Global Resource Book*, Londres, Zed Books, 2002.

Bakht, Natasha. *Arbitrage, religion et droit de la famille : la privatisation du droit au détriment des femmes*, Association nationale de la femme et du droit, mars 2005.

Bennion, Janet. *Women of Principle: Female Networking in Contemporary Mormon Polygyny*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

Betzig, Laura. *La femme de mon mari : étude ethnologique du mariage polygamique en Afrique et en France*, New York, Aldine Pub., 1986.

Bretschneider, Peter. *Polygyny: a Cross-Cultural Study*, Uppsala, Uppsala University, 1995.

Center for Reproductive Law and Policy. *Women of the World: Laws and Policies Affecting Their Reproductive Lives — Francophone Africa*, New York, Center for Reproductive Law and Policy, 2000.

\_\_\_\_\_. *Women of the World: Laws and Policies Affecting Their Reproductive Lives — Anglophone Africa, 2001 Progress Report*, New York, Center for Reproductive Law and Policy, 2001.

Centre pour les droits reproductifs et le Programme international de droit sexuel et en matière de reproduction de la faculté de droit de l'Université de Toronto, *Faire peser les droits : Guide de plaidoyer sur le travail des organes de surveillance des traités des Nations-Unies relatifs aux droits en matière de reproduction et de sexualité*, 2002.

- Cook, Rebecca, Bernard Dickens et Mahmoud Fathalla. *Reproductive Health and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique. *Human Rights and Legal Status of Women in the Asian and Pacific Region*, Studies on Development of Women, Nations Unies, 1997.
- Emerton, Robyn, Kristine Adams, Andrew Byrnes et Jane Connors. *International Women's Rights Cases*, Londres, Cavendish, 2005.
- Holtmaat, Rikki. *Towards Different Law and Public Policy: The Significance of Article 5a CEDAW for the Elimination of Structural Gender Discrimination*, Den Haag, Reed Business Information, 2004.
- Joseph, Sarah, Jenny Schultz et Melissa Castan. *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- Knop, Karen. *Diversity and Self-Determination in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- Commission de réforme du droit du Canada. *La bigamie*, Document de travail n° 42, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1985.
- Life in Bountiful — A report on the lifestyle of a polygamous community*, (préparé pour le Committee on Polygamous Issues, financé par le Ministry of Women's Equality (C.-B.), 1993.)
- Nasir, Jamal J. *The Status of Women Under Islamic Law and Under Modern Islamic Legislation*, 2e éd., Londres, Graham & Trotman, 1994.
- \_\_\_\_\_. *The Islamic Law of Personal Status*, 3e éd., La Haye, Kluwer Law International, 2002.
- Okin, Susan. *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1999.
- Pearl, David et Werner Menski. *Muslim Family Law*, 3e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1998.
- Rehof, Lars Adam. *Guide to the Travaux Préparatoires of the United Nations, Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, Dordrecht (Pays-Bas), Martinus Nijhoff, 1993.
- Steiner, Henry J. et Philip Alston. *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2000.

Femmes sous lois musulmanes. *Knowing Our Rights: Women, family, laws and customs in the Muslim World*, Londres, Femmes sous lois musulmanes, 2003.

## **DOCUMENTATION SECONDAIRE : ARTICLES**

Al-Krenawi, Alean. « Women from Polygamous and Monogamous Marriages in an Out-Patient Psychiatric Clinic », (2001) 38 *Transcultural Psychiatry*, p. 187.

Bala, Nicholas. « Controversy over Couples in Canada: The Evolution of Marriage and Other Adult Interdependent Relationships », (2003) 29 *Queen's L.J.* 41.

Brandon, Elizabeth. « Does International Law Mean Anything in Canadian Courts? », (2001) 11 *Journal of Environmental Law and Practice* 399.

Byrnes, Andrew. « The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women » paru dans Éd. W. Benedek, E. Kisaakye et G. Oberleitner, *Human Rights of Women: International Instruments and African Experiences*, (2002) Londres, Zed Books, p. 119-172.

Conseil Canadien des Femmes Musulmanes (CCMW). « Position Statement on the Proposed Implementation of Sections of Muslim Law [Sharia] in Canada » (revu le 25 mai 2004).  
En ligne : [http://www.ccmw.com/Position%20Papers/Position\\_Sharia\\_Law.htm](http://www.ccmw.com/Position%20Papers/Position_Sharia_Law.htm)

Carroll, Lucy. « Talaq and Polygamy: Some Recent Cases from England and Pakistan », (1985) 5 *Islamic & Comp. Law Q.* 271.

Chaleby, Kutaiba. « Traditional Arabian marriages and mental health in a group of outpatient Saudis », (1988) 77 *Acta Psychiatrica Scandinavica* 139.

\_\_\_\_\_. « Women of polygamous marriages in outpatient psychiatric services in Kuwait », (1987) 8 *International Journal of Family Psychiatry* 25.

Cherian, Varghese I. « Academic Achievement of Children from Monogamous and Polygynous Families », (1989) 130 *The Journal of Social Psychology* 117.

Coliver, S. « The Right to Information Necessary for Reproductive Health and Choice Under International Law » dans S. Coliver (éd.), *The Right to Know: Human Rights and Access to Reproductive Health Information*, (1995) Londres et Philadelphie, Article 19 et University Press.

Cook, Rebecca. « Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women », (1990) 30 *Va. J. of Int'l Law* 643.

- \_\_\_\_\_. « Obligations To Adopt Temporary Special Measures Under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women » dans éd. I. Boerefijn et al, *Temporary Special Measures*, (2003) Anvers, Intersentia.
- Deller Ross, Susan. « Polygyny as a Violation of Women's right to Equality In Marriage: An Historical, Comparative and International Human Rights Overview », (2002) 24 *Delhi Law Review* 22.
- Dhar, P. M. « Polygamy Among Hindus: A Survey in Retrospect », (1985) 5 *Islamic and Comparative Law Quarterly* 147.
- Fredman, Sandra. « Beyond the Dichotomy of Formal and Substantive Equality: Towards a New Definition of Equal Rights » dans éd. Ineke Boerefijn et al., *Temporary Special Measures: accelerating de facto equality of women under article 4(1) UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, (2003) New York, Transnational Publishers.
- Gautier, Arlette. « Legal Regulation of Marital Relations: An Historical and Comparative Approach », (2005) 19 *International Journal of Law, Policy and the Family* 47.
- Gupta, Kiran. « Polygamy — Law Reform in Modern Muslim States: A Study in Comparative Law », (1992) 12 *Islamic and Comparative Law Quarterly* 114.
- Hoq, Laboni. « The Women's Convention and Its Optional Protocol: Empowering Women to Claim Their Internationally Protected Rights », (2001) 32 *Columbia H.R.L. Rev.* 677.
- Howland, Courtney. « Safeguarding Women's Political Freedoms under the International Covenant on Civil and Political Rights in the Face of Religious Fundamentalism » dans éd. Courtney Howland, *Religious Fundamentalism and the Human Rights of Women*, (1999) New York, St. Martin's Press.
- \_\_\_\_\_. « The Challenge of Religious Fundamentalism to the Liberty and Equality Rights of Women: An Analysis under the United Nations Charter », (1997) 35 *Colum. J. Transnat'l L.* 273.
- Human Rights Watch. « Just Die Quietly: Domestic Violence and Women's Vulnerability to HIV in Uganda », (2003) 15, n° 15(A), 51.
- Ilumoka, Adetoun. « Legal Imperialism and Chauvinism: Lessons from Africa », (2005) 48 *Publications of the Swiss Institute of Comparative Law* 1.
- Iversen, Joan. « Feminist Implications of Mormon Polygyny », (1984) 10 *Feminist Studies* 502.
- Jain, Kiran B. « Vice of Bigamy and Indian Penal Code: Ramifications of an Archaic Law », (1990) 32 *Journal of the Indian Law Institute* 386.

- Jegade, A. S. et O. Odumosu. « Gender and Health Analysis of Sexual Behaviour in South-Western Nigeria », (2003) 7 *African Journal of Reproductive Health* 63.
- Kaganas, Felicity et Christina Murray. « Law, Women and the Family: The Question of Polygyny in a New South Africa », (1991) *Acta Jur* 116.
- Kaufman, Amy. « Polygamous Marriages in Canada », (2005) 21 *Can. J. Fam. L.* 315.
- Khaliq, Urfan. « Beyond the Veil?: An Analysis of the Provisions of the Women's Convention in the Law as Stipulated in Shari'ah », (1995) 2 *Buff. Jour. Int'l L.* 1.
- Madhavan, Sangeetha. « Best of Friends and Worst of Enemies: Competition and Collaboration in Polygyny », (2002) 41 *Ethnology* 69.
- Mashhour, Amira. « Islamic Law and Gender Equality — Could There be a Common Ground?: A Study of Divorce and Polygamy in Sharia Law and Contemporary Legislation in Tunisia and Egypt », (2005) 27 *Human Rights Quarterly* 562.
- Mayambala, Esther. « Changing the Terms of the Debate: Polygamy and the Rights of Women in Kenya and Uganda », (1998) *East African Journal of Peace & Human Rights* 200.
- Moran, Mayo. « Authority, Influence, and Persuasion: Baker, Charter Values and the Puzzle of Method » dans éd. David Dyzenhaus, *The Unity of Public Law*, (2004) Oxford et Portland (Oregon), Hart Publishing, p. 389-430.
- Patten, Wendy L. et J. Andrew Ward. « Recent Developments: Empowering Women to Stop AIDS in Côte d'Ivoire and Uganda », (1993) 6 *Harv. Hum. Rts. J.* 210.
- Rifkin, Janet. « Toward a Theory of Law and Patriarchy », (1980) 3 *Harv. Women's L. J.* 83.
- Sagade, Jaya. « Polygamy and Women's Right of Maintenance: Survey of Judicial Decisions », (1989) 31 *Journal of the Indian Law Institute* 336.
- Sayeh, Leila P. et Adriaen M. Morse, Jr.. « Islam and the Treatment of Women: An Incomplete Understanding of Gradualism », (1995) 30 *Texas Int'l L. J.* 311.
- Scales-Trent, Judy. « African Women in France: Immigration, Family, and Work », (1999) 24 *Brooklyn J. Int'l L.* 705.
- Shachar, Ayelet. « Religion, State, and the Problem of Gender: New Modes of Citizenship and Governance in Diverse Societies », (2005) 50 *McGill Law Journal* 49.
- Shah, Prakash A. « Attitudes to Polygamy in English Law », (2003) 52 *Int'l Comparative and Law Quarterly* 369.

- Sheleff, Leon. « Human Rights, Western Values and Tribal Traditions: Between Recognition and Repugnancy, Between Monogamy and Polygamy », (1994) 12 *Tel Aviv University Studies in Law* 237.
- Spendlove, David C. « Risk Factors and the Prevalence of Depression in Mormon Women », (1984) 18 *Social Science and Medicine* 491.
- Starr, Sonja et Lea Brilmayer. « Family Separation as a Violation of International Law », (2002) 21 *Berkeley J. Int'l L.* 213.
- Strassberg, Maura. « Symposium: Lawyering for the Mentally Ill: The Crime of Polygamy », (2003) 12 *Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev.* 353.
- Sullivan, Donna J. « Gender Equality and Religious Freedom; Toward a Framework for Conflict Resolution », (1992) 23 *NYU J. of Int'l Law* 795.
- Sunder, Madhavi. « Piercing the Veil », (2003) 112 *Yale L. J.* 1436.
- Tibatemwa-Ekirikubinza, L. « Multiple Partnering, Gender Relations and Violence by Women in Uganda », (1998) 4 *East African Journal of Peace and Human Rights* 15.
- Warner, Elizabeth. « Behind the Wedding Veil: Child Marriage as a Form of Trafficking in Girls », (2004) 12 *Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L.* 233.
- Warner La Forest, Anne. « Domestic Application of International Law in *Charter* Cases: Are We There Yet? », (2004) 37 *U. B. C. L. Rev.* 157.
- Weisbrod, Carol. « Universals and Particulars: A Comment on Women's Human Rights and Religious Marriage Contracts », (1999) 9 *S. Cal. Rev. L. & Women's Stud.* 77.
- Wing, Adrien Katherine. « Polygamy from Southern Africa to Black Britannia to Black America: Global Critical Race Feminism as Legal Reform for the Twenty-first Century », (2001) 11 *J. Contemp. Legal Issues* 811.



## NOTES

- <sup>1</sup> *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 290.
- <sup>2</sup> *Ibid.*, définie à l’art. 214, la notion de « formalité de mariage » s’entend notamment d’une cérémonie de mariage reconnue valide, a) soit par la loi du lieu où le mariage a été célébré, b) soit 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.
- <sup>3</sup> Commission de réforme du droit au Canada. *La bigamie*, Document de travail n° 42, Ottawa, Commission de réforme du droit au Canada, 1985, p. 13.
- <sup>4</sup> Amy Kaufman, « Polygamous Marriages in Canada », (2005) 21 Can. J. Fam. L. 315, p. 316, citant Philip L. Kilbride, *Plural Marriage for Our Times: A Reinvented Option*, Connecticut, Bergin & Garvey, 1994, p. 42 : « la polyandrie existe dans moins de un pour cent des cultures du monde, et elle est toujours présente en combinaison avec la polygynie » [Traduction].
- <sup>5</sup> Voir *Pichon et Sajous c. France* (2001), Cour européenne des droits de l’homme, (troisième section) Numéro 49853/99 (restreint le droit de l’objection de conscience pour assurer la protection de la santé); *Singh Bhinder c. Canada*, Communication n° 208/1986, Doc. ONU CCPR/C/37/D/208/1986 (1989) (la loi exige que toute personne porte de l’équipement de sécurité [casque de protection] pour protéger la santé publique et établit que les intérêts de la sécurité sont une restriction valable de la liberté de religion).
- <sup>6</sup> *Leyla Sahin c. Turquie* (2005), Cour européenne des droits de l’homme, n° 44774/98 (restriction du port public de foulards religieux dans le but de protéger l’égalité entre les genres et de maintenir le laïcisme dans les établissements/institutions officiels d’enseignement supérieur).
- <sup>7</sup> Lorraine Weinrib, « Charter precludes unequal regimes », *Law Times* (3 octobre 2005).
- <sup>8</sup> Voir Courtney Howland, « The Challenge of Religious Fundamentalism to the Liberty and Equality Rights of Women: An Analysis under the United Nations Charter » (1997) 35 Colum. J. Transnat’l L. 273 [Howland, « Challenge of Religious Fundamentalism »]; et Courtney Howland, « Safeguarding Women’s Political Freedoms under the International Covenant on Civil and Political Rights in the Face of Religious Fundamentalism » tiré de Howland, Courtney, éd., *Religious Fundamentalism and the Human Rights of Women*, New York, St. Martin’s Press, 1999 [“Safeguarding”] pour des discussions sur l’impact des codes de modestie et d’obéissance sur les droits et libertés politiques des femmes.

<sup>9</sup> Susan Deller Ross, « Polygyny as a Violation of Women's Right to Equality in Marriage: An Historical, Comparative and International Human Rights Overview » (2002) 24 Delhi Law Review, p. 22 à 24; Women Living Under Muslim Laws, *Knowing Our Rights: Women, family, laws and customs in the Muslim World*, Londres, Femmes sous lois musulmanes, 2003. [FSLM, « Knowing Our Rights »].

<sup>10</sup> *Déclaration universelle des droits de l'homme*, GA Res. 217(III), UN GA, 3<sup>e</sup> sess., Supp. n° 3, Doc. ONU A/810 (1948) 71. [*Déclaration universelle*].

<sup>11</sup> *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 U.N.T.S. 171, art. 9-14, Can. T.S. 1976 n° 47, 6 I.L.M. 368 (en vigueur depuis le 23 mars 1976, adhésion du Canada le 19 mai 1976) [*Pacte politique*].

<sup>12</sup> *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, GA Res. 2200 (XXI), 21 UN GA Supp. (n° 16) à la page 52, Doc. ONU A/6316 (entré en vigueur le 3 janvier 1976, ratifié par le Canada le 19 mai 1976) [*Pacte économique*].

<sup>13</sup> *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 U.N.T.S., p. 221 à 223, Eur. T.S. 5, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, telle que modifiée par les Protocoles n° 3, 5, et 8, entrés en vigueur le 21 septembre 1970, le 20 décembre 1971 et le 1<sup>er</sup> janvier 1990 respectivement [*Convention européenne*].

<sup>14</sup> OEA, *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, Recueil de traités de l'OEA n° 36, 114 U.N.T.S. 123 (1969) Recueil des traités de l'Organisation des États américains, 1 (1969) réimprimé dans les *Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System*, OEA/Ser.L.V/II.82 doc. 6 rév.1 à 25 (1992) [*Convention américaine*].

<sup>15</sup> Conseil de la Ligue des États arabes, *Charte arabe des droits de l'homme*, 15 septembre 1994, réimprimée en 18 droits de la personne L.J. 151 (1997) [*Charte arabe*].

<sup>16</sup> ONU, *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* (New York, ONU, 1979), 34 UN GA Supp. (n° 21) (A/34/46) à la page 193, Doc. ONU A/Res/34/180 [*Convention de la femme*].

<sup>17</sup> *Recommandation générale n° 25, article 4, paragraphe 1 de la Convention (mesures temporaires spéciales)*, UN CEDAWOR, 30<sup>e</sup> sess., Doc. ONU HRI/GEN/1/Rév. 7 (2004), p. 282, paragr. 4.

<sup>18</sup> *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Banjul)*, Doc. O.A.U. CAB/LEG/67/3 rév. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), entrée en vigueur le 21 octobre 1986 [*Charte africaine*].

<sup>19</sup> *Protocole relatif à la Charte africaine relative aux droits de la femme en Afrique*, adopté lors de la 2<sup>e</sup> session ordinaire de l'assemblée de l'Union, Maputo, 11 juillet — 13 août 2003. [*Protocole de la Charte africaine des droits de la femme*].

<sup>20</sup> L'art. 2 se lit comme suit : « Toute personne a droit à la jouissance des droits et libertés reconnus et garantis dans la présente Charte sans distinction aucune, notamment de... sexe... »

<sup>21</sup> *Charte africaine*, note 18 ci-dessus, art. 18.

<sup>22</sup> Le CEDEF a condamné la polygynie dans bon nombre de conclusions finales. Voir, p. ex., **Burkina Faso**, 31/01/2000, Doc. ONU A/55/38, paragr. 281–282; **Cameroun**, 26/06/2000, Doc. ONU A/55/38, paragr. 54; **République démocratique du Congo**, 01/02/2000, Doc. ONU A/55/38, paragr. 215-216; **Égypte**, 02/02/2001, Doc. ONU A/56/38, paragr. 352-353; **Guinée**, 31/07/2001, Doc. ONU A/56/38, paragr. 122-123; **Indonésie**, 14/05/98, Doc. ONU A/53/38, paragr. 284(a); **Irak**, 14/06/2000, Doc. ONU A/55/38, paragr. 191; **Israël**, 12/08/97, Doc. ONU A/52/38 Rév.1, partie II, paragr. 163; **Jordanie**, 27/01/2000, Doc. ONU A/55/38, paragr. 174-175; **Namibie**, 12/08/97, Doc. ONU A/52/38 Rév.1, partie II, paragr. 110; **Népal**, 01/07/99, Doc. ONU A/54/38, paragr. 153; **Nigeria**, 07/07/98, Doc. ONU A/53/38 Rév.1, paragr. 153; **Sénégal**, 12/04/94, Doc. ONU A/49/38, paragr. 721; **République unie de Tanzanie**, 06/07/98, Doc. ONU A/53/38 Rév.1, paragr. 229; **Ouzbékistan**, 02/02/2001, Doc. ONU A/56/38, paragr. 187-188 (tel que cité dans Centre pour les droits reproductifs et le Programme international de droit sexuel et en matière de reproduction de la faculté de droit de l'Université de Toronto, *Faire peser les droits : Guide de plaidoyer sur le travail des organes de surveillance des traités des Nations-Unies relatifs aux droits en matière de reproduction et de sexualité*, 2002, p. 38).

<sup>23</sup> Dans plusieurs de ses conclusions finales, le CDH a recommandé aux États parties de prendre des mesures afin d'abolir et de prévenir la pratique de la polygynie. Voir, p. ex., **République démocratique du Congo**, 27/03/2000, Doc. ONU CCPR/C/79/Add.118, paragr. 11; **Gabon**, 10/11/2000, Doc. ONU CCPR/CO /70/G AB, paragr. 9; **Jamahiriya arabe lybienne populaire et socialiste**, 06/11/98, Doc. ONU CCPR/C/79/Add.101, paragr. 17; **Nigeria**, 24/07/96, Doc. ONU CCPR/C/79/Add.65, A /51/40, paragr. 291; **Sénégal**, 19/11/97, Doc. ONU CCPR/C/79/Add 82, paragr. 12. (tel que cité dans Centre pour les droits reproductifs et le Programme international de droit sexuel et en matière de reproduction de la faculté de droit de l'Université de Toronto, *Faire peser les droits : Guide de plaidoyer sur le travail des organes de surveillance des traités des Nations-Unies relatifs aux droits en matière de reproduction et de sexualité*, 2002, p. 42).

<sup>24</sup> Le CDESC a condamné la polygamie en raison de son incompatibilité avec les droits protégés en vertu du Pacte économique. Voir, p. ex., **Cameroun**, 08/12/99, Doc. ONU E/C.12/1/Add.40, paragr. 14, 33; **Kirghizistan**, 01/09/2000, Doc ONU E/C.12/1/Add.49, paragr. 16, 30; **Népal**, 24/09/2001, Doc ONU E/C.12/1/Add.66, paragr. 10, 13; **Nigéria**, 13/05/98, Doc. ONU E/C.12/Add.23, paragr. 22; **Sénégal**, 24/09/2001, Doc. ONU E/C.12/1/Add.62, paragr. 15, 39 (tel que cité dans tel que cité dans Centre pour les droits reproductifs et le Programme international de droit sexuel et en matière de reproduction de la faculté de droit de l'Université de Toronto, *Faire peser les droits : Guide de plaidoyer sur le*

*travail des organes de surveillance des traités des Nations-Unies relatifs aux droits en matière de reproduction et de sexualité*, 2002, p. 45).

<sup>25</sup> Le CDE a exprimé son inquiétude à propos des conséquences de la polygynie sur les enfants et il a recommandé des réformes de la politique et législatives afin de décourager ceux qui désirent pratiquer la polygynie. Voir **Djibouti**, 28/06/2000, Doc. ONU CRC/C/15/Add.131, paragr. 34 (tel que cité tel que cité dans Centre pour les droits reproductifs et le Programme international de droit sexuel et en matière de reproduction de la faculté de droit de l'Université de Toronto, *Faire peser les droits : Guide de plaidoyer sur le travail des organes de surveillance des traités des Nations-Unies relatifs aux droits en matière de reproduction et de sexualité*, 2002, p. 40).

<sup>26</sup> *Observation générale n° 28 : Égalité des droits entre hommes et femmes (article 3)*, UN HRCOR, 68<sup>e</sup> sess., Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 (2000) au paragr. 24; pour en apprendre plus sur la tendance générale en matière d'égalité conjugale et la réglementation générale concernant le mariage, voir Arlette Gautier, « Legal Regulation of Marital Relations: An Historical and Comparative Approach » (2005) 19 *International Journal of Law, Policy and the Family* 47.

<sup>27</sup> *Recommandation générale n° 21, Égalité dans le mariage et les rapports familiaux*, UN CEDAWOR, 13<sup>e</sup> sess., Doc. ONU A/47/38, (1994), paragr. 14. Voir également la disposition 5a) de la Convention de la femme : « Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour :

a) Modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes ».

<sup>28</sup> Voir Altman, Irwin et Joseph Ginat. *Polygamous Families in Contemporary Society*, Cambridge, University of Cambridge Press, 1996; Bretschneider, Peter. *Polygyny: a Cross-Cultural Study*, Uppsala, Uppsala University, 1995; Betzig, Laura. *Le[sic] femme de mon mari : etude[sic] ethnologique du marie[sic] polygamique en Afrique et en France*, New York, Aldine Pub., 1986.

<sup>29</sup> Felicity Kaganas et Christina Murray, « Law, Women and the Family: The Question of Polygyny in a New South Africa », (1991) *Acta Jur*, p. 116 à 127.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Karen Knop, *Diversity and Self-Determination in International Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 339.

- <sup>33</sup> Esther Sivan (sous la direction du prof. Hillel Shuval), « Study on the Lack of Equality of Women in Israel In Matters of Personal Status — Marriage and Divorce — With proposals on how to achieve freedom of religion and equal rights for women in Israel » (projet conjoint de la Hebrew University of Jerusalem et du Hemdat — Jérusalem, Israël, Council for Freedom of Science, Religion and Culture in Israel, 2000, p. 13.
- <sup>34</sup> *Ibid.*
- <sup>35</sup> A. Yusuf Ali, « The Holy Qu’ran: Text, Translation and Commentary », sourate 4, verset 3, 1983, tel que cité dans Amira Mashhour, « Islamic Law and Gender Equality — Could There be a Common Ground?: A Study of Divorce and Polygamy in Shari’a Law and Contemporary Legislation in Tunisia and Egypt », (2005) 27 Human Rights Quarterly 562.
- <sup>36</sup> Urfan Khaliq, « Beyond the Veil?: An Analysis of the Provisions of the Women’s Convention in the Law as Stipulated in Shari’ah », (1995) 2 Buff. Jour. Int’l L. 1, p. 31.
- <sup>37</sup> Altman et Ginat, note 29 ci-dessus, p. 42.
- <sup>38</sup> *Ibid.*
- <sup>39</sup> *Ibid.*, p. 27.
- <sup>40</sup> *Ibid.*
- <sup>41</sup> Rifkin, Janet. “ Toward a Theory of Law and Patriarchy », (1980) 3 Harv. Women’s L.J. 83, p. 83.
- <sup>42</sup> Okin, Susan. *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton (N. J.), Princeton University Press, 1999, p. 13.
- <sup>43</sup> *Ibid.*, p. 15.
- <sup>44</sup> FSLM, *Knowing Our Rights*, note 9 ci-dessus, p. 197.
- <sup>45</sup> Rapporteuse spéciale de l’ONU sur la violence contre les femmes, *Pratiques culturelles au sein de la famille qui constituent des formes de violence contre les femmes*, UN ESCOR, 2002, 48<sup>e</sup> sess., Doc. ONU E/CN.4/2002/83, 2002, paragr. 63.
- <sup>46</sup> Fredman, Sandra. « Beyond the Dichotomy of Formal and Substantive Equality: Towards a New Definition of Equal Rights » dans Ineke Boerefijn et al., éd., *Temporary Special Measures: Accelerating de facto equality of women under article 4(1) UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, New York, Transnational Publishers, 2003, p. 111 à 115.
- <sup>47</sup> *Ibid.*
- <sup>48</sup> *Recommandation générale n° 25, article 4, paragraphe 1 de la Convention (mesures temporaires spéciales)*, UN CEDAWOR, 30<sup>e</sup> sess., Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev. 7, 2004, p. 282, paragr. 10.

- <sup>49</sup> (1960) A.I.R. 684 (Allahabad) [« *Itwari* »].
- <sup>50</sup> *Ibid.*, paragr. 15.
- <sup>51</sup> Misc.3d 459, 794 N.Y.S.2d 579 (Sup. Ct., NY County 2005) [« *Hernandez* »].
- <sup>52</sup> *Ibid.*, p. 609 dans 794 N.Y.S.2d 579.
- <sup>53</sup> Altman et Ginat, note 28 ci-dessus, p. 341.
- <sup>54</sup> *Ibid.*
- <sup>55</sup> *Ibid.*
- <sup>56</sup> *Ibid.*, p. 343.
- <sup>57</sup> Sangeetha Madhavan, « Best of Friends and Worst of Enemies: Competition and Collaboration in Polygyny », (2002) 41 *Ethnology* 69, p. 69.
- <sup>58</sup> *Ibid.*
- <sup>59</sup> Altman et Ginat, note 28 ci-dessus, p. 341.
- <sup>60</sup> *Ibid.*
- <sup>61</sup> *Ibid.*, p. 344.
- <sup>62</sup> Alean Al-Krenawi, « Women from Polygamous and Monogamous Marriages in an Out-Patient Psychiatric Clinic », (2001) 38 *Transcultural Psychiatry*, p. 187. [Al-Krenawi, « Women from Polygamous »]
- <sup>63</sup> *Ibid.*, p. 188.
- <sup>64</sup> Leighton, A. H., T. A. Lembo, C. C. Hugues, D. C. Leighton, J. M. Murphy et H. B. Macklin, *Psychiatric disorder among the Yoruba*, Ithaca, NY, Cornell University Press, 1963, tel que cité dans Al-Krenawi, « Women from Polygamous », note 62 ci-dessus, p. 188.
- <sup>65</sup> R. Ghubash, E. Hamdi et P. Bebbington, « The Dubai community psychiatric survey, I. Prevalence and socio-demographic correlates », (1992) 27 *Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology* 55; M. F. El-Islam, « Clinical bounds neurosis in Qatari women », (1975) 10 *Social Psychiatry* 25, tel que cité dans Al-Krenawi, « Women from Polygamous », note 62 ci-dessus, p. 188.
- <sup>66</sup> Les sujets polygyne étudiés par Al-Krenawi étaient des épouses « supérieures » dont les maris avaient contracté une autre union au cours des deux dernières années.
- <sup>67</sup> Al-Krenawi, « Women from Polygamous », note 62 ci-dessus, p. 192.
- <sup>68</sup> *Ibid.*, p. 194.
- <sup>69</sup> *Ibid.*, p. 193.

- <sup>70</sup> *Ibid.*
- <sup>71</sup> *Ibid.*, p. 195.
- <sup>72</sup> *Ibid.*, p. 193-194.
- <sup>73</sup> *Life in Bountiful — A report on the lifestyle of a polygamous community*, préparé pour le compte du Committee on Polygamous Issues, financé par le Ministry of Women's Equality de la Colombie-Britannique (avril 1993), p. 46 [*Life in Bountiful*].
- <sup>74</sup> *Ibid.*, p. 47.
- <sup>75</sup> *Recommandation générale n° 24, Les femmes et la santé*, UN CEDAWOR, 20<sup>e</sup> sess., Doc. ONU A/54/38/Rev.1, chapitre I, 1999, paragr. 18.
- <sup>76</sup> Pour avoir accès à la couverture médiatique portant sur les débats juridiques et la vulnérabilité des femmes, voir, entre autres, « Uganda's Parliament to re-examine polygamy », *CNN News*, en ligne : <http://www-cgi.cnn.com/WORLD/africa/9804/05/uganda.polygamy/>
- <sup>77</sup> Esther Mayambala, « Changing the Terms of the Debate: Polygamy and the Rights of Women in Kenya and Uganda », (1998) 3 *East African Journal of Peace & Human Rights* 200, p. 213.
- <sup>78</sup> *Ibid.*
- <sup>79</sup> *Ibid.*
- <sup>80</sup> A. S. Jegede et O. Odumosu, « Gender and Health Analysis of Sexual Behaviour in South-Western Nigeria », (2003) 7 *African Journal of Reproductive Health* 63.
- <sup>81</sup> *Ibid.*
- <sup>82</sup> Voir Wendy L. Patten et J. Andrew Ward, « Recent Developments: Empowering Women to Stop AIDS in Côte d'Ivoire and Uganda », (1993) 6 *Harv. Hum. Rts. J.*, p. 210 à 213 et 213-214.
- <sup>83</sup> *Ibid.*
- <sup>84</sup> An-Na'im, Abdullahi, éd., *Islamic Family Law in a Changing World: A Global Resource Book*, Londres, Zed Books, 2002, p. 49.
- <sup>85</sup> *Ibid.*
- <sup>86</sup> Marc Lacey, « Africa: Uganda: Protest Over Polygamy Bill », *New York Times*, 30 mars 2005, A7.
- <sup>87</sup> *Ibid.*
- <sup>88</sup> *Déclaration d'engagement sur le VIH/sida : Session extraordinaire de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le VIH/sida*, UN GA, 2001, Doc. ONU S-26/2.

- <sup>89</sup> Daniel Woods, « Bountiful, B.C.: it's a remote town in an idyllic valley where polygamy is the norm and the neighbours don't seem to mind, But are there darker secrets lurking within? », *Saturday Night* (4 août 2001) 26, p. 26.
- <sup>90</sup> Sally Armstrong, « Trouble in Paradise », *Chatelaine* (Septembre 2004) 138, p. 142 [« Trouble in Paradise »].
- <sup>91</sup> *Conclusions finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*, Canada, UN CEDAWOR, 16<sup>e</sup> sess., Doc. ONU, A/52/38/Rev.1, 1997, paragr. 328.
- <sup>92</sup> Cité dans Bretschneider, note 28 ci-dessus, p. 177.
- <sup>93</sup> Bretschneider, note 28 ci-dessus.
- <sup>94</sup> *Ibid.*
- <sup>95</sup> C'est le cas pour les Bountiful de la Colombie-Britannique où les femmes ne travaillent généralement pas et ne sont pas autorisées à posséder des biens. Voir Daphne Bramham, « Polygamous wives, in Canada illegally, seek to stay », *The Vancouver Sun* (11 août 2004).
- <sup>96</sup> Vince Beiser, « The perils of polygamy: An incest case in Utah highlights the controversy over "plural marriage" » *Maclean's*, 26 juillet 1999, p. 32.
- <sup>97</sup> New York University School of Law International Human Rights Clinic, « Human Rights Campaign to End Abuses Against Women and Girls in Polygamous Fundamentalist Mormon Communities in the United States », rapport non publié, p. 2.
- <sup>98</sup> Woods, note 89 ci-dessus, p. 30.
- <sup>99</sup> Voir, p. ex., Robert Matas, « Bishop loses Bountiful school case », *The Globe and Mail*, 4 avril 2003.
- <sup>100</sup> Adrien Katherine Wing, « Polygamy from Southern Africa to Black Britannia to Black America: Global Critical Race Feminism as Legal Reform for the Twenty-first Century », (2001) 11 *J. Contemp. Legal Issues* 811, p. 838.
- <sup>101</sup> Al-Krenawi, « Women from Polygamous », note 62 ci-dessus, p. 192.
- <sup>102</sup> Deller Ross, note 9 ci-dessus, p. 30.
- <sup>103</sup> *Ibid.*
- <sup>104</sup> An-Na'im, note 84 ci-dessus, p. 73.
- <sup>105</sup> *Ibid.*

- <sup>106</sup> Voir A. Al-Krenawi, J. R. Graham et S. Al-Krenawi, « Social work practice with polygamous families », (1997) 14 *Child and Adolescent Social Work Journal* 445 [Al-Krenawi, « Social work practice »]; K. Chaleby, « Women of polygamous marriages in an inpatient psychiatric service in Kuwait », (1987) 173 *Journal of Nervous and Mental Disease*, p. 56. M. F. El-Islam, « Collaboration with families for rehabilitation of schizophrenic patients and the concept of expressed emotion », (1989) 79 *Acta Psychiatrica Scandinavica* 303.
- <sup>107</sup> Al-Krenawi, « Women from Polygamous », note 63 ci-dessus, p. 189; Voir également A. Al-Krenawi, « Family therapy with a multiparental/multipousal family », (1998) 37 *Family Process* 65.
- <sup>108</sup> FSLM, « Knowing Our Rights », note 9 ci-dessus, p. 198.
- <sup>109</sup> *Ibid.*
- <sup>110</sup> Pour lire sur le rôle de la religion et du genre dans la citoyenneté, voir Ayelet Shachar, « Religion, State, and the Problem of Gender: New Modes of Citizenship and Governance in Diverse Societies », (2005) 50 *McGill Law Journal* 49.
- <sup>111</sup> Howland, « Safeguarding », note 8 ci-dessus, p. 93.
- <sup>112</sup> Winston Blackmore qui, jusqu'à tout récemment, était l'unique chef de la communauté, a une copie de la *Charte* affichée dans son bureau. Voir Mike D'Amour, « Polygamists Defend Lifestyle », *The Calgary Sun*, 1<sup>er</sup> août 2004, p. 11.
- <sup>113</sup> Howland, « Safeguarding », note 8 ci-dessus, p. 96.
- <sup>114</sup> Daphne Bramham, « Arrival of sect leader's bodyguard an ominous sign », *The Vancouver Sun*, 14 août 2004, A1.
- <sup>115</sup> Daphne Bramham, « Religious tyrants twist tolerance for their own ends », *The Vancouver Sun*, 17 juillet 2004, C7.
- <sup>116</sup> *Ibid.*, p. 97.
- <sup>117</sup> Armstrong, « Trouble in Paradise » note 90 ci-dessus, p. 139.
- <sup>118</sup> Howland, « Safeguarding », note 8 ci-dessus, p. 96.
- <sup>119</sup> A. Al-Krenawi, J. R. Graham et V. Slonim-Nevo, « Mental health aspects of Arab-Israeli adolescents from polygamous versus monogamous families », (2002) 142 *Journal of Social Psychology* 446.
- <sup>120</sup> Varghese I. Cherian, « Academic Achievement of Children From Monogamous and Polygynous Families », (1989) 130 *The Journal of Social Psychology* 117.
- <sup>121</sup> *Ibid.*, p. 117.
- <sup>122</sup> Al-Krenawi, « Women from Polygamous », note 62 ci-dessus, p. 196.

- <sup>123</sup> Cherian, note 120 ci-dessus, p. 118.
- <sup>124</sup> *Life in Bountiful*, note 73 ci-dessus, p. 50.
- <sup>125</sup> Cherian, note 120 ci-dessus, p. 118.
- <sup>126</sup> Voir pages 17-19 (Section II — D « Torts relatifs à la santé mentale associés à la polygynie »); pages 19-21 (« Torts à la santé génésique et sexuelle »).
- <sup>127</sup> *Observation générale n° 4, La santé et le développement de l'adolescent dans le contexte de la Convention relative aux droits de l'enfant*, UN CRCOR, 33<sup>e</sup> sess., Doc. ONU, CRC/GC/2003/4, 2003, paragr. 31
- <sup>128</sup> *Ibid.*, paragr. 30.
- <sup>129</sup> *Observation générale n° 3, Le VIH/sida et les droits de l'enfant*, 33<sup>e</sup> sess., Doc. ONU CRC/GC/2003/3, 2003, réimprimé en Récapitulation des observations générales et recommandations générales adoptées par les organismes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, Doc. ONU, HRI/GEN/1/Rev.6, p. 296, 2003, paragr. 30.
- <sup>130</sup> L. Tibatemwa-Ekirikubinza, « Multiple partnering, gender relations and violence by women in Uganda », (1998) 4 East African Journal of Peace and Human Rights 15, p. 40.
- <sup>131</sup> Charte africaine, note 18 ci-dessus, paragr. 17(1).
- <sup>132</sup> Tibatemwa-Ekirikubinza, note 130 ci-dessus, p. 40.
- <sup>133</sup> *Observations finales du Comité des droits de l'enfant : Djibouti*, UN CRCOR, Doc. ONU CRC/C/15/Add.131, 2000, paragr. 34.
- <sup>134</sup> Rebecca Cook, « Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women », (1990) 30 Va. J. of Int'l Law 643, p. 660 [« Reservations »].
- <sup>135</sup> *Ibid.*
- <sup>136</sup> *Recommandation générale n° 25, article 4, paragraphe 1 de la Convention (mesures temporaires spéciales)*, UN CEDAWOR, 30<sup>e</sup> sess., Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev. 7, 2004, p. 282, paragr. 5, 7, 8, 10, 12.
- <sup>137</sup> *Ibid.*, paragr. 4.
- <sup>138</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 U.N.T.S. 331 (entrée en vigueur le 27 janvier 1980).

<sup>139</sup> 1979, 2 E.H.R.R. 330 (Cour eur. D. H.) (réimprimé dans Emerton, Robyn, Kristine Adams, Andrew Byrnes et Jane Connors, *International Women's Rights Cases*, Londres, Cavendish, 2005, p. 18).

<sup>140</sup> *Ibid.*

<sup>141</sup> Cook, « Reservations », note 134 ci-dessus, p. 662.

<sup>142</sup> *Recommandation générale n° 21, Égalité dans le mariage et les rapports familiaux*, UN CEDAWOR, 13<sup>e</sup> sess., Doc. ONU A/47/38, 1994, paragr. 14.

<sup>143</sup> Voir les observations générales et les observations finales, notes 22-27 ci-dessus.

<sup>144</sup> Voir Deller Ross, note 9 ci-dessus, p. 31.

<sup>145</sup> *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, Can. T.S. 1945 n° 7, préambule.

<sup>146</sup> *Ibid.*, art. 55.

<sup>147</sup> Harris, Leslie J. et Lee E. Teitelbaum, *Family Law: Cases and Materials*, 2<sup>e</sup> éd., Gaithersburg, Aspen Law and Business, 2000, p. 271-279, cité dans Deller Ross, note 9 ci-dessus, p. 31.

<sup>148</sup> *Recommandation générale n°25, article 4, paragraphe 1 de la Convention (mesures temporaires spéciales)*, UN CEDAWOR, 30<sup>e</sup> sess., Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev. 7, 2004, p. 282, paragr. 10.

<sup>149</sup> Deller Ross, note 9 ci-dessus, p. 34.

<sup>150</sup> *Ibid.*

<sup>151</sup> *Recommandation générale n° 21, Égalité dans le mariage et les rapports familiaux*, UN CEDAWOR, 13<sup>e</sup> sess., Doc. ONU A/47/38, 1994, paragr. 14.

<sup>152</sup> Andrew Byrnes, « The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women » dans W. Benedek, E. Kisaakye et G. Oberleitner, éd., *Human Rights of Women: International Instruments and African Experiences*, Londres, Zed Books, 2002, p. 119-172 et 139.

<sup>153</sup> *Ibid.*

<sup>154</sup> Voir l'affaire *Quilter c. Procureur général*, [1998] 1 NZLR 523, p. 553, par Thomas J (New Zealand Court of Appeal) (réfère à la *recommandation générale n° 21*).

<sup>155</sup> Voir l'affaire *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1. R.C.S. 3 (Mme le juge L'Heureux-Dubé cite la *recommandation générale n° 19* au sujet de la violence contre les femmes)

<sup>156</sup> Voir l'affaire *Vishaka c. L'État du Rajasthan*, AIR 1997 SC 3011, 3015 (1998) 3 BHRC 261 (Supreme Court of India) (cite la *recommandation générale n° 19* au sujet du harcèlement sexuel).

<sup>157</sup> *Ibid.*

<sup>158</sup> *Ibid.*, paragr. 13.

<sup>159</sup> *Ibid.*

<sup>160</sup> *Recommandation générale n° 21, Égalité dans le mariage et les rapports familiaux*, UN CEDAWOR, 13<sup>e</sup> sess., Doc. ONU A/47/38, 1994, paragr. 39.

<sup>161</sup> Mayambala, note 77 ci-dessus, p. 204.

<sup>162</sup> Maura Strassberg, « Symposium: Lawyering for the Mentally Ill: The Crime of Polygamy », (2003) 12 Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 353, p. 369.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 369.

<sup>164</sup> L'article 17 du Pacte politique se lit comme suit : « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation ».

<sup>165</sup> Voir la Convention européenne des droits de l'homme au paragraphe 8(1) : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

<sup>166</sup> Voir, p. ex., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 1981, 4 E.H.R.R. 149 (Cour européenne des droits de l'homme); *Norris c. Irlande*, 1988, 13 E.H.R.R. 186 (Cour européenne des droits de l'homme); *Modinos c. Chypre*, 1993, 16 E.H.R.R. 485 (Cour européenne des droits de l'homme); *Toonen c. Australie* UN GAOR, Comité des droits de l'homme, 15<sup>e</sup> sess., Cas 488/1992, Doc. ONU CCPR/C/D/488/1992, avril 1994 (Comité des droits de l'homme des Nations Unies).

<sup>167</sup> *Observation générale n° 16 : Le droit au respect de la vie privée, de la famille, du domicile, de la correspondance, de l'honneur et de la réputation (art. 17)*, UN HRCOR, sess. n° 23, 1988, Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev.6, 2003, p. 142, paragr. 1.

<sup>168</sup> *Ibid.*

<sup>169</sup> Tibatemwa-Ekirikubinza, note 130 ci-dessus, p. 22.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>171</sup> Voir la déclaration du Comité des droits de l'homme : « L'article 17 [droit à la vie privée] garantit la protection de l'honneur et de la réputation, et les États sont tenus d'avoir des lois appropriées à cet effet ». (*Observation générale n° 16 : Le droit au respect de la vie privée, de la famille, du domicile, de la correspondance, de l'honneur et de la réputation (art. 17)*), UN HRCOR, sess. n° 23, 1988, Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev.6, 2003, p. 142, paragr. 11).

<sup>172</sup> *Itwari*, note 49 ci-dessus, paragr. 15.

<sup>173</sup> *Ibid.*

<sup>174</sup> *Observation générale n° 16 : Le droit au respect de la vie privée, de la famille, du domicile, de la correspondance, de l'honneur et de la réputation (art. 17)*, UN HRCOR, sess. n° 23, Doc. ONU *Égalité de droits des hommes et des femmes (article 3)*, UN HRCOR, 68<sup>e</sup> sess., Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev.1, p. 21, 1994, paragr. 11.

<sup>175</sup> *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Yémen*, UN HRCOR, Doc. ONU CCPR/CO/75/YEM, 2002, paragr. 9.

<sup>176</sup> FSLM, « Knowing Our Rights », note 9 ci-dessus, p. 200.

<sup>177</sup> *Ibid.*

<sup>178</sup> Centre pour les droits reproductifs, *Women of the World: Laws and Policies Affecting Their Reproductive Lives — Francophone Africa*, New York, NY, Centre pour les droits reproductifs, 2003, p. 147. [« Women of the World — Francophone Africa »]

<sup>179</sup> Tibatemwa-Ekirikubinza, note 130 ci-dessus, p. 23-28.

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>181</sup> *Ibid.*, cité à la p. 27.

<sup>182</sup> Chez les Bountiful, en Colombie-Britannique, les enseignements religieux relatifs à la polygynie confinent les femmes et les jeunes filles à des rôles de reproduction et de soumission. Comme l'a exprimé Debbie Palmer, ancienne épouse d'un homme polygyne, la doctrine religieuse soutient que toutes les jeunes filles et les femmes ont la tâche, au sein du mariage polygyne, de prendre part à la production d'un nombre important d'enfants afin que la communauté survive à l'Apocalypse. Voir Sally Armstrong, « Trouble in Paradise », note 90 ci-dessus, p. 140-142. Au centre du patriarcat, ce principe religieux établit la croyance que la femme et la jeune fille sont destinées à servir l'homme et que si elles désobéissent, « leur esprit brûlera en enfer pour l'éternité. » Voir « Hunting Bountiful: Polygamy in Canada », *The Economist*, 10 juillet 2004, p. 34.

<sup>183</sup> *Recommandation générale n° 25, article 4, paragraphe 1 de la Convention (mesures temporaires spéciales)*, UN CEDAWOR, 30<sup>e</sup> sess., Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev. 7, 2004, p. 282, paragr. 7.

<sup>184</sup> *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes : Guinée*, UN CEDAWOR, 25<sup>e</sup> sess., Doc. ONU A/56/38 (paragr. 97-144), 2001, paragr. 122.

<sup>185</sup> *Ibid.*, paragr. 123.

<sup>186</sup> *Recommandation n° 21, Égalité dans le mariage et les rapports familiaux*, UN CEDAWOR, 13<sup>e</sup> sess., Doc. ONU A/47/38, 1994, paragr. 16.

<sup>187</sup> *Protocole relatif à la Charte africaine relative aux droits de la femme en Afrique*, note 19 ci-dessus, art. 6.

<sup>188</sup> Voir Daphne Bramham, « Religious tyrants twist tolerance for their own ends », *The Vancouver Sun*, 17 juillet 2004, C7; « No more polygamy with girls under 18, B.C. sect says », *CBC News*, 20 avril 2005, en ligne : <http://www.cbc.ca/story/canada/national/2005/04/20/bountiful-wives050420.html>

<sup>189</sup> New York University School of Law, note 97 ci-dessus.

<sup>190</sup> *Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages*, 521 U.N.T.S. 231 (entré en vigueur le 9 décembre 1964). L'article 1 stipule qu'« aucun mariage ne pourra être contracté légalement sans le libre et plein consentement des deux parties ».

<sup>191</sup> Condition de la femme en droit privé : coutumes, anciennes lois et pratiques portant atteinte à la dignité de la personne humaine de la femme, GA Res. 843(IX), UN GA, 9<sup>e</sup> sess., 1954.

<sup>192</sup> *Ibid.*

- <sup>193</sup> *Ibid.*
- <sup>194</sup> *Recommandation n° 19 : Violence à l'égard des femmes*, UN CEDAWOR, 11<sup>e</sup> sess., Doc. ONU A/47/38, 1992, paragr. 6.
- <sup>195</sup> *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes*, GA Res. 48/104, UN GA, Doc. ONU A/RES/48/104, 1994, art. 1 [*Déclaration sur l'élimination de la violence*].
- <sup>196</sup> *Ibid.*, alinéa 2a).
- <sup>197</sup> *Recommandation n° 19 : Violence à l'égard des femmes*, UN CEDAWOR, 11<sup>e</sup> sess., Doc. ONU A/47/38, 1992, paragr. 7.
- <sup>198</sup> *Ibid.*
- <sup>199</sup> Rapporteuse spéciale de l'ONU sur la violence contre les femmes, note 45 ci-dessus, paragr. 63.
- <sup>200</sup> *Ibid.*
- <sup>201</sup> *Recommandation n° 19 : Violence à l'égard des femmes*, UN CEDAWOR, 11<sup>e</sup> sess., Doc. ONU A/47/38, 1992, paragr. 23.
- <sup>202</sup> *Ibid.*
- <sup>203</sup> *Ibid.*, paragr. 11.
- <sup>204</sup> LAW-U, « Project Report on the Domestic Violence Study », p. 81, cité dans Human Rights Watch, « Just Die Quietly: Domestic Violence and Women's Vulnerability to HIV in Uganda », 2003, 15, n° 15(A), p. 51.
- <sup>205</sup> Entrevue de Human Rights Watch avec Ruth Mukooyo, coordonnatrice du projet de services juridiques, Luwero, 18 décembre 2002, tel que cité dans Human Rights Watch, *Ibid.*
- <sup>206</sup> New York University School of Law, note 97 ci-dessus, p. 2.
- <sup>207</sup> *Recommandation n° 19 : Violence à l'égard des femmes*, UN CEDAWOR, 11<sup>e</sup> sess., Doc. ONU A/47/38, 1992, paragr. 23.
- <sup>208</sup> *Ibid.*, paragr. 9.
- <sup>209</sup> *Déclaration sur l'élimination de la violence*, note 195 ci-dessus, Art. 4.
- <sup>210</sup> Cook, Rebecca, Bernard Dickens et Mahmoud Fathalla. *Reproductive Health and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 170 [Cook et al., *Reproductive Health*].
- <sup>211</sup> Voir l'affaire *Ana, Beatriz and Cecilia Gonzalez Perez c. Mexique* (2001), Rapport n° 53/01, Cas 11.565, (Cour interaméricaine des droits de l'homme), paragr. 27.

- <sup>212</sup> Voir Daphne Bramham, « Investigators assembled to study alleged sexual abuses in Bountiful », *The Vancouver Sun*, 23 juillet 2004; voir Jerald et Sandra Tanner, « Mormonism's Problems with Child Sexual Abuse », *The Salt Lake City Messenger*, publication n° 91, novembre 1996.
- <sup>213</sup> Cook et al., *Reproductive Health*, note 210 ci-dessus, p. 173-174.
- <sup>214</sup> *Ibid.*
- <sup>215</sup> *Ibid.*, p. 174.
- <sup>216</sup> Organisation panaméricaine de la santé et Organisation mondiale de la santé, *Promotion of Sexual Health: Recommendations for Action — Proceedings of a Regional Consultation Convened by PAHO/WHO in Collaboration with the World Association for Sexology, Antigua Guatemala, Guatemala, May 19-22, 2000*, Washington, DC, PAHO, 2001, disponible en anglais à l'adresse suivante : <http://www.paho.org/English/HCP/HCA/PromotionSexualHealth.pdf>
- <sup>217</sup> *Itwari*, note 49 ci-dessus.
- <sup>218</sup> *Ibid.*, paragr. 12.
- <sup>219</sup> *Ibid.*, paragr. 15.
- <sup>220</sup> *Constitution de l'Organisation mondiale de la santé*, adoptée lors de la Conférence internationale de la santé qui a eu lieu à New York du 19 juin au 22 juillet 1946, ratifiée le 22 juillet 1946 par les représentants de 61 États (publication officielle de l'OMS, 2, 100), entrée en vigueur le 7 avril 1948.
- <sup>221</sup> Cook et al., *Reproductive Health*, note 210 ci-dessus.
- <sup>222</sup> « Health and Human Rights », *Organisation mondiale de la santé*, (<http://www.who.int/hhr/en/>).
- <sup>223</sup> *Observation générale n°14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint*, UN CESCROR, 22<sup>e</sup> sess., Doc. ONU E/C.12/2000/4, 2000, réimprimé en Récapitulation des observations générales et recommandations générales adoptées par les organismes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev.6, p. 85, 2003, paragr. 30.
- <sup>224</sup> *Ibid.*, paragr. 21.
- <sup>225</sup> *Recommandation générale n° 24 : Les femmes et la santé*, UN CEDAWOR, 20<sup>e</sup> sess., Doc. ONU A/54/38/Rev.1, chapitre I, 1999, paragr. 13.
- <sup>226</sup> *Ibid.*, paragr. 15.
- <sup>227</sup> *Ibid.*

<sup>228</sup> Programme d'action de Beijing, Quatrième Conférence mondiale sur les femmes, 15 septembre 1995, A/CONF.177/20 (1995) et A/CONF.177/20 Add.1 (1995), paragr. 91.

<sup>229</sup> *Ibid.*, paragr. 96.

<sup>230</sup> Cook et al., *Reproductive Health*, note 210 ci-dessus, p. 150.

<sup>231</sup> *Ibid.*

<sup>232</sup> [1988] 1 R.C.S. 30.

<sup>233</sup> Carol Weisbrod, « Universals and Particulars: A Comment on Women's Human Rights and Religious Marriage Contracts », (1999) 9 S. Cal. Rev. L. & Women's Stud., p. 77 à 95.

<sup>234</sup> Les paroles de *Wagoner's Lad* font référence à certaines des souffrances vécues par les femmes évoluant dans un contexte polygyne :

Oh, comme il est difficile d'être femme!  
Toujours contrôlée, toujours confinée  
Contrôlée par ses parents jusqu'à ce qu'elle se marie  
Esclave de son mari jusqu'à la fin de sa vie  
(cité dans Weisbrod, *Ibid.*).

<sup>235</sup> Voir Daphne Bramham, « Religious tyrants twist tolerance for their own ends », *The Vancouver Sun*, 17 juillet 2004, C7.

<sup>236</sup> Woods, note 89 ci-dessus, p. 26.

<sup>237</sup> Al-Krenawi, « Women from Polygamous », note 62 ci-dessus, p. 195.

<sup>238</sup> Pour la couverture des médias au sujet du mariage des enfants chez les Bountiful, voir « No more polygamy with girls under 18, B.C. sect says », *CBC News*, 20 avril 2005, en ligne à l'adresse suivante :

<http://www.cbc.ca/story/canada/national/2005/04/20/bountiful-wives050420.html>;

Voir Daphne Bramham « Arrival of sect leader's bodyguard an ominous sign », *The Vancouver Sun*, 14 août 2004, A1, qui note que selon la foi des mormons fondamentalistes, le mariage est fondé sur la croyance que les prêtres et les prophètes ont eu « une révélation de Dieu au sujet de ceux qui peuvent contracter un mariage ». Pour en savoir plus sur le mariage en tant que forme d'esclavage, voir Elizabeth Warner, « Behind the Wedding Veil: Child Marriage as a Form of Trafficking in Girls », (2004) 12 Am. U.J. Gender Soc. Pol'y & L. 233.

<sup>239</sup> Voir S. Coliver, « The Right to Information Necessary for Reproductive Health and Choice Under International Law », dans Coliver, S. (éd.). *The Right to Know: Human Rights and Access to Reproductive Health Information*, Londres et Philadelphie, article 19 et University Press, 1995, cité dans Cook et al., *Reproductive Health*, note 210 ci-dessus.

<sup>240</sup> *Life in Bountiful*, note 73 ci-dessus, p. 39.

- <sup>241</sup> *Ibid.*
- <sup>242</sup> Woods, note 89 ci-dessus, p. 30.
- <sup>243</sup> Cook et al., *Reproductive Health*, note 210 ci-dessus, p. 212.
- <sup>244</sup> *Kjeldsen c. Danemark*, (1976) 1 E.H.R.R. 711, paragr. 53 (Cour européenne des droits de l'homme).
- <sup>245</sup> *Observation générale n° 13, Le droit à l'éducation (art. 13)*, UN CESCROR, 21<sup>e</sup> sess., Doc. ONU E/C.12/1999/10, 1999, paragr. 1.
- <sup>246</sup> Voir Daphne Bramham, « U.S. officials probe men who run Bountiful school », *The Vancouver Sun*, 27 août 2004, A1.
- <sup>247</sup> En 2003, les écoles des Bountiful ont reçu 460 826 \$ en subventions de l'État. Voir Daphne Bramham, « Religious tyrants », note 236 ci-dessus.
- <sup>248</sup> Voir Deller Ross, note 9 ci-dessus, p. 38; Altman & Ginat, note 28 ci-dessus, p. 36-37.
- <sup>249</sup> Mashhour, note 35 ci-dessus, p. 568.
- <sup>250</sup> *Ibid.*
- <sup>251</sup> A. Yusuf Ali, « The Holy Qu'ran: Text, Translation and Commentary », sourate 4, verset 3, 1983, cité dans Mashhour, note 35 ci-dessus, p. 568.
- <sup>252</sup> Mashhour note que selon imam Mohamad Abdou, grand théologien et réformiste égyptien du dix-neuvième siècle, « la polygamie, bien qu'elle soit autorisée dans le Coran, constitue une concession aux conditions sociales nécessaires qui ont été données à contrecœur, dans la mesure où elle est permise seulement si le mari peut prendre soin de toutes ses femmes et respecter leurs droits dans l'impartialité et la justice...[et] avec une égalité sans failles... », note 35 ci-dessus, p. 568.
- <sup>253</sup> Mashhour, note 35 ci-dessus, p. 585.
- <sup>254</sup> Howland, « Challenge of Religious Fundamentalism », note 8 ci-dessus, p. 341-342.
- <sup>255</sup> *Ibid.*, p. 342
- <sup>256</sup> *Ibid.*
- <sup>257</sup> *Observation générale no 22 : Le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 18)*, UN HRCOR, 48<sup>e</sup> sess., Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées pas les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, Doc. ONU, HRI/GEN/1/Rev.1, 1994, p. 35, paragr. 2.
- <sup>258</sup> *Kokkinakis c. Grèce* (1993), 260A Cour européenne des droits de l'homme (Ser. A) 18.
- <sup>259</sup> *Ibid.*, paragr. 31.

<sup>260</sup> *Ibid.*, paragr. 48. La Cour a ajouté que le « prosélytisme abusif » pouvait « revêtir la forme d'activités offrant des avantages matériels ou sociaux en vue d'obtenir des rattachements à une Église ou exerçant une pression abusive sur des personnes en situation de détresse ou de besoin, voire impliquer le recours à la violence ou au "lavage de cerveau"; plus généralement, il ne s'accorde pas avec le respect dû à la liberté de pensée, de conscience et de religion d'autrui ».

<sup>261</sup> *Ibid.*, paragr. 42.

<sup>262</sup> *Ibid.*

<sup>263</sup> *Ibid.*, paragr. 44.

<sup>264</sup> Sally Armstrong, « If there's a place for Sharia, it's not Ontario », *The International Herald Tribunal*, 11 février 2005, en ligne :

<http://wluml.org/english/newsfulltxt.shtml?cmd%5B157%5D=x-157-128270>

<sup>265</sup> Conseil canadien des femmes musulmanes, « Position Statement on the Proposed Implementation of Sections of Muslim Law [Sharia] in Canada », révisé le 25 mai 2005, en ligne : [http://www.ccmw.com/Position%20Papers/Position\\_Sharia\\_Law.htm](http://www.ccmw.com/Position%20Papers/Position_Sharia_Law.htm)

<sup>266</sup> *Ibid.*

<sup>267</sup> *Ibid.*

<sup>268</sup> Voir « No more polygamy with girls under 18, B.C. sect says », *CBC News*, 20 avril 2005, en ligne : <http://www.cbc.ca/story/canada/national/2005/04/20/bountiful-wives050420.html>

<sup>269</sup> *Ibid.*

<sup>270</sup> *Sandra Lovelace c. Canada*, Communication no R.6/24, Doc. ONU Supp. no 40 (A/36/40), p. 166, 1981 (réimprimé dans Emerton, Robyn, Kristine Adams, Andrew Byrnes et Jane Connors. *International Women's Rights Cases*, Londres, Cavendish, 2005, p. 261)

<sup>271</sup> *Ibid.*

<sup>272</sup> *Recommandation générale no 23 : Le droit des minorités (art. 27)*, UN HRCOR, 50e sess., Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 1994, paragr. 6.1.

<sup>273</sup> *Recommandation générale no 11, Plans d'action pour l'enseignement primaire*, UN CESCRROR, 20e sess., Doc. ONU E/C.12/1999/4, 1999 (Vingtième session, 1999, Doc. ONU).

<sup>274</sup> *Conclusions finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels : Bénin*, UN CESCRROR, 28<sup>e</sup> sess., Doc. ONU E/C.12/1/Add.78, 2002, paragr. 13. Le Comité, comme il l'a fait dans plusieurs conclusions finales, a condamné la polygamie et a déclaré qu'elle était incompatible avec les droits protégés en vertu du Pacte économique (Cameroun, 1999; Kirghizistan, 2000; Népal, 2001; Nigeria, 1998; Sénégal, 2001) (voir note 24 ci-dessus).

<sup>275</sup> *Déclaration sur l'élimination de toutes formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction*, rés. AG 36/55, doc. off. AG NU, 36<sup>e</sup> session, 1981, supp. n° 15, Doc. ONU A/36/684 [*Déclaration sur l'élimination de toutes formes d'intolérance*].

<sup>276</sup> Voir Donna Sullivan, *Gender Equality and Religious Freedom: Toward a Framework for Conflict Resolution*, (1992) 24 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol., p. 795 à 836, cité à la page 44 du document de Natasha Bakht, *Arbitrage, religion et droit de la famille : la privatisation du droit au détriment des femmes*, Association nationale femmes et droit, mars 2005.

<sup>277</sup> Natasha BAKHT. *Arbitrage, religion et droit de la famille : la privatisation du droit au détriment des femmes*, Association nationale femmes et droit, mars 2005, p. 44.

<sup>278</sup> *Observation générale n° 22, Le droit à la liberté de pensées, de conscience et de religion*, HCNUDH, 48<sup>e</sup> session, 1994, Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev.1, p. 35, paragr. 4, où la Commission des droits de l'homme énumère un ensemble étendu de mesures comprises dans la liberté de manifester sa religion :

« La liberté de manifester une religion ou une conviction peut être exercée "individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé". La liberté de manifester sa religion ou sa conviction par le culte, l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement englobe des actes très variés. Le concept de culte comprend les actes rituels et cérémoniels exprimant directement une conviction ainsi que différentes pratiques propres à ces actes, y compris la construction de lieux de culte, l'emploi de formules et d'objets rituels, la présentation de symboles et l'observation des jours de fête et des jours de repos. L'accomplissement des rites et la pratique de la religion ou de la conviction peuvent comprendre non seulement des actes cérémoniels, mais aussi des coutumes telles que l'observation de prescriptions alimentaires, le port de vêtements ou de couvre-chefs distinctifs, la participation à des rites associés à certaines étapes de la vie et l'utilisation d'une langue particulière communément parlée par un groupe. En outre, la pratique et l'enseignement de la religion ou de la conviction comprennent les actes indispensables aux groupes religieux pour mener leurs activités essentielles, tels que la liberté de choisir leurs responsables religieux, leurs prêtres et leurs enseignants, celle de fonder des séminaires ou des écoles religieuses, et celle de préparer et de distribuer des textes ou des publications de caractère religieux ». De toute évidence, ce texte ne comprend aucune indication selon laquelle le droit comprend le droit de se soumettre à des lois religieuses (familiales ou autres) au moyen de tribunaux religieux.

<sup>279</sup> Voir Deller Ross, note 9 ci-dessus, p. 36 pour en discuter; *Déclaration sur toutes les formes d'intolérance*, note ci-dessus 275.

<sup>280</sup> *Singh Bhinder*, note 5 ci-dessus, paragr. 6.2.

<sup>281</sup> *Observation générale n° 22 : Le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 18)*, HCNUDH, 48<sup>e</sup> session, 1994, Compilation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev.1, p. 35, paragr. 8.

<sup>282</sup> Voir, par exemple, la jurisprudence qui autorise les restrictions sur l'utilisation publique du voile en vue de promouvoir l'égalité des sexes et de maintenir le laïcisme dans le contexte public : *Leyla Sahin c. Turquie* (2005), Cour européenne des droits de l'homme, appl. 44774/98, note 6 ci-dessus.

<sup>283</sup> Law Reports of the Commonwealth [1991] LRC (Const) tel que cité dans l'affaire Deller Ross, note 9 ci-dessus, p. 37.

<sup>284</sup> *Ibid.*, p. 308.

<sup>285</sup> *Ibid.*, p. 309.

<sup>286</sup> [1998] O. J. N° 5054.

<sup>287</sup> *Ibid.*, paragr. 13.

<sup>288</sup> *Ibid.*, paragr. 23.

<sup>289</sup> *Ibid.*, paragr. 25.

<sup>290</sup> (1879) 98 U.S. 145.

<sup>291</sup> *Ibid.*

<sup>292</sup> Deller Ross, note 9 ci-dessus aux pages 38-39.

<sup>293</sup> *État de Bombay c. Narasu Appa Mali* (1952) A.I.R. 84 Bom.; *Srinivasa c. Saraswati Ammal* (1952) A.I.R. 193 Mad.

<sup>294</sup> Voir Deller Ross, note 9 ci-dessus, p. 39-40 pour une discussion relativement à cet argument.

<sup>295</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>296</sup> *Observation générale no 28 : Égalité des droits entre hommes et femmes (article 3)*, HCNUDH, 68e session, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, 2000, paragr. 32.

<sup>297</sup> Au Royaume-Uni, les mariages polygynes sont reconnus. Consulter *Ohochuku c. Ohochuku* (1966) W.L.R. 183.

<sup>298</sup> *Bibi c. Royaume-Uni*, Appl 19628/92, 29 juin 1992 (Cour européenne des droits de l'homme).

<sup>299</sup> Voir Sonja Starr et Lea Brilmayer, « Family Separation as a Violation of International Law », (2002) 21 Berkeley J. Int'l L, p. 213.

<sup>300</sup> Voir *Bibi*, note 298 ci-dessus.

<sup>301</sup> L'article 8 de la Convention européenne sur les droits de l'homme stipule que :

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

<sup>302</sup> *Bibi*, note 298 ci-dessus.

<sup>303</sup> La politique d'immigration canadienne exclut présentement les personnes vivant une relation polygame; voir *An ideal candidate for immigration is denied after it is learned he has two wives*, *National Post*, 1er février 2005, p. A7; et *Ali c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 154 F.T.R., p. 285.

<sup>304</sup> Voir Prakash A. Shah, "Attitudes to Polygamy in English Law", (2003) 52 *Int'l Comparative and Law Quarterly* 369.

<sup>305</sup> *Ibid.*

<sup>306</sup> Starr et Brilmayer, note 299 ci-dessus, p. 245.

<sup>307</sup> *Ibid.*

<sup>308</sup> Judy Scales-Trent, "African Women in France: Immigration, Family, and Work", (1999) 24 *Brooklyn J. Int'l L.* p. 705 à 720.

<sup>309</sup> Starr et Brilmayer, note 300 ci-dessus, p. 245.

<sup>310</sup> Voir Marlise Simons, "African Women in France Battling Polygamy", *New York Times* (26 janvier 1996), pages A1 et A6.

<sup>311</sup> Okin, note 42 ci-dessus, p. 10.

<sup>312</sup> Starr et Brilmayer, note 300 ci-dessus, p. 246.

<sup>313</sup> *Ibid.*

<sup>314</sup> *Ibid.*, p. 247.

<sup>315</sup> *Ibid.*

<sup>316</sup> *Ibid.*

<sup>317</sup> Judy Scales-Trent, note 9 ci-dessus, p. 721.

<sup>318</sup> Starr et Brilmayer, note 300 ci-dessus, p. 249.

<sup>319</sup> *Ibid.*, p. 248.

<sup>320</sup> *Ibid.*, p. 249-250.

<sup>321</sup> Voir *Bibi*, note 298 ci-dessus.

<sup>322</sup> Starr et Brilmayer, note 300 ci-dessus, p. 253.

<sup>323</sup> *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, rés. AG 2106 (XX), doc. off. AG NU, 21e sess., supp. n° 14, Doc. ONU A/6014 (1966), 660 U.N.T.S. 195 (en vigueur depuis le 4 janvier 1969), l'article 5 interdit la discrimination liée à la race, à l'ethnicité et à l'origine nationale dans « le droit de se marier et de choisir son conjoint ».

<sup>324</sup> Starr et Brilmayer, note 300 ci-dessus, p. 255.

<sup>325</sup> Kindred, Hugh. *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 6e éd., Toronto, Emond Montgomery, 2000, p. 130.

<sup>326</sup> Voir Commission de réforme du droit du Canada, note 3 ci-dessus.

<sup>327</sup> Pour consulter la jurisprudence pertinente, voir *Abdulaziz, Cabales and Balkandal c. Royaume-Uni*, 15/1983/71/107-109 (C.E.D.H.) dans laquelle il est noté que l'on devrait accorder plus d'attention à la discrimination de genre (republié dans Emerton, Robyn, Kristine Adams, Andrew Byrnes et Jane Connors, *International Women's Rights Cases*, Londres, Cavendish, 2005, p. 618); « Advisory Opinion on the Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Political Constitution of Costa Rica », (1984) 5 Hum. Rts. L.J. 161 (Cour interaméricaine des droits de l'homme) qui soutient que les amendements relatifs à la naturalisation proposés sont discriminatoires et ne respectent pas l'obligation d'assurer l'égalité entre les conjoints dans la famille et la protection égale de la loi (republié dans Emerton, Robyn, Kristine Adams, Andrew Byrnes et Jane Connors, *International Women's Rights Cases*, Londres, Cavendish, 2005, p. 533); *Petrovic c. Autriche*, 1998, 33 E.H.R.R. 307 (Cour européenne des droits de l'homme) au sujet de la loi portant sur les congés parentaux. Pour un commentaire universitaire pertinent, voir Howland, « Challenge of Religious Fundamentalism », note 8 ci-dessus, p. 334. Voir également Anne F. Bayefsky, « The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law », (1990) 11 Hum. Rts. L.J. 1, p. 19, tel que cité dans Howland.

<sup>328</sup> Voir, p. ex., la *Convention de la femme, le Pacte politique, le Pacte économique*, la *Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (1967)* et la *Déclaration sur l'élimination de la violence contre les femmes (1993)*.

<sup>329</sup> Note 328 ci-dessus.

<sup>330</sup> Howland, « Challenge of Religious Fundamentalism », note 8 ci-dessus, p. 335.

- <sup>331</sup> Dissidence du juge Tanaka, *South-West Africa Cases (Second Phase)*, jugement du 18 juillet 1966, [1966] C.I.J. Rep. 284, citée dans Brownlie, Ian, éd., *Basic Documents on Human Rights*, 2e éd., Oxford, Clarendon Press, 1981, p. 451.
- <sup>332</sup> [1950] C.I.J. Rep. 148, cité par le juge Tanaka, *Ibid.* p. 451.
- <sup>333</sup> Lord McNair, tel que cité par le juge Tanaka, *Ibid.*, p. 451.
- <sup>334</sup> *Ibid.*
- <sup>335</sup> *Ibid.*, p. 454.
- <sup>336</sup> *Ibid.*
- <sup>337</sup> *Ibid.*
- <sup>338</sup> Deller Ross, note 9 ci-dessus, p. 24; FSLM, « Knowing Our Rights », note 9 ci-dessus.
- <sup>339</sup> FSLM, « Knowing Our Rights », note 9 ci-dessus, p. 199.
- <sup>340</sup> Nasir, Jamal J. *The Islamic Law of Personal Status*, 3e éd., La Haye, Kluwer Law International, 2002, p. 67.
- <sup>341</sup> *Ibid.*
- <sup>342</sup> *Ibid.*
- <sup>343</sup> *Ibid.*
- <sup>344</sup> Australian Law Reform Commission, *Multiculturalism and the Law*, rapport final — ALRC 57, Sydney, Australian Law Reform Commission, 1992
- <sup>345</sup> *Marriage Act 1961* (Cth), alinéa 23(1)a); alinéa 23B(1)a), cité dans *Ibid.*
- <sup>346</sup> *Marriage Act 1961* (Cth), art. 94, cité dans *Ibid.*
- <sup>347</sup> Tel que cité dans Cossman, Brenda et Carol Rogerson. *Family Law — Cases and Materials*, Toronto, Faculty of Law (University of Toronto), 2005-2006, p. 174; disponible en ligne à l'adresse suivante :  
[http://www.immi.gov.au/multicultural/\\_inc/publications/agenda/agenda89/toc.htm](http://www.immi.gov.au/multicultural/_inc/publications/agenda/agenda89/toc.htm).
- <sup>348</sup> *Ibid.*
- <sup>349</sup> *Ibid.*, p. 67.
- <sup>350</sup> *Ibid.*, p. 93.
- <sup>351</sup> *Ibid.*, p. 94.
- <sup>352</sup> *Ibid.*

<sup>353</sup> Voir Université de Sherbrooke, Site international francophone sur le droit des femmes — Lois et règlements, en ligne à l'adresse suivante :

[http://www.usherbrooke.ca/sifdf/base\\_de\\_connaissance/lois\\_et\\_reglements.html](http://www.usherbrooke.ca/sifdf/base_de_connaissance/lois_et_reglements.html).

<sup>354</sup> Voir discussion p. 72 à 75 de ce document (Droit à la vie privée et familiale).

<sup>355</sup> En vertu du droit de la famille canadien, la reconnaissance de la cohabitation pour assurer l'appui conjugal, l'appui aux enfants et pour faciliter les solutions en ce qui a trait aux biens fiduciaires permettent d'offrir de la protection aux épouses vulnérables qui évoluent dans une union polygyne de fait.

<sup>356</sup> *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 293.

<sup>357</sup> *Ibid.*, alinéa 293(1)a).

<sup>358</sup> Greenspan, E. et M. Rosenberg, *Martin's Criminal Code, Student Edition*, Toronto, Emond Montgomery, 2004, p. 578. Voir *R. c. Tolhurst* et *R. c. Wright* (1937), 68 C.C.C. 319, [1937] 3 D.L.R. 808 (Ont. C.A.).

<sup>359</sup> *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, alinéa 293(1)b).

<sup>360</sup> *Offences Against the Person Act*, 1861, (Ang.), c. 100, art. 57.

<sup>361</sup> *Ibid.*

<sup>362</sup> Voir discussion p. 71-72 de ce document (Droit à la vie privée et familiale).

<sup>363</sup> *Ibid.*

<sup>364</sup> Voir « Polygamy law set for challenge », BBC News, 18 juin 2000, en ligne : <http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk/791263.stm>

<sup>365</sup> À Utah Const., art. III, § 1.

<sup>366</sup> Utah Code Ann. § 76-7-101 (2003).

<sup>367</sup> Voir *id.* § 30-1-16 (1998).

<sup>368</sup> *Ibid.*

<sup>369</sup> *Bronson c. Swensen*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 2374 (D. Utah, 15 février 2005) [« *Bronson* »].

<sup>370</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>371</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>372</sup> *Zablocki c. Redhail*, 434 U.S. 374, 384 (U.S. 1978), p. 384, citée dans *Ibid.*

<sup>373</sup> *Bronson*, note 370 ci-dessus, p. 8 à 10.

<sup>374</sup> 123 S. Ct. 2472 (2003).

<sup>375</sup> Cité dans *Bronson*, note 370 ci-dessus, p. 12.

- <sup>376</sup> *Ibid.*, p. 13.
- <sup>377</sup> Pearl, David et Werner Menski. *Muslim Family Law*, 3e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1998, p. 242.
- <sup>378</sup> *Ibid.*
- <sup>379</sup> An-Na'im, note 84 ci-dessus.
- <sup>380</sup> *Ibid.*
- <sup>381</sup> Nasir, note 341 ci-dessus, p. 67.
- <sup>382</sup> *Ibid.*, p. 68.
- <sup>383</sup> FSLM, « Knowing Our Rights », note 9 ci-dessus, p. 201. Les tribunaux *quazis* sont présidés par des juges (*quazis*) qui sont nommés par la Commission des services juridiques. Les musulmans ayant une bonne réputation et un rang élevé sont des candidats éligibles à un poste de *quazi*.
- <sup>384</sup> Nasir, note 341 ci-dessus, p. 68.
- <sup>385</sup> *Ibid.*
- <sup>386</sup> *Ibid.*
- <sup>387</sup> FSLM, « Knowing Our Rights », note 9 ci-dessus, p. 200-201.
- <sup>388</sup> Nasir, note 341 ci-dessus, p. 67.
- <sup>389</sup> *Ibid.*
- <sup>390</sup> *Ibid.*
- <sup>391</sup> FSLM, « Knowing Our Rights », note 9 ci-dessus, p. 200.
- <sup>392</sup> *Ibid.*
- <sup>393</sup> *Ibid.*
- <sup>394</sup> *Sheikh Moh c. Badrunnissa Bibee*, 7 Beng LR App 5, *Badarannissa Bibi c. Mafiattala*, 7 Beng LR 442 cités dans *Itwari*, note 49 ci-dessus, p. 686.
- <sup>395</sup> *Ibid.*
- <sup>396</sup> *Ibid.*
- <sup>397</sup> *Ibid.*
- <sup>398</sup> An-Na'im, note 84 ci-dessus, p. 47.
- <sup>399</sup> *Conclusions finales sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Tanzanie*, 19e sess., Doc. ONU A/53/38/Rev.1, 1998, paragr. 229.

- 400 FSLM, « Knowing Our Rights », note 9 ci-dessus, p. 199.
- 401 *Ibid.*
- 402 *Ibid.*, p. 200.
- 403 *Ibid.*
- 404 (1989) A.P. 1. HLR 183.
- 405 *Ibid.*
- 406 Centre pour les droits reproductifs, *Women of the World: Laws and Policies Affecting Their Reproductive Lives — Anglophone Africa, 2001 Progress Report*, New York, Center for Reproductive Law and Policy, 2001, p. 25 [« Women of the World — Anglophone Africa »]
- 407 *Ibid.*
- 408 *Ibid.*, p. 61.
- 409 An-Na'im, note 84 ci-dessus, p. 48.
- 410 *Ibid.*
- 411 Centre pour les droits reproductifs, « Women of the World — Anglophone Africa », note 407 ci-dessus, p. 61.
- 412 *Ibid.*, p. 167.
- 413 *Ibid.*
- 414 *Ibid.*
- 415 *Ibid.*
- 416 Centre pour les droits reproductifs, « Women of the World — Francophone Africa », note 178 ci-dessus, p. 191.
- 417 *Ibid.*
- 418 *Ibid.*, p. 191.
- 419 *Ibid.*
- 420 *Ibid.*, p. 103.
- 421 *Ibid.*, p. 36.
- 422 *Ibid.*, p. 192.
- 423 *Conclusions finales sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Nigeria*, UN CEDAWOR, Doc. ONU A/53/38/Rev.1, 1998, paragr. 138-174.
- 424 Knop, note 32 ci-dessus, p. 332-340.

<sup>425</sup> *Ibid.*, p. 333-334.

<sup>426</sup> *Ibid.*, p. 337.

<sup>427</sup> *Ibid.*

<sup>428</sup> *Ibid.*

<sup>429</sup> *Ibid.*

<sup>430</sup> L'approche des Missions en visite était liée à la culture, c'est-à-dire qu'elle s'appliquait seulement aux normes en vigueur dans la communauté africaine locale où l'on procédait à l'évaluation de la polygynie.

<sup>431</sup> *Ibid.*, p. 339.

<sup>432</sup> *Ibid.*

<sup>433</sup> *Ibid.*

<sup>434</sup> *Ibid.*

<sup>435</sup> *Protocole à la Charte africaine des droits de la femme en Afrique*, note 19 ci-dessus, alinéa 6c).

<sup>436</sup> New York University School of Law, note 97 ci-dessus.

<sup>437</sup> Nicholas Bala, « Controversy over Couples in Canada: The Evolution of Marriage and Other Adult Interdependent Relationships », (2003) 29 *Queen's L. J.* 41, p. 87.

<sup>438</sup> Bala cite, p. ex., *Yew c. Colombie-Britannique*, (1924) 1 D.L.R. 1166 (B.C.S.C.), où il a été établi qu'une veuve d'un mariage polygyne avait droit à une reconnaissance limitée, et il fait la comparaison avec le jugement rendu dans l'affaire *Lim c. Lim*, [1948] 2 D.L.R. 353 (C.S.C.-B.).

<sup>439</sup> Voir la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. F-3 (art.1); La *Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire* du Yukon, L.R.Y. 1986, CH. 63 (ART.1); La *Loi sur le droit de la famille* du Nunavut et des Territoires du Nord-Ouest, L.T.N.-O. 1997, ch.18, par. 1(2). Ceci est reflété dans le concept du droit international privé visant à maintenir les mariages auxquels les deux parties ont consenti de bonne foi en vertu de la législation qui établit la capacité légale relative au mariage de l'État où demeure l'une des parties. Cela permet à ces parties de demander la division des biens d'avec leur conjoint.

<sup>440</sup> Même si les législatures provinciales décidaient de ne pas appliquer leurs régimes de biens matrimoniaux aux couples non mariés en imposant des exigences de cohabitation, elles devraient au moins prévoir que leur régime vise les époux polygyne *de facto* et *de jure*. Par exemple, elles pourraient exiger que les parties établissent la preuve que leur union a été contractée lors d'un rite ou d'une cérémonie visant à créer une union polygame.

<sup>441</sup> Voir les détails de l'affaire *Gabie-Hassam*, disponible sur le site suivant : « The Women's Legal Center », Afrique du Sud, où un mémoire d'amicus curiae a été soumis dans le cadre de l'affaire : <http://www.wlce.co.za/index.html>.

<sup>442</sup> *Ibid.*

<sup>443</sup> New York University School of Law, note 98 ci-dessus.

<sup>444</sup> Rebecca Cook, « Obligations To Adopt Temporary Special Measures Under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women », dans I. Boerefijn et al., éd., *Temporary Special Measures*, Anvers, Intersentia, 2003, p. 119 [« Temporary Special Measures »].

<sup>445</sup> *Ibid.*, p. 129-131.

<sup>446</sup> *Recommandation générale no 5 : mesures temporaires spéciales*, UN CEDAWOR, 7e sess., Doc. ONU A/43/38, p. 109, 1988.

<sup>447</sup> *Ibid.*

<sup>448</sup> *Recommandation générale n° 25, article 4, paragraphe 1 de la Convention (mesures temporaires spéciales)*, UN CEDAWOR, 30e sess., Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev. 7, 2004, p. 282, paragr. 7.

<sup>449</sup> Cook, « Temporary Special Measures », note 443 ci-dessus.

<sup>450</sup> Bon nombre de ces recommandations sont tirées de New York University School of Law, note 97 ci-dessus, et de *Life in Bountiful*, note 73 ci-dessus.

<sup>451</sup> Comme l'a fait remarquer madame le juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1. R.C.S. 3, nous devons nous attaquer à la pensée biaisée qui empêche de voir les torts faits aux femmes et aux filles. Sa référence à la recommandation générale no 19 de 1992 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, où il est suggéré que « il est indispensable pour la bonne application de la Convention de fournir au corps judiciaire, aux agents de la force publique et aux autres fonctionnaires une formation qui les sensibilise aux problèmes des femmes », est particulièrement pertinente au contexte des *Bountiful*.

<sup>452</sup> Cette recommandation est tirée du rapport *Life in Bountiful*, note 73 ci-dessus.

<sup>453</sup> Comme le suggère le rapport *Life in Bountiful*, il est pratiquement impossible que le processus de reconstruction des individus, nécessaire à la création d'un sentiment d'identité solide et satisfaisant, se réalise pendant un séjour de courte durée dans une maison d'hébergement. Les personnes ont plutôt besoin d'un séjour plus long pendant lequel elles peuvent bénéficier des services de conseillers qualifiés et sensibles.

<sup>454</sup> Voir Daphne Bramham, « Investigators assembled to study alleged sexual abuses in *Bountiful* », *The Vancouver Sun*, 23 juillet 2004.

- <sup>455</sup> Woods, note 89 ci-dessus, p. 27.
- <sup>456</sup> Daphne Bramham, « Investigators assembled to study alleged sexual abuses in Bountiful », *The Vancouver Sun*, 23 juillet 2004.
- <sup>457</sup> Daphne Bramham, « Bountiful schools get public funds, but government scrutiny is suspect », *The Vancouver Sun*, 15 décembre 2004.
- <sup>458</sup> Pour avoir accès à un débat sur cette approche, voir Leon Sheleff, « Human Rights, Western Values and Tribal Traditions: Between Recognition and Repugnancy, Between Monogamy and Polygamy », (1994) 12 *Tel Aviv University Studies in Law* 237.
- <sup>459</sup> Citée dans Florence Rita Arrey, « Legislative and Judicial Treatment of Family Relations in Cameroon », p. 138-144 dans *Bringing International Human Rights Law Home: Judicial Colloquium on the Domestic Application of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and the Convention on the Rights of the Child* (Nations Unies, 2000).
- <sup>460</sup> *Ibid.*
- <sup>461</sup> Adetoun Ilumoka, « Legal Imperialism and Chauvinism: Lessons from Africa », (2005) 48 *Publications of the Swiss Institute of Comparative Law* 1, p. 11.
- <sup>462</sup> (1991) *NWLR* Pt. 194, p. 739, tel que cité dans *Ibid.*, p. 10.
- <sup>463</sup> *Ibid.*
- <sup>464</sup> Ilumoka, note 461 ci-dessus, p. 11.
- <sup>465</sup> *Bhe et autres c. Magistrat, Khayelitsha et autres* Cas CCT 49/03; *Shibi c. Sithole et autres* Cas CCT 69/03; South African Human Rights Commission *et un autre c. Président de la République d’Afrique du Sud et un autre* Cas CCT 50/03 (2004) (South African Constitutional Court)
- <sup>466</sup> *Ibid.*, paragr. 131.
- <sup>467</sup> *Ibid.*, paragr. 238.
- <sup>468</sup> Madhavi Sunder, « Piercing the Veil », (2003) 112 *Yale L.J.* 1436.
- <sup>469</sup> *Ibid.*, p. 1437 et 1438.
- <sup>470</sup> *Life in Bountiful*, note 73 ci-dessus, p. 46.
- <sup>471</sup> Voir Daphne Bramham, « Investigators assembled to study alleged sexual abuses in Bountiful », *The Vancouver Sun*, 23 juillet 2004.
- <sup>472</sup> *Life in Bountiful*, note 73 ci-dessus, p. 55.

- <sup>473</sup> Janet Bennion, *Women of principle: female networking in contemporary Mormon polygyny*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- <sup>474</sup> *Ibid.*, p. 129-130.
- <sup>475</sup> Affaires étrangères Canada, *Droits humains des femmes*, disponible en ligne au : [http://www.dfait-maeci.gc.ca/foreign\\_policy/human-rights/Iwe2-rights-fr.asp](http://www.dfait-maeci.gc.ca/foreign_policy/human-rights/Iwe2-rights-fr.asp)
- <sup>476</sup> *Ibid.*
- <sup>477</sup> *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517 (C.S.C.), p. 541.
- <sup>478</sup> [1989] 1 R.C.S. 1038 tiré du *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313.
- <sup>479</sup> Kindred, note 326, p. 166. Il y a pourtant actuellement quelques discussions sur l'application de la coutume internationale au Canada. Consulter l'article suivant : Anne Warner La Forest, « Domestic Application of International Law in Charter Cases: Are We There Yet? », (2004) 37 U.B.C. L. Rev. 157.
- <sup>480</sup> [2002] 1 R.C.S. 3; Voir Elizabeth Brandon. « Does International Law Mean Anything in Canadian Courts? » *11 Journal of Environmental Law and Practice*, 2001, p. 399 à 402.
- <sup>481</sup> S. J. Toope, « The Uses of Metaphor: International Law and the Supreme Court of Canada », (2001) 80 Can. Bar Rev. 534.
- <sup>482</sup> Brandon, note 480 ci-dessus, p. 400.
- <sup>483</sup> Gérard V. La Forest, « The Expanding Role of the Supreme Court of Canada in International Law Issues », (1996) 34 Can. Y.B. Int'l L. 89, p. 100-101, tel que cité dans le document d'Elizabeth Brandon.
- <sup>484</sup> Brandon, note 480 ci-dessus, p. 402.
- <sup>485</sup> [1999] 1. R.C.S. 3.
- <sup>486</sup> *Ibid.*, paragr. 73.
- <sup>487</sup> *Ibid.*
- <sup>488</sup> [2002] 1 R.C.S. 3, p. 31.
- <sup>489</sup> [1990] 3 R.C.S. 697, p. 750.
- <sup>490</sup> [1999] 2 R.C.S. 817.
- <sup>491</sup> *Ibid.*
- <sup>492</sup> Mayo Moran, *Authority, Influence, and Persuasion: Baker, Charter Values and the Puzzle of Method in David Dyzenhaus*, éd. The Unity of Public Law, Oxford et Portland (Oregon), Hart Publishing, 2004, p. 389-408.

- <sup>493</sup> *Baker*, note 480 ci-dessus, paragr. 70.
- <sup>494</sup> Moran, note 492 ci-dessus, p. 404.
- <sup>495</sup> *Keegstra*, note 489 ci-dessus, p. 750.
- <sup>496</sup> Byrnes, note 152 ci-dessus, p. 131.
- <sup>497</sup> Byrnes, note 152 ci-dessus, mentionne quelques fonctions de présentation de rapports identifiées par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels qui pourraient s'appliquer de façon semblable à la Convention de la femme. Voir p. 131-132.
- <sup>498</sup> *Ibid.*, p. 133.
- <sup>499</sup> *Ibid.*, p. 136.
- <sup>500</sup> *Ibid.*, p. 137.
- <sup>501</sup> Consulter la Division de la promotion de la femme des Nations Unies. En ligne : <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/sigop.htm>
- <sup>502</sup> Rikki Holtmaat, *Towards Different Law and Public Policy: The significance of Article 5a CEDAW for the elimination of structural gender discrimination*, Den Haag, Reed Business Information, 2004, p. 78. La mise en évidence continue des violations du gouvernement sur la scène internationale peut constituer un important catalyseur de changement.
- <sup>503</sup> *Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, Doc. ONU A/RES/54/5, 15 octobre 1999, art. 2. [*Protocole facultatif à la Convention de la femme*].
- <sup>504</sup> Laboni Hoq, « The Women's Convention and Its Optional Protocol: Empowering Women to Claim Their Internationally Protected Rights », (2001) 32 *Columbia H.R. L. Rev.* 677, p. 694.
- <sup>505</sup> *Ibid.*, p. 694 et 695.
- <sup>506</sup> *Protocole facultatif à la Convention de la femme*, note 503 ci-dessus, art. 4.
- <sup>507</sup> Voir Lynne Cohen, « One mother (Debbie Palmer) of eight sues for polygamy (at a polygamist colony in B.C.) », *The Report*, 6 janvier 2003, p. 33.
- <sup>508</sup> « Hunting Bountiful; Polygamy in Canada (A polygamous enclave in British Columbia) », *The Economist*, 10 juillet 2004, p. 34.
- <sup>509</sup> Voir New York University School of Law, note 97 ci-dessus; « Group Urges More Polygamy Prosecutions », *New York Times*, 16 juin 2005.
- <sup>510</sup> « Utah: Polygamist Convicted Of Rape », *New York Times*, 25 juin 2002, p. A-16.
- <sup>511</sup> Hoq, note 504 ci-dessus, p. 695.
- <sup>512</sup> *Ibid.*

- <sup>513</sup> *Protocole facultatif à la Convention de la femme*, note 503 ci-dessus, art. 8.
- <sup>514</sup> Hoq, note 504 ci-dessus, p. 430. Hoq fourni l'exemple de la *sati*, une pratique hindoue que constitue la crémation de la femme à la mort de son mari, pour illustrer une « violation isolée » sur laquelle le CEDEF pourrait mener une enquête. Bien que la pratique soit illégale dans la majorité des pays, elle demeure courante dans quelques régions rurales.
- <sup>515</sup> *Ibid.* Hoq remarque que la *Race Convention*, par exemple, exige que les enquêtes soient présentées par un autre État à la page 698.
- <sup>516</sup> *Ibid.*
- <sup>517</sup> Marion Boyd, *Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion*, décembre 2004, p. 23.
- <sup>518</sup> Pour une discussion relative à l'organisation formelle du CDH, voir Steiner, Henry J. et Philip Alston, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 706-708.
- <sup>519</sup> Joseph, Sarah, Jenny Schultz et Melissa Castan. *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 11.
- <sup>520</sup> *Ibid.*, p. 12.
- <sup>521</sup> *Ibid.* Ces observations permettent également de surveiller la mise en œuvre des deux protocoles facultatifs à la Convention en ce qui a trait à la participation des enfants aux conflits armés, à la traite des enfants, à la prostitution juvénile et à la pornographie juvénile.
- <sup>522</sup> Tel que cité dans *Ibid.*, p. 14.
- <sup>523</sup> Voir p. ex. *Toonen c. Australie*, Communication n° 488/1992, Doc. ONU CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), qui a mené à l'adoption de la législation fédérale fournissant un recours et l'abrogation éventuelle de la loi tasmanienne contestée, tel que cité dans Joseph *et al.*, note 519 ci-dessus, p. 14.
- <sup>524</sup> Voir Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Convention relative aux droits de l'enfant*, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/11.htm>.
- <sup>525</sup> Steiner et Alston, note 519 ci-dessus, p. 511.
- <sup>526</sup> Haut Commissariat, note 524 ci-dessus.
- <sup>527</sup> Joseph *et al.*, note 519 ci-dessus, p. 468; pour une discussion sur les procédures des traités des Nations Unies en matière de droits de l'homme, voir Steiner et Alston, note 518 ci-dessus.
- <sup>528</sup> Consulter la partie II — H ci-dessus, *Torts aux enfants des unions polygynes*, p. 24 à 26.

<sup>529</sup> Note 26 ci-dessus.

<sup>530</sup> Note 27 ci-dessus.

<sup>531</sup> Les déclarations, qui constituent généralement des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, ne sont pas des traités que les États peuvent ratifier et auxquels ils peuvent être liés légalement. Elles constituent plutôt des déclarations non obligatoires indiquant une norme internationale courante que les États membres de l'ONU doivent suivre. Les déclarations peuvent fournir une référence pour la cristallisation plus rapide des normes coutumières internationales. Consulter l'ouvrage suivant : Ian Brownlie, *Principles of International Law*, 6e éd. Oxford University Press, 2003, p. 14 et 15. Pour une discussion relative à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes en fonction de la responsabilité de l'État, consulter l'article suivant : Hélène Combrinck, « Positive State Duties to Protect Women from Violence: Recent South African Developments », (1998) 20 *Human Rights Quarterly* 666.

<sup>532</sup> Certains universitaires spécialisés dans le droit international public font valoir que les conclusions finales des conférences des États devraient être présentées sous forme de traité multilatéral. Même si ce type de document peut être interprété seulement comme un instrument de consignation des décisions qui n'ont pas été adoptées à l'unanimité, de telles déclarations peuvent fournir une preuve forte de l'état du droit international coutumier sur la question ainsi que sur les nouvelles normes internationales.

Consulter Brownlie, note 531 ci-dessus à la page 14. À tout le moins, des engagements politiques sérieux pris par des États y sont indiqués. Pour une discussion sur la *Déclaration et Programme d'action de Beijing* en matière de responsabilités gouvernementales concernant la protection des femmes contre la violence, consulter Combrinck, note 531 ci-dessus.