

2019

Les amoureux sur les bancs publics : Le traitement juridique du polyamour en droit québécois

Michaël Lessard

Follow this and additional works at: <https://commons.allard.ubc.ca/can-j-fam-l>



Part of the [Family Law Commons](#), and the [Law and Society Commons](#)

Recommended Citation

Michaël Lessard, "Les amoureux sur les bancs publics : Le traitement juridique du polyamour en droit québécois" (2019) 32:1 Can J Fam L 1.

The University of British Columbia (UBC) grants you a license to use this article under the [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International \(CC BY-NC-ND 4.0\) licence](#). If you wish to use this article or excerpts of the article for other purposes such as commercial republication, contact UBC via the Canadian Journal of Family Law at cdnjfl@interchange.ubc.ca

LES AMOUREUX SUR LES BANCS PUBLICS : LE TRAITEMENT JURIDIQUE DU POLYAMOUR EN DROIT QUÉBÉCOIS

Michaël Lessard*

L'auteur offre un tour d'horizon des manières dont le droit québécois désavantage les relations polyamoureuses. Dans la première partie, l'auteur définit le polyamour, le monoamour et certaines notions connexes. Dans les sections subséquentes, il avance une catégorisation du traitement juridique du polyamour. Selon son analyse, quatre angles sont exploités pour orienter les relations conjugales vers le monoamour et hors du polyamour : (1) limiter à deux le nombre de parents par enfant (biparenté

* Michaël Lessard (michael.lessard@mail.mcgill.ca) est avocat et étudiant au doctorat en droit à l'Université de Toronto. Il détient une maîtrise en théorie du droit de l'Université de New York. Titulaire d'un double baccalauréat en droit de l'Université McGill, il a travaillé pendant plus de deux ans et demi comme avocat-recherchiste à la Cour d'appel du Québec. Ses travaux portent principalement sur le droit des personnes, le droit des familles et le sexisme linguistique.

L'auteur aimerait remercier Me Audrey Sirois, Me Marie-Andrée Plante et Élodie Fortin pour leurs discussions éclairantes et Me Laurence Saint-Pierre Harvey pour ses pertinents commentaires sur les premières versions de ce texte. Il remercie également les réviseuses et réviseurs externes anonymes de la Revue canadienne de droit familial pour leur apport ainsi que l'équipe de cette dernière pour tout son travail. Enfin, l'auteur aimerait remercier Audrey Boutin d'avoir assuré la révision du français. L'auteur, en tant qu'homme blanc cisgenre, reconnaît et souligne sa position de privilégié. Il met en garde les lectrices et les lecteurs afin de les encourager à lire une diversité d'auteurs et d'auteurs sur le sujet. Il est important que ce ne soit pas seulement des hommes blancs qui soient lus et entendus sur cette question, comme toute autre d'ailleurs.

vs pluriparenté), (2) faciliter la prestation de soins de conjoint-e à conjoint-e, (3) protéger les conjoint-es contre des vulnérabilités économiques, et (4) prohiber certains comportements polyamoureux (criminalisation de la polygamie). Bien que l'analyse juridique se concentre sur le Québec, cette catégorisation pourra certainement être adaptée pour examiner l'état du droit dans le reste du Canada.

Par cet article, l'auteur pose les bases d'une réflexion sur le traitement juridique du polyamour. Une telle réflexion devient de plus en plus pressante alors qu'un nombre grandissant d'enfants vivent dans des ménages polyamoureux, que certains enfants naissent de ces unions et que plusieurs partenaires formalisent un des couples au travers du mariage, vulnérabilisant alors les autres relations. Peut-être souhaitera-t-on conserver certaines mesures (comme la criminalisation de la polygamie) tout en en délaissant d'autres (comme la limite de deux parents par enfant). Cet article permet de mieux repérer comment le droit catalyse ou inhibe des types de relations conjugales.

This article provides an overview of the ways in which Quebec law disadvantages polyamorous relationships. First, the author defines polyamory, monoamory, and related concepts. Next, he considers the judicial treatment of polyamorous people. According to his analysis, four approaches are used to orient people toward monogamous relationships and away from polyamorous relationships: (1) limiting to two the number of parents per child, (2) facilitating spousal care, (3) protecting spouses against economic vulnerability, and (4) prohibiting certain polyamorous arrangements (criminalization of

polygamy). Even though this judicial analysis is focused on Quebec, this categorization may certainly be adapted to examine the state of the law in the rest of Canada.

In this article, the author lays out a framework for reflection on the legal treatment of polyamorous people. Such a framework has become more and more pressing as a growing number of children live in polyamorous households, as children are born to polyamorous unions, and as more partners formalize one of the couples through marriage, increasing the vulnerability of the other relationships. Perhaps we would like to maintain certain measures (like the criminalization of polygamy) while abandoning others (like the limit of two parents per child). This article allows us to better identify how the law catalyzes or inhibits various kinds of conjugal relations.

INTRODUCTION

« You know I don't believe in labels, but as a sex-positive polyamorous pansexual, words like “monogamy” and “family” have never even seemed like a remote possibility »¹. Ainsi se confie Nola Darling dans la première saison de la télésérie *She's Gotta Have It*. On pourrait lire dans ce passage un simple portrait de l'air du temps : le rejet des étiquettes couplé à leur impressionnante multiplication. Ce serait pourtant mal juger la valeur de cette réplique. Elle n'est pas simplement le reflet d'une mode passagère. Si la série *She's Gotta Have It* a été dévoilée au public il y a à peine deux ans, en novembre 2017, elle est pourtant l'adaptation du film éponyme de Spike Lee paru en 1986² : les relations polyamoureuses habitent la culture populaire depuis quelque temps déjà, et ce, sans que les réformes législatives du contrôle de la conjugalité ne s'intéressent à elles.

En effet, bien que le mariage n'ait plus le rôle prédominant qu'on lui connaissait il y a un demi-siècle, son spectre ne cesse de structurer le droit des familles³ en limitant les relations amoureuses à deux partenaires. Il m'apparaît important de reconnaître que les réformes apportées à l'institution maritale au cours des quarante dernières années au Québec — juridiction sur laquelle je concentre mon analyse — ont été profondes et que, dans la

¹ *She's gotta have it*, Netflix, 2017, saison 1, épisode 4 à 7:19.

² *She's gotta have it*, 40 Acres and a Mule Filmworks, 1986.

³ Par le vocable « droit des familles », je reprends l'approche plurielle du *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : les familles*, 2^e éd, Montréal, Yvon Blais, 2016.

mesure où les modalités du mariage ont été réorientées vers la protection des personnes vulnérables, ces réformes sont louables. Ces quatre décennies ont vu l'apparition du patrimoine familial, du principe de survie de l'obligation alimentaire entre personnes mariées, de droits pour les enfants nés hors mariage et, sur le plan du droit criminel, la fin de la protection du viol intramarital, pour ne nommer que quelques exemples. Les couples homosexuels peuvent désormais se marier. Le droit des familles se distancie par ailleurs du mariage lui-même en reconnaissant des formes alternatives de conjugalité. Le droit tient de plus en plus compte de la réalité des familles recomposées ainsi que celle des conjoint·es de fait. La formation de la famille est même maintenant possible à l'extérieur de la conjugalité par la procréation assistée. Le mariage hétérosexuel, nucléaire et indissoluble n'est plus qu'une option parmi un éventail de choix qui s'offre aux justiciables.

Pourtant, nous devons nous garder de croire que l'articulation de la conjugalité est maintenant laissée à la discrétion des justiciables. Le droit la structure toujours. Si la monogamie n'a plus le rôle qu'on lui connaissait, la conjugalité juridique s'articule toujours autour du monoamour. Ainsi, les formes de conjugalité et de familles nouvellement légitimées ne l'ont été que dans la mesure où elles n'impliquaient pas plus de deux partenaires. Pensons par exemple à l'union civile qui reproduit l'idée du mariage sans toutefois en porter le nom⁴. L'union de fait ne reconnaît que deux partenaires⁵.

⁴ Voir art 521.1 CcQ.

⁵ Voir *Loi d'interprétation*, RLRQ c I-16, art 61.1.

Par ailleurs, les enfants naissant au Québec ne peuvent avoir plus de deux parents⁶. Bref, le critère numérique perdure malgré les évolutions sociales⁷ et

⁶ Voir *Droit de la famille — 181478*, 2018 QCCA 1120 au para 5, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 38318 (10 janvier 2019). Cet arrêt est commenté dans Awatif Lakhdar, « Commentaire sur la décision *Droit de la famille — 181478* – Qu'est-ce que la Cour d'appel nous enseigne en cas de conflit de filiation lorsque la possession d'état semble être simultanée ou successive ? », *Repères*, Octobre 2018, EYB 2018-REP2589. *Droit de la famille — 161633*, 2016 QCCA 1142 au para 19; *Droit de la famille — 07528*, 2007 QCCA 361 au para 55. Cet arrêt est commenté dans Michel Tétrault, « Commentaire sur les décisions *Droit de la famille — 07527* et *Droit de la famille — 07528* – La Cour d'appel, le projet parental et l'application rétroactive des articles 538 et s. du Code civil : à partir de quel moment l'enfant a-t-il un lien de filiation? », *Repères*, Mai 2007, EYB 2007-REP591. Notons toutefois que la Cour d'appel offre nouvellement une position moins tranchée sur la question dans *Droit de la famille — 191677*, 2019 QCCA 1386 au para 68.

⁷ Sans prétendre que le polyamour est une nouvelle réalité inconnue avant le 21^e siècle, il y a lieu de souligner son importante popularisation au cours des deux dernières décennies par des œuvres comme Dossie Easton et Janet W Hardy, *The Ethical Slut: A Guide to Infinite Sexual Possibilities*, New York, Greenery Press, 1997 (*The Ethical Slut: A Practical Guide to Polyamory, Open Relationships & Other Adventures*, 2^e éd, Berkeley, Celestial Arts, 2009; *The Ethical Slut: A Practical Guide to Polyamory, Open Relationships and Other Freedoms in Sex and Love*, 3^e éd, New York, Ten Speed Press, 2017); Deborah Anapol, *Polyamory: The New Love Without Limits: Secrets of Sustainable Intimate Relationships*, San Rafael (Californie), IntiNet Resource Center, 1997; Deborah Anapol, *Polyamory in the Twenty-First Century: Love and Intimacy with Multiple Partners*, Lanham (Maryland), Rowman & Littlefield, 2010; Franklin Veaux et Eve Rickert, *More Than Two: A Practical Guide to Ethical Polyamory*, Portland (Oregon), Thorntree Press, 2014; Elisabeth Sheff, *The Polyamorists Next-Door: Inside Multiple-Partner Relationships and Families*, Lanham (Maryland), Rowman & Littlefield, 2015; Elisabeth Sheff, *Stories from the Polycule: Real Life in Polyamorous Families*, Portland (Oregon), Thorntree Press, 2015; Elisabeth Sheff, *When*

juridiques⁸, de sorte que le monoamour demeure un trait caractéristique du droit des familles québécois⁹.

Cet article s'intéresse aux manières dont le droit favorise le monoamour et a pour effet de désavantager les personnes polyamoureuses. Dans la première partie, je propose une définition du polyamour, du monoamour et de certaines notions connexes. Dans les sections subséquentes, j'avance une catégorisation du traitement juridique du polyamour. Selon mon analyse, quatre angles sont exploités pour orienter les relations conjugales vers le monoamour et hors du polyamour : (1) limiter à deux le nombre de parents par enfant, (2) faciliter la prestation de

Someone You Love Is Polyamorous: Understanding Poly People and Relationships, Portland (Oregon), Thorntree Press, 2016; Angela Willey, *Undoing Monogamy: The Politics of Science and the Possibilities of Biology*, Durham (Caroline du Nord), Duke University Press, 2016; Jenny Yuen, *Polyamorous: Living and Loving More*, Toronto, Dundurn Press, 2018.

- ⁸ Notons d'ailleurs que le critère numérique est repris avec approbation dans Comité consultatif sur le droit de la famille. Voir Ministère de la Justice du Québec, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, par le Comité consultatif sur le droit de la famille (président : Alain Roy), 2015 à la p 137.
- ⁹ John-Paul Boyd écrit que « [a]u Canada, la *famille* s'affranchit désormais de toute notion liée au mariage, au genre, à l'orientation sexuelle, à la reproduction ou à l'éducation des enfants. La prochaine étape consistera à revoir le précepte selon lequel toute relation affective se vit seulement entre deux personnes simultanément, qu'il s'agisse de relations informelles, de cohabitation ou de liens conjugaux » [italiques dans l'original]. John-Paul E Boyd, « Le polyamour au Canada : étude d'une structure familiale émergente » (11 avril 2017), en ligne : *L'Institut Vanier de la famille* <institutvanier.ca/le-polyamour-au-canada-etude-dune-structure-familiale-emergente> [Boyd, « Le polyamour au Canada »].

soins de conjoint·e à conjoint·e, (3) protéger les conjoint·es contre des vulnérabilités économiques et (4) prohiber certains comportements polyamoureux. Chaque angle d'influence fait l'objet d'une section d'analyse. Pour constituer cette catégorisation, j'analyse la législation, la jurisprudence et la doctrine qui portent sur la conjugalité. Si je me concentre sur le Québec, j'estime que cette catégorisation pourrait servir de point de départ pour dresser un portrait similaire des autres juridictions canadiennes.

Par cet article, je souhaite susciter la réflexion sur le traitement juridique du polyamour. Sans prendre position sur l'opportunité de traiter différemment les diverses formes de relations¹⁰, ma démarche part du principe que le droit des familles devrait minimalement être utilisé afin de protéger les personnes vulnérables. Mieux comprendre comment le droit a pour effet de promouvoir le monoamour — en négligeant et en précarisant la situation des personnes polyamoureuses — permet ensuite de s'interroger sur le fondement moral de chacun des facteurs d'influence. Peut-être souhaitera-t-on conserver certaines mesures (comme la criminalisation de la polygamie) tout en en délaissant d'autres (comme la limite de deux parents par enfant). Cet article vise à établir les bases de cette discussion en exposant les angles de contrôle de la conjugalité en droit québécois.

¹⁰ Pour des arguments en faveur de l'octroi des avantages des couples mariés aux relations d'amitié et relations polyamoureuses, voir Elizabeth Brake, « Recognizing Care: The Case for Friendship and Polyamory » (2014) 1:1 Syracuse JL & Civic Engagement, en ligne : <slace.syr.edu/issue-1-2013-14-on-equality/recognizing-care-the-case-for-friendship-and-polyamory/>.

Une telle réflexion devient de plus en plus pressante alors qu'un nombre grandissant d'enfants vivent dans des ménages polyamoureux, que des enfants naissent de ce type d'union et que peu de mesures permettent d'atténuer la perte de ressources émotives et financières que ces enfants subissent lors d'une séparation polyamoureuse. À ce chapitre, le 14 juin 2018, pour la première fois au Canada, un tribunal a déclaré que les trois membres d'un troupe polyamoureux (situation où trois personnes ont une relation commune) étaient tous parents de l'enfant issu de leur union¹¹, ce qui permettra à l'enfant de réclamer des aliments de chacun des trois parents advenant une séparation.

Dans deux études sur le sujet, l'Institut canadien de recherche sur le droit et la famille rapporte des chiffres étonnants sur la présence des enfants au sein d'unions polyamoureuses. Dans une première étude, 30,6% des répondant·es soulignent la présence à temps plein d'au moins un·e enfant dans leur ménage polyamoureux, et 11,3% indiquent la présence à temps partiel d'au moins un·e enfant¹². Dans une seconde étude, ce sont 23,2% qui

¹¹ *CC (Re)*, 2018 NLSC 71.

¹² Voir John-Paul E Boyd, « Perceptions of Polyamory in Canada », *Institut canadien de recherche sur le droit et la famille* (2017), en ligne: *CanLII* <www.canlii.org/t/2861> [Boyd, « Perceptions of Polyamory »]. « The most common number of children residing full-time in respondents' households was one child (n=52, 13.4%), followed by two children (n=38, 9.8%) and three children (n=17, 4.4%) [...] More than a tenth of these respondents (n=44, 11.3%) said that they had at least one child living in their household part-time. The most common number of children residing part-time in respondents' households was two children (n=20, 5.1%), followed by one child (n=18, 4.6%) ». *Ibid* à la p 45.

rappellent la présence d'au moins un·e enfant à temps plein et 8,7% à temps partiel¹³. Bien que les chiffres exacts soient difficiles à établir dans l'état actuel de la recherche, on peut constater que cette réalité est assez importante pour que les décideurs et décideuses juridiques s'intéressent à la question du polyamour.

Même en l'absence d'un·e enfant, les personnes polyamoureuses stabilisent parfois leur situation d'une manière qui déclencherait habituellement des protections juridiques et des bénéfices sociaux, sans qu'elles puissent recevoir ces avantages. Ainsi, 19,7% vivent dans un seul et même ménage¹⁴. De ces personnes, 61,2% rapportent la présence d'un couple marié¹⁵, qui sont peut-être les seules personnes à bénéficier des avantages habituellement accordés aux couples monoamoureux.

On ne saurait alors négliger cette réalité en assimilant le polyamour à la polygamie puisque la situation socio-économique des pratiquant·es du polyamour est fort différente de celle des polygames. En effet, la vaste majorité (59,7%) des personnes pratiquant le polyamour au Canada sont des femmes¹⁶. La majorité (64,6%) est dans une situation impliquant trois personnes¹⁷, alors que

¹³ Voir Boyd, « Le polyamour au Canada », *supra* note 9.

¹⁴ Voir *ibid.*

¹⁵ Voir *ibid.*

¹⁶ Voir *ibid.* (30% sont des hommes, 3,5% sont intergenres, 3,2% sont fluides dans le genre, 1,3% sont transgenres, et 2,2% s'identifient comme « autres » dans cette étude).

¹⁷ Voir *ibid.* (13,8% impliquent 6 personnes ou plus).

seulement 17,9% ont une situation impliquant 4 personnes¹⁸.

D'ailleurs, si le droit ne s'intéresse pas aux personnes polyamoureuses, celles-ci s'intéressent au droit. Elles tentent parfois elles-mêmes de formaliser leur situation à l'aide de « emergency authorizations » (26% ou 18,5%), de contrats de vie commune (15,7% ou 11,2%), « school authorizations » (10,5% ou 7,5%), de « power of attorney (medical) » (10,3% ou 7,3%), de « power of attorney (legal) » (9,3% ou 6,6%), de « travel authorizations » (7,7%), de délégations des droits de garde (4,6%), de testaments (1%), etc.¹⁹. Or, comme nous le verrons dans cet article, le potentiel de telles mesures est limité parce qu'il dépend de la volonté des personnes impliquées, de leurs connaissances juridiques, de leurs ressources financières, et ultimement, parce que ces mesures n'équivalent souvent pas aux régimes par défaut aménagés pour les unions monoamoureuses. Avant de passer à cette analyse, il convient d'abord de mieux circonscrire le sujet de notre discussion en définissant le polyamour.

¹⁸ Voir *ibid.*

¹⁹ Les premiers chiffres proviennent de Boyd, « Perceptions of Polyamory », *supra* note 12 aux pp 52–53. Les seconds chiffres proviennent de John-Paul Boyd, « Polyamorous Relationships and Family Law in Canada », *Institut canadien de recherche sur le droit et la famille* (2017), en ligne: *CanLII* <www.canlii.org/t/7d3> aux pp 24–25.

DÉFINIR LE POLYAMOUR

Le « polyamour » ne peut être défini que de manière insatisfaisante, peut-être à l'image de tout terme parapluie. Déjà, il s'agit d'un terme récent dont la définition échappe encore, en français, aux institutions langagières traditionnelles pour dépendre de l'usage. Le terme *polyamour* apparaît en anglais (*polyamory*) en 1953, mais ne se popularise que dans les années 1990²⁰. La jeunesse du terme explique sûrement pourquoi l'on ne trouve pas sa définition dans la plupart des dictionnaires traditionnels du monde francophone comme *Le grand Robert de la langue française*, le *Larousse* et le *Multidictionnaire de la langue française*. Et lorsque des dictionnaires proposent de définir le polyamour, leur entreprise oscille entre deux approches au terme qui, lorsque mis en opposition, explicite bien en quoi chacune des définitions ne peut être qu'insatisfaisante.

D'une part, certains ouvrages adoptent une approche axée sur l'étymologie de « polyamour ». Ce terme est formé du nom « amour », qui provient du mot latin « amores », et du préfixe d'origine grecque « poly- », qui signifie « plusieurs, en grand nombre ». Pour former « monoamour », on remplace simplement le préfixe par « mono- » pour « unique », ce qui semble déjà construire une catégorisation binaire : on est soit en polyamour ou en monoamour, selon le nombre des amours. En d'autres termes, un regard étymologique suggère que s'il n'existe qu'une seule relation amoureuse, nous sommes en présence de deux personnes monoamoureuses tandis que, à

²⁰ Voir Lorien S Jordan et al, « Polyamory: Experiences of Power from Without, from Within, and in Between » (2017) 16:1 J Couple & Relationship Therapy 1 à la p 2.

l'inverse, s'il existe plusieurs liens amoureux, nous sommes alors en présence de personnes polyamoureuses. En ce sens, des ouvrages proposent une définition du polyamour axée sur le nombre de partenaire. Par exemple, le dictionnaire *Merriam-Webster* définit « polyamory » comme étant « the state or practice of having more than one open romantic relationship at a time »²¹. L'Institut canadien de recherche sur le droit de la famille adopte également cette approche en définissant le polyamour comme une « [p]ratique ou condition se caractérisant par la participation à plusieurs relations intimes simultanément »²². Nous pouvons désigner cette approche centrée sur le nombre de partenaires comme la « **définition numérique** ».

D'autre part, plusieurs ouvrages prennent soin d'adopter une définition du terme qui soit plus près de son usage dans les milieux polyamoureux, ce qui implique notamment d'inclure des idées de consentement, de transparence et de liberté. En ce sens, depuis 2016, l'Office québécois de la langue française définit dans *Le grand dictionnaire terminologique* le polyamour comme une « [p]ratique consistant à entretenir plusieurs relations amoureuses à la fois avec le consentement des personnes concernées »²³. Depuis 2006, l'*Oxford English Dictionary* le définit comme « [t]he fact of having simultaneous close

²¹ *Merriam-Webster.com Dictionary* (dernière consultation le 22 juillet 2019), en ligne : <www.merriam-webster.com/dictionary/polyamory>.

²² Voir Boyd, « Le polyamour au Canada », *supra* note 9.

²³ *Le grand dictionnaire terminologique*, Office québécois de la langue française, 2016, *sub verbo* « polyamour », en ligne : <www.granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=26542546>.

emotional relationships with two or more other individuals, viewed as an alternative to monogamy, esp[ecially] in regard to matters of sexual fidelity; the custom or practice of engaging in multiple sexual relationships with the knowledge and consent of all partners concerned »²⁴. Plus succinct mais dans la même veine, le *Canadian Oxford Dictionary* le définit comme « the custom or practice of engaging in multiple sexual relationships, with the full knowledge and consent of all partners concerned »²⁵. Nous pouvons désigner cette définition tenant compte de l'éthique relationnelle entre les partenaires comme la « **définition éthique** ».

La seconde option — définir le polyamour comme une « non-monogamie éthique »²⁶ — m'apparaît une approche souhaitable dans la mesure où elle se colle au discours que les personnes polyamoureuses entretiennent généralement sur leur pratique. Le personnage de Nola Darling, nommé en introduction, a d'ailleurs été dénoncé comme offrant une représentation erronée du polyamour en ce qu'il ne cherche pas le consentement enthousiaste de ses partenaires à entretenir une relation ouverte²⁷. S'il s'agit du discours que les personnes polyamoureuses ont généralement sur elle-même, cette définition semble pertinente si l'on veut effectuer, par exemple, une

²⁴ *Oxford English Dictionary*, Oxford University Press, 2019, *sub verbo* « polyamory ».

²⁵ Katherine Barber, dir, *Canadian Oxford Dictionary*, 2^e éd, Oxford University Press, 2004, *sub verbo* « polyamory ».

²⁶ Expression tirée de Easton et Hardy, *supra* note 7.

²⁷ Voir Evette Dionne, « Superficial Boundaries: “She’s Gotta Have It” Butchers Polyamory and Queerness », *bitchmedia* (29 novembre 2017), en ligne : <bitchmedia.org/article/shes-gotta-have-it-review>.

recherche sociologique, anthropologique ou historique sur le phénomène du polyamour. Elle pourrait même constituer un point de départ intéressant pour toute entreprise de réforme du droit qui viserait à protéger le polyamour tout en mettant de côté les relations plus éphémères²⁸. Par contre, lorsqu'il s'agit d'entreprendre une recherche juridique *descriptive* sur l'état actuel du droit québécois, il m'apparaît inévitable d'adopter la première option — définir le polyamour selon le nombre de partenaires. Dans les pages qui suivent, j'aborde d'abord les raisons pour lesquelles il m'apparaît inévitable d'adopter une définition numérique aux fins de cet article. J'explique ensuite que cette définition ne permet pas de tenir compte du phénomène dans son ensemble dans la mesure où elle fait fi de l'éthique relationnelle propre au discours

²⁸ Voir Marie-France Bureau et Kim Désilets, dans l'un des rares articles juridiques québécois qui abordent le sujet, adoptent une définition éthique en citant « [u]n site internet français définit le polyamour comme étant < la volonté, la pratique ou l'acceptation de vivre une relation amoureuse impliquant plus de deux personnes (nous parlons donc de "non-monogamie") avec la pleine connaissance et le consentement de chaque personne concernée. Notons que les différents partenaires amoureux n'entretiennent pas nécessairement de relation entre eux, cette distinction permettant de définir les deux principaux mode[s] d'expression du polyamour (que nous abordons ailleurs). C'est donc une libération des sentiments, un rejet de la notion d'appartenance et d'exclusivité amoureuse telle qu'elle est véhiculée dans nos vieilles traditions culturelles et religieuses. Cette liberté sentimentale s'accompagne néanmoins d'un comportement qui se veut honnête, transparent, respectueux et responsable. Le polyamour est donc nécessairement consensuel et répond à une certaine éthique. > Voir en ligne : <www.polyamour.fr/polysite/node/2> : (site consulté en juillet 2009). » Marie-France Bureau et Kim Désilets, « Du mariage gai à la polygamie : triomphe du droit à l'égalité? » (2010) 89 Rev du B Can 39 à la p 42, n 9.

polyamoureux et donc qu'elle devrait être limitée à des entreprises précises comme celle de cet article.

L'inévitabilité de la définition numérique. Il m'apparaît inévitable de définir le polyamour en terme de multiplicité des partenaires aux fins de cet article. Ceci s'explique par le projet même de cet article qui est de retracer les façons dont le droit a pour effet de défavoriser le polyamour et de favoriser le monoamour. Afin de retracer l'action du droit, il devient alors nécessaire de travailler avec les définitions juridiques actuelles de la conjugalité. Aux yeux du droit, soit l'on entre dans une catégorie de conjugalité monoamoureuse et l'on bénéficie de certains avantages, soit l'on est exclu-e et l'on ne bénéficie que de peu ou d'aucun avantage. En vue de démontrer comment le droit catalyse ou inhibe des formes de conjugalité, il est donc inévitable de reprendre aux fins de l'analyse les définitions catégorielles qu'emploie le droit lui-même.

Or, le droit fait généralement fi de l'amour, des sentiments connexes et de l'éthique relationnelle dans la construction du concept de conjoint-e. Il définit essentiellement la conjugalité sur le critère numérique de *deux partenaires*, ce qui force, pour comprendre le traitement juridique du polyamour, de comprendre ce phénomène comme étant tout mode de vie qui implique plus de deux partenaires. Une telle définition offre alors un portrait réducteur du polyamour qui met de côté son éthique relationnelle, comme nous le verrons dans la sous-section suivante. Cependant, prendre en compte cette éthique relationnelle en incorporant des notions de consentement, de transparence ou de liberté nous pousserait à adopter une vision décalée du droit actuel,

rendant difficile l'exposition des angles par lesquels le droit contrôle la conjugalité. En somme, je considérerai ici le polyamour comme l'opposé du monoamour — tout en reconnaissant l'aspect insatisfaisant d'une telle définition — parce que les textes juridiques m'apparaissent départager les relations polyamoureuses des relations monoamoureuses en se basant essentiellement et presque exclusivement sur la présence ou non de deux partenaires, m'obligeant ainsi à reprendre le critère numérique dans mes définitions.

En effet, le **mariage** est défini, dans la *Loi sur le mariage civil*, comme étant l'union de deux personnes à l'exclusion de toute autre²⁹ :

²⁹ *Loi sur le mariage civil*, LC 2005, c 33, art 2. Voir aussi *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, LC 2001, c 4 (« [n]ul ne peut contracter un nouveau mariage avant que tout mariage antérieur ait été dissous par le décès ou le divorce ou frappé de nullité », art 7); Art 373 CcQ (« le célébrant s'assure [...] en particulier qu[e les futurs époux] sont libres de tout lien de mariage ou d'union civile antérieur / the officiant ascertains that the intended spouses are free from any previous bond of marriage or civil union »); Michel Tétrault, *Droit de la famille : Le mariage, l'union civile et les conjointes de fait : Droits, obligations et conséquences de la rupture*, vol 1, 4^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2010 aux pp 85–86 [Tétrault, *Droits, obligations et conséquences de la rupture*]; Jean Pineau et Marie Pratte, *La famille*, Montréal, Thémis, 2007 aux pp 73–75, 108–09; Mireille D-Castelli et Dominique Goubau, *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd, Saint-Nicholas (QC), Les Presses de l'Université Laval, 2005 aux pp 44–47. D'ailleurs, le mariage est déclaré nul lorsqu'une des personnes en question est déjà mariée avec une autre. Voir *Droit de la famille — 092412*, 2009 QCCS 4526; *Droit de la famille — 081391*, 2008 QCCS 2618; *P(G) c M(B)*, 2002 CanLII 602 (CS Qc); *Claus c Sonderegger*, [1979] CA 60 (Qc); *Owad c Poliskewycz*, [1967] CS 234 (Qc); *Varju c Juhasz*, [1964] CS 636 (Qc); *Flam c Flitman*, [1958] CS 442 (Qc); *Somberg c Zaracoff*, [1949] CS 301 (Qc).

2. Le mariage est, sur le plan civil, l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne.

2. Marriage, for civil purposes, is the lawful union of two persons to the exclusion of all others.

[soulignements ajoutés]

L'**union civile** est définie, dans le *Code civil du Québec* (CcQ), comme étant l'engagement de deux personnes³⁰ :

521.1. L'union civile est l'engagement de deux personnes âgées de 18 ans ou plus qui expriment leur consentement libre et éclairé à faire vie commune et à respecter les droits et obligations liés à cet état.

521.1. A civil union is a commitment by two persons 18 years of age or over who express their free and enlightened consent to share a community of life and to uphold the rights and obligations that derive from that status.

Elle ne peut être contractée qu'entre personnes libres de tout lien de mariage ou d'union civile antérieur et que si l'une n'est pas, par rapport à l'autre, un

A civil union may only be contracted between persons who are free from any previous bond of marriage or civil union and who in relation to each other are neither an

³⁰ Art 521.1 CcQ. Voir aussi Tétrault, *Droits, obligations et conséquences de la rupture*, *supra* note 29 aux pp 85–86; D-Castelli et Goubau, *supra* note 29 à la p 85.

ascendant, un descendant, un frère ou une soeur.	ascendant or a descendant, nor a brother or a sister.
---	--

[soulignements ajoutés]

L'**union de fait** est définie, dans la *Loi d'interprétation*, comme la situation de deux personnes qui font vie commune et qui se présentent publiquement comme un couple³¹ :

61.1. Sont des conjoints les personnes liées par un mariage ou une union civile.	61.1. The word “spouse” means a married or civil union spouse.
--	---

³¹ *Loi d'interprétation*, RLRQ c I-16, art 61.1. Voir aussi D-Castelli et Goubau, *supra* note 29 (« en l'absence de dispositions prévoyant une définition du terme < conjoint > dans une loi particulière, c'est la définition de la *Loi d'interprétation* qui prévaut » à la p 171). Bien que certaines lois n'excluent pas explicitement la possibilité qu'une personne soit à la fois en union maritale ou civile tout en étant considérée comme en union de fait, il est généralement compris que l'application de ces lois nécessite de choisir de reconnaître juridiquement une seule de ces unions. Voir Brigitte Lefebvre, « Le traitement juridique des conjoints de fait: deux poids, deux mesures! » [2001] *Cours de perfectionnement du notariat* 223 aux pp 246–47.

En ce sens, il est possible qu'un tribunal décide de reconnaître, au sein d'unions polyamoureuses, une relation entre deux partenaires comme une union de droit ou de fait valide au sens de l'article 61.1. Dans ce cas, les désavantages retracés dans cet article ne s'appliquent pas à cette relation en particulier mais à toutes les autres, ce qui implique que les partenaires de cette relation approuvée par le tribunal sont fortement avantagés par rapport aux autres partenaires, quoique seulement entre eux et non dans leurs autres relations.

Sont assimilés à des conjoints, à moins que le contexte ne s’y oppose, les conjoints de fait. Sont des conjoints de fait deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui font vie commune et se présentent publiquement comme un couple, sans égard, sauf disposition contraire, à la durée de leur vie commune. Si, en l’absence de critère légal de reconnaissance de l’union de fait, une controverse survient relativement à l’existence de la communauté de vie, celle-ci est présumée dès lors que les personnes cohabitent depuis au moins un an ou dès le moment où elles deviennent parents d’un même enfant.

The word “spouse” includes a *de facto* spouse unless the context indicates otherwise. Two persons of opposite sex or the same sex who live together and represent themselves publicly as a couple are *de facto* spouses regardless, except where otherwise provided, of how long they have been living together. If, in the absence of a legal criterion for the recognition of a *de facto* union, a controversy arises as to whether persons are living together, that fact is presumed when they have been cohabiting for at least one year or from the time they together become the parents of a child.

[soulignements ajoutés]

En conséquence, aux fins de cet article, je définis le monoamour selon le critère numérique présentement retenu en droit :

Monoamour : Situation de deux partenaires sexuels et/ou romantique et/ou domestique.

Pour éviter la confusion, le terme **conjoint·e** sera donc réservé aux relations composées uniquement de deux partenaires³², qu'il s'agisse d'un couple marié, en union civile ou en union de fait.

Puisque cet article s'intéresse aux relations qui sont défavorisées par le droit, notre définition du polyamour se doit d'englober toutes les transgressions à la norme du monoamour. Je définis donc le polyamour, aux fins de ce texte uniquement, selon le critère numérique :

Polyamour : Situation de plus de deux partenaires sexuels et/ou romantiques et/ou domestiques.

Cette définition permet d'imaginer une multitude de formes de relations polyamoureuses. À titre d'exemple, si l'on ne regarde que les situations impliquant trois personnes, il est possible d'imaginer au moins quatre situations : (1) une situation de deux partenaires primaires (une « dyade ») à laquelle se joint un·e partenaire secondaire, (2) une situation où trois personnes ont une relation commune (un « trouple » ou une « triade »), (3) une situation où chaque personne entretient une relation de couple avec chacune des autres individuellement sans qu'il n'y ait de relation à trois, ou encore (4) une situation où une personne est en relation avec les deux autres mais que ces

³² Ce qui correspond à l'usage du milieu juridique. Voir par ex *Droit de la famille* — 191677, *supra* note 6, nn 10, 21.

dernières n'ont pas de relation entre elles (un « V »³³). De plus, ces structures relationnelles peuvent être nuancées selon le type de relation en question : est-elle sexuelle, romantique, domestique, ou même une combinaison de deux ou trois de ces aspects? La relation est-elle fermée (« polyfidélité »³⁴) ou ouverte? Les possibilités se multiplient avec l'augmentation du nombre de partenaires.

Bien que ces définitions soient larges en ce qu'elles comprennent toutes les relations sexuelles, romantiques et domestiques, nous verrons que le droit intervient surtout lorsque la relation est domestique. En effet, le mariage, l'union civile et l'union de fait impliquent une vie commune³⁵, bien que cette vie commune puisse exister même si les personnes mariées ou unies civilement ont des domiciles distincts³⁶. Ainsi, c'est surtout la notion de domesticité qui donnera une force juridique à l'union entre deux personnes.

Aux fins de cet article, je déroge toutefois à cette définition large du polyamour pour exclure les bigames (situation d'une personne mariée à deux personnes à la fois) et les polygames (situation d'une personne mariée à plusieurs personnes à la fois), et ce, pour des raisons méthodologiques. Bien que les bigames et les polygames entrent techniquement dans la définition proposée du

³³ *Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada*, 2011 BCSC 1588 au para 460 [*Polygamy reference*]; Lorien S Jordan et al, *supra* note 20 à la p 2.

³⁴ Jordan, *supra* note 20 à la p 2.

³⁵ Voir arts 392, 521.1 CcQ; *Loi d'interprétation*, *supra* note 5, art 61.1.

³⁶ Voir art 82 CcQ.

polyamour en raison de la multiplicité des partenaires, cette distinction est nécessaire parce que la bigamie et la polygamie impliquent un mariage. Ainsi, si ce n'était de la prohibition pour une personne de se marier de nouveau lorsqu'elle l'est déjà³⁷, tous les avantages que je retrace s'appliquant « aux époux » s'appliqueraient aux bigames et aux polygames alors que toutes les autres personnes polyamoureuses demeureraient sans avantages en raison de la restriction numérique de l'union de fait. Ainsi, traiter de la bigamie et de la polygamie complexifierait le portrait et ne permettrait pas de présenter comme un ensemble les désavantages subis par les personnes polyamoureuses. Afin de faciliter l'analyse, je n'aborderai donc pas distinctement la bigamie ni la polygamie, hormis lorsqu'il s'agira de déterminer comment la criminalisation de la polygamie a le potentiel d'affecter les personnes polyamoureuses.

Une définition insatisfaisante. Cette dernière précision sur la bigamie et la polygamie illustre bien en quoi la définition numérique du polyamour est lacunaire : une définition du polyamour tenant compte l'éthique relationnelle généralement promue par le discours polyamoureux ne saurait, d'entrée de jeu, inclure la bigamie ou la polygamie, à tout le moins de la manière dont ces pratiques s'articulent actuellement. En effet, comme nous l'avons vu en abordant la seconde option définitionnelle, le discours polyamoureux impose, à l'inverse du droit, la prise en considération des sentiments dans la construction de l'identité polyamoureuse en

³⁷ Voir *Loi sur le mariage civil*, supra note 29, art 2.3; *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, supra note 29, art 7. Voir aussi *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, arts 290, 293.

insufflant dans la conjugalité des notions de consentement, de transparence et de liberté. Il s'agit de la définition *éthique* dans la mesure où elle incorpore l'éthique relationnelle développée par la communauté polyamoureuse.

En effet, le polyamour et le non-monoamour ne sont pas synonymes. Une littérature grandissante révèle que le polyamour s'articule généralement autour d'un code d'éthique qui lui est propre³⁸; le polyamour n'est ainsi pas simplement l'inverse du monoamour. La notion de polyamour est chargée d'un bagage normatif qui la distingue d'autres formes de non-monoamour, comme la bigamie, la polygamie et l'adultère³⁹. Souvent défini par les personnes qui le pratiquent comme une forme de « non-monogamie responsable », le polyamour s'oppose à des formes de non-monoamour qui seraient quant à elles plutôt axées sur les plaisirs et/ou les relations sexuelles⁴⁰. La professeure Elizabeth F. Emens avait d'ailleurs résumé ce code d'éthique par cinq principes directeurs : « self-knowledge, radical honesty, consent, self-possession, and

³⁸ Voir Boyd, « Le polyamour au Canada », *supra* note 9.

³⁹ Voir Christian Klesse, « Theorizing multi-partner relationships and sexualities – Recent work on non-monogamy and polyamory » (2018) 21:7 *Sexualities* 1109 à la p 1117, DOI: <10.1177/1363460717701691>.

⁴⁰ Voir Christian Klesse, « Polyamory and its 'Others': Contesting the Forms of Non-Monogamy » (2006) 9:5 *Sexualities* 565; D Marisa Black, « Beyond Child Bride Polygamy: Polyamory, Unique Familial Constructions, and the Law » (2006) 8 *JL & Family Studies* 497 aux pp 501–02.

privileging love and sex »⁴¹. De son côté, Deborah Anapol met de l'avant cinq « values as a basis for a new sexual ethic » : « honesty », « commitment », « agreements and decision making », « integrity », « equity »⁴². Bref, comme le résume la professeure Elizabeth Brake, « polyamory focuses on cultivating relationships, not brief encounters »⁴³.

Bien que les diverses propositions tentant de circonscrire l'éthique polyamoureuse suscitent certains débats au sein de la communauté, il est généralement accepté que chaque personne concernée consente de manière libre et éclairée à l'aspect polyamoureux de la relation. En ce sens, la forme contemporaine du polyamour est souvent perçue comme étant construite sur des fondements féministes⁴⁴. Cela étant, il importe de noter que

⁴¹ Elizabeth F Emens, « Monogamy's Law: Compulsory Monogamy and Polyamorous Existence » (2004) 29 NYU Rev of L & Soc Change 277 à la p 321.

⁴² Deborah Anapol, *Polyamory in the Twenty-First Century: Love and Intimacy with Multiple Partners*, *supra* note 7 aux pp 76–81.

⁴³ Brake, *supra* note 10.

⁴⁴ Le polyamour est aussi parfois conçu comme un instrument de la lutte anti-capitaliste. En 1923, la femme politique russe Alexandra Kollontai illustre bien, alors qu'elle pose les trois principes de l'*amour-camaraderie*, comment les luttes anti-capitalistes et féministes se rejoignent dans le rejet du monoamour :

Ces émotions [amoureuses] doivent être fondées sur trois principes de base :

1) égalité réciproque (et pas fatuité masculine ni esclavage dissolvant la personnalité de la femme dans l'amour) ;

certaines féministes radicales critiquent toutefois l'exacerbation de l'objectification du corps des femmes à laquelle peut mener le polyamour.

Ainsi, le polyamour se distingue de la bigamie et de la polygamie en raison de son éthique particulière, et non pas seulement parce qu'il n'implique pas de mariage⁴⁵. Pour les personnes qui le pratiquent, le polyamour est généralement perçu comme s'articulant en réponse à l'institution du mariage en tant que tradition patriarcale, hétéronormative, axée sur la filiation par le sang. La pratique du polyamour est ainsi conçue et construite comme une critique postmoderne du mariage⁴⁶. Celle-ci peut alors prendre plusieurs formes qui s'éloignent du stéréotype de la polygamie (soit la polygynie, la situation d'un homme marié à plusieurs femmes à la fois). On peut

2) reconnaissance des droits de l'autre, excluant la prétention de posséder sans partage le cœur et l'âme du partenaire (sentiment de propriété créé et entretenu par la culture bourgeoise) ;

3) sollicitude de camarades, aptitude à écouter et à comprendre les mouvements de l'âme de l'être cher (la culture bourgeoise exigeait cette sollicitude dans l'amour unique de la part de la femme).

Alexandra Kollontai, « L'idéologie prolétarienne et l'amour » dans Judith Stora-Sandor, dir, *Marxisme et révolution sexuelle*, Paris, François Maspero, 1973, 181 à la p 201.

⁴⁵ Le juge en chef Bauman distingue le polyamour de la polygamie en expliquant que « distinction between the two groups is not one based on stereotypes but, rather, on harm, in particular in this scenario, harm to the institution of monogamous marriage [that polygamy causes] ». *Polygamy reference, supra* note 33 au para 1266.

⁴⁶ Maura I Strassberg, « The Challenge of Post-Modern Polygamy: Considering Polyamory » (2003) 31 *Capital UL Rev* 439.

penser à une femme hétérosexuelle ayant plusieurs partenaires masculins hétérosexuels, ou une femme hétérosexuelle et deux hommes bisexuels formant un troupe, ou simplement un groupe de trois personnes du même genre, etc.

Il serait donc fâcheux de définir le polyamour en fonction du monoamour puisque cette approche présenterait nécessairement le polyamour comme une transgression à la morale monoamoureuse, faisant alors fi des principes moraux développés par les polyamoureux et les polyamoureuses. En présentant le polyamour comme une transgression à l'éthique amoureuse, une telle approche nuirait à la reconnaissance de la pratique polyamoureuse comme une voie légitime pour les justiciables. En conséquence, nous devons nous mettre en garde contre la définition numérique du polyamour qui ne tient pas compte de l'aspect éthique de cette pratique. Si le droit des familles venait à reconnaître le polyamour comme une voie légitime, il pourrait miser sur cette éthique pour départager les formes de relation qui devraient obtenir la protection du droit de celles qui ne devraient pas en bénéficier.

D'ailleurs, dans un des rares jugements canadiens s'intéressant à la question du polyamour, le juge en chef Robert J. Bauman avait ouvert la possibilité d'une définition juridique qui prenait en compte l'éthique polyamoureuse⁴⁷ :

[138] Polyamory is subject to varied definitions but refers generally to consensual

⁴⁷ *Polygamy reference*, supra note 33 aux paras 138, 431–34.

relationships in which participants have more than one partner. The Polyamory Advocacy Association described it in these terms in its Opening Statement:

“Polyamory” is the practice of having emotionally intimate, sexual relationships within groups of three or more people, where at least one person in the group has more than one emotionally intimate, sexual relationship at a time and where all members of the group formally or informally adopt these principles:

- a. men and women have equal rights in establishing the configurations of the groups; no gender has privileges with respect to intimate relationships that the other gender lacks;
- b. no sexual orientation is regarded as superior to any other.

[...]

[431] Polyamory is not casual group sex. Rather, its fundamental value lies in the relationships at its core.

[432] Important tenets of the polyamory movement are that it is sex positive and all relationships are consensual.

[433] Sex positive means that the movement puts a high value on sexual relations, some even viewing sex as sacred. This positive

view of sex extends to both male and female sexuality.

[434] Another foundational element to the practice is that each party must know of and consent to both the possibility and reality of other relationships within the group. This need for openness and consent at all times necessitates considerable self-awareness, communication, conflict resolution and emotional processing on the part of all members.

[soulignements ajoutés]

Notons en outre que, selon les interprétations de la notion de polyamour, il n'est pas nécessaire qu'une personne ait plusieurs partenaires afin d'être considérée comme polyamoureuse. Au même titre qu'il n'est pas nécessaire pour se dire hétérosexuel·le d'avoir eu une relation sexuelle ou romantique avec une personne du genre opposé, il ne serait pas nécessaire d'avoir fait l'expérience du polyamour pour être polyamoureux ou polyamoureuse. En effet⁴⁸, le polyamour est conçu par certain·es comme étant plus qu'une structure relationnelle⁴⁹ : il peut être à la fois une identité

⁴⁸ Tel que le rapportent Lorian S Jordan et al, *supra* note 20 à la p 2.

⁴⁹ Sur la question de la structure relationnelle, voir Easton et Hardy, *supra* note 7.

personnelle⁵⁰, une orientation relationnelle⁵¹ ou même une orientation sexuelle⁵². Bref, il a débat à savoir si le polyamour est une pratique ou une condition⁵³.

En somme, il est clair que la définition numérique qui résume le polyamour à la multiplicité des partenaires offre une vision réductrice de cette pratique. On peut d'ailleurs imaginer que la prise en compte des relations polyamoureuses en droit des familles pourrait être l'occasion de reconnaître l'éthique particulière à cette pratique, au même titre que certains pans de l'éthique monoamoureuse sont repris en droit, notamment la

-
- ⁵⁰ Christian Klesse, « Polyamory: Intimate practice, identity or sexual orientation? » (2014) 17:1/2 *Sexualities* 81; Ani Ritchie et Meg Barker, « 'There Aren't Words for What We Do or How We Feel So We Have To Make Them Up': Constructing Polyamorous Languages in a Culture of Compulsory Monogamy » (2006) 9:5 *Sexualities* 584 à la p 590.
- ⁵¹ Meg Barker, « This is my partner, and this is my ... partner's partner: Constructing a polyamorous identity in a monogamous world » (2005) 18:1 *J Constructivist Psychology* 75.
- ⁵² Ann E Tweedy, « Polyamory as a Sexual Orientation » (2011) 79:4 *U Cin Law Rev* 1461.
- ⁵³ À des fins d'études statistiques, des organisme comme l'Institut canadien de recherche sur le droit de et la famille ne prennent pas position sur cette question et définissent le polyamour comme une « [p]ratique ou condition se caractérisant par la participation à plusieurs relations intimes simultanément, sans motivation religieuse ni obligation découlant du mariage » [soulignements ajoutés]. Boyd, « Le polyamour au Canada », *supra* note 9.

facilitation du divorce en cas d'adultère⁵⁴ et la criminalisation de l'adultère là où demeure un·e enfant⁵⁵.

LA PROMOTION DE LA BIPARENTÉ

L'exercice de la parentalité polyamoureuse peut soulever de nombreux obstacles. Bon nombre d'entre eux dépendent de la manière dont les juges interpréteront la notion d'intérêt de l'enfant lorsqu'un dossier présentera un parent en relation polyamoureuse. Ainsi, des parents polyamoureux pourraient être pénalisés, par exemple, lorsqu'ils tentent de procéder à une adoption ou lorsque l'attribution de la garde d'un·e enfant est en jeu⁵⁶. Il existe encore trop peu de jugements sur la question de l'intérêt de l'enfant dans un contexte polyamoureux pour effectuer une analyse du comportement des tribunaux qui dépasserait l'anecdote⁵⁷. Cependant, un obstacle encore plus important

⁵⁴ *Loi sur le divorce*, LRC 1985, c 3 (2^e suppl), art 8(2)(b)(i).

⁵⁵ Voir *Code criminel*, *supra* note 37, art 172(1) (« [e]st coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque, là où demeure un enfant, participe à un adultère ou à une immoralité sexuelle, ou se livre à une ivrognerie habituelle ou à toute autre forme de vice, et par là met en danger les mœurs de l'enfant ou rend la demeure impropre à la présence de l'enfant »).

⁵⁶ Une crainte notamment exprimée dans Gillian Calder, « Peguins and Polyamory: Using Law and Film to Explore the Essence of Marriage in Canadian Family Law » (2009) 21:1 RFD 55 à la p 84.

⁵⁷ Jusqu'à maintenant, les tribunaux semblent considérer que l'existence d'une relation polyamoureuse en soi ne porte pas atteinte à l'intérêt de l'enfant et que cet intérêt doit être évalué au cas par cas. Dans *BDG v CMB*, 2016 BCPC 97, le juge Lamperson détermine qu'une preuve est nécessaire pour permettre de conclure que les enfants sont affectés négativement par la relation polyamoureuse des parents (aux paras 124–26) :

à la parentalité polyamoureuse opère en amont de ces questions : le droit québécois ne reconnaît pas la pluriparenté.

En effet, en droit québécois, un·e enfant ne peut avoir que deux parents⁵⁸. La Cour d'appel enseigne même que « la pluriparentalité ne cadre pas avec l'économie générale du *Code civil du Québec* »⁵⁹. Cette limite à la biparenté a d'ailleurs été vivement critiquée par des juges

[124] It is clear that Ms. Ward believes that being raised in a polyamorous family may have negative consequences for A.Q.G. and S.G.; however, there is no evidence to support that concern.

[125] There is no evidence that A.Q.G. and S.G. have been negatively affected by spending half their time for the past two and one half years in a polyamorous household.

[126] Furthermore, there is no evidence that being raised in a polyamorous family has had a negative effect on either G.G. or P.G.. The evidence is that both boys are well-adjusted and happy and have good friends who sometimes stay over. B.D.G. and the boys' respective mothers are open with the parents of the boys' friends about their polyamorous lifestyle. This has not been an issue.

Voir aussi, dans ce même litige, *CMB v BDG*, 2014 BCSC 780 (« [t]he issue of whether or not the parties' polyamorous relationship and the children's ongoing exposure to Mr. G.'s polyamorous lifestyle may impact their best interests is one to be decided on the evidence » au para 122).

⁵⁸ Voir *Droit de la famille — 181478*, *supra* note 6 au para 5; *Droit de la famille — 161633*, *supra* note 6 au para 19; *Droit de la famille — 07528*, *supra* note 6 au para 55. Voir aussi *Droit de la famille — 191677*, *supra* note 6 au para 68.

⁵⁹ *Droit de la famille — 07528*, *supra* note 6 au para 55.

d'avis que l'intérêt de l'enfant milite pour la reconnaissance d'un troisième parent, et ce, dans des dossiers n'impliquant pas nécessairement de relation polyamoureuse. Dans un récent jugement en la matière, la Cour supérieure souligne que « l'impossibilité qu'un enfant ait plus de deux parents pose problème eu égard à la réalité sociale de 2018. En l'espèce, avec égard pour l'opinion contraire, le meilleur intérêt de l'enfant mineure X requerrait que la loi permette la reconnaissance de sa réalité, soit que sur les plans émotionnel et socio-économique, elle a effectivement toujours eu trois parents »⁶⁰. Le juge Gary D. D. Morrison déplore alors que, « au lieu d'être en mesure de formaliser la situation par une filiation à trois parents pour le bien de l'enfant, [ceux-ci] se retrouvent dans un combat juridique, tentant d'en éliminer un parmi eux. De quelle façon peut-on conclure que cette situation est dans le meilleur intérêt de l'enfant? »⁶¹ Le juge Morrison estime que « ce cas illustre l'utilité de moderniser la situation québécoise quant à la triparentalité », invitant ainsi « le gouvernement québécois à réfléchir de nouveau à la reconnaissance de la triparentalité ou de la pluriparentalité, et ce, pour le meilleur intérêt des enfants mineurs comme X »⁶². Au moment d'écrire ces lignes, la question demeure en suspens alors que le gouvernement du Québec clôt une vaste consultation publique sur la réforme du droit des

⁶⁰ *Droit de la famille — 18968*, 2018 QCCS 1900 au para 37, inf en partie par *Droit de la famille — 191677*, supra note 6 (au moment de réviser cet article, le délai d'appel à la Cour suprême n'était pas écoulé).

⁶¹ *Ibid* au para 40.

⁶² *Ibid* au para 42.

familles et, selon toute attente, déposera dans la prochaine année un projet de loi qui pourrait traiter de la question⁶³.

En appel de ce jugement, la Cour d'appel du Québec, sous la plume du juge Nicholas Kasirer, s'est gardée de se prononcer sur l'opportunité d'une telle réforme législative. Le juge Kasirer explique que « [b]ien que le juge de première instance ait cru utile d'exposer son point de vue sur la triple filiation en détail — quant à son inexistence en droit québécois et à l'opportunité pressante de la reconnaître à titre de *lex ferenda* — je m'abstiendrai de le faire ici »⁶⁴. Il convient de souligner que, dans ce passage, la Cour qualifie l'inexistence de la triparenté non pas comme l'état du droit mais comme un « point de vue » qu'elle se garde de confirmer. Elle nuance alors trois jugements antérieurs dans lesquels elle confirmait la limite de la biparenté. Il ne s'agit pas d'expositions de l'état du droit, mais plutôt de moments où « la Cour, dans des circonstances fort différentes des nôtres, a pu observer que le droit positif ne [...] consacre pas formellement » la triple

⁶³ Voir « Lancement de la consultation publique sur la réforme du droit de la famille » (15 mars 2019), en ligne : *Ministère de la Justice du Québec* <www.justice.gouv.qc.ca/communiques/lancement-de-la-consultation-publique-sur-la-reforme-du-droit-de-la-famille>; « Réforme du droit de la famille : fin de la période de consultation » (2 juillet 2019), en ligne : *Ministère de la Justice du Québec* <perma.cc/4YFV-QMBM>. Notons toutefois que dans son document de synthèse étalant les propositions soumises à la consultation, le Ministère note que « [l]es questions liées à la filiation, notamment les mères porteuses, qui font également partie du droit de la famille, seront abordées ultérieurement ». Ministère de la Justice du Québec, *Consultation publique sur la réforme du droit de la famille* (document-synthèse) à la p 3, en ligne : *Ministère de la Justice du Québec* <perma.cc/5NLL-YWK7>.

⁶⁴ *Droit de la famille — 191677*, *supra* note 6 au para 68.

filiation⁶⁵. En s'abstenant ainsi de se prononcer sur l'état du droit et en apportant des nuances sur le caractère contraignant de sa jurisprudence, la Cour d'appel suggère qu'elle pourrait, dans l'avenir, accepter de reconnaître la triparenté, voire même la pluriparenté plus généralement. Cependant, puisque la possibilité d'une telle avenue demeure hypothétique⁶⁶, l'analyse qui suit doit se limiter à l'état actuel du droit québécois qui restreint le nombre de parents à deux par enfant.

À titre comparatif, la pluriparenté gagne en importance dans les juridictions canadiennes de common law, tantôt avalisée par les tribunaux, tantôt par les assemblées législatives⁶⁷. D'ailleurs, pour la première fois au Canada, le 14 juin 2018, la Cour suprême de Terre-

⁶⁵ *Ibid* au para 68.

⁶⁶ En l'espèce, la Cour d'appel ne pouvait pas reconnaître trois liens de filiation tout simplement parce que les parties n'en avaient pas fait la demande, limitant leur recours à déterminer qui occuperait la position de second parent. Voir *ibid* au para 13.

⁶⁷ En Colombie-Britannique, la *Family Law Act*, SBC 2011, c 25, arts 30–36, permet à un·e enfant d'avoir jusqu'à quatre parents dans certaines circonstances. En Ontario, la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, LRO 1990, c C12, arts 4, 6–13, le prévoit également. Voir aussi *AA v BB*, 2007 ONCA 2; *C(MA) v K(M)*, 2009 ONCJ 18 aux paras 1, 29–31, 74; *Olney v Rainville*, 2009 BCCA 380 au para 20 (*obiter dictum*); *DWH v DJR*, 2013 ABCA 240 aux paras 1, 6–7, 23–28, 56–63. Dans *DWH v DJR*, le tribunal semble ouvrir la voie à la possibilité que l'enfant ait trois parents. Le recours, tel que formulé, ne permettait au tribunal de reconnaître qu'un deuxième parent légal. Cependant, *Family Law Act*, SA 2003, c F-4.5, art 9(7)(b) semble empêcher une déclaration de filiation qui résulterait en l'attribution de plus de deux parents à un enfant. Il est incertain jusqu'à quel point cette disposition encadre la compétence *parens patriae* des tribunaux de l'Alberta. Voir aussi *CC (Re)*, *supra* note 11.

Neuve-et-Labrador s'est prononcée sur la parenté d'un enfant issu d'un trouble polyamoureux. Le juge Robert Fowler a déclaré que les trois membres du trouble sont les parents de l'enfant issu de leur union⁶⁸.

⁶⁸ Voir *CC (Re)*, *supra* note 11. Le juge Robert Fowler explique que « J.M. and J.E. are the two male partners in a polyamorous relationship with C.C., the mother of A., a child born of the three-way relationship in 2017. The relationship has been a stable one and has been ongoing since June 2015. [...] while the identity of the mother is clear, the biological father of the child is unknown ». *Ibid* au para 8. Le juge conclut que l'intérêt de l'enfant milite pour la reconnaissance de tous les membres de la relation polyamoureuse comme des parents. Voir *ibid* aux paras 34–35 :

[34] In the present case, the child, A., has been born into what is believed to be a stable and loving family relationship which, although outside the traditional family model, provides a safe and nurturing environment. The fact that the biological certainty of parentage is unknown seems to be the adhesive force which blends the paternal identity of both men as the fathers of A. I can find nothing to disparage that relationship from the best interests of the child's point of view.

[35] [...] I have no reason to believe that this relationship detracts from the best interests of the child. On the contrary, to deny the recognition of fatherhood (parentage) by the Applicants would deprive the child of having a legal paternal heritage with all the rights and privileges associated with that designation. Society is continuously changing and family structures are changing along with it. This must be recognized as a reality and not as a detriment to the best interests of the child.

Voir aussi Michael MacDonald, « 3 adults in polyamorous relationship declared legal parents by NL court », *CBC* (14 juin 2018), en ligne : <perma.cc/2XDE-DQ28>.

En raison de la limite de deux parents en droit québécois, trois personnes polyamoureuses (ou plus) qui ont un·e enfant ne peuvent espérer avoir chacune une relation juridiquement égale avec cet·te enfant puisque seules deux d'entre elles pourront à première vue exercer l'autorité parentale. Un (ou plusieurs) des parents est alors exclu des décisions relatives à la garde, à la surveillance et à l'éducation de l'enfant⁶⁹. Si l'on peut s'imaginer que l'avis de ce troisième parent sera pris en compte dans la pratique par les deux parents civils⁷⁰, il importe tout de même de souligner que, en cas de difficultés relatives à l'exercice de l'autorité parentale, l'article 604 CcQ permet seulement aux titulaires de l'autorité parentale de saisir le tribunal⁷¹.

Cela étant, il convient de souligner que les tribunaux peuvent à tout moment, en vertu de l'article 612 CcQ, réviser une « ordonnance judiciaire, une convention entre les parents ou une décision de toute nature »⁷². En ce sens, le tribunal peut réviser une décision des deux parents civils, même consensuelle, si cette décision « ne se justifie pas par l'intérêt de l'enfant et [...] risque de compromettre

⁶⁹ Voir art 599 CcQ.

⁷⁰ Pour faciliter la lecture, je désignerai ces deux parents enregistrés auprès de l'état civil par le terme « parent civil », selon le même raisonnement que celui mis de l'avant dans Michaël Lessard, « Le calcul des aliments du parent de fait : de l'approche synchronique à l'approche étapiste » (2019) 60:1 C de D 251 à la p 258.

⁷¹ Art 604 CcQ.

⁷² Alain Roy, « Commentaires sous l'article 612 » dans Benoît Moore, dir, *Code civil du Québec: Annotations – Commentaires*, 3^e éd, Montréal, Yvon Blais, 2018 à la p 711.

son intégrité physique ou psychologique »⁷³. Voilà une avenue que les tribunaux pourraient emprunter pour tempérer un exercice de l'autorité parentale de la part des deux parents civils qui exclurait le troisième parent non civil, surtout dans la mesure où certains jugements expriment déjà l'idée que l'intérêt de l'enfant milite pour la reconnaissance de plus de deux parents⁷⁴. De telles révisions judiciaires seraient cependant sûrement *ad hoc* et ne sauraient constituer une solution viable, complète et satisfaisante à long terme.

Sur le plan des options compréhensives, l'article 601 CcQ offre une piste de solution pour contourner certaines difficultés juridiques en permettant aux titulaires de l'autorité parentale de déléguer partiellement la garde, la surveillance ou l'éducation de l'enfant à une tierce personne⁷⁵. Ainsi, cette disposition pourrait être utilisée par les personnes polyamoureuses pour permettre aux parents qui ne sont pas reconnus comme tels auprès de l'état civil de s'impliquer dans la vie de l'enfant et d'agir dans son intérêt à l'extérieur de la vie domestique, notamment à l'école. Notons cependant que, malgré cette technicité juridique, il y a lieu de se demander

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Je remercie la réviseuse ou le réviseur externe anonyme de la Revue canadienne de droit familial qui a soulevé cette idée.

⁷⁵ Art 601 CcQ. Aucune ordonnance judiciaire n'est nécessaire pour réaliser cette délégation. Voir *Droit de la famille* — 3444, 2000 CanLII 11357 au para 29, [2000] RJQ 2533 (CA Qc); *Droit de la famille* — 072232, 2007 QCCA 1180 au para 19; *Droit de la famille* — 072231, 2007 QCCA 1179; *Droit de la famille* — 09398, 2009 QCCA 374 au para 19.

si cette délégation sera reconnue socialement par le personnel scolaire, pour conserver cet exemple⁷⁶.

Le potentiel de l'article 601 CcQ se doit toutefois d'être nuancé et ce, pour quatre raisons. Premièrement, ce type de délégation est limité tant dans son contenu que dans sa durée⁷⁷. Au niveau du contenu, tel que l'explique le professeur Alain Roy, « [l]e caractère impératif et d'ordre public des attributs de l'autorité parentale [...] explique ce pourquoi ils ne peuvent faire l'objet d'une délégation générale. Sous réserve des dispositions relatives à la tutelle supplétive [...], seule une délégation d'un ou de plusieurs attributs, plutôt que tous les attributs, est donc envisageable »⁷⁸. Pour les mêmes raisons, « la délégation doit [...] être circonscrite dans le temps »⁷⁹. Les limites de cet outil juridique impliquent donc déjà qu'une délégation d'attributs de l'autorité parentale ne saurait assurer juridiquement le même rôle que celui des deux parents civils au parent non civil.

Deuxièmement, la délégation des attributs de l'autorité parentale peut être révoquée à tout moment sous réserve de l'intérêt de l'enfant⁸⁰, ce qui pourrait se produire

⁷⁶ Pour un résumé des stigmas associés au polyamour et des travaux sur la question, voir Lorien S Jordan, *supra* note 20 à la p 4.

⁷⁷ Je remercie la réviseuse ou le réviseur externe anonyme de la Revue canadienne de droit familial qui a soulevé cette idée.

⁷⁸ Alain Roy, « Commentaires sous l'article 601 » dans Moore, *supra* note 72 à la p 681.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Voir *C(G) c V-F(T)*, [1987] 2 RCS 244 aux pp 271–73; *Droit de la famille — 09398*, *supra* note 75 au para 25.

en cas de conflit entre les parents. Les parents civils bénéficient d'une présomption selon laquelle ils sont « mieux en mesure qu'un tiers d'assurer le bien-être de [l']enfant »⁸¹, ce qui implique que la révocation est présumée être conforme à l'intérêt de l'enfant. Le troisième parent peut alors tenter de renverser cette présomption « en démontrant qu'il a la capacité d'assumer les fonctions déléguées et que la révocation soulève un risque sur le développement ou l'épanouissement de l'enfant »⁸², un standard tout de même exigeant dans le contexte qui nous occupe. L'article 605 CcQ prévoit d'ailleurs que, même lorsque la garde de l'enfant a été confiée à une tierce personne, les parents civils conservent le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant⁸³. Dans ce contexte, la Cour d'appel enseigne que le « démembrement de l'exercice de l'autorité parentale ne lui fait cependant pas perdre [au parent civil non gardien] sa qualité de titulaire de l'autorité parentale »⁸⁴. Ainsi, il existera toujours une inégalité entre les parents civils et les autres personnes qui agissent à titre de parent.

Troisièmement, le potentiel de l'article 601 CcQ demeure hypothétique à ce point-ci. Même si des parents polyamoureux souhaitaient mettre en place des délégations permettant l'implication de plus de deux parents, il n'est pas certain que les tribunaux accepteront ces mesures. En effet, l'article 612 CcQ prévoit que toute décision concernant les enfants peut être « révisée à tout moment

⁸¹ *Droit de la famille* — 09398, *supra* note 75 au para 25.

⁸² Alain Roy, « Commentaires sous l'article 601 », *supra* note 78.

⁸³ Art 605 CcQ.

⁸⁴ *Droit de la famille* — 072895, 2007 QCCA 1640 au para 76.

par le tribunal / reviewed at any time by the court, if warranted by circumstances »⁸⁵. Il est possible de penser qu'un tribunal ne permettra pas à des parents polyamoureux, selon la maxime populaire, de faire indirectement ce qui n'est pas permis directement, en mettant en place un système de délégation défiant les limites de la biparenté. Je soulève cet argument en pensant notamment à la juge Doris Thibault qui, dans un contexte d'une convention de gestation pour autrui, a adopté ce type de raisonnement pour refuser l'adoption de l'enfant par le parent non biologique⁸⁶. En bref, elle a rejeté la requête en adoption du parent non biologique alors que la mère porteuse n'était pas inscrite sur l'acte de naissance en dénonçant qu'« on a délibérément écarté la mère du processus afin d'éviter toutes embuches sur le sentier menant à l'adoption »⁸⁷ et en concluant que le « certificat de naissance de l'enfant tel que rédigé et qui permet de présenter une demande d'adoption est le résultat d'une démarche illégale et contraire à l'ordre public »⁸⁸. Bien que la Cour d'appel ait infirmé ce jugement⁸⁹, il est possible d'imaginer qu'un-e juge puisse adopter la même attitude face à un couple polyamoureux qui souhaite déléguer des attributs de l'autorité parentale et conclure qu'une telle tentative pervertisse la nature de ce type de délégation et porte atteinte à l'économie du *Code civil* qui fait la promotion de la biparenté. Tout système de délégation

⁸⁵ Art 612 CcQ.

⁸⁶ *Adoption* — 1549, 2015 QCCQ 7955 aux paras 22–30.

⁸⁷ *Ibid* au para 28.

⁸⁸ *Ibid* au para 30.

⁸⁹ *Adoption* — 161, 2016 QCCA 16.

visant à inclure plus de deux parents demeure alors juridiquement fragile.

Quatrièmement, la délégation d'attributs de l'autorité parentale ne permet pas de répondre convenablement aux défis de la séparation des parents polyamoureux (ou d'une partie de ceux-ci). Imaginons deux situations : l'une dans laquelle un troisième parent souhaite se départir de sa responsabilité envers l'enfant, et l'autre dans laquelle il souhaite continuer à agir en tant que parent auprès de lui. Dans la première, il n'est pas certain qu'il existe des outils juridiques pouvant forcer le troisième parent à continuer à prendre soin de l'enfant. Si toutefois l'un des deux parents civils est marié avec le troisième parent, un pourrait potentiellement ordonner à ce dernier de verser des aliments si se déclenche le régime de la parentalité *in loco parentis* prévue par la *Loi sur le divorce*⁹⁰. Autrement, il n'est pas certain qu'un tel régime de parentalité *in loco parentis* puisse s'appliquer puisque, bien que la Cour d'appel ait démontré une certaine ouverture pour étendre la parentalité *in loco parentis*, aucun jugement québécois ne confirme qu'un tel mécanisme puisse s'enclencher à l'extérieur du divorce⁹¹.

⁹⁰ *Loi sur le divorce*, *supra* note 54, arts 2(2), 15.1(1). Pour une analyse de la méthode de calcul des aliments en présence d'un parent de fait, voir Lessard, *supra* note 70.

⁹¹ En effet, malgré l'ouverture de la Cour d'appel sur la question (voir *Droit de la famille — 072895*, *supra* note 84; *Droit de la famille — 09398*, *supra* note 75; *Droit de la famille — 102247*, 2010 QCCA 1561), il n'est pas certain que le régime de parentalité *in loco parentis* s'applique hors de la *Loi sur le divorce*. Voir Michel Tétrault, *Droit de la famille : L'obligation alimentaire*, vol 2, 4^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2011 aux pp 917–21.

L'enfant perdrait donc, en raison de la séparation, les ressources financières potentielles du troisième parent.

Dans la seconde situation, où le troisième parent souhaite toujours s'impliquer dans la vie de l'enfant, ce parent pourrait d'abord tenter d'arriver à une entente avec les deux parents civils. En effet, aucune disposition n'empêche le troisième parent de faire don d'une somme d'argent tenant lieu d'aliments et les parents civils de déléguer ponctuellement au troisième parent la garde de l'enfant. En cas de résistance des parents civils, le troisième parent pourrait s'adresser aux tribunaux en sa qualité de tiers significatif afin d'obtenir un droit d'accès ou un droit de garde. Relativement au droit d'accès, il est bien établi que « la jurisprudence québécoise reconnaît aux tiers [...] la possibilité d'obtenir un droit d'accès dès lors que ce droit va dans le sens de l'intérêt des enfants »⁹². En ce qui concerne le droit de garde, le troisième parent devra cependant démontrer que le développement ou l'épanouissement de l'enfant risque d'être compromis s'il ou elle demeure sous la seule garde des parents civils⁹³. Il s'agit d'un critère élevé faisant référence à « des circonstances des plus exceptionnelles »⁹⁴. Traditionnellement, les tribunaux sont réfractaires à accorder la garde à un tiers significatif lorsque les deux

⁹² Dominique Goubau, « Le statut du tiers “significatif” dans les familles recomposées », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial (2011)*, Cowansville, Yvon Blais, 2011 à la p 9.

⁹³ Voir *C(G) c V-F(T)*, supra note 80; *Droit de la famille — 072895*, supra note 84 au para 79.

⁹⁴ *Droit de la famille — 072895*, supra note 84 au para 78. Voir aussi *C(G) c V-F(T)*, supra note 80.

parents civils sont capables de s'occuper adéquatement de l'enfant⁹⁵. La survie de la relation entre le troisième parent et l'enfant est donc difficile en l'absence de coopération de la part des parents civils.

En somme, le droit québécois permet aux personnes polyamoureuses d'aménager l'exercice de leur parentalité de façon à agir comme si l'enfant avait plus de deux parents. Cependant, lorsque survient une difficulté, le droit québécois offre peu de secours aux personnes agissant comme parents mais qui ne sont pas considérées comme tels par l'état civil. La limite juridique de deux parents permet rapidement aux parents civils d'exclure toute autre personne avec peu de considération pour l'intensité de son lien avec l'enfant. Bien que les parents polyamoureux puissent espérer obtenir la garde de l'enfant à titre de tiers significatifs, les tribunaux demeurent présentement réfractaires à l'accorder alors que deux parents civils s'occupent adéquatement de l'enfant. Il leur est néanmoins possible d'obtenir un droit d'accès, mais cela les relègue à des parents de second rang. La limite juridique de deux parents par enfant crée donc un contexte qui vulnérabilise les parents non civils et les enfants qui peuvent perdre à tout moment les ressources affectives et financières apportées par les parents non civils.

⁹⁵ Voir Goubau, *supra* note 92 aux pp 14–15. Expliquant que « [j]usqu'à présent, ce genre de demande de garde, ou même de simple accès, ont généralement été refusées par les tribunaux, qui semblent somme toute réfractaires à l'idée d'introduire une troisième figure dans la famille », le professeur Goubau réfère aux décisions dans *LP c CB*, 2006 QCCA 258; *AL c SB*, 2006 QCCS 5305; *Droit de la famille — 1348*, [1990] RDF 556, 1990WL1044285 (CS Qc), cité dans *Droit de la famille — 092011*, 2009 QCCS 3782. *Contra* : *Droit de la famille — 133185*, 2013 QCCA 1978.

LA FACILITATION DU SOIN CONJUGAL

En droit québécois, les conjoint·es bénéficient de certains avantages afin de prendre soin de leur conjoint·e. Ces avantages s'appliquent généralement sans égard à ce que ces personnes soient mariées, unies civilement ou en union de fait⁹⁶. Puisque la notion de conjoint implique une limite numérique de deux personnes, comme nous l'avons vu dans la première partie de ce texte, les personnes vivant en relation monoamoureuse sont alors avantagées par rapport aux relations polyamoureuses, et même plus généralement par rapport aux autres proches. Par exemple, une conjointe aura préséance sur les membres de la famille et les proches pour s'exprimer sur les soins médicaux en cas d'inaptitude de sa conjointe⁹⁷, ou encore un conjoint pourra s'absenter du travail en raison de l'état de santé de son conjoint⁹⁸.

Il faut toutefois se garder de croire que les personnes polyamoureuses ne peuvent pas bénéficier de certains de ces avantages. En effet, puisque le droit québécois reconnaît à la « personne qui démontre un intérêt particulier » un certain rôle, il est possible de croire que,

⁹⁶ J'indique que c'est « généralement » et non « toujours » le cas parce que la *Loi d'interprétation*, supra note 5, art 61.1, permet des exceptions à cette affirmation puisqu'elle indique que les conjoint·es de fait sont assimilés·es aux personnes mariées ou unies civilement sauf si « le contexte ne s'y oppose ». Cela étant, aucun des exemples que j'aborde ne soulève un contexte qui s'oppose à cette assimilation. Je ne suis en outre pas convaincu que, dans le cadre de la facilitation du soin conjugal, un tel contexte excluant les conjoint·es de fait puisse exister, mais il convient de laisser le soin aux tribunaux d'interpréter l'article 61.1 graduellement.

⁹⁷ Art 15 CcQ.

⁹⁸ *Loi sur les normes du travail*, RLRQ c N-1.1, arts 79.7–79.8.

pour certains régimes particuliers, les tribunaux pourraient accorder aux personnes polyamoureuses la reconnaissance qu'elles auraient eue si elles avaient été monoamoureuses. Elles devront cependant effectuer des démarches supplémentaires pour que ce statut leur soit accordé, ce qui exige par conséquent de consacrer à ces démarches du temps et des ressources financières.

Pour illustrer la différence de traitement des personnes monoamoureuses au sein des mécanismes de facilitation du soin conjugal, je traiterai de trois exemples : (1) la libération de l'horaire pour le soin conjugal, (2) le consentement aux soins en cas d'inaptitude, et (3) les régimes de protection des personnes majeures.

La libération de l'horaire pour le soin conjugal.

Au quotidien, les personnes en relation monoamoureuses bénéficient de dispositions leur permettant de libérer leur horaire pour prendre soin de leur conjoint·e. En effet, la *Loi sur les normes du travail* prévoit que tout·e salarié·e peut s'absenter pendant 10 jours par année pour remplir des obligations reliées à la garde, à la santé ou à l'éducation de de l'enfant de leur conjoint·e; en raison notamment de l'état de santé de leur conjoint·e; des enfants, parents, frères et sœurs ou même grand-parents de leur conjoint·e; des conjoint·es de ces personnes; voire même des conjoint·es des enfants de ces personnes; et plus encore⁹⁹. Tout salarié·e peut également s'absenter sur une plus longue période lorsque sa présence est requise en raison

⁹⁹ *Ibid*, arts 79.6.1–79.7.

d'une maladie grave ou d'un accident grave affectant une de ces personnes¹⁰⁰ :

79.6.1. Pour l'application des articles 79.7 à 79.8.1, en outre du conjoint du salarié, on entend par «parent» l'enfant, le père, la mère, le frère, la soeur et les grands-parents du salarié ou de son conjoint, ainsi que les conjoints de ces personnes, leurs enfants et les conjoints de leurs enfants.

79.6.1. For the purposes of sections 79.7 to 79.8.1, “relative” means, in addition to the employee’s spouse, the child, father, mother, brother, sister and grandparents of the employee or the employee’s spouse as well as those persons’ spouses, their children and their children’s spouses.

Est de plus considéré comme parent d'un salarié pour l'application de ces articles:

The following are also considered to be an employee's relative for the purposes of those sections:

1° une personne ayant agi ou agissant comme famille d'accueil pour le salarié ou son conjoint;

(1) a person having acted, or acting, as a foster family for the employee or the employee's spouse;

2° un enfant pour lequel le salarié ou son conjoint a agi ou agit comme famille d'accueil;

(2) a child for whom the employee or the employee's spouse has acted, or is acting, as a foster family;

¹⁰⁰ *Ibid*, arts 79.6.1–79.8.

3° le tuteur, le curateur ou la personne sous tutelle ou sous curatelle du salarié ou de son conjoint; (3) a tutor or curator of the employee or the employee's spouse or a person under the tutorship or curatorship of the employee or the employee's spouse;

4° la personne inapte ayant désigné le salarié ou son conjoint comme mandataire; (4) an incapable person having designated the employee or the employee's spouse as mandatary; and

[...] [...]

79.7. Un salarié peut s'absenter du travail pendant 10 journées par année pour remplir des obligations reliées à la garde, à la santé ou à l'éducation de son enfant ou de l'enfant de son conjoint, ou en raison de l'état de santé d'un parent ou d'une personne pour laquelle le salarié agit comme proche aidant, tel qu'attesté par un professionnel œuvrant dans le milieu de la santé et des services sociaux **79.7.** An employee may be absent from work for 10 days per year to fulfil obligations relating to the care, health or education of the employee's child or the child of the employee's spouse, or because of the state of health of a relative or a person for whom the employee acts as a caregiver, as attested by a professional working in the health and social services sector and governed by the Professional Code (chapter C-26).

régi par le Code des professions (chapitre C-26).

[...]

79.8. Un salarié peut s'absenter du travail pendant une période d'au plus 16 semaines sur une période de 12 mois lorsque sa présence est requise auprès d'un parent ou d'une personne pour laquelle le salarié agit comme proche aidant, tel qu'attesté par un professionnel œuvrant dans le milieu de la santé et des services sociaux régi par le Code des professions (chapitre C-26), en raison d'une grave maladie ou d'un grave accident. Dans le cas où ce parent ou cette personne est un enfant mineur, cette période d'absence est d'au plus 36 semaines sur une période de 12 mois.

[...]

[...]

79.8. An employee may be absent from work for a period of not more than 16 weeks over a period of 12 months where he must stay with a relative or a person for whom the employee acts as a caregiver, as attested by a professional working in the health and social services sector and governed by the Professional Code (chapter C-26), because of a serious illness or a serious accident. Where the relative or person is a minor child, the period of absence is not more than 36 weeks over a period of 12 months.

[...]

[soulignements ajoutés]

Or, les personnes polyamoureuses ne peuvent pas bénéficier de ces avantages puisque, comme nous l'avons vu, la notion de « conjoint » ne couvre que les relations monoamoureuses. En conséquence, les personnes en relation polyamoureuse ne peuvent s'absenter du travail pour prendre soin de leur partenaire ou des parent-es de ce-tte partenaire qui requièrent ce type d'aide en raison de son état de santé. La situation est quelque peu différente pour nos deux prochains exemples où les personnes polyamoureuses peuvent espérer se faire reconnaître à titre de personnes d'intérêt ou d'ami-es.

Le consentement aux soins en cas d'inaptitude.

Lorsqu'une personne majeure est inapte à consentir aux soins, le CcQ prévoit, en l'absence de directives médicales anticipées, une hiérarchie des personnes pouvant consentir en son nom. Les personnes en relations monoamoureuses bénéficient alors d'un rang privilégié.

En effet, l'article 15 établit que, si la personne majeure n'est pas représentée, le consentement peut être donné par le conjoint ou la conjointe. Ce n'est qu'à défaut qu'un proche parent ou une personne qui démontre un intérêt particulier pourra être consulté.¹⁰¹ :

<p>15. Lorsque l'inaptitude d'un majeur à consentir aux soins requis par son état de santé est constatée et en l'absence de</p>	<p>15. Where it is ascertained that a person of full age is incapable of giving consent to care required by his or her state of</p>
--	--

¹⁰¹ Art 15 CcQ.

directives médicales anticipées, le consentement est donné par le mandataire, le tuteur ou le curateur. Si le majeur n'est pas ainsi représenté, le consentement est donné par le conjoint, qu'il soit marié, en union civile ou en union de fait, ou, à défaut de conjoint ou en cas d'empêchement de celui-ci, par un proche parent ou par une personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier.

health and in the absence of advance medical directives, consent is given by his or her mandatary, tutor or curator. If the person of full age is not so represented, consent is given by his or her married, civil union or *de facto* spouse or, if the person has no spouse or his or her spouse is prevented from giving consent, it is given by a close relative or a person who shows a special interest in the person of full age.

[soulignements ajoutés]

Puisque les personnes polyamoureuses ne sont pas incluses dans la définition de « conjoint », elles ne pourraient être reconnues qu'à titre de « personnes démontrant un intérêt particulier », et c'est ainsi qu'un proche parent pourrait alors être priorisé. Contrairement aux conjoint-es, les personnes polyamoureuses ne peuvent donc pas être assurées que leur opinion sera prise en compte. Pourtant, il y a de fortes chances qu'elles soient plus à même de s'exprimer sur la volonté de la personne inapte qu'un proche parent puisqu'elles côtoient la personne inapte sur une base régulière et entretiennent une relation intime avec elle.

Cela étant, il est possible pour les personnes polyamoureuses de pallier le désavantage de l'article 15 CcQ à l'aide d'un mandat en cas d'inaptitude¹⁰², ce qui engendre toutefois une dépense de ressources financières n'étant pas requise pour les personnes monoamoureuses. Le mandat en cas d'inaptitude doit être donné par acte notarié en minute ou par acte sous seing privé devant deux témoins¹⁰³. Le ou la notaire instrumentant doit alors inscrire le mandat dans le registre des mandats de protection tenu par la Chambre des notaires¹⁰⁴. Afin de rendre le mandat exécutoire, le ou la mandataire doit le faire homologuer par le tribunal¹⁰⁵, ou par un-e notaire¹⁰⁶. Ce sera seulement une fois ces étapes franchies que le ou la mandataire en relation polyamoureuse pourra accéder au premier rang de la hiérarchie de consentement aux soins. Tout ceci ajoute un

¹⁰² Le 10 avril 2019, le gouvernement du Québec a déposé un projet de loi proposant de modifier certaines des dispositions concernant le mandat en cas d'inaptitude. Au moment d'écrire ce paragraphe, ce projet de loi était encore à l'étude. Voir PL 18, *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes*, 1^{re} sess, 42^e lég, Québec, 2019 (présenté le 10 avril 2019), en ligne : <www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-18-42-1.html> [PL 18].

¹⁰³ Voir arts 2166–67 CcQ; Dominique Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 5^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2014 à la p 729 au para 777; Sébastien Lanctôt, « Commentaires sous l'article 2166 » et « Commentaires sous l'article 2167 » dans Moore, *supra* note 72 aux pp 1754–57.

¹⁰⁴ Voir *Loi sur le notariat*, RLRQ c N-3, arts 93–94.

¹⁰⁵ Art 2166 CcQ.

¹⁰⁶ Art 312 Cpc.

poids aux personnes polyamoureuses que les personnes monoamoureuses n'ont pas à porter.

Les régimes de protection des personnes majeures¹⁰⁷. Toute personne intéressée peut demander l'ouverture d'un régime de protection pour une personne majeure. Ceci inclut « son conjoint / his spouse », « toute personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier / any person showing a special interest in the person » et même « tout autre intéressé / any other interested person »¹⁰⁸. Ainsi, une personne polyamoureuse pourrait être incluse dans cette formulation large et générale. Déjà, ceci contraste avec l'ancien droit. En effet, le *Code civil du Bas-Canada* prévoyait que seuls un « parent ou allié » ou « l'un des époux à l'égard de l'autre » pouvaient faire une telle demande¹⁰⁹. Dorénavant, des liens plus ténus suffisent¹¹⁰.

Un problème pourrait survenir lorsque l'ouverture du régime de protection est demandée par un tiers ne faisant pas partie de la relation polyamoureuse. Il n'est alors pas certain que les partenaires soient informé·es de la situation. En effet, le *Code de procédure civile* prévoit que la demande relative à un régime de protection d'une

¹⁰⁷ Le 10 avril 2019, le gouvernement du Québec a déposé un projet de loi proposant de modifier certaines des dispositions concernant les régimes de protection des personnes majeures. Au moment d'écrire cette sous-section, ce projet de loi était encore à l'étude. Voir PL 18, *supra* note 102.

¹⁰⁸ Art 269 CcQ.

¹⁰⁹ Art 327 CcBC.

¹¹⁰ Alain Roy, « Commentaires sous l'article 269 » dans Moore, *supra* note 72 aux pp 247–49.

personne majeure soit notifiée uniquement, « selon le cas, à son conjoint, à ses père et mère et à ses enfants majeurs »¹¹¹. Ainsi, puisque les personnes polyamoureuses ne sont pas considérées comme conjoint·es, seul·es les parents et les enfants majeur·es seront notifié·es. Ce n'est qu'à défaut de parents et d'enfants que seront notifiées au moins deux personnes qui démontrent un intérêt particulier¹¹², ce qui pourrait alors inclure les partenaires en relation polyamoureuse, bien que l'expression laisse une large discrétion à la personne procédant à la notification.

Cependant, si la demande est présentée à un·e notaire, elle doit alors être notifiée aux « personnes qui peuvent y avoir intérêt en raison de leurs liens étroits avec la personne [majeure] concernée / to all persons who may have an interest in it given their close relationship with that person »¹¹³. Ce libellé semble plus inclusif des personnes polyamoureuses.

Dans la situation où une assemblée est convoquée, l'avis de convocation doit être notifié « aux parents, alliés ou amis / to the relatives, persons connected by marriage or civil union, or friends »¹¹⁴. Selon ce libellé, le terme « amis » peut inclure les partenaires en relation polyamoureuse. Cependant, encore une fois, une certaine discrétion est laissée à la personne procédant à la notification dans le choix des « amis / friends » qui seront

¹¹¹ Art 404, al 1 Cpc.

¹¹² Voir *ibid.*

¹¹³ Art 313, al 1 Cpc.

¹¹⁴ Art 405, al 2 Cpc.

convoqués tandis que, à l'inverse, les conjoint-es « doivent / shall » être convoqué-es¹¹⁵.

Une fois ces étapes passées, toute personne polyamoureuse, au même titre que les personnes monoamoureuses, peut être nommée tutrice ou curatrice¹¹⁶. Somme toute, les conjoint-es bénéficient de garanties plus importantes dans la notification que les personnes polyamoureuses.

Conclusion. En somme, le droit québécois facilite le soin entre conjoint-es, généralement sans égard à ce qu'il s'agisse de personnes mariées, unies civilement ou vivant en union de fait. Les personnes polyamoureuses sont exclues de ces mécanismes privilégiés puisqu'elles ne correspondent pas à ces étiquettes qui limitent le nombre de partenaires à deux. Leurs seuls recours sont de mettre en place des mandats en cas d'inaptitude et de se présenter comme une « personne qui démontre un intérêt particulier » lorsque le droit prévoit ce rôle. À ce moment, elles peuvent tenter d'obtenir les mêmes avantages que les conjoint-es, mais un tel processus leur sera coûteux en temps et en ressources financières.

LA PROTECTION CONTRE LES VULNÉRABILITÉS ÉCONOMIQUES

En matière économique, les personnes polyamoureuses sont également désavantagées. Ce désavantage s'opère sur

¹¹⁵ Art 266, al 2 CcQ; Alain Roy, « Commentaires sous l'article 266 » dans Moore, *supra* note 72 (« le notion de "conjoint" couvre le conjoint marié, le conjoint uni civilement et le conjoint de fait » à la p 245).

¹¹⁶ Voir arts 179, 266 CcQ.

deux plans. D'une part, lorsque l'on considère les rapports privés entre partenaires, l'on constate que les personnes polyamoureuses sont sensiblement dans la même situation que les conjoint·es de fait. En effet, elles ne bénéficient pas des avantages patrimoniaux et alimentaires dont jouissent les personnes mariées ou unies civilement et leurs arrangements dépendent majoritairement de leur initiative contractuelle. D'autre part, les personnes polyamoureuses sont exclues des programmes d'aide économique qui protègent les partenaires en union de droit ou en union de fait contre les pertes de revenu fortuites et favorisent leur essor économique. En conséquence, les relations polyamoureuses peuvent donner lieu à un espace de vulnérabilité économique.

Les rapports privés entre partenaires. La disparité de traitement dans les rapports privés entre partenaires survient principalement lors de la séparation. Les personnes polyamoureuses ne bénéficient alors pas des protections du patrimoine familial, de la pension alimentaire, de la prestation compensatoire, de la dévolution successorale légale, du régime de la société d'acquêts ni du régime de protection de la résidence familiale et des meubles du ménage, qui s'appliquent par défaut aux personnes mariées ou unies civilement. Les personnes polyamoureuses sont alors dans la même situation que les conjoint·es de fait qui ne sont également pas protégé·es par ces dispositifs, tel que l'explique la Cour suprême dans *Québec (Procureur général) c. A*¹¹⁷.

Les personnes polyamoureuses peuvent cependant remédier à la situation, comme le font certaines personnes

¹¹⁷ *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5.

en union de fait¹¹⁸, à l'aide d'un contrat de vie commune¹¹⁹. À ce chapitre, le développement des clauses de prestation compensatoire et de pension alimentaire entre partenaires ne semble pas poser de problème majeur. Le calcul de la prestation compensatoire pourrait suivre la méthode habituellement prévue pour deux partenaires¹²⁰. La pension alimentaire pourrait être calculée selon les besoins des partenaires en fonction de la jurisprudence existante sur le

¹¹⁸ Voir *ibid* au para 115; *Ponton c Dubé*, 2005 QCCA 413 aux paras 4–5; *MB c LL*, [2003] RDF 539, EYB 2003-44742 (QCCA); *Couture c Gagnon*, [2001] RJQ 2047, 205 DLR (4^e) 680 (QCCA); Michel Tétrault, *Droits, obligations et conséquences de la rupture*, *supra* note 29 aux pp 854–56; Jocelyne Jarry, *Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal*, Cowansville, Yvon Blais, 2008 à la p 134.

¹¹⁹ Pour un examen de l'emploi de la notion du contrat pour encadrer le polyamour, voir John Enman-Beech, « The Contractual Construction of Polyamory », 2019 [non publié].

¹²⁰ Pour un survol de la méthode de calcul, voir Michel Tétrault, *Droits, obligations et conséquences de la rupture*, *supra* note 29 aux pp 673–78. Pour un argumentaire au soutien de l'application de la prestation compensatoire aux unions de fait sans enfants, voir Comité consultatif sur le droit de la famille (président : Alain Roy), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Québec, Ministère de la Justice du Québec, 2015 aux pp 150–53. Pour un regard critique sur l'application jurisprudentielle de la prestation compensatoire, voir Laurence Saint-Pierre Harvey, « Prestation compensatoire et union de fait en droit Québécois : étude critique du discours judiciaire » (2018) 31:2 Can J Fam L 127; Renée Joyal-Poupart, « La prestation compensatoire et les chemins tortueux de l'égalité » (1985–1986) 1:1 CJWL 206; Lucille Cipriani, « La justice matrimoniale à l'heure du féminisme : analyse critique de la jurisprudence québécoise sur la prestation compensatoire, 1983-1991 » (1995) 36:1 C de D 209. Et pour une revue extensive de la littérature sur le sujet, voir Laurence Saint-Pierre Harvey, « La timide évolution de la prestation compensatoire » (2018) 77 R du B 137.

sujet ou, tout simplement, être un montant fixe indexé prévu en amont.

En ce qui concerne le partage des biens et la création contractuelle d'un patrimoine familial, une certaine créativité est nécessaire pour tenir compte du nombre de partenaires et de la relation de chaque partenaire avec les biens. Le partage des biens est aisé lorsqu'un « *troupe* » habitant ensemble se sépare : l'équivalent du patrimoine familial et des acquêts pourrait être partagé en trois. Si toutefois deux des partenaires formaient un couple avant qu'une troisième personne ne se joigne à la relation, on pourrait alors déterminer l'étendue de la société d'acquêts en deux temps. D'abord, on départage les propres et les acquêts des membres du couple en prenant comme date de la dissolution l'arrivée de la troisième personne. Ensuite, on recommence l'exercice en considérant l'arrivée de cette troisième personne comme le début d'une nouvelle entreprise économique commune et la séparation comme la date de la dissolution de cette entreprise. La situation se corse lorsque le nombre de partenaires augmente et lorsque leur relation avec ces biens est différente, notamment en raison du moment de leur arrivée dans la relation, de leur emploi de ces biens (par exemple, si une personne ne profite aucunement des véhicules) et de leur niveau de relation différent avec les autres partenaires.

Le contrat de vie commune doit répondre à ces considérations et être modifié selon le changement de situation des parties. Il serait également opportun de prévoir une clause qui accorde au parent gardien un droit

d'usage de la résidence familiale¹²¹. Par ailleurs, le contrat de vie commune devrait prévoir une garantie contre l'aliénation unilatérale au cours de la vie commune de la résidence familiale et de ses meubles, tel que le prévoit déjà le *Code civil* pour les unions maritale et civile, qui interdit également généralement de grever la résidence familiale de droit réel et de la louer¹²². Notons que de telles mesures ne sauraient toutefois pas forcer les tiers, comme le *Code civil* le prévoit pour les unions de droit, à restituer les prestations reçues en contravention à ces garanties¹²³.

En somme, il est possible pour les personnes polyamoureuses d'aménager contractuellement de protections patrimoniales et alimentaires fondées sur la reconnaissance de l'interdépendance économique des partenaires. L'établissement de ces protections est cependant tributaire de la volonté de chaque partenaire puisqu'elle ne peut être que contractuelle. Elle s'accompagne également d'un certain coût financier¹²⁴ nécessaire pour la confection du contrat de vie commune. En outre, ces mesures devront également être prévues par testaments, ce qui engendre des coûts supplémentaires. À l'inverse, les personnes mariées ou unies civilement bénéficient automatiquement de ces protections patrimoniales et alimentaires ainsi que de la dévolution

¹²¹ Comme le *Code civil* le prévoit autrement à art 410, al 2 CcQ.

¹²² Arts 401–408 CcQ.

¹²³ Arts 402–405 CcQ.

¹²⁴ Ceci est d'autant plus vrai si le contrat de vie commune prévoit un don qui doit être fait par acte notarié en minute en vertu de art 1824 CcQ.

successorale légale prévue par défaut au *Code civil*¹²⁵, ce qui les libère de ce poids financier.

Les programmes d'aide économique. En plus de prévoir par défaut des protections patrimoniales et alimentaires dont les personnes polyamoureuses ne peuvent bénéficier, le droit aménage également des programmes d'aide économique aux couples excluant les personnes polyamoureuses. On compte parmi ces programmes les mesures d'allègements fiscaux provinciales¹²⁶ et fédérales¹²⁷, les régimes enregistrés d'épargne retraite¹²⁸, les comptes d'épargne libre d'impôt, le régime des rentes du Québec¹²⁹, l'allocation pour conjoint·e du Programme de sécurité de la vieillesse, l'allocation de survivant·e du Régime de pensions du Canada, l'aide financière aux études¹³⁰, l'aide juridique¹³¹, etc. Il en va de même pour des programmes d'indemnisation, dont ceux prévus en cas d'accident du

¹²⁵ Voir art 653 CcQ; Alain Roy, « Commentaires sous l'article 653 » dans Moore, *supra* note 72 à la p 740.

¹²⁶ Voir *Loi sur les impôts*, RLRQ c I-3, art 2.2.1.

¹²⁷ Voir *Loi de l'impôt sur le revenu*, LRC 1985, c 1 (5^e suppl).

¹²⁸ Voir *Loi sur les régimes volontaires d'épargne-retraite*, RLRQ c R-17.0.1, arts 70–71.

¹²⁹ Voir *Loi sur le régime de rentes du Québec*, RLRQ c R-9, arts 91–91.2

¹³⁰ Voir *Loi sur l'aide financière aux études*, RLRQ c A-13.3, art 2.

¹³¹ Voir *Loi sur l'aide juridique et sur la prestation de certains autres services juridiques*, RLRQ c A-14, art 1.1.

travail¹³², d'accident de la route¹³³, de décès¹³⁴ et de décès résultant d'un acte criminel¹³⁵.

Tous ces programmes témoignent d'une volonté étatique à atténuer la vulnérabilité des couples monoamoureux causée par l'interdépendance économique des partenaires, y compris les couples en union de fait cette fois-ci. Ainsi, une personne sait par exemple qu'elle pourra bénéficier d'une aide gouvernementale si son conjoint ou sa conjointe subissait une perte draconienne de revenu en raison d'un événement fortuit. De plus, ces programmes favorisent l'essor des couples monoamoureux et leur réussite économique en récompensant les personnes mariées ou unies civilement, ou qui font vie commune depuis un certain temps¹³⁶, à l'aide de privilèges financiers. À l'inverse, les personnes polyamoureuses, puisqu'elles sont exclues de la définition de « conjoint » reprise par ces programmes, ne peuvent pas bénéficier de cet appui financier, demeurent dans une situation désavantageuse par

¹³² Voir *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, RLRQ c A-3.001, art 2.

¹³³ Voir *Loi sur l'assurance automobile*, RLRQ c A-25, art 2.

¹³⁴ Voir *Loi sur le régime de rentes du Québec*, *supra* note 129, arts 91–91.2; *Régime de pensions du Canada*, LRC 1985, c C-8, art 42.

¹³⁵ Voir *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, RLRQ c I-6, arts 2, 4, 5.1 (sous réserve des frais funéraires et des coûts engendrés pour le nettoyage de la scène de crime dans une résidence privée, arts 6–6.1).

¹³⁶ La durée de la vie maritale généralement nécessaire à la reconnaissance d'une union de fait est différente selon les lois, oscillant généralement entre 1 et 5 ans. Voir à ce sujet Lefebvre, *supra* note 31; Murielle Drapeau, *Le statut légal des conjoints de fait au Québec*, Brossard, CCH, 2013 aux pp 5–24.

rapport aux couples monoamoureux et subissent directement les contrecoups d'une perte de revenu fortuite, ce qui a pour conséquence de fragiliser encore plus leur situation.

Conclusion. En somme, les protections contre la vulnérabilité économique s'articulent sur deux plans. D'une part, celles relatives à l'aménagement de la relation entre les partenaires sont laissées à leur discrétion. Il est possible de bénéficier de certains des avantages auxquels les personnes mariées ou unies civilement ont accès au moyen d'un contrat de vie commune. Cependant, ceci exige le consentement de chaque partenaire, ce qui implique que des personnes vulnérables pourraient ne pas bénéficier de ces protections si leurs partenaires n'y consentent pas. D'autre part, les protections contre l'interdépendance économique prévues dans des programmes d'aide économique ne sont tout simplement pas accessibles aux personnes polyamoureuses, ces initiatives étatiques ne s'intéressant qu'aux couples monoamoureux.

LA PROHIBITION DE COMPORTEMENTS POLYAMOUREUX

En plus des dispositifs mis en place pour favoriser la vie familiale monoamoureuse exposés jusqu'ici, la présence d'une troisième figure est parfois directement prohibée par le droit. L'article 172 du *Code criminel* prévoit par exemple qu'une personne est passible de deux ans de prison pour corruption d'enfants si elle participe à un adultère là où demeure un·e enfant et qu'elle met ainsi en danger les mœurs de l'enfant ou rend la demeure impropre

à sa présence¹³⁷. D'ailleurs, l'adultère permet aussi de constater l'échec du mariage sans que les personnes mariées n'aient à vivre séparément pendant au moins un an¹³⁸.

Outre cette condamnation de l'adultère, c'est surtout la criminalisation de la polygamie en vertu de l'article 293 du *Code criminel* qui menace directement les polyamoureux et polyamoureuses. Notons d'entrée de jeu que, selon l'état actuel de la jurisprudence¹³⁹, il semble que cette disposition ne s'applique pas aux personnes polyamoureuses. La prohibition de la polygamie ne couvrirait alors que les unions de droit sans toutefois s'appliquer aux unions de fait. Cependant, cette interprétation jurisprudentielle est précaire. Puisqu'elle émane de la Cour suprême de la Colombie-Britannique¹⁴⁰, les tribunaux des autres provinces pourraient en décider autrement. Ceux-ci pourraient interpréter différemment la disposition criminalisant la polygamie de sorte à étendre cette prohibition au polyamour.

¹³⁷ Voir *Code criminel*, *supra* note 37, art 172(1).

¹³⁸ Voir *Loi sur le divorce*, *supra* note 54, art 8(2)(b)(i).

¹³⁹ Avant le jugement de 2011 déterminant que le polyamour n'est pas couvert par la prohibition de la polygamie (voir *Polygamy reference*, *supra* note 33), plusieurs membres de la communauté polyamoureuses comprenaient que « [u]nder section 293 of Canada's Criminal Code, polyamorists were lumped in with polygamists and treated as criminals because they shared their homes with more than one partner ». Yuen, *supra* note 7 à la p 179.

¹⁴⁰ *Polygamy reference*, *supra* note 33 aux paras 983–84, 988–89, 992, 1008–10, 1019.

En effet, le libellé de l'article 293 du *Code criminel* laisse planer une certaine ambiguïté. La criminalisation semble s'étendre aux relations multipartites même lorsqu'un mariage n'est pas impliqué¹⁴¹. L'article 293 n'interdit pas uniquement la « polygamie », mais aussi toute « sorte d'union conjugale avec plus d'une personne à la fois »¹⁴² et ce, même si elle n'est pas reconnue par la loi comme une formalité de mariage contraignante¹⁴³ :

293 (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement

293 (1) Every one who:

¹⁴¹ Erin Fowler partage cette position : « [d]ue to the broad wording of section 293, conjugal polyamory—where three or more parties in a polyamorous relationship all live in the same household—falls squarely within the polygamy prohibition under the *Criminal Code* ». Erin Fowler, « A Queer Critique on the Polygamy Debate in Canada: Law, Culture, and Diversity » (2012) 21 Dal J Leg Stud 93 à la p 101. La Canadian Polyamory Advocacy Association semble avoir également partagé cette interprétation lors des procédures dans le *Polygamy reference*, avec l'objectif ultime de retirer le polyamour des actes prohibés par le droit criminel. « The gist of the [Canadian Polyamory Advocacy Association]'s argument is that the broad prohibition in section 293 captures all types of marriage or marriage-like relationships involving more than two people, encompassing the egalitarian multi-partner union known as conjugal polyamory ». *Ibid* à la p 98.

¹⁴² À l'inverse, la disposition criminalisant la bigamie vise uniquement le mariage ou la « formalité de mariage ». Voir *Code criminel*, *supra* note 37, art 290(1). Pour un exemple récent de poursuite pour cause de bigamie, voir *R c Kairouz*, 2010 QCCQ 2649.

¹⁴³ *Code criminel*, *supra* note 37, art 293(1)(a). Pour un exemple récent de poursuite pour cause de polygamie, voir *R v Blackmore*, 2017 BCSC 1288.

maximal de cinq ans
quiconque, selon le cas :

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

(a) practises or enters into or in any manner agrees or consents to practise or enter into

(i) soit la polygamie sous une forme quelconque,

(i) any form of polygamy, or

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

(ii) any kind of conjugal union with more than one person at the same time,

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

whether or not it is by law recognized as a binding form of marriage, or

[...]

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years.

[...]

[...]

[soulignements ajoutés]

Ainsi, opposer les termes « polygamie » et « union conjugale » laisse à penser que l'union de fait est incluse dans cette interdiction. Le sous-paragraphe (i) semble couvrir *tous* les mariages, puisqu'on y emploie le terme

« polygamie » qui réfère directement au mariage; le suffixe « -gamie » provient du grec ancien « gamos » qui signifie « mariage ». Si le sous-paragraphe (i) couvre tous les mariages, le sous-paragraphe (ii) doit alors référer aux relations hors mariage, autrement il ne ferait que répéter le contenu du sous-paragraphe (i). Il est donc raisonnable de croire que le sous-paragraphe (ii) vise les unions de fait. D'ailleurs, la version anglaise de ces deux sous-paragraphe suggère que cette prohibition est large puisqu'elle prend soin d'employer des termes généraux pour couvrir « any form of polygamy » et « any kind of conjugal union » [soulignements ajoutés]. Une relation conjugale avec plus d'une personne suffirait donc pour constituer un élément essentiel de l'infraction prévue au paragraphe (ii). Cette interprétation semble par ailleurs conséquente avec la maxime selon laquelle l'assemblée législative ne s'exprime pas pour ne rien dire : les sous-paragraphe (i) et (ii) ne peuvent pas être synonymes.

Or, le juge en chef Bauman de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté une telle interprétation dans le *Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada*¹⁴⁴. Il considère que la prohibition de la polygamie ne s'étend pas au polyamour. D'abord, en se référant à l'historique législatif de l'article 293, il explique que le sous-paragraphe (ii) vise principalement à prévenir les tentatives d'« imaginative polygamists » de contournement de la prohibition¹⁴⁵ :

¹⁴⁴ *Polygamy reference, supra* note 33 aux paras 983–84, 988–89, 992, 1008–10, 1019.

¹⁴⁵ *Ibid* aux paras 983–84.

[983] From the historical record, it is clear that at the time of the original legislation, there was a well-grounded fear in the United States and Canada that the law against polygamy would be difficult to enforce and easily circumvented by imaginative polygamists. Recall that the law in Canada was prompted in part by a concern that the bigamy prohibition was not sufficiently broad to capture Mormon plural marriage. And remember Stenhouse’s ruminations in 1889 about the bachelor “. . . duly wedded to both ladies at the same moment, neither of the wives preceding the other” (McCue, “Anthony Maitland Stenhouse” at 120).

[984] Parliament was intent on leaving no loophole. In this regard, I underline the prohibition against “any kind of conjugal union with more than one person at the same time”. I agree with the AG Canada that this was an anti-circumvention measure, a bit of a belt and suspenders approach to drafting the essential prohibition of any form of polygamy. This conclusion reflects my view, which I will develop below, that s. 293(1)(a)(ii) does not add much, if anything, to the prohibition in s. 293(1)(a)(i). In this regard, I disagree with the *Amicus*’ submission that this subsection extends to conjugal relationships or common law cohabitation as those terms have been given modern meaning.

[soulignements ajoutés]

Il relève par ailleurs que, lorsque l'article 2 du *Code criminel* a été amendé pour inclure une définition de « conjoint de fait », plusieurs articles ont été modifiés pour refléter l'inclusion de cette notion dans le code, mais l'article 293 est demeuré inchangé, et cela même lorsque certains jugements avaient déterminé que la cohabitation ne constituait pas un lien conjugal suffisant pour déclencher l'application de cet article¹⁴⁶. Selon le juge en chef Bauman, il est évident, au regard de l'historique législatif, que « [b]oth “polygamy” and “conjugal union” are concerned with marriage »¹⁴⁷. Selon son analyse, les polyamoureux et polyamoureuses qui ne sont pas marié·es ne devraient donc pas être inquiété·es.

Bien que la conclusion du juge en chef Bauman soit favorable aux personnes polyamoureuses à court terme, le raisonnement leur est désavantageux à long terme. Un élément central au raisonnement du juge en chef est l'attaque que porte la polygamie à l'institution maritale : la polygamie « [causes] harm to the institution of monogamous marriage » et non le polyamour¹⁴⁸. Si le

¹⁴⁶ *Ibid* au para 1008.

¹⁴⁷ *Ibid* au para 989.

¹⁴⁸ *Ibid* au para 1266. Voir aussi *ibid* aux paras 888, 1041. Dana Phillips souligne que le juge en chef Bauman conclut que la polygamie porte atteinte à l'institution du mariage sans détailler en profondeur les avantages de cette dernière et que, s'il avait conduit cet exercice, l'on aurait pu conclure que le polyamour offre généralement les mêmes avantages que ceux traditionnellement attribués à la monogamie. Voir Dana Phillips, « The Prude in the Law: Why Polygamy Reference is All About Sex » (2014) 19 *Appeal* 151. Sur les préjudices de la polygamie, voir aussi D Marisa Black, *supra* note 40 à la p 500.

polyamour ne menaçait pas l'institution du mariage monogame en 2011, au moment du jugement, il n'est pas certain que ce sera encore le cas à l'avenir. En effet, s'il fallait militer pour une plus grande reconnaissance sociale et juridique du polyamour, en lui accordant progressivement un statut similaire aux unions de droit, ceci risquerait d'attirer le polyamour dans le spectre de l'article 293 du *Code criminel*. De l'avis de la sociologue Jessica Penwell Barnett, ce jugement a donc pour effet d'inciter les personnes polyamoureuses à cacher leur situation et à ne pas militer sur la place publique, de peur de s'exposer à une poursuite criminelle et un emprisonnement; « polyamorists are “saved” from explicit criminalization, but only as long as their community and its unions remain unrecognized »¹⁴⁹. Les personnes polyamoureuses ne sont pas inquiétées uniquement dans la mesure où elles ne cherchent pas à officialiser leur situation¹⁵⁰ :

There is a well-worn message here, “Don’t ask. Don’t tell.” Polyamorists are reminded that they are only safe from prosecution if they hide or denigrate their intimate relationships. They are reminded that they can only be welcomed into the spaces of citizenship if they do not challenge the dominant monogamist social order or its attendant distribution of resources. [...]

¹⁴⁹ Jessica Penwell Barnett, « Polyamory and Criminalization of Plural Conjugal Unions in Canada: Competing Narratives in the s.293 Reference » (2014) 11 Sex Res Soc Policy 63 à la p 64.

¹⁵⁰ *Ibid* à la p 72.

This judgment *does* mean that cohabitating polyamorists *should* not have to fear prosecution under s.293 as long as they have no interest in sanctifying or legitimating their relationships in the eyes of others. However, the implied relief from prosecution is immaterial at best. [...] this judgment denigrates polyamorist's citizenship, depriving them of full recognition by and integration into the social body and freighting attempts to claim recognition with the spectre of criminality and jail time.

[italiques dans l'original]

En ce sens, à la suite du jugement, l'avocat représentant la Canadian Polyamory Advocacy Association dans ce dossier, John Ince, a recommandé aux personnes polyamoureuses de ne pas célébrer leur union ou de prendre des mesures pour atténuer de telles célébrations¹⁵¹. Bien que l'avocat reconnaisse qu'aucun·e procureur·e de la Couronne ne soit à la recherche de personnes polyamoureuses, il considère sage de diminuer ainsi le risque de poursuites. Selon les recherches empiriques de l'avocat John-Paul Boyd, cette incertitude sur le comportement à adopter n'a pas « prevented most respondents from being openly involved in polyamorous relationships, but it certainly has had a chilling effect »¹⁵².

D'ailleurs, au Québec, la Directrice des poursuites criminelles et pénales n'a émis aucune directive ou

¹⁵¹ Yuen, *supra* note 7 aux pp 182–87.

¹⁵² *Ibid* à la p 182.

instruction enjoignant ses procureur·es à exclure le polyamour de toute application de l'article 293 *Code criminel*. Ces procureur·es pourraient être tenté·es d'entamer une poursuite criminelle lorsque confronté·es à des circonstances gravement immorales, portant préjudice aux enfants par exemple. Ce semble d'ailleurs être ce type de circonstances qui aient provoqué la mise en accusation des polygames Winston Blackmore et James Oler en Colombie-Britannique. Cette mise en accusation indique d'ailleurs que l'article 293 *Code criminel* est loin d'être une disposition archaïque près de passer dans l'oubli. En effet, ce n'est que récemment, en 2017, que Blackmore et Oler sont devenus les premières personnes à être déclarées coupables de polygamie au Canada¹⁵³. Ceci suggère une volonté maintenue d'agir en justice contre les infractions à l'article 293 du *Code criminel*.

En outre, même la force de la conclusion favorable du juge en chef Bauman doit être nuancée. Puisqu'elle émane d'un tribunal de première instance d'une autre province, les tribunaux québécois ne sont donc pas liés par cette interprétation. Dans le contexte où l'article 293 du *Code criminel* pourrait rendre les personnes polyamoureuses passibles de cinq ans de prison, une clarification de la situation par le Parlement canadien serait la bienvenue pour leur amener plus de certitude.

CONCLUSION

En somme, ce tour d'horizon du droit québécois permet de conclure que quatre angles sont exploités pour promouvoir le monoamour, désavantageant et vulnérabilisant

¹⁵³ Voir *R v Blackmore*, 2018 BCSC 1383 au para 101.

incidemment les personnes polyamoureuses et leurs enfants. S'il existe des solutions juridiques pour pallier certains de ses désavantages, la mise en place de ces solutions dépend généralement de la bonne volonté des personnes polyamoureuses, de leur niveau de connaissance du droit et de leurs ressources financières.

Premièrement, un·e enfant ne peut avoir que deux parents civils. Ceci impliquerait que, au moment d'une séparation, l'enfant perde les ressources émotives et financières du parent de fait s'il n'était pas marié à un des parents civils. Le parent de fait pourrait élire de verser une pension alimentaire à l'enfant, mais ceci est laissé à sa discrétion. Il pourrait aussi tenter d'obtenir des droits d'accès ou encore des droits de garde. Même s'il recevait un jugement favorable, le parent de fait demeurerait toujours secondaire, sur le plan juridique, aux parents civils. Bref, sans accord entre les parties, la survie de la relation entre le parent de fait et l'enfant risque de s'avérer difficile.

Deuxièmement, la prestation de soins de conjoint·e à conjoint·e est facilitée chez les couples monoamoureux. Ceci se matérialise par exemple par l'octroi de congés de maladie dans la *Loi sur les normes du travail*, la priorisation de l'avis du conjoint ou de la conjointe en monoamour lors d'une demande de consentement aux soins en cas d'inaptitude ou même la garantie de notification et d'implication de ces conjoint·es lors de la mise en place d'un régime de protection d'un·e conjoint·e majeur·e. Pour s'assurer une certaine reconnaissance, les personnes polyamoureuses ne peuvent que mettre en place des mandats en cas d'inaptitude ou se présenter comme une « personne qui démontre un intérêt particulier » lorsque le

droit prévoit ce rôle. Elles peuvent donc tenter d'obtenir les mêmes avantages que les personnes monoamoureuses, moyennant un certain coût financier.

Troisièmement, le droit protège les conjoint·es en monoamour contre la vulnérabilité économique en plus de favoriser leur essor économique. En ce qui concerne leurs rapports privés, les personnes polyamoureuses ne bénéficient alors pas des protections du patrimoine familial, de la pension alimentaire, de la prestation compensatoire, de la dévolution successorale légale, du régime de la société d'acquêts ni du régime de protection de la résidence familiale et des meubles du ménage. Elles peuvent aménager des contrats de vie commune et des testaments pour reproduire certains de ces avantages, mais une telle solution dépend de la volonté de l'ensemble des partenaires, de leurs ressources financières pour la confection de ces documents ainsi que leur mise à jour, en plus d'avoir peu d'effets sur les tiers. En l'absence de telles mesures, se sont aussi les enfants impliqués dans une union polyamoureuse qui peuvent être affectés par la perte patrimoniale causée par une séparation. S'ajoutent à ces considérations, les programmes d'aide économique auxquels les personnes polyamoureuses ne peuvent pas avoir accès, notamment les mesures d'allègements fiscaux provinciales et fédérales, les régimes enregistrés d'épargne retraite, les comptes d'épargne libre d'impôt, le régime des rentes du Québec, l'allocation pour conjoint·e du Programme de sécurité de la vieillesse, l'allocation de survivant·e du Régime de pensions du Canada, l'aide financière aux études, l'aide juridique, etc. ainsi que pour des programmes d'indemnisation comme ceux prévus en cas d'accident du travail, d'accident de la route, de décès et de décès résultant d'un acte criminel. L'impossibilité

pour les personnes polyamoureuses d'accéder à ces programmes d'aide implique qu'elles sont généralement désavantagées par l'absence de soutien financier et qu'elles sont vulnérables à toute perte de revenu draconienne causée par un événement fortuit.

Quatrièmement, la prohibition de la polygamie par l'article 293 du *Code criminel* agit comme une épée de Damoclès au-dessus de la tête des personnes polyamoureuses. Si un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique interprète cet article comme ne s'appliquant pas au polyamour, il est incertain que les tribunaux québécois reprendront cette interprétation. Cela étant, même si une telle interprétation favorable au polyamour était reprise, elle impliquerait cependant que les personnes polyamoureuses devraient se garder de formaliser et de célébrer publiquement leurs unions, de peur de ramener leurs relations dans le giron de l'article 293 du *Code criminel*. Encore une fois, les conséquences de ces mesures juridiques dépassent les personnes polyamoureuses et impactent les enfants impliqués dans les unions polyamoureuses. En effet, on peut se demander comment l'intérêt des enfants peut être servi par une disposition qui, selon une interprétation, rend les personnes polyamoureuses passibles de cinq ans de prison ou, selon une autre interprétation, incite les personnes polyamoureuses à éviter de formaliser juridiquement leur situation.

Comprenant maintenant mieux comment le droit oriente la conjugalité vers le monoamour, la table est mise pour une discussion sur l'opportunité de protéger les personnes polyamoureuses et leurs enfants. La réforme du droit des familles proposé par le gouvernement du Québec

crée l'opportunité de se poser ces questions en tant que société. Espérons que le gouvernement prenne la balle au bond, ne serait-ce que pour s'assurer de la protection, au moment d'une séparation, des ressources émotives et financières dont jouissent les enfants présent-es dans les unions polyamoureuses.

