

**National Association of
Women and the Law**



**Association nationale
Femmes et droit**

1066 Somerset West/Ouest, Ottawa, ON, K1Y 4T3 Tel/Tél 613-241-7570 Fax/Télécopieur 613-241-4657 info@nawl.ca

**Arbitrage, religion et droit de la famille :
la privatisation du droit au détriment des femmes**

Par Natasha Bakht

March 2005

ISBN# 0-895996-90-2

(This document is also available in English)

Notice biographique

Natasha Bakht, actuellement professeure adjointe en droit à l'Université d'Ottawa, possède une maîtrise en sciences politiques de l'Université Queen's (1998) et un baccalauréat en droit de l'Université d'Ottawa (2002). Détentrice d'une bourse Global Hauser, elle prévoit terminer en 2005 une maîtrise en droit à l'École de droit de l'Université de New York. Elle a été auxiliaire juridique auprès de la juge Louise Arbour lorsque celle-ci siégeait à la Cour suprême du Canada, et elle travaille actuellement comme chercheuse auprès de l'Association nationale Femmes et Droit. Elle a rédigé le présent document sur les incidences de l'arbitrage religieux en matières familiales pour les femmes. Natasha a été admise au Barreau de l'Ontario en 2003.

Remerciements

Ce document n'aurait jamais pu voir le jour sans la contribution de toutes les personnes qui ont fourni des informations, clarifié certains points de droit de la famille et de jurisprudence islamique, lu et relu les différentes versions du document et apporté de précieux commentaires. L'auteure tient à remercier toutes les membres du groupe de travail de l'ANFD pour leur contribution aux différentes étapes du projet, et tout particulièrement Andrée Côté, qui a joué un rôle majeur dans la supervision du travail. Sa profonde connaissance de la théorie et de la pratique féministes, ainsi que ses questions aussi aimables qu'exigeantes, m'ont été source d'inspiration.

La première partie du document a été financée par le Conseil canadien des femmes musulmanes, l'Organisation nationale des femmes immigrantes et des minorités visibles et l'Association nationale Femmes et Droit, avec l'aide du Programme de promotion de la femme de Condition féminine Canada. La Commission du droit du Canada et la Walter and Duncan Foundation ont financé les autres sections de l'étude.

Les opinions exprimées dans le présent document ne correspondent pas nécessairement à la politique officielle des bailleurs de fonds.

Ce document a été traduit en français par Claudine Vivier

Table des matières

Introduction

Première partie : arbitrage familial et application de la charia

I. Arbitrage et droit de la famille en Ontario

- A. La Loi sur l'arbitrage de l'Ontario
 - 1. Le rôle des arbitres
- B. Le processus d'arbitrage
- C. Le contenu des sentences arbitrales en droit de la famille
 - 1. Le partage des biens matrimoniaux
 - 2. Les pensions alimentaires
 - 3. Garde, droit de visite, pension alimentaire des enfants et autres questions concernant les enfants
- D. L'intervention des tribunaux dans les conventions et sentences arbitrales
 - 1. La procédure d'appel
 - 2. Le mécanisme de révision judiciaire
 - 3. L'annulation des conventions et sentences arbitrales
 - 4. Déclaration de nullité à la requête d'une partie n'ayant pas participé à l'arbitrage
 - 5. Redressements inhabituels
- E. L'interprétation des ententes privées par les tribunaux
 - 1. L'interprétation du libre consentement
- F. L'interprétation par les tribunaux des ententes fondées sur le droit islamique
 - 1. Représentation et avis juridiques indépendants
- G. Les multiples interprétations du droit de la charia
 - 1. Les réserves à la CEDEF

II. Les effets éventuels du régime d'arbitrage

- A. L'analyse fondée sur l'article 15 de la *Charte*
 - 1. Qualité pour agir : qui peut invoquer un droit protégé par la *Charte* ?
 - 2. La loi a-t-elle pour objet ou effet d'imposer une différence de traitement ?
 - 3. La différence de traitement est-elle fondée sur un motif énuméré?
 - 4. La distinction ou le traitement différencié constituent-ils de la discrimination ?
 - 5. L'article 1 de la *Charte*
 - 6. Conclusion

Deuxième partie: le cadre juridique des droits humains

I. Culture et multiculturalisme

- A. Le multiculturalisme au Canada

- B. Le paradoxe du multiculturalisme
- C. Les effets de l'accommodement sur les femmes des groupes minoritaires

II. La liberté de religion

- A. La liberté de religion dans le droit interne
- B. La liberté de religion en droit international

III. La primauté des droits des femmes dans la *Charte* et la CEDEF

- A. Le cadre juridique international
- B. Le cadre juridique canadien
- C. L'Islam et les tensions entre droits des femmes et pratique religieuse
- D. Conclusion : l'universalité et l'indivisibilité des droits humains

Troisième partie : La séparation de l'«Église» et de l'État

- I. Fondements conceptuels et rappel historique
- II. Le contexte canadien

Quatrième partie : les options de réforme du droit

I. L'Institut islamique de justice civile : la souveraineté des musulmans

II. Le Conseil canadien des femmes musulmanes : la même loi pour toutes et tous

III. Les recommandations du rapport Boyd

IV. Les propositions de réforme féministes

- A. La double gouvernance
- B. La proposition du FAEJ
- C. L'Association nationale Femmes et Droit
 1. L'ANFD s'oppose à l'arbitrage en droit de la famille
 2. L'ANFD s'oppose à l'arbitrage religieux en droit de la famille
 3. Encadrer la médiation
 4. Améliorer le système judiciaire

Conclusion

Introduction

Au Canada et ailleurs dans le monde, on voit de nombreux groupes religieux prendre des initiatives susceptibles d'influencer les règles qui régissent la société civile. Pour certains, cette instrumentalisation de la religion à des fins politiques met en péril l'exercice de droits à l'égalité et de droits fondamentaux gagnés de haute lutte¹. Dernièrement, les médias ont beaucoup parlé de la création de tribunaux d'arbitrage appliquant le droit islamique ou la charia² pour régler des litiges d'ordre familial en Ontario³. Des musulmans de Toronto appartenant à l'Islamic Institute for Civil Justice ont proposé la création de tribunaux de cette nature. En fait, l'idée voulant que des parties privées s'entendent de leur plein gré pour soumettre leurs différends à un arbitre appliquant un code juridique étranger n'est pas nouvelle. Depuis déjà un certain temps, la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* de l'Ontario⁴ permet à des parties de régler leurs litiges à l'extérieur du système de justice conventionnel. Plusieurs communautés juives ont mis en place des tribunaux d'arbitrage rabbiniques ou *Beis Din*, chargés de régler des différends d'ordre civil entre particuliers en vertu de la *Loi sur l'arbitrage*. Certains de ces tribunaux existent dans différentes régions du Canada depuis 1982⁵, et c'est ce précédent qui a incité des communautés musulmanes à emboîter le pas⁶.

Nous nous proposons, dans ce document, d'étudier les implications juridiques de l'arbitrage fondé sur le droit de la charia en Ontario⁷. En première partie, nous analyserons le rôle des arbitres, les mécanismes d'appel des sentences arbitrales,

¹ Kathleen McNeil, "Muslim Fundamentalisms and Legal Systems (décembre 2003), en ligne: Web Resource for Women's Human Rights, <http://www.whrnet.org/fundamentalisms/docs/issue-muslim-fundamentalisms-0401.html>. Par «fondamentalisme», l'auteure entend des groupes et des idéologies qui s'approprient un pouvoir religieux dans le but de poursuivre un programme politique d'extrême droite.

² Alia Hogben a souligné que la charia est un terme très général qui désigne tout un ensemble de normes morales et qui signifie littéralement « la voie menant à l'eau », une métaphore pour la conduite que doivent suivre les musulmans. Voir Alia Hogben, éditorial, *The Toronto Star* (1^{er} juin 2004) "The Laws of the Land Must Protect All of Us, Irrespective of Gender or Religion", en ligne: www.thestar.com. Pour Syed B. Soharwardy, le mot arabe charia signifie «les lois, règles, règlements, la voie. Il s'agit du code de conduite des musulmans.» Voir Syed Soharwardy, "Shari'a — A Blessing OR a Burden". En ligne: Islamic Supreme Council of Canada <http://www.islamicsupremecouncil.com/sharia.htm>.

³ Certains journalistes ont cédé à la tentation de l'anti-islamisme en traitant de cette question. Des articles ou reportages ont perpétué le stéréotype colonialiste qui présente les musulmans comme des barbares ayant besoin d'être «civilisés». Cet essentialisme sensationnaliste ne sert en rien la cause de l'égalité des femmes et le présent document se démarque radicalement de ce genre d'opinion.

⁴ *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, L.O. 1991, ch. 17 («la Loi»).

⁵ Lynne Cohen, "Inside the Beis Din", *Canadian Lawyer* (mai 2000) 27, à la p. 27.

⁶ Selon l'imam Hamid Slimi, le Conseil islamique des imams du Canada participe à des activités de médiation et d'arbitrage depuis plus de 10 ans. Les imams ont arbitré un certain nombre de questions, notamment en matière de divorce. Hamid Slimi, lettre des lecteurs, *The Toronto Star* (1^{er} juin 2004). En ligne : <http://www.thestar.com>.

⁷ Même si certains organismes s'objectent à l'utilisation du terme «charia» dans le cadre des tribunaux d'arbitrage en Ontario, nous utilisons ici les termes «charia», «droit de la charia», «Loi canonique islamique», «droit de la famille musulman» de manière interchangeable. Voir par exemple le Council on American-Islamic Relations Canada, mémoire présenté à Marion Boyd, en ligne: CAIR-CAN <http://www.caircan.ca/downloads/sst-10082004.pdf>

l'interprétation par les tribunaux des conventions et sentences arbitrales, l'importance de la représentation et des avis juridiques indépendants, les impacts spécifiques sur les femmes, parallèlement à une analyse fondée sur l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁸. Nous passerons en revue les articles clés de la *Loi sur l'arbitrage*, en cherchant à dégager en quoi ces dispositions risquent d'être interprétées dans un sens désavantageux pour les femmes. Nous décrirons également le processus d'arbitrage général en Ontario. Même si le champ d'application des tribunaux d'arbitrage peut couvrir un large éventail de matières juridiques, nous nous pencherons ici surtout sur le droit de la famille, en insistant tout particulièrement sur l'impact que pourra avoir le droit de la charia pour les femmes musulmanes⁹ en Ontario. Nous aborderons également la question plus large de la privatisation du droit de la famille.

En deuxième partie, nous examinerons le régime des droits humains en insistant sur le rôle du multiculturalisme et la protection de la liberté de religion au Canada et en droit international. Nous évoquerons en particulier la situation spécifique des femmes au sein des groupes minoritaires. Dans la troisième partie sera abordée la question de la séparation de l'«église» et de l'État, en vue de mieux saisir le rapport de l'État canadien à la religion et aux groupes religieux. Enfin, nous résumerons et évaluerons en quatrième partie les propositions de réforme du droit mises de l'avant dans le cadre du débat entourant l'arbitrage familial à caractère religieux en Ontario, notamment les recommandations préliminaires présentées par l'Association nationale Femmes et Droit. Pour finir, nous évoquerons la nécessité de poursuivre les discussions et les consultations sur ce sujet et sur les multiples enjeux qu'il soulève.

⁸ *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

⁹ L'auteure reconnaît que l'expression «femmes musulmanes» n'est pas satisfaisante dans la mesure où elle renvoie à l'idée d'un groupe singulier et homogène de femmes partageant les mêmes intérêts et les mêmes buts. Les femmes musulmanes sont en réalité un groupe très diversifié comprenant des femmes de différentes races et origines nationales et affiliées à divers courants de l'Islam. «Cette diversité est telle qu'on est en droit de se demander si le terme «monde musulman» peut convenir pour désigner un ensemble aussi informe, hétérogène et mouvant d'individus et de sociétés qu'il n'est pas rare de voir entrer en conflit.» Fareeda Shaheed, "Asian Women in Muslim Societies: Perspectives & Struggle" (présentation au Asia-Pacific Forum Beijing + 10, juillet 2001, Bangkok), en ligne: Femmes sous lois musulmanes <http://www.wluml.org>

Première partie : l'arbitrage familial appliquant la charia

I. Arbitrage et droit de la famille en Ontario

Même si notre étude porte plus spécifiquement sur l'arbitrage familial en Ontario, il faut rappeler que la plupart des provinces canadiennes ont elles aussi adopté des lois sur l'arbitrage. Le débat que soulève en Ontario l'application de principes religieux pour trancher des litiges en droit de la famille aura des répercussions dans bon nombre des provinces du Canada. Nous espérons que les questions soulevées ici, et en particulier les propositions de réforme du droit, amèneront l'Ontario, d'autres gouvernements provinciaux ainsi que le gouvernement fédéral à réexaminer la situation du droit de la famille et de l'arbitrage, et en particulier leurs implications pour les femmes.

A. La Loi sur l'arbitrage de l'Ontario

L'arbitrage est un mode substitutif de règlement des différends qui offre une solution de rechange aux procédures de plus en plus longues et onéreuses qu'implique le recours aux tribunaux classiques¹⁰. En arbitrage, les parties consentent à voir leur différend réglé par un arbitre qu'elles choisissent d'un commun accord. La *Loi sur l'arbitrage* de l'Ontario, modifiée en 1991, énonce les règles à suivre dans le règlement de différends en matière civile. Par exemple, elle définit les modalités à respecter pour désigner un arbitre et de quelle façon l'arbitre doit conduire le règlement du différend. Les parties ont plus de latitude pour choisir les principes gouvernant les procédures parce que l'arbitrage est considéré comme une procédure de nature privée dans laquelle les parties s'engagent d'un commun accord.

En droit de la famille, la médiation et l'arbitrage sont peut-être les deux substituts les plus courants aux actions en justice. Dans le cas de la médiation, les parties cherchent elles-mêmes à en arriver à une entente avec l'assistance d'un médiateur neutre. Cette démarche passe pour être avantageuse parce que les avocats, souvent, ne peuvent prédire dans quel sens se prononcera le juge si le différend est soumis à un tribunal. Un arrangement conclu dans le cadre de la médiation, comme par exemple une entente de séparation, donne aux parties le contrôle sur leurs droits financiers et leurs droits patrimoniaux, et il peut être déposé devant une cour de justice et confirmé par une ordonnance de la cour. En recourant à la médiation, les particuliers peuvent aussi choisir des valeurs et principes autres que ceux que propage l'État pour guider leurs intérêts personnels. La médiation garantit le respect de la vie privée et peut encourager des relations plus constructives dans l'intérêt des enfants après un divorce, dans les cas où il n'y a ni violence ni oppression familiale. À noter toutefois que la médiation a fait l'objet de critiques de la part des féministes, qui en ont souligné les risques en général et dans

¹⁰ Berend Hovius, *Family Law: Cases, Notes and Material*, 5^e édition, (Toronto: Carswell, 2000), à la p. 37.

les cas de violence conjugale¹¹. La médiation est considérée comme un processus auquel on consent de son plein gré, chacune des parties étant libre de se retirer quand bon lui semble.

Le recours à l'arbitrage est relativement récent en droit de la famille. La *Loi sur l'arbitrage* a été modifiée en 1991 dans le but de régler les litiges en matière civile à moindre coût. Il est fort probable qu'au départ, l'intention du législateur était de rendre plus efficient le système de règlement des litiges d'ordre commercial, plutôt que les différends relevant du droit de la famille¹². L'arbitrage se distingue de la médiation en ce que les parties s'entendent pour qu'une tierce personne tranche leur litige comme le ferait un juge. Parmi les avantages que d'aucuns attribuent à l'arbitrage figurent le caractère privé de la procédure, le fait qu'elle soit moins coûteuse que le recours aux tribunaux et qu'une sentence arbitrale peut être déposée en cour et appliquée comme une ordonnance. Il n'est pas obligatoire de déposer en cour la sentence arbitrale et si on le fait, cette procédure n'implique pas une révision judiciaire de la décision. Cela signifie simplement qu'une partie à une convention d'arbitrage a la possibilité de faire appliquer la sentence au cas où l'autre partie ne se conforme pas à la décision de l'arbitre. Une fois la convention d'arbitrage signée, les parties ne peuvent plus se retirer du processus, ce qui peut s'avérer problématique si une convention d'arbitrage est signée à la date du mariage, mais que l'arbitrage lui-même ne s'effectue que des années plus tard. Une personne peut avoir alors changé d'avis et ne plus vouloir soumettre un différend à l'arbitrage. S'il s'agit d'un arbitrage gouverné par des principes religieux, les choses peuvent là encore poser problème si les convictions religieuses d'une des parties ont entretemps changé.

La *Loi sur l'arbitrage* autorise les parties à soumettre à l'arbitrage la plupart des litiges civils sans poser expressément de limites. Les arbitres, toutefois, ne peuvent imposer de décisions qui engagent directement d'autres acteurs que les parties elles-mêmes. Autrement dit, les matières de nature criminelle qui engagent l'État ou encore les différends impliquant des personnes ou des institutions qui n'ont pas consenti à l'arbitrage, ne peuvent être soumis à l'arbitrage. De la même façon, les litiges relevant de

¹¹ Goundry S.A. et al, *Family Mediation in Canada: Implications for Women's Equality* (Ottawa: Condition féminine Canada, 1998) et R. Mandhane, *The Trend Towards Mandatory Mediation in Ontario: A critical Feminist Legal Perspective* (Ottawa: Ontario Women's Justice Network, 1999). Voir également Georgina Taylor, Jan Barnsley et Penny Goldsmith, *Women and Children Last: Custody Disputes and the Family 'Justice' System* (Vancouver: VCASAA, 1996), où on peut lire en page 29 : «Aussi compétent qu'il soit, le médiateur ne pourra jamais compenser pour le contrôle qu'exerce un conjoint violent sur une femme battue. Il n'est pas difficile de comprendre qu'une femme qui a été agressée physiquement, humiliée et tournée en ridicule, menacée et isolée, ne pourra négocier avec assurance une fois assise à la même table que celui qui l'a maltraitée. Si la médiation débouche sur une solution impliquant la poursuite de contacts, ce qui s'avère inévitable quand il faut régler la garde des enfants et les droits de visite, l'autonomie et la sécurité que la femme a recherchées en rompant la relation seront gravement compromises.»

¹² On peut voir, à la lecture des débats qui ont précédé l'adoption de la *Loi sur l'arbitrage* à la législature provinciale, que le souci principal du législateur était d'instaurer un mécanisme plus efficient (en termes de rapport coût-efficacité) pour régler les différends de nature civile et épargner ainsi les maigres ressources du système judiciaire. Ontario, Assemblée législative, Journal des débats (Hansard), 5 novembre 1991), 3384 (M. Hampton). Voir également Ontario, Assemblée législative, Journal des débats (Hansard) (19 juin 1990) 1845 (M. Scott).

l'état civil comme le mariage ou le divorce sont exclus de l'arbitrage. De plus, le divorce étant de compétence fédérale, il échappe à la juridiction provinciale de l'arbitrage. Les litiges le plus souvent soumis à l'arbitrage sont des différends relatifs à des transactions commerciales et à des contrats de construction, à des litiges entre locataires et propriétaires ou relatifs à la propriété intellectuelle. Certaines questions relevant du droit de la famille, en particulier après dissolution du mariage ou d'une union de fait, peuvent aussi être soumises à l'arbitrage, comme par exemple le partage des biens matrimoniaux ou la pension alimentaire.

1. Le rôle des arbitres

La *Loi sur l'arbitrage* de l'Ontario autorise les parties à soumettre leur litige à l'arbitrage d'une tierce personne qu'elles désignent d'un commun accord. Aux termes du paragraphe 11(1) de la Loi, l'arbitre doit être indépendant des parties et agir en toute impartialité, à moins que les parties en décident autrement¹³. La Loi n'exige pas que l'arbitre ait suivi une formation spécialisée, dans la mesure où les parties sont libres de désigner toute personne qui, à leurs yeux, sera compétente pour régler leur différend¹⁴. Aux termes du paragraphe 10(1) de la Loi, toute personne choisie par des parties ou par un tribunal judiciaire peut être arbitre. Les arbitres sont tenus, en vertu des paragraphes 11(2) et 11(3) de la Loi, de divulguer à toutes les parties à l'arbitrage toutes les circonstances dont ils ont connaissance pouvant susciter des craintes raisonnables de partialité.

Les arbitres sont des avocats ou de simples citoyens qui peuvent ou non faire de cette fonction leur gagne-pain. En général, les parties désignent l'arbitre et lui versent des honoraires¹⁵. Si, en revanche, elles ne s'entendent pas sur la personne qui devra arbitrer leur différend, un tribunal judiciaire pourra désigner un arbitre à la requête d'une partie, tel que stipulé au paragraphe 10(1) de la Loi. Le tribunal désignera généralement une personne suggérée par l'une des parties. Les deux parties plaident devant le tribunal pour le convaincre de désigner la personne qu'elles privilégient.

Plusieurs journalistes ont souligné que la *Charte canadienne des droits et libertés* est la loi suprême du pays et de ce fait rend inopérante toute clause discriminatoire dans les conventions d'arbitrage, mais il ne faut pas oublier que l'arbitrage ne concerne que les litiges en matière civile. La *Charte* s'applique aux actions de l'État et non à des différends entre particuliers. Elle n'oblige pas en soi les arbitres à s'y conformer. Si, toutefois, une sentence arbitrale est déposée en cour et que le tribunal émet une ordonnance la mettant à exécution, on pourra peut-être parler d'une action gouvernementale assujettie à la *Charte*. Même si la *Charte* a été enchâssée dans la Constitution canadienne en 1982 et qu'aux termes de l'article 52(1) de la *Loi*

¹³ Dans certaines circonstances, on désigne un tribunal d'arbitrage composé de trois personnes, chacune des parties désignant un arbitre. Les deux arbitres non indépendants désignent à leur tour un troisième arbitre, neutre celui-là, qui agira à titre de président.

¹⁴ Il existe en Ontario une association d'arbitres agréés appliquant un code d'éthique, mais personne n'est légalement tenu de faire appel à leurs services. Voir en ligne ADR Institute of Ontario: www.adrontario.ca/carb.html

¹⁵ Hovius, *supra* note 10, à la p. 37.

constitutionnelle de 1982, toute disposition incompatible avec la *Charte* devient inopérante¹⁶, il est difficile de prévoir quel pourra en être l'effet sur une loi qui autorise deux parties à consentir en toute connaissance de cause à l'arbitrage selon les règles de droit qu'elles choisissent ou celles que l'arbitre juge appropriées¹⁷.

Autrefois considérées comme des affaires d'ordre privé protégées contre l'ingérence de l'État, certaines questions relevant du droit de la famille sont à présent reconnues comme des matières assujetties à la surveillance et l'intervention des pouvoirs publics. Dans le cas de la détermination des pensions alimentaires, qui n'implique pas une action gouvernementale, les tribunaux ont emprunté une grille d'interprétation qui leur permet d'intégrer les principes de la *Charte* dans le traitement de litiges entre particuliers et ce, dans le but de reconnaître et de corriger les désavantages historiquement subis par les femmes¹⁸. On peut soutenir que l'arbitrage d'un litige relevant du droit de la famille, quel que soit le cadre juridique utilisé pour régler le différend, doit par analogie et pour maintenir une certaine cohérence du droit, intégrer lui aussi les principes de la *Charte*. Alison Harvison Young avance un argument majeur en soutenant qu'à cause de la *Charte*, on ne peut plus continuer à ranger le droit de la famille dans le champ du droit privé. La *Charte* a «formulé des principes comme l'égalité qui forment un cadre ou une toile de fond qui à son tour assure un degré uniforme d'intégrité ou de cohérence» et elle a légitimé une école de traitement des litiges qui prend ouvertement en considération des questions d'intérêt public¹⁹.

Cependant, si l'on doit se référer aux principes de la *Charte*, rien ne justifie que l'on invoque seulement les droits à l'égalité et non d'autres droits garantis par la *Charte* comme la liberté de religion, pour déterminer le bien-fondé d'ententes privées. Certains ont suggéré que les réformes progressistes apportées au cours des années en droit de la famille ne sont pas seulement attribuables aux principes de la *Charte*, mais procèdent des principes d'égalité solidement ancrés dans le droit de la famille²⁰.

¹⁶ *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11, art. 52(1) [*Constitution*].

¹⁷ *Loi sur l'arbitrage*, note 4 *supra*, article 32(1).

¹⁸ Voir de manière générale *Moge c. Moge* [1992] 3 R.C.S. 813 [Moge]. Alison Harvison Young relève que la *Charte* a fourni un cadre de principes qui a guidé et influencé la Cour suprême du Canada dans des affaires impliquant l'interprétation ou le développement de la common law, l'interprétation des lois et l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Alison Harvison Young, "The Changing Family, Rights Discourse and the Supreme Court of Canada (2004) 80 Can. Bar. R. 749, à la p. 787.

¹⁹ Alison Harvison Young, note 18 *supra*, à la p. 792.

²⁰ Robert Leckey soutient que «les orientations contemporaines du droit de la famille sont substantiellement conformes aux valeurs qui animent les réformes législatives de ces dernières décennies : émancipation civile des femmes au Québec; introduction du divorce à torts partagés; adoption de mesures législatives sur le partage des biens matrimoniaux; introduction d'obligations alimentaires entre conjoints de fait et inclusion dans les lois sociales; abolition de notion d'«enfants illégitimes»; élargissement des obligations alimentaires envers les enfants conçus hors mariage». Leckey estime que si la *Charte* a servi d'instrument pour introduire d'importantes réformes en matières familiales, il ne faut pas pour autant sous-estimer les valeurs d'égalité et d'équité inhérentes au droit de la famille. Robert Leckey, "Family Law's Relational Subject" (octobre 2004) [non publié, en ligne par l'auteur].

B. Le processus d'arbitrage

Les parties à l'arbitrage et parfois l'arbitre qu'elles ont désigné signent un contrat appelé convention d'arbitrage, qui fixe un échéancier et définit les questions en litige et autres sujets pertinents que les parties désirent soumettre à l'arbitrage. Certaines conventions d'arbitrage sont très détaillées et précises, notamment en ce qui touche à la conduite de l'arbitrage, tandis que d'autres restent très simples. La *Loi sur l'arbitrage* stipule au paragraphe 5(3) qu'il n'est pas nécessaire que la convention d'arbitrage soit sous forme écrite. En revanche, un contrat familial concernant des questions relevant de la *Loi sur le droit de la famille* ou de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, comme la garde des enfants et les droits de visite ou la pension alimentaire, doit être couché sur papier et signé par les parties devant témoins, sans quoi il sera inexécutable²¹. On ne sait pas avec certitude si les conventions d'arbitrage portant sur des questions familiales, mais qui n'ont pas été conclues dans le cadre d'un contrat familial conformément à la Partie IV de la *Loi sur le droit de la famille*, doivent elles aussi être écrites.

Il faut bien rappeler ce qui distingue une convention d'arbitrage d'une sentence arbitrale. Dans le cas de la convention, les parties autorisent l'arbitre à agir, tandis que la sentence arbitrale représente la décision ou les motifs de l'arbitre. Le paragraphe 32(1) de la *Loi sur l'arbitrage* permet aux parties de choisir quelles règles de droit s'appliqueront pour trancher leur litige. Les parties sont libres d'adopter les principes de leur choix pour gouverner le processus d'arbitrage, à condition que les résultats ne soient pas prohibés par la loi ou qu'ils engagent des personnes ou des institutions n'ayant pas consenti à l'arbitrage. Autrement dit, la Loi a ouvert la porte à l'utilisation de n'importe quel code juridique, y compris un code fondé sur des principes religieux, pour régler des différends en matière civile en Ontario.

Aux termes du paragraphe 5(5) de la Loi, une convention d'arbitrage ne peut être révoquée que conformément aux règles ordinaires du droit des contrats. L'article 6 autorise un tribunal à ne pas rendre un jugement mettant à exécution une sentence arbitrale si les parties n'avaient pas réellement consenti à l'arbitrage. Par conséquent, si elle est portée à l'attention d'un tribunal, une sentence arbitrale peut être contestée au motif qu'elle a été signée sous l'effet de la contrainte, de pressions ou d'un abus d'influence. Le succès de la contestation ou la résistance d'une partie à une sentence arbitrale au motif de non-consentement à une convention d'arbitrage dépendra des faits en l'espèce et de la façon dont les tribunaux ont interprété dans des causes antérieures les notions de consentement, de contrainte, d'abus d'influence indue et/ou de pressions (voir plus loin la section E., « L'interprétation des ententes privées par les tribunaux »).

Aux termes du paragraphe 50(3) de la Loi, un tribunal judiciaire rendra un jugement mettant à exécution la sentence arbitrale. Les sentences arbitrales sont par conséquent finales et exécutoires en Ontario, à moins qu'elles soient annulées ou portées en appel conformément aux dispositions de la Loi.

²¹ *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, article 55(1) [FLA]. Voir *Duguay c. Thompson-Duguay* [2000] O.J. No. 1541 [QL], au par. 32.

C. Le contenu des sentences arbitrales en droit de la famille

Certaines balises encadrent les ententes d'arbitrage sur le fond. Théoriquement, on ne peut inscrire des dispositions discriminatoires ou des clauses introduisant par exemple un parti pris sexiste dans une convention d'arbitrage, car elles risqueraient d'être jugées déraisonnables parce que contraires aux principes du droit des contrats. Mais en pratique, vu le caractère privé de l'arbitrage, les tribunaux ne seront pas nécessairement informés de l'existence de clauses iniques, à moins qu'il y ait recours à un mécanisme de révision judiciaire.

Il n'est certes pas illégal de renoncer à certains droits reconnus dans la législation. Le processus extra-judiciaire de règlement des litiges encourage les parties à négocier leurs ententes en fonction de leurs besoins personnels. Il existe, toutefois, certains critères de base à respecter. En droit de la famille, les ententes concernant la répartition des biens matrimoniaux et la pension alimentaire exigent la pleine divulgation de la situation financière de chacune des parties et une compréhension claire des conséquences de l'entente. Par compréhension claire de la nature et des conséquences de l'entente, on entend généralement le fait de savoir lire et l'accès à des conseils juridiques indépendants. Si ces critères ne sont pas respectés, un tribunal peut annuler l'entente à la requête d'une des parties. Si, à la suite de la dissolution du mariage, une partie sollicite des prestations d'aide sociale, le gouvernement s'arrangera pour que l'ex-conjoint verse la pension alimentaire requise plutôt que d'alourdir le fardeau de l'État à ce chapitre²². Il y a donc là aussi possibilité de voir une entente annulée par les tribunaux. De plus, la Loi rend inexécutable parce que contraires à l'intérêt public les dispositions de contrats familiaux qui stipulent en cas de séparation que la femme doit rester chaste²³. En outre, les parties ne peuvent renoncer à l'avance à certains droits, du moins théoriquement, comme le droit d'occuper le domicile conjugal, mesure destinée à protéger les droits des enfants issus du mariage²⁴.

1. Le partage des biens matrimoniaux

En Ontario, un couple marié a droit, en vertu de la *Loi sur le droit de la famille*, à une part égale des biens à la dissolution du mariage²⁵. Des conjoints mariés peuvent s'entendre pour modifier leur droit légal aux « biens familiaux nets »²⁶ par voie de contrat familial. Un contrat familial peut inclure une clause en vertu de laquelle les parties consentent à l'arbitrage pour régler leur différend. Si le partage des biens des parties se règle par voie d'arbitrage et qu'il y a appel, le tribunal qui entendra l'appel

²² Brenda Cossman soutient que la multiplication des obligations privées s'inscrit parfaitement dans la logique du rétrécissement du filet de protection sociale. Cossman in Harvison Young, note 18 *supra*, à la p. 765. Voir également Mary Jane Mossman, "Conversations about Families in Canadian Courts and Legislatures: Are There 'Lessons' for the United States?" (2003) 32 Hofstra L.R. 171 aux p. 183-190.

²³ LDF, note 21 *supra* à l'art. 56(2).

²⁴ L'article 52(2) de la LDF, *ibid.*, se lit comme suit : «Est inexécutable la disposition d'un contrat de mariage qui prétend limiter les droits d'un conjoint qui sont reconnus en vertu de la partie II (Foyer conjugal).»

²⁵ L.D.F., *ibid.*, à l'art. 5(1).

²⁶ On trouvera à l'art. 4(1) de la LDF, *ibid.*, une définition des «biens familiaux nets».

devra en premier lieu déterminer si l'arbitre a pris ou non en considération les facteurs suivants : si une partie n'a pas divulgué à l'autre des dettes ou des éléments d'actif importants, si une partie n'a pas compris la nature et les conséquences du contrat familial, ou toute autre raison en conformité avec le droit des contrats²⁷. Au chapitre des mesures de protection prévues par le droit des contrats, il devra examiner par exemple si les parties ont bénéficié d'avis juridiques indépendants ou si le contrat peut être invalidé parce que jugé déraisonnable, conclu sous l'effet de la contrainte ou d'un abus d'influence ou dans des conditions d'inégalité de pouvoir de négociation.

2. Les pensions alimentaires

Un tribunal examinera les mêmes facteurs pour décider s'il doit ou non annuler une sentence arbitrale déterminant les aliments entre conjoints mariés ou de fait ou entre partenaires de même sexe²⁸. Au cas où une sentence arbitrale produit des résultats déraisonnables ou oblige les personnes à charge à faire appel à l'aide sociale, ou en cas de non-respect des clauses de la convention d'arbitrage, un tribunal peut éventuellement émettre une ordonnance alimentaire qui renversera les dispositions de la sentence arbitrale.

3. Garde, droit de visite, pension alimentaire des enfants et autres questions concernant les enfants

Parce que la *Loi sur l'arbitrage* ne fixe aucune limite au contenu de l'arbitrage, les parties peuvent soumettre à l'arbitrage des questions comme la garde, les droits de visite, les aliments pour les enfants et autres, y compris l'instruction morale et religieuse de leurs enfants. En fait, à ce chapitre, les accords privés concernant la garde et les droits de visite sont bien plus courants que les ordonnances des tribunaux. L'Institut islamique de justice civile a déclaré que la garde, les droits de visite ou la pension alimentaire des enfants ne pourront être soumis à son arbitrage²⁹. En réalité, rien dans la loi ne l'empêche de le faire.

Vu que la pension alimentaire des enfants est un domaine de compétence partagée entre les provinces et le gouvernement fédéral, un arbitre aura tout intérêt à suivre à la lettre les Lignes directrices sur les aliments pour les enfants³⁰. L'article 56(1.1) de la *Loi sur le droit de la famille* stipule en outre que le tribunal peut passer outre à une disposition d'un contrat familial s'il est d'avis que cette mesure est déraisonnable compte tenu des lignes directrices relatives aux aliments pour les enfants. La Cour supérieure de l'Ontario a noté

²⁷ *Ibid.*, à l'art. 56(4).

²⁸ *Ibid.*, à l'art. 33.

²⁹ Syed Mumtaz Ali a déclaré que le droit islamique de la famille ne s'appliquerait pas dans les différends entourant la garde des enfants. " Nous ne pouvons pas arbitrer en ces matières parce qu'en droit canadien, l'intérêt de l'enfant est une question très sensible. Les décisions en cette matière doivent revenir aux tribunaux." Voir Marina Jiminez, "Islamic Law in Civil Disputes Raises Questions" (11 décembre 2003), en ligne: Workopolis.com <http://www.workopolis.com/servlet/Content/qprinter/20031211/SHARIA11>

³⁰ Voir l'art. 15.1(3) de la *Loi sur le divorce*, S.R., 1985, c. 3 et l'art. 33(11) et l'art. 56(1.1) de la LDF, note 21 *supra*.

que même si la *Loi sur l'arbitrage* régit tous les types de différends civils, ses dispositions ne cadrent pas particulièrement bien avec le droit de la famille et «encore moins les matières relatives à la garde des enfants et aux droits de visite³¹ ». Dans les affaires *Duguay c. Thompson-Duguay* et *Hercus c. Hercus*, la Cour a estimé que sa compétence *parens patriae* l'autorisait à intervenir dans les sentences arbitrales dans le meilleur intérêt de l'enfant³². On entend traditionnellement par compétence *parens patriae* le fait que l'État est le souverain et le gardien des personnes juridiquement incapables, comme les mineurs ou les personnes souffrant de troubles mentaux³³. Toutefois, vu que l'arbitrage est un ordre juridique privé, toute sentence arbitrale concernant les enfants ne pourra être modifiée que si elle est portée à l'attention d'un tribunal.

D. L'intervention des tribunaux dans les conventions et sentences arbitrales

Rien ne garantit que l'arbitrage éliminera les recours judiciaires onéreux et lents, dans la mesure où la *Loi sur l'arbitrage* permet à une partie d'en appeler d'une sentence arbitrale ou de la soumettre au mécanisme de révision judiciaire dans certaines circonstances.

L'arbitrage ne mène pas nécessairement à l'intervention des tribunaux. Si les parties sont satisfaites de la sentence ou incapables, pour une raison ou une autre, de porter l'affaire en cour, les choses en resteront là. Les arbitrages et les sentences qui en résultent sont par nature privés. À moins que la sentence fasse l'objet d'une contestation ou doive être mise à exécution, la procédure demeurera à l'écart de la sphère publique. Les tribunaux d'arbitrage peuvent, sans y être obligés, déterminer leurs propres règles en ce qui touche à la conservation des dossiers et/ou aux transcriptions de l'arbitrage. Pour certains, cette confidentialité constitue un des attraits de l'arbitrage; pour d'autres, elle peut avoir pour effet d'isoler les parties et de privatiser l'oppression. Citons ici la lettre adressée par le ministère du Procureur général au Conseil canadien des femmes musulmanes :

Même des actions manifestement illégales peuvent se produire à moins que les autorités publiques en prennent connaissance. Dans le même sens, des personnes peuvent pâtir de sentences arbitrales injustes, sauf si elles les portent à l'attention des tribunaux³⁴.

Nous allons, dans les sections qui suivent, définir ce qui distingue les appels de la révision judiciaire et décrire dans quelles circonstances on peut engager ces procédures.

³¹ *Duguay*, note 21 *supra*, par. 31. Voir aussi *Hercus c. Hercus*, [2001] O.J. No 534 [C.S.] [*Hercus*] au par. 76.

³² *Ibid.* Voir également *Loi portant réforme au droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, c. C.12, à l'art. 69, et *Loi sur le droit de la famille*, note 21 *supra*, à l'art. 56(1).

³³ *Black's Law Dictionary*, 6^e édition.

³⁴ Lettre du ministère du Procureur général (26 avril 2004) à Mme Alia Hogben, directrice générale du Conseil canadien des femmes musulmanes à la p. 5 (en ligne par l'auteur).

1. La procédure d'appel

L'article 45 de la *Loi sur l'arbitrage* précise les modalités d'appel accessibles à une partie. Lorsque la convention d'arbitrage ne prévoit pas la possibilité d'en appeler sur des points de droit, une partie peut interjeter appel d'une sentence arbitrale avec l'autorisation du tribunal. Celui-ci n'accordera son autorisation que s'il estime que l'importance, pour les parties, des questions en cause justifie un appel, et que le règlement de la question de droit en litige aura une incidence importante sur les droits des parties³⁵. Les conventions d'arbitrage qui prévoient spécifiquement un droit d'appeler sur une question de droit, de fait ou une question mixte de droit et de fait³⁶ seront examinées par le tribunal et celui-ci peut exiger du tribunal arbitral qu'il donne des explications sur un point quelconque³⁷. Le tribunal peut confirmer, modifier ou annuler la sentence ou la renvoyer devant le tribunal arbitral en l'assortissant d'un avis et/ou de directives.

Dans le cas d'une procédure d'appel, un tribunal peut faire preuve d'une certaine déférence ou d'une certaine retenue à l'endroit de la décision de l'arbitre. Le degré approprié de retenue est appelé norme de contrôle. Dans le jugement *Robinson c. Robinson*, une décision de la Cour supérieure de l'Ontario en droit de la famille, celle-ci note qu'un tribunal ne doit pas s'ingérer dans une sentence arbitrale à moins qu'il estime que l'arbitre a commis une erreur de principe ou passé outre une preuve matérielle, ou qu'il y ait eu méprise sérieuse dans l'appréciation de la preuve³⁸.

En général, les tribunaux vont se montrer stricts quand ils examinent de pures questions de droit et vont substituer leur opinion à celle de l'arbitre. Autrement dit, la décision de l'arbitre doit être «correcte», sans quoi elle sera renversée. Si une partie à un arbitrage conduit par l'Institut islamique de justice civile porte en appel une pure question de droit, il y a de fortes chances que le droit que le tribunal jugera applicable sera le droit canadien et non la version de la charia choisie par les parties. La norme appliquée ici est fondée sur le principe de l'universalité, qui impose aux cours d'appel le devoir de veiller à ce que les mêmes règles de droit soient appliquées dans des situations similaires³⁹. Il est possible aussi que le tribunal décide d'entendre l'appel en appliquant la charia conformément aux règles de l'arbitrage interprovincial. Par conséquent, si les parties s'entendent pour que soit appliqué le droit substantif d'une autre juridiction, les arguments formulés des deux côtés lors de l'arbitrage porteront sur ce que stipule réellement le droit de cette juridiction. Le tribunal qui entendra l'appel pourra se servir du procès-verbal d'arbitrage pour déterminer si l'arbitre a mal appliqué le droit de cette

³⁵ *Loi sur l'arbitrage*, note 4 *supra*, à l'art. 45(1).

³⁶ Une question de droit est une question touchant la portée, l'effet ou l'application d'une règle ou d'un principe que les tribunaux appliquent pour déterminer les droits des parties. *R. c. Alberta Giftwares Ltd.* [1974] R.C.S. 584, per Ritchie J. Une question de fait est une conclusion de fait exigeant que soit tirée une conclusion factuelle d'un ensemble de faits. Les questions mixtes de fait et de droit supposent l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits. Voir *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 RCS 235, au par. 26.

³⁷ *Loi sur l'arbitrage*, note 4 *supra*, à l'art. 45(2), (3) et (4).

³⁸ *Robinson c. Robinson*, [2000] O.J. No 3299 au par.5 [QL]. La Cour s'est ici appuyée sur la décision de la Cour suprême dans *Moge*, note 18 *supra*, par. 18-19.

³⁹ *Housen c. Nikolaisen*, note 36 *supra* au par. 9 et plus généralement aux par. 8-37.

juridiction. Si ces renseignements ne figurent pas au procès-verbal ou si les parties n'ont pas plaidé le droit étranger applicable, le tribunal présupera que le droit étranger est le même que celui de l'Ontario. À noter que dans une situation de ce type, les parties à l'arbitrage ou leur avocat/représentant seront tenus de plaider en invoquant les «règles de droit» qui s'appliquent.

Il s'agit peut-être là de la protection la plus efficace pour les parties vulnérables, en particulier quand il y a lieu de croire qu'une sentence autorise une mesure qui contrevient au régime de droit familial de l'Ontario, dans la mesure où par défaut, le fait que la cour présume que le droit invoqué est le même que celui de l'Ontario fournit une sorte de norme juridique minimale. Toutefois, cette règle va inévitablement susciter un affrontement entre juristes islamiques conservateurs et modernistes qui seront appelés comme experts à l'arbitrage pour préciser les nuances du droit de la charia.

Pour les parties qui craignent une sentence arbitrale injuste, le mécanisme d'appel constitue la meilleure protection contre les sentences non conformes au droit canadien.

Les conclusions factuelles d'un arbitre ont droit au plus haut degré de retenue de la part d'une cour d'appel. Elles ne peuvent être invalidées que si l'arbitre a commis une erreur «manifeste et dominante». Cette norme se fonde sur la présomption que le juge des faits est le mieux placé pour tirer des conclusions de fait, parce qu'il a l'occasion d'examiner la preuve en profondeur, d'entendre les témoignages de vive voix et de se familiariser avec l'affaire dans son ensemble⁴⁰. Il est donc peu probable qu'un tribunal renverse la décision d'un arbitre sur une conclusion de fait.

De la même façon, les questions mixtes de droit et de fait ne pourront être invalidées que si l'arbitre a commis une erreur manifeste et dominante. Si, en revanche, l'arbitre a commis une erreur de principe identifiable en ce qui touche à la règle juridique applicable ou à son application, cette erreur correspond alors à une erreur de droit assujettie à la norme de la «décision correcte»⁴¹.

Il faut noter que les parties à l'arbitrage peuvent accepter de renoncer à leur droit d'appel dans leur convention d'arbitrage⁴². Il y a de fortes chances que les parties renoncent à ce droit, en particulier si elles ont choisi l'arbitrage parce qu'il offrait un mécanisme de rechange au recours devant les tribunaux canadiens. Cette option limite donc gravement le contrôle judiciaire des sentences arbitrales, quoiqu'elle n'exclue pas totalement l'intervention des tribunaux.

2. Le mécanisme de révision judiciaire

Il y a révision judiciaire lorsqu'un tribunal annule une sentence arbitrale parce que la *Loi sur l'arbitrage* stipule que les parties ne peuvent convenir, expressément ou

⁴⁰ *Ibid.*, au par. 18.

⁴¹ *Ibid.*, aux par. 26-37.

⁴² Voir la *Loi sur l'arbitrage*, note 4 *supra*, à l'art. 3.

implicitement, de modifier ou d'exclure l'article 46 (annulation de la sentence)⁴³. La révision judiciaire, contrairement au mécanisme d'appel, tend à porter sur des questions de nature procédurale (voir plus loin la section « L'annulation des conventions et sentences arbitrales »).

La norme de contrôle appliquée par les tribunaux dans le cas de la révision judiciaire d'une sentence arbitrale est complexe et implique l'examen de multiples facteurs pour déterminer quelle déférence le tribunal doit accorder à la décision d'un arbitre⁴⁴. Dans le cas où une sentence arbitrale fait l'objet d'une révision judiciaire, le tribunal va généralement respecter et mettre à exécution les dispositions de la sentence, à moins que celle-ci soit déraisonnable ou manifestement déraisonnable. On peut lire dans les jugements *Duguay* et *Hercus* que «[l]a législature a donné aux tribunaux des instructions claires pour qu'ils manifestent la plus grande retenue face aux sentences arbitrales et plus généralement aux règlements de différends par voie d'arbitrage⁴⁵ ». Autrement dit, les tribunaux ont généralement tendance à respecter les décisions des arbitres.

En vertu des principes du droit administratif, le tribunal judiciaire doit évaluer, quand il détermine le degré de déférence à accorder à une sentence arbitrale, si un arbitre possède une expertise supérieure à la sienne propre. Si un arbitre peut prétendre posséder des connaissances très spécialisées, par exemple dans le cas d'un arbitrage fondé sur un droit religieux, les tribunaux vont, théoriquement, militer en faveur d'une plus grande retenue⁴⁶ et donc favoriser la validation de la décision arbitrale⁴⁷. Il y a de fortes chances que l'expertise du tribunal d'arbitrage sera le facteur déterminant. Il existe, toutefois, trois autres facteurs à considérer dans l'analyse fonctionnelle et pragmatique appliquée lors de la révision judiciaire qui peuvent influencer sur le degré de retenue du tribunal judiciaire⁴⁸.

3. L'annulation des conventions et sentences arbitrales

La plupart des protections prévues dans la *Loi sur l'arbitrage* font référence à des garanties procédurales. Toutefois, la jurisprudence montre que dans certains cas, les tribunaux vont interpréter certains articles de la Loi de manière à inclure certaines garanties quant au fond de la décision arbitrale. Le paragraphe 19(1) de la Loi stipule que les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et avec équité. Le paragraphe 19(2) énonce que chaque partie doit avoir la possibilité de présenter son exposé des faits

⁴³ *Ibid.*, aux par. 3.4.

⁴⁴ Voir *Pushpanathan c. Canada* [1998] 1 R.C.S. 982 [*Pushpanathan*]

⁴⁵ *Hercus*, note 31 *supra*, au par. 76, et *Duguay*, note 21 *supra*, au par. 31. [Notre traduction]

⁴⁶ Un degré élevé de retenue aura tendance à favoriser l'application de la norme du caractère manifestement déraisonnable à l'une des extrémités de la gamme. Voir *Pushpanathan*, note 44 *supra* aux par. 32-35.

⁴⁷ *Pezim c. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557 au par. 66.

⁴⁸ Ces trois autres facteurs sont les suivants : 1) l'existence ou non de clauses privatives; 2) la nature du problème, à savoir s'il s'agit d'une question de droit ou de fait; 3) l'objet de la loi dans son ensemble et de la disposition en cause. Voir *Pushpanathan*, note 44 *supra* aux par. 29-38. Voir aussi *Voice Construction Ltd v. Construction & General Workers Union, Local 92* [2004] S.C.J. No 2 [QL] et *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College* [2004] S.C.J. No 24 [QL].

et de répliquer à celui de l'autre partie. Dans l'affaire *Hercus*, la juge Templeton a estimé que rien dans la *Loi sur l'arbitrage* ne limitait le concept d'équité énoncé à l'article 19(1) à la seule équité procédurale. Elle a jugé que c'est plutôt l'article 19(2) de la Loi qui traite plus spécifiquement du concept d'équité procédurale⁴⁹. Il s'agit d'une conclusion encourageante qui permet de penser que les tribunaux seront plus enclins, dans les causes de droit de la famille, à interpréter les sentences arbitrales sur le fond en ce qui touche à l'équité.

De manière générale, l'article 6 de la *Loi sur l'arbitrage* autorise un tribunal à intervenir 1) pour faciliter la conduite des arbitrages; 2) veiller à ce que les arbitrages soient effectués conformément aux conventions d'arbitrage; 3) empêcher que les parties aux conventions d'arbitrage soient traitées autrement que sur un pied d'égalité et avec équité; 4) exécuter les sentences.

Le paragraphe 20(1) de la Loi stipule que le tribunal arbitral peut déterminer la procédure à suivre au cours de l'arbitrage, conformément à certaines lignes directrices énoncées dans la Loi.

Aux termes du paragraphe 46(1) de la Loi, un tribunal peut, à la requête d'une partie, annuler une sentence arbitrale dans certaines circonstances. Nous allons reprendre ici chacun de ces motifs en l'assortissant d'un exemple pour mieux en illustrer la portée :

Un tribunal peut annuler une sentence arbitrale quand :

1. Une partie a conclu la convention d'arbitrage alors qu'elle était frappée d'incapacité juridique.

Le tribunal ne peut mettre à exécution, par exemple, une convention engageant un mineur ou une personne souffrant de déficience mentale.

2. La convention d'arbitrage est nulle ou a cessé d'exister.

Une convention d'arbitrage sera jugée invalide si les délais fixés au départ ont expiré ou si une garantie procédurale n'a pas été respectée. Cette disposition peut aussi être invoquée pour annuler des sentences contraires à l'ordre public, dans le cas, par exemple, d'une convention imposant des conditions déraisonnables comme la chasteté, ou d'un contrat déraisonnable.

3. La sentence porte sur un différend que la convention d'arbitrage ne prévoit pas, ou elle comporte une décision sur une question qui dépasse les termes de la convention.

Par exemple, si la convention ne porte que sur la séparation des biens matrimoniaux après l'échec du mariage, mais que la sentence fixe la pension alimentaire, celle-ci sera jugée invalide parce qu'elle dépasse la portée de

⁴⁹ *Hercus*, note 31 *supra*, aux par. 96-97.

l'entente. Le paragraphe 46(3), toutefois, restreint la portée de cette disposition en stipulant que le tribunal ne pourra annuler une sentence pour ce motif si la partie a donné son accord à l'inclusion de cette question, si elle a renoncé à son droit de s'opposer à cette inclusion, ou si elle a convenu que le tribunal arbitral avait le pouvoir de déterminer les différends qui lui sont soumis. Par conséquent, une clause d'une convention qui accorde à l'arbitre le pouvoir de décider des questions à régler ou une clause de renonciation de droits peut s'avérer extrêmement désavantageuse si une partie décide par la suite de faire appel à un tribunal pour annuler une sentence arbitrale.

4. La composition du tribunal n'était pas conforme à la convention d'arbitrage ou, si la convention ne traitait pas de cette question, n'était pas conforme à la *Loi sur l'arbitrage*.

Il s'agit là d'une garantie procédurale visant à ce que la conduite de l'arbitrage soit conforme aux vœux des parties ou aux dispositions de la Loi.

5. L'objet du différend ne peut fait l'objet d'un arbitrage aux termes des lois de l'Ontario.

Un tribunal annulera une convention qui vise par exemple à lier une tierce partie ou qui ne relève pas du droit civil.

Les dispositions suivantes déterminent les circonstances dans lesquelles un tribunal peut intervenir lorsque l'arbitrage n'est pas conduit avec équité.

6. Le requérant n'a pas été traité sur un pied d'égalité et avec équité, n'a pas eu la possibilité de présenter son exposé des faits ou de répliquer à celui d'une autre partie, ou n'a pas été avisé en bonne et due forme de la tenue de l'arbitrage ou de la désignation d'un arbitre.

7. Les procédures suivies au cours de l'arbitrage n'étaient pas conformes à la présente loi.

8. Un arbitre a commis un acte vénal ou frauduleux, ou il existe des craintes raisonnables de partialité.

9. La sentence a été obtenue frauduleusement.

4. Déclaration de nullité de l'arbitrage à la requête d'une partie n'ayant pas participé à l'arbitrage

Il est intéressant de constater que le paragraphe 48(1) de la *Loi sur l'arbitrage* stipule qu'à n'importe quel stade de l'arbitrage, une partie qui n'a pas participé à l'arbitrage peut s'adresser au tribunal pour qu'il déclare nul un arbitrage pour l'un des motifs suivants :

- a) une partie a conclu la convention d'arbitrage alors qu'elle était frappée d'incapacité juridique;
- b) la convention d'arbitrage est nulle ou a cessé d'exister;

- c) l'objet du différend ne peut faire l'objet d'un arbitrage aux termes des lois de l'Ontario.
- d) la convention d'arbitrage ne s'applique pas au différend.

Il s'agit là d'une protection très utile pour les parties vulnérables qui ne possèdent pas les moyens financiers ou les ressources psychologiques pour engager une action en justice. On peut présumer qu'un membre de la famille ou un organisme sympathique à sa cause et qui connaît bien la situation de cette partie peut s'adresser au tribunal pour faire déclarer l'arbitrage nul si, par exemple, il ou elle a des raisons de croire que la partie a conclu une convention sans réellement y consentir. Par contre, cette disposition pourrait tout autant être invoquée pour saper la position légitime d'une partie qui a consenti de son plein gré à l'arbitrage.

5. Redressements inhabituels

Le paragraphe 50(7) de la Loi énonce que si la sentence arbitrale accorde un redressement que le tribunal judiciaire n'a pas compétence d'accorder, le tribunal peut accorder un autre redressement ou la renvoyer devant le tribunal arbitral accompagnée de l'avis du tribunal judiciaire, celui-ci demandant à l'arbitre d'octroyer un redressement différent. Ainsi, au cas où un différend est porté à l'attention d'un tribunal, il existe certaines garanties quant au type de redressement qui sera accordé.

E. L'interprétation des ententes privées par les tribunaux

Pour bien comprendre l'impact que pourra avoir l'arbitrage sur les parties, il convient d'examiner quelle approche adoptent les tribunaux face à la privatisation croissante de certains champs du droit. La Cour suprême du Canada a exprimé dans plusieurs arrêts en droit de la famille son inclination à valider les arrangements entre parties privées :

[...] lorsqu'il est loisible aux particuliers de veiller eux-mêmes à leur bien-être financier à la dissolution du mariage, les tribunaux doivent hésiter à remettre en question l'arrangement que ces particuliers s'attendaient raisonnablement à invoquer. Les gens peuvent choisir d'organiser leurs affaires de maintes façons, et c'est là leur droit le plus strict⁵⁰.

Dans la cause *Miglin c. Miglin*, qui soulevait la question de l'interprétation d'une entente de séparation, la Cour suprême a estimé que les juges de première instance doivent soupeser l'objectif législatif du partage équitable des conséquences du mariage et de son échec au sens de la *Loi sur le divorce*⁵¹, avec le fait que les parties ont la liberté de régler leurs affaires comme elles l'entendent.

⁵⁰ *Hartshorne c. Hartshorne* [2004] 1 R.C.S. 550 au par. 36 [*Hartshorne*]

⁵¹ L'alinéa 15.2(6) de la *Loi sur le divorce*, note 30 *supra*, précise les objectifs des ordonnances alimentaires.

En conséquence, le tribunal devrait hésiter à intervenir dans une entente préexistante, à moins d'être convaincu que l'entente n'est pas conforme pour l'essentiel aux objectifs généraux de la Loi sur le divorce⁵².

Cette décision suggère l'existence d'une certaine notion d'un ordre public fondamental que les parties sont tenues de respecter en droit de la famille. L'évolution de la jurisprudence en droit de la famille au Canada depuis *Murdoch c. Murdoch*⁵³ montre effectivement que les questions de droit de la famille sont devenues une affaire de droit et d'intérêt publics⁵⁴.

Si l'interprétation de la Cour suprême dans l'arrêt *Miglin* offre une certaine protection contre des arrangements manifestement inéquitables, il reste que la Cour a estimé dans *Hartshorne c. Hartshorne* qu'une certaine retenue s'imposait dans le cas d'arrangements qui s'écartaient du régime légal applicable aux biens matrimoniaux, en particulier quand ils étaient négociés après avoir reçu des avis juridiques indépendants, que ces avis aient été pris en compte ou non⁵⁵. Dans cette affaire, deux personnes qui étaient des avocats, ont conclu un contrat de mariage le jour de leurs noces. Les deux parties avaient auparavant bénéficié d'un avis juridique indépendant. Dans son avis juridique écrit, l'avocat de l'épouse avait prévenu sa cliente que le contrat de mariage proposé créait «une injustice flagrante» et qu'elle avait droit à beaucoup plus en vertu du régime légal applicable aux biens matrimoniaux⁵⁶. Pour diverses raisons, la femme a néanmoins signé le contrat. Même si, dans cette décision, la minorité a noté que «la prévisibilité [de l'entente] (ou encore le simple fait de la conclure) n'élimine pas l'inégalité substantielle⁵⁷», la majorité de la Cour a néanmoins conclu que «si l'intimée avait réellement cru, à l'époque, que le contrat était inacceptable, elle n'aurait pas dû le signer.⁵⁸ ».

L'affaire *Hartshorne*, qui avait commencé en Colombie-Britannique, est particulièrement préoccupante parce que la majorité des juges de la Cour suprême n'a pas exploité les critères d'intervention judiciaire moins stricts qui prévalent en Colombie-Britannique en matière de contrats familiaux. En vertu de la *Family Relations Act* de la Colombie-Britannique, un tribunal peut redistribuer les biens après avoir conclu que le partage des biens matrimoniaux prévu dans le contrat familial serait «inéquitable»⁵⁹. En Ontario, par contre, ces critères sont beaucoup plus étroits. Les juges

⁵² *Miglin c. Miglin* [2003] 1 R.C.S. 303 au par. 46 [*Miglin*]

⁵³ *Murdoch c. Murdoch* [1975] 1 R.C.S. 423. Ce célèbre jugement dans la jurisprudence en droit de la famille montre à quel point les tribunaux refusaient à l'époque d'appliquer des principes d'équité pour rendre justice aux deux conjoints après l'échec du mariage.

⁵⁴ Voir en général *Moge*, note 18 *supra*. Selon Alison Harvison Young, «le discours et la méthodologie de la Charte ont eu de profondes répercussions sur la nature et le style des décisions des tribunaux qui, et ce n'est pas surprenant, ont influencé tous les champs du droit, que celui-ci soit ou non directement applicable.» Harvison Young, note 18 *supra*, à la p. 760.

⁵⁵ *Hartshorne*, note 50 *supra*, au par. 67.

⁵⁶ *Ibid.*, au par. 60.

⁵⁷ *Ibid.* au par. 89, juge Deschamps.

⁵⁸ *Ibid.* au pa. 65, juge Bastarache.

⁵⁹ *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 65.

ne peuvent annuler un contrat que dans certaines circonstances, comme par exemple le fait qu'une partie n'a pas divulgué à l'autre des éléments d'actif ou de passif importants, ou si une partie n'a pas compris la nature et les conséquences du contrat ou pour une autre raison en conformité avec le droit des contrats⁶⁰. L'interprétation conservatrice, par la Cour suprême, de la notion d'«équité» contenue dans la loi de la Colombie-Britannique fait craindre que les juges vont interpréter une situation similaire à celle de l'affaire *Hartshorne* en préconisant autant, voire plus de retenue de la part des tribunaux.

1. L'interprétation du libre consentement

Il faut aussi noter dans l'arrêt *Hartshorne* certains éléments entourant la liberté du consentement à la conclusion d'un contrat familial. Comme on l'a déjà mentionné, les époux *Hartshorne* avaient signé un contrat de mariage le jour de leurs noces et après avoir reçu un avis juridique indépendant. Même si les témoignages du mari et de la femme ne concordent pas, ils ont toutefois reconnu qu'au moment de signer le contrat, cette dernière était troublée et réticente à signer⁶¹. La juge de première instance a souligné que la défenderesse

[...] avait l'impression de ne pas avoir d'autre choix que de signer le contrat. La date du mariage était fixée, elle avait un enfant de 20 mois et en attendait un autre (elle était enceinte mais l'ignorait encore à ce moment-là) et s'était engagée à partager la vie du demandeur. Elle a témoigné à l'effet que le demandeur dominait et contrôlait la situation et qu'elle savait que si elle ne signait pas le contrat proposé, cela allait totalement compromettre la qualité de leurs relations... Un peu après la cérémonie du mariage, mais avant que les parties et leurs invités sortent pour aller dîner, elle se souvient être restée dans la cuisine avec une de ses amies, Leslie Walton. Le demandeur la pressait de signer le contrat avant leur départ pour le repas de noces et elle a fini par le faire en la présence de Leslie Walton. Selon son témoignage, elle pleurait et était très bouleversée... Madame Walton a témoigné qu'elle se souvenait d'avoir vu la défenderesse et le demandeur entrer dans la cuisine et qu'ils discutaient de quelque chose. La défenderesse était à l'évidence troublée et elle pleurait. Le demandeur lui a tendu un stylo, et la défenderesse a alors levé les yeux vers Mme Walton en lui disant «Tu es mon témoin, je signe ce contrat sous la contrainte». Madame Walton n'a jamais vu le document, elle a eu seulement connaissance que la défenderesse signait quelque chose⁶².

La juge de première instance a conclu que malgré l'état émotif de la défenderesse au moment de la signature du contrat, celle-ci n'avait pas prouvé que le contrat était déraisonnable ou qu'elle l'avait signé sous l'effet de la contrainte, de pressions ou d'un abus d'influence⁶³. La Cour d'appel et la Cour suprême ont maintenu cette décision.

⁶⁰ L'article 56 de la *Loi sur le droit de la famille*, note 21 *supra*, énumère les motifs pour lesquels un juge peut annuler un contrat familial en Ontario.

⁶¹ *Hartshorne v. Hartshorne* [1999] B.C.J. No 2861 au par. 40 [QL] [*Hartshorne*, B.C.S.C.].

⁶² *Ibid.*, aux par. 43-45.

⁶³ *Ibid.*, au par. 46.

Comme on peut le constater à la lumière de cette décision, les tribunaux ont fixé des critères stricts pour évaluer s'il y a eu ou non contrainte. Même si en common law, on reconnaît une défense de contrainte, on en a toujours défini étroitement la portée et l'annulation de contrats est restée essentiellement circonscrite aux cas où entraînent en jeu des menaces physiques⁶⁴. La loi prévoit une protection générale lorsque une partie bénéficie d'un avantage indû du fait d'une inégalité de pouvoir de négociation. Cette inégalité peut résulter de plusieurs facteurs comme «la violence ou l'intimidation ou... un handicap d'ordre cognitif ou autre... de l'anxiété ou du stress ou une dépression nerveuse ou une consommation d'alcool ou de drogues⁶⁵. Les autres facteurs retenus pour établir un rapport d'inégalité sont l'âge avancé, la détresse affective, l'alcoolisme et l'absence d'expérience dans les affaires⁶⁶. Il semble que toute transaction qui a pour effet de «duper ou léser» une partie plus faible sera jugée non-exécutoire si la partie en position de force se trouve injustement avantagée⁶⁷.

Il existe une série bien établie de précédents où les tribunaux ont annulé des ententes contractuelles au motif d'un abus d'influence, à savoir un avantage résultant d'une « longue relation de contrôle et de domination »⁶⁸. Certains rapports comme ceux qu'entretiennent un avocat et un client, un médecin et un patient, donnent lieu à une présomption d'abus d'influence. La relation époux-épouse n'entre pas dans cette catégorie de rapports particuliers. Toutefois, quand une différence dans le pouvoir de négociation a pu être établie, par exemple lorsque le mari a exercé de la violence à l'endroit de sa femme, un tribunal annulera une transaction conclue dans des conditions d'abus d'influence et de pouvoir exorbitant d'une des parties⁶⁹.

Syed Mumtaz Ali, l'actuel directeur de l'Institut islamique de justice civile, a expliqué qu'en vertu du droit des minorités tel qu'établi par la charia, les musulmans qui vivent dans des pays non musulmans sont tenus de suivre la charia dans la mesure où ils peuvent la faire appliquer⁷⁰. Selon Mumtaz Ali, avant les modifications apportées à la *Loi sur l'arbitrage*, les musulmans canadiens avaient une bonne excuse pour ne pas appliquer la charia pour régler leurs différends. À présent que les conventions d'arbitrage

⁶⁴ S.M. Waddams, *The Law of Contracts*, 3^e édition, (Toronto: Canada Law Books, 1993), au par. 502.

⁶⁵ *Rosen c. Rosen* (1994), 18 O.R. (3d) 641 aux p. 645-646 (C.A.), demande d'autorisation d'appel rejetée (17 février 1995), Bulletin de la C.S.C., 1995, p. 340.

⁶⁶ Waddams, note 64 *supra*, au par. 511.

⁶⁷ *Ibid.* Voir *Dyck c. Manitoba Snowmobile Association* (1985) 1 R.C.S. 589, au par. 10.

⁶⁸ Voir Juge McLeod, *Sartor v. Sartor* (1993), 45 R.F.L. (3d) 250 à la p. 251.

⁶⁹ Voir par exemple *S.M.B. v. K.R.B.* [1997] O.J. No 3199 [QL]. La cour a estimé, au par. 44, que l'épouse n'avait pas été en mesure de bénéficier d'un avis juridique indépendant vu la violence conjugale qu'elle subissait à l'époque.

⁷⁰ Il faut noter que l'imam Feisal Abdul Rauf, de la mosquée Masjid-al-Farah de New York, soutient que la Déclaration d'indépendance et la Constitution américaine «sont passablement conformes au droit islamique, à la charia». Je peut affirmer, preuves à l'appui, que ce que nous avons ici, aux États-Unis, s'inscrit très bien dans l'ordre des choses islamique, et c'est ce qui explique pourquoi les musulmans se sentent à l'aise de vivre en Occident. En fait, ils préfèrent vivre dans le système de gouvernance occidentale parce que ce qui existe dans le monde musulman n'est pas réellement islamique.» Melvin McLeod, "What's Right With Islam: A Conversation with Imam Feisal Abdul Rauf", *Shambhala Sun* (juillet 2004) 55, à la p. 57.

sont considérées comme des ententes finales et juridiquement contraignantes, «l'exemption accordée aux musulmans par la charia ne s'applique plus puisque son caractère impraticable a été supprimé. Dans le règlement des litiges civils, nous n'avons d'autre choix que d'établir un tribunal d'arbitrage » (fondé sur la charia) [c'est moi qui souligne]⁷¹. Il n'est certainement pas inimaginable qu'une musulmane pieuse fasse l'objet de pressions pour consentir à l'arbitrage fondé sur le droit de la charia à cause de déclarations comme celle de Syed Mumtaz Ali.

Le rabbin Reuven Tradburks, secrétaire du *Beis Din*⁷² du *Vaad Harabonim* de Toronto, a tenu des propos fort similaires : « Dans cette ville, nous incitons les gens à soumettre leurs différends à l'arbitrage selon la loi juive, parce que le recours au *Beis Din* est un *mitzvah*, un commandement de Dieu, une obligation⁷³. » Selon Homa Arjomand, qui dirige la nouvelle « Campagne internationale contre le tribunal de la charia au Canada », les personnes les plus vulnérables sont les jeunes immigrantes du Proche-Orient, d'Afrique du Nord et de certains pays d'Asie du Sud, où la charia est appliquée et «l'a été pour les soumettre durant toute leur vie. Elles ne connaissent rien d'autre »⁷⁴. Dans chaque cause, les faits mis en preuve détermineront dans quelle mesure les tribunaux estimeront que les pressions religieuses ou morales de ce type exercées par un imam, un époux ou d'autres induisent une inégalité dans le pouvoir de négociation.

F. L'interprétation par les tribunaux des ententes fondées sur le droit islamique

Il est possible que les tribunaux interprètent les sentences arbitrales fondées sur les principes du droit islamique en s'écartant de la jurisprudence en droit familial qui recommande une plus grande retenue face aux ententes conclues entre particuliers. On ne sait pas précisément quelle interprétation donneront les tribunaux en examinant les sentences à caractère religieux parce que la jurisprudence à ce chapitre est contradictoire.

Dans l'affaire *Kaddoura c. Hammoud*⁷⁵, une décision de la Cour de justice de l'Ontario, le tribunal a refusé de mettre à exécution le paiement du *mahr*⁷⁶, une coutume associée

⁷¹ Judy Van Rhijn, "First Steps Taken Toward Sharia Law in Canada" *Law Times* (25 novembre 2003), en ligne: Vancouver Independent Media Center <http://vancouver.indymedia.org/print.php?id=87502>. Syed Mumtaz Ali a également déclaré : «Pour être de bons musulmans, tous les musulmans doivent recourir aux tribunaux de la charia.» Margaret Wente, "Life Under Sharia in Canada?" *The Globe and Mail* (29 mai 2004), en ligne: www.theglobeandmail.com

⁷² Les *Beis Din* sont des tribunaux religieux qui tranchent les litiges en matière civile selon le droit rabbinique conformément aux lois provinciales gouvernant l'arbitrage. Il existe des *Beis Din* à Toronto, Montréal et Vancouver. Les arbitres de ces instances sont la plupart du temps des rabbins orthodoxes reconnus comme des experts du droit rabbinique. Voir Cohen, note 5 *supra*, à la p. 30.

⁷³ *Ibid.*, à la p. 30.

⁷⁴ Lynda Hurst, "Ontario Sharia Tribunals Assailed: Women Fighting Use of Islamic Law, but Backers say Rights Protected", *The Toronto Star* (1^{er} juin 2004), en ligne: www.thestar.com

⁷⁵ [1998] O.J. No 5054 [QL] [*Kaddoura*].

⁷⁶ Le *mahr* est un don du mari à l'épouse. Ce n'est pas le prix à payer pour le mariage, mais selon l'école du droit musulman appliqué, un effet du contrat ou une condition dont dépend la validité du mariage. Voir Pascale Fournier, "The Erasure of Islamic Difference in Canadian and American Family Law

au mariage religieux musulman, au motif que le contrat avait un but religieux et ne constituait donc pas une obligation pouvant être mise à exécution par les tribunaux civils. Dans cette affaire, un montant de 30 000 \$ aurait dû être remis à l'épouse conformément aux clauses d'un contrat de mariage musulman. Le contrat était conforme à l'article 52(1) de la *Loi sur le droit de la famille*, dans la mesure où les clauses étaient précises et l'entente n'avait pas été conclue dans des conditions pouvant laisser croire à une inégalité de pouvoir ou de la contrainte. En dépit du caractère obligatoire du *mahr* en droit islamique, le tribunal a conclu que le contrat ne pouvait être mis à exécution par les tribunaux canadiens.

Pour Pascale Fournier, les juges considèrent souvent les spécificités culturelles musulmanes trop radicalement différentes pour pouvoir entrer dans les catégories du droit existantes⁷⁷. Dans le jugement *Kaddoura*, les motifs du juge montrent bien que c'est la dimension religieuse du *mahr* qui rend à ses yeux l'entente inexécutable :

Ce n'est peut-être pas la comparaison idéale, mais je ne peux m'empêcher de penser que l'obligation du *mahr* ne peut être exécutée par les tribunaux civils, tout comme ne pourrait être mise à exécution l'obligation qu'implique le mariage religieux chrétien d'aimer, d'honorer et de chérir son conjoint ou sa conjointe ou de lui rester fidèle, ou de rester unis jusqu'à la mort dans la maladie et l'adversité, ou d'élever les enfants conformément à certains préceptes religieux. Bon nombre de ces serments dépassent de beaucoup les obligations auxquelles s'engagent les époux dans notre droit civil et relèvent essentiellement de la religion ou de la morale. Ils découlent de la doctrine religieuse et de la foi et y obéissent. Ils lient la conscience à titre de principe religieux, mais pas nécessairement à titre d'obligation exécutoire en vertu du droit civil⁷⁸.

Comme le relève Pascale Fournier, en introduisant de manière erronée une comparaison entre les préceptes de la religion chrétienne majoritaire et l'institution islamique du *mahr*, le juge oublie qu'à la différence des vœux du mariage chrétien, qui constituent des obligations morales par nature indéfinies parce qu'elles ne lient que la conscience, le *mahr* est clairement une obligation financière⁷⁹. Le message qu'envoie le tribunal ici est qu'un accord valide entre deux musulmans n'est pas exécutable, non pas parce qu'il serait trop vague comme les vœux que prononcent les chrétiens, mais à cause des fins religieuses de l'entente⁸⁰.

L'« apparente anxiété culturelle⁸¹ » que semble susciter en Ontario le fait de s'aventurer dans la « jungle religieuse », un endroit où les tribunaux ne peuvent et ne doivent pas

Adjudication" (2001) 10 J. Law & Policy 51 aux p. 59-60. Voir également *Kaddoura*, note 75 *supra*, au par. 13.

⁷⁷ Pascale Fournier, note 76 *supra*, à la p. 53.

⁷⁸ *Kaddoura*, note 75 *supra*, au par. 25. [Notre traduction]

⁷⁹ Pascale Fournier, note 76 *supra*, à la p. 61. [Notre traduction]

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*, à la p. 61.

mettre le pied⁸², se démarque radicalement de l'attitude des tribunaux de la Colombie-Britannique dans des causes similaires, qui ont jugé exécutable l'obligation du *mahr*. Dans *N.M.M. v. N.S.M.*⁸³, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que le *mahr* était applicable en tant qu'arrangement valide entre époux aux termes de l'article 48 de la *Family Relations Act*⁸⁴. Dans ce cas, la Cour a repris les motifs énoncés par les juges britanno-colombiens dans deux décisions antérieures, *Nathoo c. Nathoo*⁸⁵ et *Amlani c. Hirani*⁸⁶, qui avaient reconnu le caractère exécutoire du *mahr*. Dans ses observations finales, le juge Dorgan avait conclu :

Notre droit continue d'évoluer dans le sens d'une plus grande reconnaissance de la diversité culturelle. Des efforts sont déployés pour mieux respecter des traditions qui définissent divers groupes qui vivent dans une société multiculturelle. Rien dans la preuve produite ne me convainc qu'il serait injuste de mettre à exécution des dispositions de l'entente conclue entre ces parties en vue de leur mariage, laquelle entente énonce spécifiquement qu'elle ne se soustrait pas aux dispositions du droit applicable⁸⁷.

La décision *Kaddoura* nous porte à croire que les juges ontariens seront réticents à intervenir dans des matières privées obéissant à des principes religieux⁸⁸, tandis que les jugements *N.M.M.*, *Amlani* et *Nathoo* montrent que les juges de la Colombie-Britannique feront preuve d'une plus grande déférence pour l'application de principes religieux lorsque deux parties consentantes ont volontairement conclu une entente. Il faudrait à présent l'interprétation d'une cour d'appel pour clarifier l'état du droit au Canada.

Il existe une différence notable entre les litiges concernant le *mahr* et les sentences arbitrales appliquant le droit de la charia : les premiers peuvent être jugés comme une catégorie non reconnue en droit de la famille canadien, ce qui n'est pas nécessairement le cas pour les secondes. Le *mahr* peut être relégué au domaine purement religieux, qui n'a nul besoin des décisions de « notre système de justice ». Autrement dit, le tribunal peut décider que le *mahr* est une affaire relevant du droit islamique, domaine dans lequel il ne possède aucune expertise, auquel cas il n'interviendra pas. Au contraire, comme on l'a vu en Colombie-Britannique, la cour peut conclure que la question du *mahr* s'inscrit dans le cadre du droit de la famille ou du droit des contrats, un champ dans lequel les tribunaux

⁸² *Kaddoura*, note 75 *supra*, au par. 28. [Notre traduction]

⁸³ [2004] B.C.J. No. 642 (S.C.) [QL] [*N.M.M.*].

⁸⁴ *Family Relations Act*, note 55 *supra*, à l'art. 48.

⁸⁵ [1996] B.C.J. No 2720 (S.C.) [QL] au par. 23 [*Nathoo*].

⁸⁶ [2000] B.C.J. No 2357 (S.C.) [QL] [*Amlani*].

⁸⁷ *Nathoo*, note 85 *supra*, au par. 25.

⁸⁸ Voir également *Levitts Kosher Foods Inc. c. Levin*, (1999), 45 O.R. (3d) 147 (Sup. Ct. J.) [Levitts Kosher Foods]. Dans cette affaire, le demandeur, un commerçant montréalais qui vendait de la viande kasher, s'était vu refuser, pour certains de ses produits, le label COR de certification kasher par le *Vaad Hakashruth* de Toronto. La juge Mary Lou Benotto a conclu que l'affaire devrait être renvoyée à un *Beis Din* parce que le demandeur avait choisi de mener ses activités commerciales dans un cadre religieux. Cette décision confirme la position du juge dans *Kaddoura*, note 71 *supra*, à l'effet qu'il n'appartient pas aux tribunaux civils de trancher des questions de doctrine religieuse.

possèdent une expertise comparable à celle d'un quelconque arbitre, et qu'elle est par conséquent justiciable. Les matières susceptibles d'être réglées par voie d'arbitrage, comme le partage des biens matrimoniaux, la pension alimentaire à l'épouse et aux enfants, qui sont des catégories reconnaissables en droit occidental, ne peuvent pas aussi facilement être reléguées au rang des matières non justiciables, même lorsque le mode de règlement de ces questions est moins reconnaissable, comme dans le cas des arbitrages fondés sur la charia.

Toutefois, dans la cause *Brewer c. Incorporated Synod of the Diocese of Ottawa of the Anglican Church of Canada*⁸⁹, le demandeur, un pasteur anglican dont les rapports avec l'Église anglicane étaient régis par le canon et les règles de l'Église, a intenté une action en dommages pour licenciement abusif. Le tribunal a conclu que dans le cas d'un litige de cette nature, il ne lui appartenait pas d'évaluer le bien-fondé de la décision, mais de déterminer si celle-ci avait été faite conformément aux règles applicables, à l'équité procédurale, à l'absence de *mala fides* (mauvaise foi) et aux principes de justice naturelle⁹⁰.

Vu qu'il y a divergence dans la jurisprudence relative au *mahr* au Canada, et à défaut de précédents sur les arbitrages appliquant le droit islamique, il est difficile de prédire quelle déférence les tribunaux accorderont aux sentences arbitrales religieuses auxquelles les parties ont librement consenti, et si les tribunaux auront tendance à privilégier les décisions arbitrales qui respecteront les normes législatives et judiciaires du droit de la famille élaborées au Canada⁹¹.

1. Représentation et avis juridiques indépendants

Pour la Cour suprême du Canada, l'obtention d'un avis juridique indépendant au moment de la négociation est un moyen important de s'assurer de prendre une décision éclairée avant de conclure un contrat⁹². Les parties peuvent ainsi comprendre ce que prévoit le droit canadien et le comparer aux règles de droit qu'elles ont choisies en vertu de la *Loi sur l'arbitrage*.

⁸⁹ *Brewer v. Incorporated Synod of Diocese of Ottawa of the Anglican Church of Canada*, [1996] O.J. No 634 (Ont. Gen. Div.) [QL].

⁹⁰ La Cour suprême du Canada a estimé, dans l'affaire *Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer*, [1992] 3 R.C.S. 165, au par. 6, que si les tribunaux hésitent à exercer leur compétence sur des groupes religieux, ils vont en revanche le faire lorsqu'un droit de propriété ou un droit civil dépend du statut de membre d'un groupe de cette nature. La Cour a conclu que la colonie hutterite en cause n'avait pas respecté les principes de justice naturelle en expulsant les défendeurs et a rejeté l'action intentée par celle-ci pour faire évacuer de façon définitive les défendeurs de son territoire.

⁹¹ Dans *Weidberg c. Weidberg*, la Cour de justice de l'Ontario a maintenu un jugement obtenu par un couple en instance de divorce qui avait soumis son litige à un tribunal rabbinique. La Cour a conclu que les preuves qui lui avaient été soumises ne l'avaient pas convaincue que le tribunal rabbinique avait manqué de prévoyance.» *Weidberg v. Weidberg* [1991], O. J. No 3446 [QL] au par. 12.

⁹² *Hartshorne*, note 50 *supra* au par. 60. Il faut se rappeler, toutefois, que dans la cause *S.M.B. c. K.R.B.*, note 65 *supra*, le juge a conclu que la femme victime de violence conjugale n'avait pas été en mesure de bénéficier d'un avis juridique indépendant.

Devant certains *Beis Din*, les avocats ont le rôle indispensable d'examiner les contrats avant que leurs clients les signent, à moins que ces derniers renoncent à ce droit⁹³. Habituellement, les avocats ne sont pas bienvenus aux *Beis Din*, mais quand ils y assistent, leur rôle ne consiste pas à représenter les intérêts de leurs clients⁹⁴. Ils vont plutôt aider le rabbin à organiser les faits pour que celui-ci ait une compréhension claire du droit séculier et saisisse en quoi ce droit peut influencer sur les décisions du *Beis Din*⁹⁵.

Les tribunaux canadiens ont souligné l'importance que revêt l'obtention d'un avis juridique indépendant afin que les parties aient un pouvoir de négociation équivalent⁹⁶. Ironiquement, il se pourrait que le fait de ne pas avoir bénéficié d'un avis juridique indépendant constitue la meilleure protection dont disposera une partie vulnérable pour saisir un tribunal et faire annuler une convention d'arbitrage inéquitable. Cependant, lorsque les parties signent une entente dans laquelle elles s'engagent à respecter une décision et qu'il est établi qu'elles y ont librement consenti, le tribunal va probablement en conclure qu'elles connaissaient le régime de droit auquel elles se sont soumises. Un argument à l'effet que la partie n'a pas saisi les implications que pouvait avoir l'application de certaines règles de droit risque fort de ne pas être retenu si ladite partie conteste une décision arbitrale au motif qu'elle n'est pas satisfaite du résultat.

Il existe des arbitrages informels où les parties se sentent suffisamment à l'aise pour se représenter elles-mêmes ou se faire représenter par quelqu'un qui n'est pas avocat ou encore par un conseiller juridique. D'autres arbitrages peuvent en revanche reproduire le formalisme et le climat de confrontation que l'on retrouve dans les salles d'audience des tribunaux, et dans ce cas, les parties auront intérêt à se faire représenter⁹⁷. Il faut toutefois noter que les parties qui optent pour l'arbitrage ne sont pas admissibles à l'aide juridique de l'Ontario pour défrayer les coûts des services d'un avocat⁹⁸. De plus, il est peu probable qu'un avocat accepte de représenter un client devant un tribunal d'arbitrage qui applique un droit religieux parce qu'à l'heure actuelle, l'assurance-responsabilité offerte par la Lawyers' Professional Indemnity Company, la compagnie d'assurance qui dessert les membres du Barreau du Haut-Canada (le Barreau de l'Ontario) ne s'étend pas aux avocats exerçant dans un domaine autre que le droit ontarien/canadien⁹⁹. Voici ce qu'un avocat a déclaré à propos de l'arbitrage devant un *Beis Din* :

En ce qui concerne le droit rabbinique, les avocats canadiens n'y connaissent vraiment rien. Mais même ceux qui savent quelque chose de la *halakhah*... ce serait de leur part faire preuve de négligence que de présenter devant un *Beis Din* des arguments fondés sur le droit rabbinique, dans la mesure où ils ne sont pas

⁹³ Cohen, note 5 *supra*, à la p. 32.

⁹⁴ *Ibid.*, à la p. 32.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Voir en général *Hartshorne*, note 50 *supra*, *Bertolo v. Bank of Montreal* 57 O.R. (2d) 577 (C.A.) [QL] et *Barclays Bank v. O'Brien* [1994] 1 A.C. 180 (H.L.).

⁹⁷ *Hovius*, note *supra* 10, à la p. 37.

⁹⁸ Entrevue avec Nathalie Champagne, Directrice locale de l'Aide juridique de l'Ontario, par Patricia Harewood (12 août 2004). Voir également <http://www.legalaid.on.ca>.

⁹⁹ Entretien avec un juriste d'entreprise de la Lawyers' Professional Indemnity Company (LPIC), 16 juin 2004, 1-800-410-1013.

couverts par leur police d'assurance. S'ils commettent une faute ayant des conséquences financières, ils pourraient en être tenus personnellement responsables¹⁰⁰.

Ainsi, malgré l'utilité qu'on lui reconnaît, l'avis juridique indépendant ne serait guère en pratique un secours pour les clients qui soumettent un différend à l'arbitrage dans un cadre juridique parallèle et ce, parce que la plupart des avocats formés en Ontario risquent de ne pas saisir toutes les répercussions et les effets de règles de droit qui ne leur sont pas familières. La seule chose qu'ils pourront faire pour aider leurs clients sera de leur expliquer quels sont leurs droits dans le contexte du droit canadien.

G. Les multiples interprétations du droit de la charia

Nous n'avons pas la place, dans le cadre du présent document, d'examiner en profondeur les subtilités ou les diverses écoles du droit de la charia¹⁰¹. Il est certes impossible de savoir quelle interprétation de la charia sera appliquée pour trancher les litiges civils en Ontario, dans la mesure où la *Loi sur l'arbitrage* autorise les parties à choisir les règles de droit qui leur conviennent. Elles peuvent choisir une interprétation très précise de la charia ou convenir de soumettre leur différend à l'application de la charia en général en s'en remettant à l'expertise de l'arbitre.

La charia, on le sait, est un régime juridique complexe censé régir tous les aspects de la vie humaine :

Les règles, obligations, injonctions et interdictions énoncées dans le Coran et la Sunna ou qui en découlent brossent un portrait complet de la communauté musulmane, aucun de ces éléments ne pouvant être retranché sans endommager le reste¹⁰².

Il semble impossible d'appliquer le droit de la charia « à la pièce » sans le dénaturer ou le fausser. Syed Soharwardy, un membre fondateur de l'Institut islamique de justice civile, estime que « [l]a charia ne peut être ajustée sur mesure en fonction des différents pays. Ces lois divines universelles s'appliquent à tous dans tous les pays et en permanence¹⁰³ ». Pourtant, lorsqu'on vit au Canada, le droit de la charia ne peut être appliqué qu'à certaines matières civiles. Syed Mumtaz Ali se contredit lui-même et contredit les propos de Soharwardy en annonçant l'application d'une « charia canadianisée », et il faut accueillir ces paroles avec circonspection. « Il s'agira d'une charia édulcorée, pas d'une charia à cent pour cent », a-t-il déclaré. Seules les

¹⁰⁰ John Syrtash in Cohen, note 5 *supra*, à la p. 32.

¹⁰¹ L'auteure, qui n'est pas une spécialiste en théologie, a délibérément choisi de ne pas analyser les principes spécifiques du droit de la charia.

¹⁰² Syed Mumtaz Ali, en ligne : The Canadian Society of Muslims <http://muslim-canada.org>. Voir également Elka Enola, "Shari'a: A Threat to Canadian Society", en ligne: National Union www.nupage.ca.

¹⁰³ Hurst, note 74 *supra*.

dispositions conformes aux lois canadiennes seront appliquées.¹⁰⁴ » Si c'est effectivement le cas, certains musulmans canadiens pourraient hésiter à se soumettre à des «versions altérées» des principes islamiques, principes qui sont censés être immuables. D'un autre côté, le fait que la charia soit sujette à interprétation peut constituer un atout lorsqu'il s'agira d'intervenir sur les problèmes que rencontrent les femmes.

1. Les réserves à la CEDEF : un exemple de la diversité d'application de la charia à l'échelle internationale¹⁰⁵

L'application du droit de la charia à l'échelle internationale met en lumière l'hétérogénéité des États islamiques et l'extrême diversité des cultures et même des courants de l'Islam. Quand on étudie les principes et les fondements historiques de l'« Islam culturel »¹⁰⁶, on constate qu'il existe une grande latitude dans l'interprétation du droit islamique et de ses corrélations avec les normes internationales des droits humains. Les réserves formulées à la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* (CEDEF) par les pays musulmans au nom de l'Islam en sont peut-être l'exemple le plus révélateur. La Convention est un instrument ou un traité juridique international qui engage les États signataires à respecter les droits fondamentaux des femmes. Adoptée en 1979 par l'Assemblée générale des Nations Unies, elle est entrée en vigueur en septembre 1981. Les États qui ratifient la CEDEF ont le droit de formuler des réserves sur certaines dispositions du traité. Ces réserves visent à exclure ou modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État¹⁰⁷. Voici par exemple quel pourrait être le libellé d'une telle réserve : « Le gouvernement de la république de X se conformera aux dispositions de la Convention, à l'exception de celles qu'il jugera contraires aux principes de la charia islamique, sur laquelle se fondent les lois et traditions de l'État de X. »

¹⁰⁴ *Ibid.* Le Conseil canadien des relations américano-islamiques (CAIR-CAN) estime que parce que la charia est un code religieux qui couvre tous les aspects de la vie musulmane, « [I]l ne convient pas d'utiliser le mot "charia" pour décrire un tribunal d'arbitrage qui appliquera les principes du droit islamique pour trancher une catégorie très précise de litiges civils... en vertu de la *Loi sur l'arbitrage* de l'Ontario. » CAIR-CAN propose plutôt que l'on parle d'un organe qui règlera les différends opposant des musulmans. Soumission écrite à Marion Boyd, en ligne : Conseil canadien des relations américano-islamiques (CAIR-CAN) www.caircan.ca/downloads/sst-10082004.pdf.

¹⁰⁵ Cette section est empruntée à une autre étude rédigée par Natasha Bakht, "Reconciling International Human Rights Standards with the Shari'a: Reservations as a Mechanism for Incrementally Fulfilling International Obligations" (2001) [non publié].

¹⁰⁶ S.S. Ali, *Gender and Human Rights in Islam and International Law: Equal Before Allah, Unequal Before Man?*, (Londres; Kluwer Law International, 1999), à la p. 248. Pour Faisal Kutty, «le statu quo en droit islamique, caractérisé trop souvent par des abus à l'endroit des femmes et des minorités, est le produit d'interprétations rigides façonnées par des normes tribales et culturelles. Il faut remettre à l'avant-plan la pureté de l'enseignement islamique des valeurs d'égalité, de justice et de liberté en se servant des interprétations conformes à l'esprit de l'Islam.» Faisal Kutty, "Canada's Islamic Dispute Resolution Initiative Faces Strong Opposition", en ligne: http://www.wrea.com/archives/May_2004/045070.html.

¹⁰⁷ *Convention de Vienne sur le droit des traités* (1969) 1155 U.N.T.S 331, entrée en vigueur en 1980, à l'article 2(d).

Plusieurs pays musulmans ont formulé des réserves à la CEDEF en invoquant spécifiquement comme motif pour le faire le droit de la charia :

Les articles qui font l'objet du plus grand nombre de réserves portent sur les droits des femmes dans le domaine du droit de la famille, que les pays musulmans ont toujours jalousement «préservés» parce que relevant du droit islamique, alors qu'ils n'ont pas protégé contre l'«infiltration» de lois «laïques» d'autres dimensions de la vie comme la gestion des affaires publiques et les institutions financières¹⁰⁸.

Il convient de noter, toutefois, que les interprétations de ce que constituent les normes islamiques et de leur portée varient considérablement, surtout en ce qui touche aux droits des femmes. Un grand nombre de facteurs d'ordre politique, socio-économique et religieux motivent les réserves formulées par les États musulmans¹⁰⁹. Cependant, ce ne sont pas tous ces États qui ont émis des réserves en invoquant l'Islam. Un groupe de républiques d'Asie centrale, ainsi qu'un certain nombre d'autres pays musulmans, ont ratifié la CEDEF sans réserve, ce qui illustre là encore la disparité des positions « islamiques » adoptées par différentes juridictions¹¹⁰. « La situation se complique encore du fait que les États musulmans n'adoptent pas la même forme de droit islamique, chacun présentant un assortiment spécifique d'Islam « opérationnel » et d'Islam « culturel », différent de celui des autres États¹¹¹. »

C'est l'absence d'une interprétation uniforme du droit religieux qui explique la disparité des réserves invoquant la charia¹¹². De plus en plus, les féministes musulmanes et les réformateurs islamiques affirment que le Coran et l'exemple du Prophète permettent une interprétation favorisant l'élargissement des droits des femmes¹¹³. On assiste à l'essor d'un mouvement qui conteste le modèle de droits et de devoirs attribués à chacun des sexes dans la jurisprudence et le discours islamiques et qui favorise plutôt des interprétations du droit et une conception de la justice islamiques qui se fondent sur l'idée de l'égalité des sexes¹¹⁴. Des musulmanes contemporaines comme Addullahi An-Na'im et Fatima Mernissi ont réexaminé les sources et conclu que l'Islam favorisait l'égalité des droits pour les hommes et les femmes. En revanche, les opposants au féminisme invoquent la tradition juridique et les normes culturelles qui lui sont associées

¹⁰⁸ R.J. Cook, "Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women" (1990) 30 Va. J. Int'l L. 643, à la p. 252.

¹⁰⁹ *Ibid.*, à la p. 249.

¹¹⁰ *Ibid.*, à la p. 264.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² «C'est la charia qui divise les musulmans orthodoxes, modernistes et fondamentalistes. Les orthodoxes estiment que la charia est parfaite. Les modernistes soutiennent que puisqu'elle est œuvre humaine, elle doit être constamment réinterprétée pour s'adapter aux exigences de l'évolution du monde. Les fondamentalistes estiment qu'étant donné que l'Islam est indifférent à l'évolution du monde, on ne doit l'examiner que pour détecter tout ce qui peut en dénaturer la pureté originale.» Milton Viorst, *The Struggle for the Soul of Islam: in the Shadow of the Prophet* (Colorado: Westview Press, 2001, à la p. 144).

¹¹³ Les racines historiques de l'Islam révèlent une tendance en faveur des droits des femmes que les intellectuels occidentaux ont rarement reconnue. Voir Bakht, note 105 *supra*.

¹¹⁴ Voir Ziba Mir-Hosseini, "The Construction of Gender in Islamic Legal Thought and Strategies for Reform" (2003), en ligne: Koninklijke Brill www.brill.nl.

et qui reflètent les valeurs de sociétés patriarcales. Cette hétérogénéité d'approches se complique du fait de l'absence d'une autorité centrale reconnue susceptible d'éclaircir les points controversés de la doctrine de la charia.

Pour Faisal Kutty, un avocat de Toronto, le fait qu'il n'existe pratiquement aucune forme de certification attestant que quelqu'un possède les compétences requises pour interpréter le droit islamique, vient encore compliquer le problème :

En l'état actuel des choses, n'importe qui peut rendre des décisions tant qu'il donne des signes extérieurs de piété et s'entoure d'un groupe d'adeptes. Il existe dans ce pays [le Canada] une foule d'institutions qui produisent des *alims* (lettrés), des *faqih*s (juristes) ou des *muftis* (jurisconsultes) diplômés sans les familiariser avec les subtilités de la jurisprudence islamique. Bon nombre d'entre eux, malheureusement, sont davantage influencés par la vision du monde de leur culture et adoptent une approche clairement androcentrique¹¹⁵.

Vu cette absence d'uniformité de l'interprétation du droit de la charia, il est difficile d'évaluer l'impact qu'auront les tribunaux d'arbitrage islamiques pour les femmes en Ontario. Le fait que l'arbitrage soit une affaire privée et que les arbitres ne tiennent généralement pas de dossiers rend les choses encore plus ardues. Parce que l'on n'exige des chefs/arbitres religieux aucune formation spécialisée, tant en droit religieux qu'en ce qui touche la *Loi sur l'arbitrage*, les droits des femmes pourraient bien être menacés. Le fait que l'Institut islamique de justice civile n'ait rendu public ni règlement, ni règles ni lignes directrices indiquant comment les diverses écoles de droit musulman vont traiter les questions de droit de la famille par rapport aux femmes pose également un problème¹¹⁶.

II. Les effets éventuels du régime d'arbitrage pour les femmes

On peut certes imaginer qu'une interprétation féministe du droit de la charia ou de l'Islam qui incorpore les normes internationales des droits humains aboutisse à des sentences arbitrales justes à l'égard des femmes, mais il est tout aussi possible qu'en vertu des dispositions de l'actuelle *Loi sur l'arbitrage*, une interprétation rétrograde de la charia puisse gravement compromettre les droits des femmes. John Syrtash reconnaît que « les droits des conjoints désavantagés » — en l'occurrence les femmes — peuvent souffrir gravement d'un système de droit familial fondé sur des traditions religieuses ou culturelles¹¹⁷ ». En vertu de la présente loi, n'importe quelle norme conservatrice, fondamentaliste ou d'extrême droite peut être appliquée pour trancher un litige en matières familiales en Ontario. Rien n'empêche, en vertu de la *Loi sur l'arbitrage*, l'application, dans le règlement de litiges en droit de la famille, d'une norme juridique

¹¹⁵ Faisal Kutty, note 106 *supra*.

¹¹⁶ L'Institut islamique de justice civile a déclaré qu'il offrirait des services de médiation et d'arbitrage selon l'une ou l'autre des quatre écoles de droit musulman (Hanafite, Shaféite, Hanbalite et Malékite). En ligne: The Muslim Marriage Mediation and Arbitration Service <http://muslim-Canada.org/brochure.htm>.

¹¹⁷ Shauna Van Praagh, "Bringing the Charter Home", Book Review of Religion and Culture in Canadian Family Law" (1993) 38 McGill L. J. 233.

antérieure à l'arrêt *Rathwell*¹¹⁸ fondée sur une vision stéréotypée des rôles familiaux prescrits aux femmes, ce qui désavantagerait encore davantage les femmes en cas de sentences injustes concernant le partage des biens matrimoniaux, la pension alimentaire, la garde des enfants et les droits de visite.

Les préjugés sexistes qui désavantagent les femmes en droit de la famille ne sont ni une nouveauté ni une exception en droit canadien¹¹⁹. Même si des mesures judiciaires et législatives ont été prises pour tempérer le désavantage économique ou le traitement injuste que subissent les femmes, il reste qu'en général, la situation économique et le rôle/travail de ces dernières ne sont pas toujours reconnus et pris en compte¹²⁰.

Néanmoins, on constate à la lecture de la jurisprudence des 20 dernières années en droit de la famille certains progrès pour les femmes. Or, la *Loi sur l'arbitrage* pourrait mettre en péril ces avancées parce qu'elle ne prévoit aucune mesure de protection sur le plan de l'égalité. Les sentences arbitrales pourraient très bien ne pas tenir compte de ce à quoi auraient droit les parties si elles avaient soumis leur différend devant un tribunal. Les critiques des féministes concernant la médiation peuvent tout aussi bien s'appliquer à l'arbitrage. En voici un exemple :

Il n'existe actuellement aucun mécanisme pour veiller à ce que les ententes [d'arbitrage] tiennent compte des droits juridiques, ou même que ceux-ci soient pleinement pris en considération par les parties. De plus, le caractère privé de [l'arbitrage] signifie que le processus se déroule à huis-clos. Cela peut vouloir dire que la femme peut renoncer, derrière des portes closes, à des garanties juridiques durement gagnées. De plus, il n'existe aucun moyen de savoir et de suivre ce qui arrive à la femme [dans l'arbitrage]¹²¹.

Des études ont montré que les arrangements privés en droit de la famille tendent à désavantager les femmes¹²². En étudiant les facteurs qui influent sur la négociation de la pension alimentaire, Craig Marin a constaté que «c'est la partie qui dispose de ressources inférieures et qui sera donc la moins en mesure d'assumer les coûts de la transaction, est celle qui réclame des aliments». Il relève également que «psychologiquement et culturellement, la pension alimentaire est encore considérée comme une *faveur* accordée à des femmes économiquement dépendantes, plutôt que comme une mesure à laquelle elles ont *droit*¹²³.» Il est clair que les arbitres ne vont pas, avant de prendre leurs décisions, laisser au vestiaire leurs propres préjugés – des préjugés que d'ailleurs ils admettent rarement nourrir.

¹¹⁸ *Rathwell c. Rathwell* [1978] 2 R.C.S. 436 [*Rathwell*]. Dans cette décision, la Cour suprême du Canada a accordé à Mme Rathwell le droit à la moitié de tous les biens-fonds et biens personnels de M. Rathwell en appliquant la doctrine de la fiducie par interprétation. L'utilisation par la Cour de cet outil de **redressement** s'est avérée très bénéfique pour les femmes dans le traitement des différends en droit de la famille.

¹¹⁹ Voir Marie L. Gordon, "What, Me Biased? Women and Gender Bias in Family Law" (2001) 19 Fam. L. Quarterly 53 à la p. 54.

¹²⁰ *Ibid.*, à la p. 54.

¹²¹ Voir Goundry, note 11 *supra* à la p. 36.

¹²² Gordon, note 119 *supra*, à la p. 55.

¹²³ Martin, in Gordon, *ibid.*, à la p. 81.

Parmi les conséquences de la « privatisation de la justice » figure le risque de voir les inégalités sociales reproduites dans des décisions prises en privé et qui échappent de ce fait à l'attention des pouvoirs publics¹²⁴. Cela a pour résultat de préserver le *statu quo* et l'inégalité dans la mesure où « la sphère privée de la famille ne relève plus des questions d'intérêt public¹²⁵ ». Pour citer une auteure, « [l]a "justice privée" dépolitise le personnel¹²⁶ ».

En l'absence d'aide juridique ou de représentation juridique obligatoire, on peut se demander si les femmes seront réellement libres de consentir à l'arbitrage. Gila Stopler estime qu'à la différence des communautés opprimées pour des questions de race, d'appartenance ethnique ou de confession religieuse et qui cherchent à instiller chez leurs membres la reconnaissance de leur propre oppression, nos sociétés ferment les yeux sur l'oppression des femmes en cherchant à empêcher ces dernières de prendre conscience de l'oppression sexiste et de se donner l'espace et la solidarité nécessaire pour organiser une résistance¹²⁷. Les femmes peuvent faire l'objet de pressions subtiles mais efficaces de la part de membres de leur famille ou de pressions et de contraintes de la part d'autorités religieuses qui peuvent d'ailleurs avoir financièrement intérêt à voir les gens soumettre leurs différends à leur arbitrage¹²⁸. La situation des femmes battues dans les procédures de médiation a déjà été abordée :

La réalité, c'est qu'une femme battue n'est pas libre de choisir. Elle n'a pas la liberté de choisir la médiation ou de la refuser si c'est la voie que privilégie le conjoint violent, ni celle de définir et de défendre les mesures qu'elle jugerait essentielles pour son autonomie et sa sécurité ainsi que celle de ses enfants...¹²⁹

Cette remarque peut tout aussi bien s'appliquer à la situation des femmes victimes de violence conjugale qui consentent à l'arbitrage. Il est bien peu probable qu'une femme battue soit en mesure de négocier les clauses d'une convention d'arbitrage dans un sens qui serve ses intérêts. Les immigrantes récemment arrivées de pays où l'on applique la charia sont particulièrement vulnérables parce qu'elles connaissent mal les droits qui sont les leurs au Canada. Ces femmes peuvent se satisfaire de la décision d'un tribunal appliquant la charia parce que la sentence arbitrale leur semblera égale ou supérieure à celles qu'elles auraient obtenues dans leur pays d'origine¹³⁰. Une femme immigrante qui est parrainée par son mari se trouve dans un rapport de subordination face à ce

¹²⁴ Goundry, note 11 *supra*, à la p. 34.

¹²⁵ *Ibid.*, à la p. 34.

¹²⁶ *Ibid.*, à la p. 35.

¹²⁷ Gila Stopler, "Countenancing the oppression of Women: How Liberals Tolerate Religious and Cultural Practices that Discriminate Against Women" (2003) 12 Colum. J. Gender & L. 154 à la p. 197.

¹²⁸ Les chefs religieux qui deviennent arbitres auront personnellement intérêt à ce que les gens se soumettent à l'arbitrage dans la mesure où les parties leur versent des honoraires pour leurs services.

¹²⁹ B. Hart, "Gentle Jeopardy: The Further Endangerment of Battered Women and Children in Custody Mediation" (1990) 7 Mediation Quarterly 317 à la p. 321.

¹³⁰ Homa Arjomand, in Hurst, note 74 *supra*.

dernier¹³¹. Il sera peut-être impossible pour une femme dans cette situation de s'opposer à la demande ou à l'ordre de son conjoint, ce qui rend tout consentement à l'arbitrage illusoire. Les barrières linguistiques vont également désavantager les femmes qui se retrouvent à la merci de membres de leur famille ou de leur communauté qui entretiennent une vision des choses profondément patriarcale. Si une femme réussit à accéder à une cour de justice dans le cadre d'une procédure d'appel ou de révision judiciaire, elle pourra s'entendre dire qu'elle a «choisi» la situation désavantageuse où elle se retrouve, ce qui pourra aggraver son sentiment d'impuissance et d'infériorité.

La pratique mal balisée de l'arbitrage familial risque d'avoir des retombées graves et préjudiciables sur les conditions de vie des femmes. Cet impact sexospécifique risque fort d'être ressenti largement et aura des implications qui traverseront les barrières de classe, de handicap, de race ou de culture. Nous allons tenter, dans la section qui suit, de dégager les questions et les arguments qu'on peut avancer dans le cadre d'un examen fondé sur l'article 15 de la *Charte*.

A. L'analyse relative à l'article 15 de la *Charte*

L'article 15 de la *Charte* vise les actions gouvernementales qui ont un objet ou un effet discriminatoire fondé sur un motif énuméré ou analogue et qui portent atteinte à la dignité de la personne. En voici le libellé :

La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques¹³².

Au cœur de l'art. 15(1) se situe la promotion d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît en tant qu'êtres humains égaux, tous aussi capables et méritants les uns que les autres¹³³.

Pour déterminer s'il y a discrimination au sens de l'article 15, il convient de se poser trois questions¹³⁴. Premièrement, la loi contestée a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles ? Si tel est le cas, il y a différence de traitement au sens du par. 15(1). Deuxièmement, le demandeur fait-il l'objet d'une différence de traitement

¹³¹ A. Côté, M. Kérisit et M. Côté, *Qui prend pays... L'impact du parrainage sur les droits à l'égalité des femmes immigrantes* (Condition féminine Canada, 9 mars 2001), à la p. 1.

¹³² *Charte*, note 8 *supra*, à l'art. 15(1).

¹³³ *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada* (Procureur général) 2004 C.S.C au par. 219 juge Deschamps [*Canadian Foundation*].

¹³⁴ Voir *Law c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497 au par. 39.

fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues ?

Troisièmement, la différence de traitement était-elle réellement discriminatoire, ce qui pose la question de l'objectif poursuivi par l'article 15(1) de la *Charte*, à savoir remédier à des désavantages, préjugés et stéréotypes ?

Si l'on veut contester l'application du droit de la charia dans le règlement de litiges civils en Ontario au motif qu'elle est discriminatoire à l'endroit des femmes, il est nécessaire de faire un pas en arrière et de contester la constitutionnalité de la loi d'habilitation, à savoir la *Loi sur l'arbitrage*, qui permet l'application de la charia. Il s'agit d'une démarche nécessaire parce que pour invoquer un droit protégé par la *Charte*, il faut démontrer qu'il s'agit d'une action gouvernementale assujettie à la *Charte*¹³⁵.

1. Qualité pour agir : qui peut invoquer un droit protégé par la *Charte* ?

Quiconque estime qu'il y a eu atteinte à ses droits à l'égalité peut intenter une action en justice pour contester la constitutionnalité de la *Loi sur l'arbitrage* en vertu de l'article 15 de la *Charte*. Dans un tel scénario, il faudra présenter un ensemble de faits. Il peut s'agir par exemple d'une femme qui, ayant soumis un différend familial à un arbitre appliquant le droit de la charia et obtenu une sentence arbitrale, va contester ensuite l'arbitrage en droit de la famille en général en plaidant que la *Loi sur l'arbitrage* porte atteinte à ses droits à l'égalité¹³⁶.

¹³⁵ Il est important, dans une action invoquant la *Charte*, d'inscrire la question dans un cadre large plutôt que circonscrire l'argumentation au seul droit de la charia, pour éviter que le tribunal en vienne à conclure que les musulmans en tant que groupe ne doivent pas être autorisés à recourir à l'arbitrage. On plaidera donc qu'il ne convient pas de soumettre les matières en droit de la famille à l'arbitrage parce qu'il s'agit de questions relevant de l'intérêt public et de ce fait assujetties à un contrôle judiciaire. L'inconvénient, avec un tel argument, est le fait qu'il ne prend pas en considération l'utilisation, dans un sens éventuellement progressiste, de l'arbitrage familial par des groupes et des individus, y compris des femmes. Les musulmans Ismaéliens, qui constituent un courant de l'Islam, ont mis sur pied un modèle de conciliation et l'arbitrage dans chaque province canadienne. Ce dispositif extrajudiciaire de règlement des différends permet aux Canadiens ismaéliens de régler dans un environnement sûr des litiges d'ordre commercial, mais aussi certaines questions relevant du droit de la famille en vertu du droit canadien applicable. Les arbitrages sont conduits gratuitement par des arbitres sensibilisés à la culture spécifique des parties, par exemple au rôle de la famille élargie. De plus, toutes les conventions d'arbitrage sont examinées bénévolement par des avocats/juristes de la communauté. Entrevue de Fatima Jaffer par Natacha Bakht (5 août 2004). Fatima Jaffer, une Canadienne Ismaélienne, est membre de la Coalition of South Asian Women Against Violence, VCASAA (Vancouver Custody and Access Support and Advocacy Association) et elle a fondé le South Asian Women's Centre à Vancouver. Voir également Kellie Johnston, Gus Camelino et Roger Rizzo, "A Return to 'Traditional' Dispute Resolution: An Examination of Religious Dispute Resolution Systems", en ligne: Canadian Forum on Civil Justice <http://www.cfcj-fcjc.org/fulltexte/traditional.htm>.

¹³⁶ Certains ont suggéré qu'il est difficile de soumettre à un examen fondé sur l'article 15 les causes en droit de la famille parce qu'elles sont «surtout fondées sur des faits et autorisent l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge.» K. Busby, L. Fainstein et H. Penner in Mary Jane Mossman, "Running Hard to Stand Still": The Paradox of Family Law Reform" (2000) Dal. L.J. 5, à la p. 25. Il est intéressant de noter, toutefois, qu'«un tiers des enquêtes reçues par le secrétariat national du FAEJ portent sur des matières relevant du droit de la famille.» *Ibid.*

Un particulier ou un organisme n'est généralement pas habilité à adresser un renvoi¹³⁷ au tribunal, mais pourrait, dans certaines circonstances, chercher à obtenir un jugement déclaratoire ne visant qu'à faire déclarer par la cour qu'une loi est inconstitutionnelle¹³⁸. Pour se voir reconnaître qualité pour agir, un groupe devra démontrer que : 1) la question de l'invalidité de la loi se pose sérieusement; 2) le demandeur a un intérêt véritable à engager ces procédures; 3) il n'existe pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour¹³⁹. Pour un organisme légitime qui a un intérêt à protéger les droits des femmes, les critères 1 et 2 ne poseront probablement pas grand problème. C'est le critère 3 qui va s'avérer décisif. En effet, parce qu'il existe une autre méthode de soumettre la question à la cour, à savoir par l'entremise d'une plaignante dont les droits ont été directement touchés, il est fort peu probable que les tribunaux reconnaîtront au groupe qualité pour agir¹⁴⁰.

Présumons que cet obstacle soit surmonté et poursuivons l'analyse.

2. La loi a-t-elle pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement?

La *Loi sur l'arbitrage* n'établit aucune distinction formelle entre les individus. Toute personne adulte peut s'en prévaloir. L'argument, à cette étape de l'examen fondé sur l'article 15, consiste à dire que le fait qu'elle n'établisse aucune balise quant au type de droit civil qu'on peut appliquer a un effet différencié sur les femmes. Précisément, la Loi autorise le recours à l'arbitrage familial. Les femmes subissent un effet négatif à cause de la possibilité de voir n'importe quelles règles de droit appliquées pour trancher des questions relevant du droit de la famille, y compris des règles qui ne respectent pas les principes reconnus en matière d'égalité ou les critères législatifs figurant dans la *Loi sur l'arbitrage* ou la *Loi sur le divorce*.

3. La différence de traitement est-elle fondée sur un motif énuméré à l'article 15 ?

Parce que les décisions rendues dans un cadre « privé » tendent à reproduire les inégalités sociales, on peut craindre que l'oppression que subissent les femmes dans l'ensemble de la société soit reproduite dans les conventions et les sentences arbitrales. Cette distinction, aux fins de l'examen fondé sur l'article 15, est fondée sur le sexe, qui est de toute évidence un motif énuméré. Il est en outre possible de plaider qu'entrent aussi en jeu d'autres motifs de distinction, par exemple la race, l'origine ethnique ou la

¹³⁷ Un renvoi est une question qu'un gouvernement soumet à un tribunal pour obtenir une opinion sur la constitutionnalité d'une loi même s'il n'y a pas réellement de litige. Robert J. Sharpe ed., *Charter Litigation* (Toronto: Butterworths, 1987), à la p. 337.

¹³⁸ Voir R. Sharpe et K. Swinton, *The Charter of Rights and Freedoms* (Toronto: Irwin Law, 1998) aux p. 66-67, 73-74.

¹³⁹ *Thorson c. Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Borowski c. Canada* (Ministère de la Justice), [1981] 2 R.C.S. 575.

¹⁴⁰ Voir *Canadian Council of Churches c. Canada (ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236.

couleur. En fonction des faits spécifiques à chaque cas, on peut plaider l'existence de multiples motifs de distinction¹⁴¹.

4. La distinction ou le traitement différencié constituent-ils de la discrimination ?

À cette étape de l'analyse, quatre facteurs circonstanciels sont examinés. Tout d'abord, il faut considérer la nature des intérêts en jeu. Le droit des femmes à l'égalité de traitement dans les matières de droit de la famille constitue un intérêt important. Les tribunaux en ont reconnu l'importance dans des décisions antérieures, même s'ils ne l'ont pas fait directement dans le cadre de la *Charte*¹⁴². Toutefois, les droits énoncés dans la *Charte* ne sont pas absolus et doivent être conciliés avec les autres droits garantis par la *Charte* qui entrent aussi en jeu, de manière à ce qu'ils puissent coexister. Les partisans de l'arbitrage fondé sur la charia vont plaider que l'article 2(a) de la *Charte*, qui protège la liberté de religion, entre en jeu. De plus, ils soutiendront très probablement que le respect des minorités, y compris les minorités religieuses, est une caractéristique majeure de la démocratie constitutionnelle canadienne¹⁴³. Si les privilèges multiculturels peuvent être protégés en vertu de l'article 27, qui énonce que toute interprétation de la *Charte* doit concorder avec la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens, il reste que l'article 28 de la même *Charte* stipule qu'« indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes¹⁴⁴ ».

En second lieu, la Cour va évaluer la préexistence d'un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés subis par la personne ou le groupe en cause. La Cour suprême du Canada a reconnu clairement que les femmes souffraient d'un désavantage dans les relations familiales. Dans *M. c. H.*, le juge Gonthier a parlé de la « dépendance propre

¹⁴¹ Il faut noter à ce propos que la Cour suprême n'a jamais reconnu les allégations de discrimination multiple dans les causes relatives à l'article 15. Beverley Baines a noté que «seules deux cours d'appel provinciales, celle de la Nouvelle-Écosse en 1993 et celle de l'Ontario en 2002 [...] ont cherché à concilier les impératifs catégoriques formulés à l'article 15 avec les expériences de discriminations multiples vécues par les femmes». Voir *Re Datmouth/Halifax County Regional Housing Authority v. Sparks* (1993), 101 D.L.R. (4th) 224 (NSSCAD), et *Falkiner v. Ontario*, [2002] O.J. No 1771 (O.C.A.)(O.J.). Baines estime qu'il est possible de faire reconnaître des contestations alléguant une discrimination multiple en combinant un motif prohibé à l'article 15 autre que celui du sexe avec la garantie d'égalité figurant à l'article 28. Beverley Baine, "Section 28 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Purposive Interpretation" (2005) C.J.W.L. [à paraître en 2005].

¹⁴² Voir dans l'ensemble *Moge*, note 18 *supra*.

¹⁴³ Cet argument a été dernièrement invoqué avec succès devant la Cour suprême dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47 [Amselem]. Nous étudierons plus en profondeur dans la deuxième partie du présent document les questions du multiculturalisme et de la liberté de religion. Cependant, si l'on envisage une stratégie de contestation judiciaire, il faudra prévoir des arguments pour contrer ceux qu'avanceront à coup sûr plusieurs organismes religieux qui vont intervenir. Syed Mumtaz Ali, le directeur de l'Institut islamique de justice civile, a déjà structuré tous ses arguments en faveur des tribunaux de la charia autour de la liberté de religion et du multiculturalisme. Syed Mumtaz Ali, "The Review of the Ontario Justice System: The Reconstruction of the Canadian Constitution and the Case of Muslim Personal/Family Law" (1994), en ligne: Canadian Society of Muslims <http://muslim-Canada.org/submission.pdf>.

¹⁴⁴ *Charte*, note 8 *supra*, à l'art. 28.

aux hommes et aux femmes » qui désavantage les femmes dans les unions hétérosexuelles¹⁴⁵. Dans l'arrêt *Moge*, la Cour a reconnu que « [l]es femmes ont eu tendance à subir les inconvénients économiques qui découlent du mariage ou de son échec en raison de la répartition traditionnelle des tâches qu'on y retrouve¹⁴⁶. Le fait que la Cour ait reconnu la multiplicité des obstacles économiques auxquels font face les femmes dans la société, l'éclatement du tissu social et la perte des réseaux de soutien affectif et de services sociaux, indique clairement qu'elle reconnaît la préexistence d'un désavantage, d'une vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés subis par les femmes.

Le troisième facteur contextuel porte sur l'objet ou l'effet d'amélioration de la loi contestée. Il s'agit ici d'évaluer l'importance et la valeur des mesures positives que prend le gouvernement pour améliorer la situation de groupes déjà désavantagés. Le gouvernement pourra plaider que les minorités religieuses tirent un bénéfice positif de la *Loi sur l'arbitrage* telle qu'elle est énoncée, quoique cet argument résistera difficilement à un examen de l'intention qui a animé le législateur¹⁴⁷. La Cour jugera probablement que ce facteur ne s'applique pas et qu'il n'a qu'un effet neutre sur l'examen.

Enfin, il faudra examiner s'il y a une correspondance avec les besoins, les capacités ou la situation propre au demandeur. L'auteure ne sait pas exactement si ce facteur contextuel sera applicable dans le cas d'une contestation invoquant l'article 15 engagée au nom des femmes. Dans des décisions récentes, la Cour suprême a utilisé ce facteur de manière inappropriée pour intégrer des considérations relatives à l'article 1 dans l'analyse relative à l'article 15¹⁴⁸. Autrement dit, ce sont les facteurs qui réduisent la probabilité de voir la Cour conclure à une violation de la *Charte* qui sont examinés à ce stade plutôt qu'à l'étape de l'examen de l'article 1, celle où le gouvernement a le fardeau de justifier une restriction d'un droit garanti par la *Charte*. Il est possible que le gouvernement plaide que la Loi correspond effectivement aux besoins, aux capacités et à la situation personnelle des femmes en leur donnant le choix de se soumettre à l'arbitrage ou de s'y refuser. Il pourra soutenir que c'est particulièrement le cas pour les femmes musulmanes qui, pour des motifs d'ordre religieux, peuvent désirer que leurs litiges en droit de la famille soient réglés par voie d'arbitrage. S'il est important de présenter des arguments sur les pressions et la contrainte que bon nombre de femmes subiront pour consentir à l'arbitrage, il faut se garder, stratégiquement, de généraliser en soutenant que toutes les femmes seront toujours dans l'incapacité de poser librement des choix¹⁴⁹.

¹⁴⁵ *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, au par. 181.

¹⁴⁶ *Moge*, note 18 *supra*, au par. 70.

¹⁴⁷ La *Loi sur l'arbitrage* ne comporte pas de préambule qui permet de saisir les intentions du législateur. Toutefois, les débats à la législature provinciale qui ont précédé l'adoption de la Loi indiquent que la préoccupation première était de mettre en place un mécanisme moins coûteux de règlement des litiges civils et d'épargner les ressources de l'appareil judiciaire. Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats (Hansard)*, (5 novembre 1991), à la p. 3384 (M. Hampton). Voir également Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats (Hansard)*, (19 juin 1990), à la p. 1845 (M. Scott).

¹⁴⁸ *Canadian Foundation*, note 133 *supra*, au par. 74, juge Binnie. Voir également *Gosselin c. Québec (Procureur général)* [2002] 4 R.C.S. 429 au par. 55.

¹⁴⁹ Il y aura des femmes musulmanes qui désireront soumettre leurs différends à l'arbitrage, fondé sur la charia. Présumer que ces femmes sont nécessairement dupées ou opprimées participe de la même infantilisation que celle qu'on reproche à la culture patriarcale. En fait, tout argument généralisateur sur les capacités et les expériences des femmes fait de celles-ci un groupe homogène et peut avoir pour effet

Si on veut démontrer que l'arbitrage en droit de la famille a un impact négatif pour les femmes, on doit se demander s'il est utile, stratégiquement, d'analyser dans quelle mesure la charia pourra être appliquée de manière équitable et juste. Si on dispose d'un ensemble de faits concrets, l'exercice s'avèrera plus facile : il suffira d'examiner la sentence arbitrale sans faire de généralisations sur le caractère potentiellement progressiste ou rétrograde de la charia par rapport aux femmes¹⁵⁰. Il faut rappeler que les tribunaux ont exprimé leur refus de se prononcer sur des principes d'ordre religieux¹⁵¹.

Il est possible de formuler un argument général sur les effets qu'a pour les femmes la privatisation du droit de la famille. Il existe une multitude de recherches sur les dangers du désengagement de l'État des matières dites « privées » :

L'idéologie de la dichotomie public/privé permet à l'État de se dégager de toute *responsabilité* sur la sphère privée et *dépolitise* les désavantages qu'induit inévitablement cette dichotomie en rendant invisible dans la sphère « publique » la situation des personnes « privéement » désavantagées¹⁵².

La non-régulation gouvernementale a pour conséquences pratiques « la consolidation du *statu quo* : le soutien *de facto* aux rapports de pouvoir préexistants et la répartition des biens au sein de la sphère « privée »¹⁵³. La difficulté réside dans les preuves à fournir à l'appui de cet argument. C'est à la personne qui allègue une violation d'un droit garanti par la *Charte* qu'il revient de démontrer tous les éléments de cette violation¹⁵⁴. Vu que l'arbitrage est une procédure privée et qu'il n'existe en général ni procès-verbaux ni dossiers des arbitrages, il sera très difficile de s'acquitter de cette obligation. Même si dans plusieurs causes, la Cour suprême du Canada s'est montrée prête à conclure sur les faits sans disposer de beaucoup de preuves, elle l'a habituellement fait au stade de

d'effacer les différences associées à des oppressions multiples. Fareeda Shaheed, du réseau Femmes vivant sous lois musulmanes, a déclaré que le réseau « reconnaît que parce qu'elles vivent dans des contextes différents, les femmes musulmanes auront des stratégies et des priorités différentes. Nous estimons que chaque femme, parce qu'elle connaît sa propre situation, est la mieux placée pour décider quelle est la stratégie ou le choix qui lui convient ». Shaheed, note 9 *supra*.

¹⁵⁰ On peut expliquer de bien des manières pourquoi les gens choisissent d'appuyer ou de dénoncer publiquement les manifestations de leur religion. Selon Irshad Manji, « de nombreux musulmans sont favorables à des réformes [par exemple les « préjugés profondément ancrés à l'endroit des femmes et des minorités religieuses »] mais ils n'en parleront pas publiquement ». Voir Irshaad Manji, *The Trouble With Islam: A Wake-up Call for Honesty and Change* (Toronto: Random House, 2003). Les femmes musulmanes peuvent hésiter à critiquer le droit de la charia de crainte de se faire accuser de trahir leur communauté. À l'instar des autres communautés minoritaires, les luttes que mènent les femmes musulmanes contre les pratiques patriarcales de leur communauté sont souvent considérées comme une trahison par rapport à la culture et aux traditions du groupe, et comme une menace pour la permanence d'un groupe minoritaire dans l'univers hostile de la société dominante. Voir G. Stopler, note 127 *supra*, à la p. 197.

¹⁵¹ *Levitts Kosher Foods*, note 88 *supra*, au par. 13.

¹⁵² Lacey in Susan Boyd (dir.), *Challenging the Public-Private Divide: Feminism, Law and Public Policy* (Toronto: University of Toronto Press, 1997), à la p. 3.

¹⁵³ *Ibid.*, à la p. 3.

¹⁵⁴ Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Toronto: Carswell, 2001) à la p. 733. La règle de preuve est la norme en droit civil, à savoir la preuve par prépondérance de probabilités.

l'examen de la justification prévue à l'article 1, qui avantage le gouvernement et non la personne qui conteste¹⁵⁵.

Dans l'affaire *Trinity Western University c. British Columbia College of Teachers*, une cause fondée sur l'article 15, le British Columbia College of Teachers (BCCT) avait décidé de ne pas autoriser un programme de formation des enseignants de l'Université Trinity Western (UTW), un établissement privé affilié à l'Église évangélique, parce que les étudiants inscrits à ce programme devaient signer un document relatif à des normes communautaires à respecter et s'abstenir ainsi de commettre des «péchés sexuels, y compris le comportement homosexuel»¹⁵⁶. Le BCCT craignait que ces normes communautaires, applicables à tous les étudiants et à tous les membres du corps professoral et du personnel, soient discriminatoires envers les homosexuels. Il a plaidé que les futurs diplômés du programme de formation des enseignants de l'UTW risquaient de ne pas traiter avec respect et équité les homosexuels dans les écoles publiques de la province. La Cour suprême du Canada a invoqué l'absence de preuves factuelles pour rejeter le pourvoi : « La preuve révèle que les diplômés du programme de formation des enseignants, offert conjointement par l'UTW et l'USF, sont devenus jusqu'à maintenant des enseignants compétents dans des écoles publiques, et notre Cour ne dispose d'aucune preuve de comportement discriminatoire.» La Cour a jugé que la preuve du BCCT était « hypothétique¹⁵⁷ » et que le BCCT avait déduit, « sans aucune preuve tangible », que les opinions des étudiants de l'UTW auraient « un effet préjudiciable sur le milieu d'apprentissage dans les écoles publiques¹⁵⁸ ». Cette décision montre qu'il faudra, pour contester l'arbitrage religieux, présenter des preuves de discrimination plus solides que des approximations ou des conjectures, ce qui sera difficile vu l'absence de dossiers et/ou de données statistiques.

Toutefois, comme on l'a déjà noté, la privatisation de la justice a fait l'objet de nombreuses études critiques féministes. On pourrait certainement se servir de ces études et du témoignage d'experts pour tenter de prouver qu'il y a discrimination. Une autre méthode possible serait de recourir à l'admission d'office, par laquelle un juge reconnaît la nature évidente d'un phénomène sans exiger des preuves tangibles pour le justifier. Cette technique a été utilisée pour reconnaître l'exercice d'un racisme systémique envers certaines communautés en droit criminel¹⁵⁹. Rien ne s'oppose à ce qu'on puisse persuader un juge d'admettre d'office l'existence d'un sexisme systémique.

En procédant à un examen sur le modèle qu'on vient de présenter, il y a de fortes chances qu'un tribunal conclue que l'usage de l'arbitrage en droit de la famille sans restrictions a un impact disproportionné sur les femmes. On peut certainement formuler

¹⁵⁵ *Ibid.*, à la p. 734. Peter Hogg a proposé que l'examen en vertu de la *Charte* repose moins de la preuve à cause des coûts exorbitants qu'implique le témoignage d'experts tant pour le gouvernement que pour la personne ou le groupe qui conteste la constitutionnalité d'une loi ou d'une mesure gouvernementale.

¹⁵⁶ *Trinity Western University c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, au par. 4.

¹⁵⁷ *Ibid.*, au par. 19.

¹⁵⁸ *Ibid.*, au par. 32.

¹⁵⁹ *R. c. S. (R.D.)* (1997) 3 R.C.S. 484.

des arguments solides à l'effet que cet impact est discriminatoire et porte atteinte à la dignité des femmes.

5. L'article 1 de la *Charte*

Une fois établi que la loi contrevient à l'article 15 de la *Charte*, c'est au gouvernement qu'il revient de démontrer que cette restriction se justifie dans le cadre d'une société libre et démocratique, tel que stipulé à l'article 1. Pour ce faire, le gouvernement doit d'abord satisfaire à deux critères : en premier lieu, il doit démontrer que l'objectif de la *Loi sur l'arbitrage* se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles, et, deuxièmement, qu'il y a proportionnalité entre les effets de la restriction d'un droit garanti par la *Charte* et les moyens choisis pour atteindre l'objectif poursuivi¹⁶⁰. C'est à ce stade de l'analyse que le gouvernement tentera de démontrer qu'il a cherché un juste équilibre entre les droits à l'égalité des femmes et le droit à la liberté de religion. À cette étape, il va fort probablement présenter des arguments invoquant le coût avantageux de l'arbitrage, l'incapacité des tribunaux de traiter tous les litiges civils faute de ressources suffisantes, et la nécessité de satisfaire à la doctrine du multiculturalisme en Ontario.

6. Conclusion

La création de tribunaux d'arbitrage appliquant la charia en Ontario soulève une multiplicité de questions. Lorsque le règlement de différends en matières familiales est relégué sans restrictions à l'espace privé de l'arbitrage, les droits à l'égalité de certains groupes vulnérables, les femmes en l'occurrence, risquent d'être gravement menacés. Parce que la *Loi sur l'arbitrage* ne prévoit rien pour protéger ces droits à l'égalité, cette critique ne touche pas uniquement les tribunaux d'arbitrage appliquant la charia, mais tous les arbitrages religieux et tous les régimes de droit qui ne reconnaissent pas la dignité et la valeur des femmes. Le système de justice traditionnel a beau ne pas être parfait, on peut constater, en consultant la jurisprudence de ces 20 dernières années en droit de la famille, que les femmes ont obtenu certains acquis. Ces droits gagnés de haute lutte risquent d'être gravement compromis par les principes sous-jacents à l'actuelle *Loi sur l'arbitrage*.

Pour savoir quelles stratégies utiliser pour réformer le droit à ce chapitre, il est primordial de répondre à certaines questions : est-il possible d'incorporer dans le processus d'arbitrage des dispositifs de protection qui protégeront convenablement les femmes ? Peut-on surmonter les limitations inéluctables de tels dispositifs de protection ? Peut-on réinventer des méthodes de règlement extrajudiciaire des différends qui répondraient aux préoccupations des femmes¹⁶¹ ? Faudrait-il carrément exclure de l'arbitrage les matières relevant du droit de la famille ? Vu que le gouvernement a considérablement investi dans le règlement extrajudiciaire des différends, est-il réaliste de s'attendre à ce qu'il exclue, dans la *Loi sur l'arbitrage*, toute matière relevant du droit

¹⁶⁰ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 [*Oakes*].

¹⁶¹ «L'initiative officielle en R.E.D. offre l'occasion de se débarrasser du bagage culturel [de l'Islam] et de réexaminer certaines règles qui ont été interprétées dans un sens patriarcal en remettant en lumière l'importance que le Coran accorde à l'égalité des sexes.» Faisal Kutty, note 106 *supra*.

de la famille ? Le Conseil canadien des femmes musulmanes a conclu que l'Ontario devait avoir le courage de reconnaître que la *Loi sur l'arbitrage* ne devait pas servir à trancher des litiges en droit de la famille. C'est cette position qu'a d'ailleurs adoptée la province du Québec, qui a exclu de l'arbitrage toutes les matières familiales¹⁶².

Le Procureur général et la ministre déléguée à la condition féminine de l'Ontario ont confié à Mme Marion Boyd le mandat d'examiner le processus d'arbitrage et les problèmes que peut actuellement poser la *Loi sur l'arbitrage*, en portant une attention particulière à l'arbitrage fondé sur des principes religieux. Dans son volumineux rapport intitulé « Résolution des différends en droit de la famille : pour protéger le choix, pour promouvoir l'inclusion », Marion Boyd a sopesé les arguments de plus d'une centaine de personnes et de groupes qu'elle a consultés et analysé les questions d'ordre constitutionnel soulevées. Elle conclut son rapport en émettant 46 recommandations favorables à l'arbitrage en droit de la famille en général et à l'arbitrage religieux en matières familiales et successorales, accessible à toutes les confessions religieuses. Pour elle, l'engagement des minorités religieuses dans la législation provinciale contribuera à créer un dialogue institutionnel et aidera les minorités à s'engager dans la société au sens plus large. Elle conclut que l'arbitrage à fondement religieux va promouvoir un sentiment commun d'identité et d'intégration sociale.

Plusieurs organismes, dont l'Association nationale Femmes et Droit, ont critiqué le rapport Boyd et proposé des solutions de rechange. On ignore encore quelle sera l'issue du débat. Le gouvernement ontarien n'a toujours pas annoncé comment il compte régler cette question controversée et s'il a l'intention de donner suite aux recommandations de Marion Boyd.

Deuxième partie: le cadre juridique des droits humains

I. Culture et multiculturalisme

Il n'est pas toujours facile de concilier autonomie culturelle et égalité des sexes. On retrouve cette tension entre ces deux catégories partout dans le droit. Les États qui abritent une multitude de communautés sur leur territoire risquent de rencontrer ce problème sous différentes formes et peut-être de plus en plus fréquemment. Depuis des années, le Canada s'efforce de trouver des moyens d'intégrer une pluralité de cultures et de traditions tout en se définissant en même temps comme une nation malgré l'absence d'une identité collective unique. Le problème se complique d'autant que le Canada s'est engagé à pratiquer une politique de multiculturalisme tout en s'acquittant de son obligation de promouvoir les droits des femmes. La *Charte canadienne des droits et libertés* protège à la fois la liberté de religion et les droits à l'égalité de toutes les personnes contre toute atteinte de la part de l'État. Ces valeurs ne sont pas

¹⁶² L'article 2639 du *Code civil du Québec*, S.Q., 1991, c. 64, énonce que «[n]e peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public.»

nécessairement contradictoires, mais dans le cas des tribunaux d'arbitrage religieux, elles ont créé une tension qu'il convient de dénouer.

La composition de plus en plus diversifiée de nombreuses sociétés a conduit plusieurs auteurs à développer une théorie du libéralisme qui prévoit l'accommodement des droits culturels de certains groupes minoritaires. Pour Will Kymlicka, par exemple, les personnes appartenant à des groupes minoritaires peuvent avoir besoin d'être protégées de la société majoritaire pour exercer leur autonomie. Son modèle de citoyenneté multiculturelle ou différenciée¹⁶³ repose sur la protection des libertés individuelles pour instaurer un ordre social juste, tout en postulant qu'il faut pour cela reconnaître les traditions et modes de vie spécifiques des membres de minorités culturelles non dominantes en prévoyant des mesures de protection pour les différentes communautés. Si la théorie libérale postule que les individus doivent avoir la latitude de décider du mode de vie qui leur convient, la protection des droits des minorités part du principe que c'est la culture qui constitue souvent le cadre dans lequel ils peuvent le faire. Kymlicka soutient que la culture permet aux individus de mieux comprendre la société, parce que c'est à travers le prisme de la culture qu'ils peuvent mieux appréhender les diverses options à leur disposition, «tout le spectre des activités humaines, qu'elles soient religieuses, récréatives, sociales, éducatives et économiques... dans les sphères publique et privée»¹⁶⁴.

A. Le multiculturalisme au Canada

La politique du bilinguisme et du multiculturalisme illustre bien l'attachement du Canada pour le pluralisme culturel. Le multiculturalisme canadien « fait ouvertement la promotion du principe de la diversité en tant que caractéristique nécessaire, bénéfique et incontournable de la société canadienne¹⁶⁵ » et doit permettre aux minorités de préserver leur spécificité culturelle sans compromettre leur égalité sociale. À ses débuts, le multiculturalisme canadien a fait l'objet de critiques, qui lui reprochaient notamment son caractère purement rhétorique; on l'accusait de ne pas avoir amélioré les conditions de vie de bien des nouveaux immigrants et d'encourager la fragmentation de la société plutôt que de promouvoir des valeurs rassembleuses pour tous les Canadiens¹⁶⁶.

À la fin des années 70, le gouvernement canalisait le financement du multiculturalisme vers des programmes visant à sensibiliser l'opinion publique à la diversité culturelle croissante au Canada et à combattre le racisme. Dans le cadre des restrictions

¹⁶³ La citoyenneté différenciée signifie qu'on ne peut accommoder les différences entre les groupes que si leurs membres disposent de certains droits collectifs spécifiques à leur groupe d'appartenance. Voir Iris Marion Young, 1989, "Polity and Group Difference: A critique of the Ideal Universal Citizenship" *Ethics* 99/2, à la p. 258.

¹⁶⁴ Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, (Oxford: Oxford University Press, 1995), à la p. 46.

¹⁶⁵ Sarah V. Wayland, "Citizenship and Incorporation: How Nation-States Respond to the Challenges of Migration" (1996) 20-FALL *Fletcher F. World Aff.* 35 à la p. 46.

¹⁶⁶ Voir Denise Helly, «Le financement des associations ethniques par le programme du Multiculturalisme canadien» (présentation devant l'Institut national de recherche scientifique, Centre Urbanisation, Culture et Société, mars 2004) [non publié].

budgétaires des années 90, il privilégia le financement de programmes à caractère multiculturel et multiethnique plutôt que les activités de nature monoculturelle ou monoethnique¹⁶⁷. Dernièrement, le gouvernement fédéral a progressivement réorienté ses priorités pour tenter de résoudre les tensions entre multiculturalisme et citoyenneté, en privilégiant la dernière¹⁶⁸. En 1997, le programme du multiculturalisme a été réorienté selon trois axes ; 1) l'identité canadienne (les Canadiens de toutes origines doivent partager un sentiment d'appartenance et d'attachement au Canada); 2) la participation civique (chacun doit être un citoyen actif, attaché à bâtir l'avenir de sa communauté et de son pays); 3) la justice sociale (chacun doit contribuer à la construction d'une société qui garantit un traitement juste et équitable et qui respecte la dignité des personnes de toutes origines et répond à leur besoins)¹⁶⁹. Le financement direct des organismes ethnoculturels est aujourd'hui considéré comme quelque chose de problématique, certains soutenant que ce financement nourrit l'impression que le multiculturalisme sert des groupes d'intérêt et non l'ensemble des Canadiens¹⁷⁰.

À la différence du gouvernement fédéral, le gouvernement du Québec a, pour sa part, adopté une politique d'«interculturalisme» qui reconnaît le pluralisme comme une caractéristique du Québec moderne, mais qui cherche à intégrer les immigrants dans une culture civique commune par l'emploi de la langue française. La promotion du français, la langue de la majorité, à titre de langue commune de tous les Québécois, est considérée comme l'instrument qui permet aux Québécois de toutes origines de socialiser et d'entretenir des relations¹⁷¹.

Même si le contenu de la politique canadienne en matière de multiculturalisme a subi certaines modifications et insiste aujourd'hui davantage sur la loyauté envers le Canada, l'accommodement des groupes culturels et religieux¹⁷² demeure un moyen de combattre le racisme, la xénophobie, l'ethnocentrisme, la discrimination et l'intolérance religieuse. Le Canada a donc déployé des efforts spécifiques pour protéger les groupes minoritaires des effets de l'hégémonie politique, économique, sociale et culturelle de la majorité. Les Sikhs, par exemple, ont été exemptés du port du casque protecteur que les lois de la Colombie-Britannique imposent aux motocyclistes¹⁷³ et du code vestimentaire des

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Micheline Labelle, "The Politics of Managing Diversity: What is at Stake in Quebec ?" (présentation à la conférence *Quebec and Canada in the New Century: New Dynamics, New Opportunities*, Université Queen, Kingston, 31 octobre - 1^{er} novembre 2003), à la p. 4.

¹⁶⁹ Patrimoine Canadien, cité in Micheline Labelle, *ibid.* à la p. 4.

¹⁷⁰ *Ibid.*, à la p. 5.

¹⁷¹ Wikipedia, en ligne: <http://en.wikipedia.org/wiki/Multiculturalism>

¹⁷² La religion et la culture sont souvent inextricablement liées. La liberté de religion protège les coutumes et pratiques d'une collectivité ou les croyances sincères d'une personne, sans égard aux principes officiels de sa religion. Voir *Amsalem*, note 143 *supra*, et la Deuxième Partie, section A, du présent document. Il est clair que les adeptes d'une même religion vont pratiquer leur foi de façon différentes en fonction de leur spécificité culturelle. C'est pourquoi, aux fins de notre analyse, nous posons la religion comme une sous-catégorie de la culture.

¹⁷³ *Dhillon v. British Columbia (Ministry of Transportation and Highways, Motor Vehicle Branch)*, [1999] B.C.H.R.T.D. No 25 [QL].

membres de la G.R.C.¹⁷⁴. De la même façon, on a accordé à deux communautés mennonites, les Doukhobors et les Huttérites, certaines exemptions qui les soustraient à l'instruction obligatoire parce que l'exposition à un enseignement laïc risquait de compromettre le cheminement religieux de leurs enfants¹⁷⁵.

B. Le paradoxe du multiculturalisme

Si tout le monde s'entend sur les vertus de l'accommodement des groupes minoritaires, les politiques d'accommodement multiculturel se sont habituellement circonscrites aux rapports entre les différentes cultures et entre chaque groupe minoritaire et l'État. Problème souvent oublié, mais tout aussi important, l'accommodement inter-groupes peut avoir des effets néfastes sur les rapports de pouvoir à l'intérieur d'un groupe donné¹⁷⁶. Aussi bien intentionnées soient-elles, les politiques de l'État qui visent à placer sur un pied d'égalité groupes minoritaires et société majoritaire peuvent involontairement induire une maltraitance systémique de personnes au sein d'un groupe, « avec des effets dans certains cas si graves qu'ils abolissent les libertés individuelles des citoyens »¹⁷⁷.

Face à ce phénomène, Will Kymlicka pose une distinction entre les protections externes, à savoir les politiques différenciées conçues pour « protéger un groupe national ou ethnique particulier des effets déstabilisateurs des décisions de la société en général », et les restrictions internes, quand un groupe prétend « restreindre la liberté de ses membres au nom de la cohésion du groupe »¹⁷⁸. Si Kymlicka est partisan des premières, il désapprouve le recours aux « restrictions internes » parce qu'elles vont à l'encontre d'un modèle de droits des minorités fondé sur la liberté individuelle ou l'autonomie de la personne. Selon lui, un modèle de citoyenneté différenciée doit consacrer la valeur et la suprématie de l'individu tout en reconnaissant qu'il est légitime d'accommoder les groupes minoritaires.

On peut considérer qu'il y a conflit entre les deux catégories que pose Kymlicka — protections externes et protection internes —, vu que les deux notions sont souvent les deux revers d'une même médaille. Certaines collectivités religieuses considèrent le fait de soustraire leurs enfants à l'instruction obligatoire comme une protection externe nécessaire pour assurer l'épanouissement religieux de leurs enfants. Kymlicka lui-même

¹⁷⁴ Kymlicka, note 164 *supra*, à la p. 31. Il faut noter ici que les Sikhs n'ont pas été exemptés du port du casque de sécurité dans les milieux de travail où cette obligation constitue une exigence professionnelle *bona fide*. *Bhinder c. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 R.C.S. 561. «Les décisions ultérieures de la Cour suprême du Canada, en particulier *British Columbia (Public Service Employee Relations Comm.) c. B.C.G.E.U.* (1999), 35 C.H.R.R. D/257 ("Meiorin") montrent que si la cause *Bhinder* était entendue aujourd'hui, la conclusion de la Cour serait différente. Le CN aurait le fardeau de prouver qu'il lui était impossible d'accommoder *Bhinder* parce que cela lui imposait une contrainte excessive.» Susan Joanis, "Human Rights Law in B.C.: Religious Discrimination (document rédigé à l'intention de la Commission des droits de la personne de la Colombie-Britannique, mars 2001).

¹⁷⁵ Kymlicka, note 164 *supra*, aux p. 41-42.

¹⁷⁶ Ayelet Shachar, "The Puzzle of Interlocking Power Hierarchies: Sharing the Pieces of Jurisdictional Authority" (2000) 35 *Harv. C.R.-C.L. Rev* 385 à la p. 385.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ Kymlicka, note 164 *supra*, à la p. 153.

soutiendrait que ce groupe impose une restriction interne à ses membres parce que fondamentalement, il limite leur liberté de quitter la communauté en empêchant les enfants de découvrir le monde extérieur¹⁷⁹.

Le paradoxe du multiculturalisme réside dans le fait que des efforts tout à fait valables déployés pour élargir la liberté d'action de collectivités minoritaires marginalisées peuvent avoir pour effet de renforcer des hiérarchies de pouvoir au sein desdites collectivités. Il s'agit donc de trouver le moyen d'accommoder les différences culturelles tout en protégeant les membres vulnérables du groupe contre d'éventuelles violations des droits que leur garantit l'État. Comment protéger les femmes et autres personnes vulnérables qui vivent sous l'égide d'un groupe religieux ? « Certes, on ne peut appréhender (et encore moins corriger) le sort de l'individu dans le paradoxe multiculturel si l'on ne saisit pas le recoupement d'affiliations complexes entre l'État, le groupe et l'individu¹⁸⁰. »

C. Les effets de l'accommodement sur les femmes des groupes minoritaires

Comme on l'a noté plus haut, le champ du droit de la famille a longtemps nourri des tensions parce qu'il met en jeu les critères que se donnent les groupes pour déterminer qui sont leurs membres, et qu'il constitue en outre un des sites majeurs de l'oppression des femmes. Bon nombre de groupes minoritaires au sein d'entités politiques plus larges possèdent des traditions familiales qui leur ont servi, au cours de l'histoire, à manifester la spécificité de leur identité culturelle, « faisant de la famille un des piliers de l'édifice culturel qui assure la permanence et la cohésion du groupe¹⁸¹. »

La situation des femmes autochtones au Canada montre bien la nécessité d'accommoder les femmes au sein des communautés culturelles. Dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Lavell*¹⁸², une femme autochtone qui contestait la *Loi sur les Indiens* a perdu sa cause. Aux termes de la loi, une femme autochtone qui épousait un non-autochtone perdait son statut, tout comme ses enfants, ce qui n'était pas le cas pour un homme autochtone qui épousait une non-autochtone. Même si la *Loi sur les Indiens* était la législation d'un régime colonial, les intérêts de l'État, dans ce cas, coïncidaient avec les intérêts patriarcaux des hommes autochtones. En 1981, le Comité des droits de l'homme de l'ONU a conclu que la *Loi sur les Indiens* avait privé de façon déraisonnable Sandra Lovelace de son droit d'appartenir à la minorité autochtone et de vivre au sein de sa culture, au sens de l'article 27 du *Pacte international des droits civils et politiques*¹⁸³. À la suite de cette décision et de l'adoption de la *Charte*, on a modifié la *Loi sur les Indiens*

¹⁷⁹ Même si Kymlicka insiste pour que les États libéraux appliquent des principes libéraux vis-à-vis des groupes minoritaires, il établit une exception pour les mennonites dans la mesure où ceux-ci ont historiquement bénéficié d'exemptions qui, si on peut les juger regrettables, n'en sont pas moins difficiles à abolir. Voir Kymlicka, note 164 *supra*, à la p. 170.

¹⁸⁰ Shachar, note 176 *supra*, aux p. 387-388.

¹⁸¹ *Ibid.*, à la p. 395.

¹⁸² *Canada (Procureur général) c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349.

¹⁸³ Communication n° 24/1977 (1)-(2), 30 juillet 1981, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 à la p. 224 (1990).

en 1985 et éliminé la disposition discriminatoire, l'alinéa 12(1)(b)¹⁸⁴. Mais en réalité, la nouvelle législation

...n'est pas exempte ... de traces de discrimination. Une femme rétablie à titre d'Indienne inscrite en vertu de la Loi C-31 ne peut transmettre son propre statut à ses enfants : seuls les enfants nés d'un père inscrit seront à leur tour inscrits. Cette règle d'exclusion de la deuxième génération, adoptée dans la Loi C-31 et maintenant intégrée à la Loi sur les Indiens au para. 6(2) signifie que des cousins germains peuvent ne pas avoir le même statut en vertu de la Loi, selon que le statut se trouve du côté maternel ou paternel. Frères et sœurs ont une capacité différente de transmettre leur statut à leurs enfants. Une femme réintégré en vertu de la Loi C-31 qui a un enfant hors mariage doit nommer le père, et celui-ci doit être Indien inscrit, avant que l'enfant ait droit d'être inscrit. Les femmes dont on rétablit le statut d'Indienne inscrite sous le régime de C-31 auront des petits-enfants qui pourront ou non réclamer le statut d'Indien inscrit, selon les arrangements conjugaux de leurs parents. La Loi C-31 a pour effet d'opérer des distinctions de plus en plus subtiles au sein de la collectivité autochtone. Elle divise les familles, et entraînera l'extinction de certaines Premières Nations au fur et à mesure que l'effet de l'exclusion de la deuxième génération se manifeste¹⁸⁵ ..

Contrairement aux arguments de certains conseils de bande, qui ont soutenu que « le droit de discrimination et d'exclusion à l'endroit des femmes fait partie du patrimoine autochtone¹⁸⁶ », l'Association des femmes autochtones du Canada recommande qu'une Déclaration autochtone des droits de portée nationale soit rédigée par la base, qui s'appliquerait aux gouvernements des Premières Nations¹⁸⁷.

La discrimination sexiste dans le droit de la famille a des effets systémiques sur l'accès à l'égalité des femmes, à cause de la portée de ce droit et de ses effets sur la capacité des femmes d'exercer des droits spécifiques. Le droit de la famille définit les rapports de propriété entre époux et détermine les conséquences économiques et parentales du divorce. Pour les femmes, il s'agit d'enjeux majeurs, la séparation et le divorce alimentant généralement la féminisation de la pauvreté¹⁸⁸. La défense des «pratiques culturelles» aura bien plus de conséquences sur les conditions de vie des femmes et des filles qu'elle n'en aura sur les conditions de vie des hommes et des garçons, dans la mesure où les femmes consacrent beaucoup plus de temps et d'énergie à préserver et entretenir la sphère privée.

Les rôles impartis aux femmes au sein du foyer — à savoir prendre soin des membres de la famille et élever les enfants — occupent une place centrale non seulement dans la pensée religieuse, mais aussi dans la pensée politique

¹⁸⁴ Frances Raday, "Culture, Religion and Gender" (2003) 1 Int'l J. Const. L. 663 à la p. 683.

¹⁸⁵ Mary Eberts, «Les droits des femmes autochtones sont aussi des droits de la personne», en ligne: Ministère de la Justice: <http://www.justice.gc.ca/chra/fr/eberts.html>.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ Voir Moge, note 18 *supra*.

occidentale contemporaine. L'idéologie familiale est également essentielle au capitalisme...C'est parce que la famille a un rôle nourricier, contrairement au marché, qu'est née l'idée voulant que le pouvoir impersonnel de l'État ne doit pas s'ingérer dans la sphère familiale. Enfin, la famille et les fonctions procréatrices des femmes, tout comme le rôle nourricier de la famille, constituent un enjeu central pour le nationalisme, qui assigne aux femmes le rôle d'assurer la permanence de la nation et d'en transmettre la culture, et qui les considère comme les symboles de la nation¹⁸⁹.

En cas de séparation ou de divorce, lorsque les femmes appartenant à certaines collectivités religieuses apprennent qu'elles ont légalement moins de droits, voire aucun droit à une part des biens matrimoniaux, à la garde des enfants ou à une pension alimentaire, accommoder les traditions de leur communauté signifie que les droits fondamentaux des femmes, à titre de citoyennes, sont bafoués. Un nombre croissant de recherches montrent que l'accommodement dans le champ du droit de la famille impose aux femmes un fardeau systémique et disproportionné, en particulier en ce qui touche à leurs rôles traditionnels d'épouses et de mères¹⁹⁰.

Certains États pluri-confessionnels, en particulier les ex-colonies françaises et britanniques, ont maintenu l'application du droit religieux dans les matières familiales et successorales (malgré les luttes menées par les femmes dans ces pays)¹⁹¹, tout en appliquant un droit laïc en matières commerciales et criminelles¹⁹². À l'origine, les puissances coloniales ont employé cette stratégie pour «acheter» la paix sociale. C'est pourquoi, pour les personnes affiliées à certaines confessions religieuses, les règles internes de leur droit religieux gouvernent le mariage, le divorce, les aliments, la garde des enfants, les droits de visite et les successions, tandis que le droit civil ou laïc s'applique dans tous les autres domaines. Dans ces États multi-confessionnels, ces règles de droit sont appelées « droit personnel »¹⁹³. Le droit personnel gouvernant tant les droits procéduraux que les droits substantifs, il détermine de ce fait la capacité des femmes d'obtenir un redressement quand ces derniers ne sont pas respectés, comme l'illustre le cas des règles de preuve qui accordent moins de poids au témoignage d'une femme ou qui excluent le témoignage des femmes¹⁹⁴.

Il faut noter ici que le concept de droit personnel est totalement absent du droit canadien. Celui-ci n'établit aucune distinction entre droit laïc et droit religieux. Il existe au

¹⁸⁹ Stopler, note 127 *supra*, aux p. 172-173.

¹⁹⁰ Shachar, note 176 *supra*, à la p. 396.

¹⁹¹ En Inde, par exemple, chaque confession religieuse applique ses propres lois sur le statut personnel fondées sur son droit religieux. Cette situation a des effets discriminatoires considérables pour les femmes et les groupes de femmes ont milité pour l'adoption d'un Code civil uniforme régissant tous les mariages en Inde et conforme au principe de l'égalité des conjoints. Stopler, note 127 *supra*, aux p. 197-198.

¹⁹² Les puissances coloniales n'ont pas tenté d'abroger le droit personnel ni d'introduire de réformes visant à promouvoir l'égalité des sexes, parce qu'elles avaient tout intérêt à préserver la stabilité économique et sociale. Donna Sullivan, "Gender Equality and Religious Freedom: Toward a Framework for Conflict Resolution", (1992) 24 N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 795, à la p. 836.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ *Ibid.*, à la p. 838.

Canada un code unique de lois qui s'applique à toutes les personnes vivant sur le territoire canadien. Contrairement à la France ou à l'Allemagne, qui peuvent autoriser une application «directe» du droit de la famille de pays musulmans à des résidents musulmans qui n'ont pas la citoyenneté française ou allemande¹⁹⁵, le Canada applique les mêmes lois à toutes les personnes sous sa juridiction. Ce n'est pas le cas de la France :

...en raison des dispositions du droit privé international et d'accords bilatéraux, la France applique les lois du pays d'origine du résident étranger dans la plupart des matières relevant du droit de la famille, et plus précisément en matière de litiges portant sur le «statut et la capacité des personnes», à la condition que cela ne contrevienne pas à l'ordre public français ni aux obligations de la France prévues dans les conventions internationales dont elle est signataire [comme la Convention européenne des droits de l'homme]. Ces règles de droit privé international qui intègrent... le droit de la famille [de pays musulmans] et s'appliquent à l'intérieur du territoire français à des résidents qui ne sont pas naturalisés revêtent une importance considérable dans la mesure où parmi les quatre millions de musulmans résidant en France, seulement un million ont acquis la nationalité française¹⁹⁶.

Le Canada, en revanche, obéit à la règle dite «loi du domicile» qui veut que toutes les personnes, quelle que soit leur nationalité, soient assujetties au même droit du fait qu'elles résident au Canada.

Que se passe-t-il dans le cas où les groupes minoritaires s'avèrent antiféministes en matière de droits alloués à leurs membres ?¹⁹⁷ C'est la question que s'est posée Susan Okin : « Les personnes opprimées ont souvent si bien intériorisé leur oppression qu'elles n'ont aucune idée des garanties juridiques auxquelles elles ont légitimement droit en tant qu'êtres humains¹⁹⁸. » Le fait que les femmes de groupes minoritaires ont souvent l'impression d'avoir à choisir entre soit combattre le sexisme au sein de leur communauté, soit combattre le racisme ou l'intolérance dont elles sont l'objet, explique pourquoi il est rare que les femmes dénoncent l'oppression qu'elles subissent à l'intérieur des groupes minoritaires. Cette intériorisation constitue sans nul doute un des legs les plus problématiques de l'oppression historique. Okin attribue à la « fausse conscience » le fait que les femmes elles-mêmes risquent de nier cette réalité en défendant leur culture. Elle explique qu'«accepter de n'avoir que très peu n'est pas la recette idéale pour la justice sociale... des personnes de l'extérieur peuvent souvent mieux analyser et critiquer l'injustice sociale que les personnes qui vivent à l'intérieur de la culture en

¹⁹⁵ Pascale Fournier, "The Reception of Muslim Family Law in Western Liberal States" (étude préparée pour le Conseil canadien des femmes musulmanes, septembre 2004) [non publié], à la p. 27. [Notre traduction]

¹⁹⁶ Fournier, *ibid.*, à la p. 8.

¹⁹⁷ Voir Susan Moller Okin, "Is Multiculturalism Bad for Women?" in J. Cohen, M. Howard et M. Nussbaum, eds, *Is Multiculturalism Bad for Women?*, (Princeton: Princeton University Press, 1999), à la p. 7.

¹⁹⁸ *Ibid.*

question¹⁹⁹». Ce raisonnement, s'il montre l'insuffisance des politiques d'accommodement culturel «neutres» — qui ne tiennent pas compte des rapports hommes-femmes — n'explique pas de manière satisfaisante pourquoi des femmes peuvent encore attribuer du sens et de la valeur à leurs traditions culturelles et à l'appartenance à leur groupe, surtout lorsque leur culture est en butte aux pressions répressives de la société majoritaire.

Il est certes essentiel et potentiellement libérateur de voir la condition des femmes redéfinie selon des points de vue marginalisés, il reste que l'État ne doit pas profiter de la réticence des femmes à dénoncer certaines choses pour l'interpréter comme si les femmes des groupes minoritaires étaient contentes de se faire opprimer²⁰⁰. Il ne faut pas réduire le rapport entre multiculturalisme et féminisme à un jeu de contrepoids dans lequel chaque gain obtenu sur le plan des droits du groupe minoritaire s'accompagne inévitablement d'une perte sur le plan des droits de la population féminine du groupe minoritaire en question²⁰¹. On ne résoudra pas le paradoxe du multiculturalisme en posant un ultimatum : « soit vos droits, soit votre culture », comme si les femmes, pour jouir de tous les droits garantis par leur État, devraient renoncer à leur appartenance à leur communauté minoritaire²⁰². Un nouveau paradigme multiculturel doit rompre avec cette opposition qui induit l'obligation pour les femmes de choisir entre deux dimensions cruciales de leur expérience, ce qui n'est ni réaliste ni souhaitable.

II. La liberté de religion

A. La liberté de religion dans le droit interne

Au Canada, la liberté de religion est un droit fondamental protégé à la fois par la législation interne et ratifié à titre d'obligation internationale. L'article 2(a) de la *Charte* garantit à « chacun » la « liberté fondamentale » de « conscience et de religion »²⁰³. Comme d'autres droits énoncés dans la *Charte*, la liberté de religion est assujettie aux dispositions de l'article premier, en vertu desquelles la liberté de conscience et de religion peut être restreinte « dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique »²⁰⁴. Dernièrement, la Cour suprême du Canada a conclu dans sa décision concernant le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*²⁰⁵ que « [l]a protection de la liberté de religion offerte par l'al. 2a) de la *Charte* a une portée étendue et la jurisprudence de notre Cour sur la *Charte* la défend jalousement²⁰⁶ ». Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, le juge Dickson a proposé la définition suivante de la liberté de religion :

¹⁹⁹ Susan M. Okin, "Gender Inequality and Cultural Differences", (1994) 22 Pol. Theory 5 ("Doesn't stressing differences, especially cultural differences, lead to a slide toward relativism?") à la p. 19.

²⁰⁰ Stopler, note 127 *supra*, à la p. 201.

²⁰¹ Shachar, note 176 *supra*, à la p. 400.

²⁰² *Ibid.*, à la p. 401.

²⁰³ Hogg, note 154 *supra*, à la p. 851.

²⁰⁴ *Ibid.*, à la p. 851.

²⁰⁵ Décision sur le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79.

²⁰⁶ *Ibid.*, au par. 53.

Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation²⁰⁷.

L'article 2(a) insiste sur la protection accordée tant aux convictions qu'aux pratiques religieuses. Peter Hogg a noté que les observations du juge Dickson reprennent le libellé de l'article 18 du PIDCP²⁰⁸. Au moins un auteur a émis l'opinion que le droit à la liberté de religion est, au Canada, conceptualisé comme une liberté négative, c'est-à-dire qu'il n'impose aucune obligation positive à l'État... de reconnaître des effets juridiques positifs aux normes religieuses²⁰⁹.

Souvent, la coutume, la pratique et les croyances personnelles au sein des dénominations religieuses divergent sensiblement de la doctrine du droit. Toutefois, chacune de ces manifestations de la foi religieuse est reconnue et a droit à la même protection que le droit religieux²¹⁰.

Qu'une interprétation particulière du droit religieux soit jugée digne de foi ou aberrante, ou qu'une pratique particulière soit considérée ou non comme légitimement fondée en droit religieux, les garanties internationales s'appliqueront. Ces garanties reconnaissent en effet toutes ces interprétations (sauf si elles sont frauduleuses ou fallacieuses) comme des manifestations de la religion²¹¹.

Il faut noter ici que la Cour suprême du Canada a établi qu'elle ne se prononcera pas sur le contenu des croyances religieuses :

[...] les principes de base de la liberté de religion étayent la thèse selon laquelle la liberté de religion s'entend de la liberté de se livrer à des pratiques et d'entretenir des croyances ayant un lien avec une religion, pratiques et croyances que l'intéressé exerce ou manifeste sincèrement, selon le cas, dans le but de communiquer avec une entité divine ou dans le cadre de sa foi spirituelle, indépendamment de la question de savoir si la pratique ou la croyance est prescrite par un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux... En conséquence, la protection de la Charte québécoise (et de la Charte canadienne) devrait s'appliquer tant aux expressions obligatoires de la foi qu'aux manifestations volontaires de celle-ci. C'est le caractère religieux

²⁰⁷ *Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295 aux pages 336-337. Voir également *Renvoi relatif au mariage*, note 205 *supra* au par. 57.

²⁰⁸ Hogg, note 154 *supra* à la p. 852.

²⁰⁹ Jean-François Gaudreault-Desbiens, "The Limits of Private Justice", University of Toronto Faculty of Law Nexus, automne/hiver 2004, à la p. 29.

²¹⁰ Sullivan, note 192 *supra*, aux p. 812-813.

²¹¹ *Ibid.*, à la p. 813. [Notre traduction]

ou spirituel d'un acte qui entraîne la protection, non le fait que son observance soit obligatoire ou perçue comme telle²¹².

Dans le contexte canadien, par conséquent, c'est la foi sincère qu'une personne manifeste en rapport avec une religion donnée qui aura préséance sur le code normatif prescrit par les autorités religieuses de sa communauté. L'interprétation que donne la Cour suprême de la liberté de religion permet de penser que l'imposition d'une interprétation d'une norme religieuse par un arbitre pourrait être contraire à la conception personnelle qu'un individu a de sa religion.

Il arrive que l'incorporation de la coutume ou de croyances sincères dans la définition du droit religieux amène des personnes à s'adonner à des pratiques patriarcales abusives qui sont en fait étrangères à leur code religieux²¹³, mais la coutume peut, à l'inverse, servir des fins progressistes. Le droit religieux n'est pas statique. La coutume et la pratique peuvent contribuer à modifier des traditions au fil du temps, « même au sein de groupes religieux qui insistent sur le caractère immuable du droit tel que défini dans des textes religieux jugés d'inspiration divine²¹⁴ ». Quelqu'un a noté que l'Islam « n'a jamais eu l'intention de figer l'histoire humaine au moment précis où la Parole divine fut révélée au Prophète²¹⁵ ».

B. La liberté de religion en droit international

En droit international, tant la *Déclaration universelle des droits de l'homme* que le PIDCP et la *Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction* (Déclaration sur l'intolérance religieuse) garantissent à toute personne la liberté de manifester sa religion, « seule ou en commun » et « tant en public qu'en privé », par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites²¹⁶. Donna Sullivan soutient que le droit de manifester sa religion ou ses croyances englobe le droit de se conformer au droit religieux et de l'appliquer, y compris le droit de créer des tribunaux religieux. « L'application du droit religieux, par des tribunaux formellement établis ou par des autorités religieuses, dans la vie collective ou la vie des individus, fait partie de l'observance religieuse et de la pratique de la religion²¹⁷. » Dans plusieurs confessions, notamment l'Islam, l'observance du droit religieux est considérée comme partie intégrante de la pratique religieuse. Ces interprétations de l'Islam insistent sur les nombreux aspects prescriptifs de la religion dans la vie quotidienne des musulmans. Il faut noter, en revanche, que l'Islam prescrit

²¹² *Amselem*, note 143 *supra*, aux par. 46-47 [c'est moi qui souligne].

²¹³ Dans certains pays, par exemple, on soutient souvent à tort que la pratique des mutilations génitales des femmes prend sa source dans l'Islam. Toute association de ces pratiques à l'Islam n'est que le résultat de la coutume ou la pratique.

²¹⁴ Sullivan, note 192 *supra*, à la p.813.

²¹⁵ Leila P. Sayeh et Adriaen M. Morse Jr, "Islam and the Treatment of Women: An Incomplete Understanding of Gradualism" (1995) 30 *Tex. Int'l L. J.* 311, à la p. 330.

²¹⁶ Déclaration universelle, Rés. de l'A.G. 217, U.N.Doc. A/810 [ci-après Déclaration universelle]; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIDCP), art. 18(1), 999 *Supp. No 51*, à la p. 171, U.N.Doc. A/36/51 (1981).

²¹⁷ Sullivan, note 192 *supra*, à la p. 805.

aux musulmans qui vivent dans des pays non musulmans le devoir d'obéir aux lois du pays hôte²¹⁸. Par conséquent, si le droit de pratiquer sa religion peut inclure le recours à des tribunaux religieux, rien n'indique que les décisions de tribunaux religieux doivent nécessairement avoir un effet civil.

Comme on va le voir dans la section qui suit, les normes internationales et les normes internes qui garantissent la liberté de religion ou de croyance ne sont pas absolues. En droit international, les États sont autorisés à restreindre les manifestations de la liberté de religion afin de protéger les droits d'autrui²¹⁹. Au Canada, ces droits peuvent aussi faire l'objet de restrictions aux termes de l'article 1 de la *Charte*, qui stipule que les droits que celle-ci énonce peuvent être restreints «dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique²²⁰».

III. La primauté des droits des femmes dans la *Charte* et la CEDEF

A. Le cadre juridique international

Deux instruments internationaux cherchent expressément à réguler les tensions possibles entre d'un côté, la culture et la religion, et de l'autre les droits humains et l'égalité des sexes²²¹ : il s'agit de la CEDEF et du PIDCP, tous deux ratifiés par le Canada. L'article 5(a) de la CEDEF énonce ce qui suit :

Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour :

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

L'article 2(f) va dans le même sens :

²¹⁸ Syed Mumtaz Ali, in Jiminez, note 29 *supra*. Certains ont proposé que ce principe prenait sa source dans la sourate n° 4 (Les Femmes), verset 59 du Coran :

« Ô vous qui croyez! Obéissez à Dieu! Obéissez au Prophète et à ceux d'entre vous qui détiennent l'autorité.

Portez vos différends devant Dieu et devant le Prophète;

— si vous croyez en Dieu et au Jour dernier —

c'est mieux ainsi; c'est le meilleur arrangement. »

Le Coran, traduction de D. Masson (Paris: Gallimard, 1967).

²¹⁹ Sullivan, note 192 *supra*, à la p. 807.

²²⁰ *Charte*, note 8 *supra* à l'art. 1. Voir également *R. c. Oakes*, note 160 *supra*.

²²¹ Il faut noter que les tensions dont il s'agit ici n'opposent pas la religion d'un côté et le droit des femmes à l'égalité de l'autre, mais résultent de normes religieuses qui propagent des valeurs patriarcales et dont les partisans invoquent le droit à la liberté de religion pour perpétuer ces modèles de comportement au détriment des femmes. Voir Raday, note 184 *supra*, à la p. 676.

Les États parties condamnent la discrimination à l'égard des femmes sous toutes ses formes, conviennent de poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer la discrimination à l'égard des femmes et à cette fin, s'engagent à :

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

En cas de conflit entre les deux catégories de droits, l'article 5(a) impose aux États parties une obligation positive, à savoir « modifier...les schémas et modèles de comportement socioculturel », tandis que l'article 2(f) leur impose l'obligation de « modifier ou abroger... toute coutume ou pratique » discriminatoire envers les femmes. Il est clair que la CEDEF accorde à l'égalité des sexes un poids supérieur à celui des pratiques et coutumes culturelles, y compris les normes religieuses²²², et établit de ce fait une indéniable hiérarchie de valeurs.

Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a conclu que les articles 2 et 3 de la Convention « établissent une obligation globale quant à l'élimination de la discrimination sous toutes ses formes, venant s'ajouter aux obligations spécifiques prévues aux articles 5 à 16²²³ ». L'interdiction de la discrimination envers les femmes énoncée dans la Convention dépasse explicitement les actions gouvernementales pour s'appliquer à la conduite d'acteurs non étatiques²²⁴

L'article 18(3) du PIDCP régle lui aussi toute éventuelle tension entre le droit de manifester ses convictions religieuses et les droits ou libertés fondamentales d'autrui :

La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui²²⁵.

L'article 18(3) prévoit donc une exception à la «liberté de manifester sa religion» au cas où elle entre en conflit avec les libertés et droits fondamentaux d'autrui, y compris le droit à l'égalité pour les femmes, lui aussi protégé à l'article 3 du Pacte²²⁶. En posant cette exception, le Pacte introduit implicitement une hiérarchie de droits, quoi que de

²²² On entend ici par culture un macroconcept qui définit la société humaine. Les «pratiques culturelles» subsument les normes religieuses des sociétés. Raday, note 184 *supra*, à la p. 677.

²²³ Recommandation générale n° 19 : Violence à l'égard des femmes. ONU, CEDEF, 11^e session, U.N.Doc A/47/38. Voir également Sullivan, note 192 *supra*, à la p. 799.

²²⁴ Sullivan, note 192 *supra*, à la p. 799.

²²⁵ PIDCP, note 216 *supra*, art. 18(3). [C'est moi qui souligne.]

²²⁶ L'article 3 du PIDCP énonce ce qui suit : «Les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte.» PIDCP, note 216 *supra*, à l'art. 3.

manière moins catégorique que le fait la CEDEF²²⁷. Cet article, parce qu'il introduit une exception lorsqu'il est nécessaire de protéger les droits fondamentaux, peut être interprété comme inférant aux États une obligation d'imposer ces restrictions. C'est cette interprétation que semble implicitement emprunter l'Observation générale du Comité des droits de l'homme sur l'égalité des droits entre les hommes et les femmes qui, si elle ne mentionne pas expressément à l'article 18(3), stipule que le droit à la liberté de religion n'autorise aucun État, groupe ou individu à porter atteinte aux droits à l'égalité des femmes²²⁸.

B. Le cadre juridique canadien

En droit canadien comme en droit international, autant le droit à l'égalité que le droit à la liberté de religion et le multiculturalisme sont protégés. Le droit à l'égalité entre les hommes et les femmes est protégé par la disposition générale de l'article 15(1) de la *Charte*, et par l'article 28 qui énonce qu'« [i]ndépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes²²⁹ ». Le rapport entre l'article 15 et l'article 28 de la *Charte* a été analysé comme suit :

L'article 28 doit... être interprété à la lumière de la clause «restrictive» figurant à l'article 1 de la *Charte* et de la clause dérogatoire (nonobstant) de l'article 33. L'expérience du passé a fait craindre que les législatures puissent, en vertu de l'article 33, invoquer la clause dérogatoire pour soustraire une loi discriminatoire envers les femmes de l'application de la *Charte* ou encore que les tribunaux puissent, en vertu des restrictions autorisées par l'article 1, interpréter une loi discriminatoire envers les femmes de manière à la considérer comme une limite raisonnable et dont « la justification puisse se démontrer dans la cadre d'une société libre et démocratique »²³⁰.

Si l'article 15 de la *Charte* est assujéti à la clause dérogatoire de l'article 33, l'article 28, lui, ne l'est pas. L'article 15 est aussi assujéti aux restrictions de l'article 1 bien que, du fait de l'existence de l'article 28, il sera pratiquement impossible de justifier une quelconque restriction à l'égalité des sexes garantie à l'article 15(1)²³¹.

²²⁷ Raday, note 184 *supra*, à la p. 678.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ *Charte*, note 8 *supra*, à l'art. 28.

²³⁰ Tarnopolsky et Beaudoin (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (Toronto: Carswell, 1982), à la p. 436 [notre traduction]. Voir également Katherine J. de Jong, "Sexual Equality: Interpreting Section 28", in Anne F. Bayefsky et Mary Eberts (dir.), *Equality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Toronto: Carswell, 1985) à la p. 527.

²³¹ Voir également Jean-François Gaudreault-Desbiens, note 209 *supra*, à la p. 30. Toutefois, la Cour suprême du Canada a dernièrement conclu que l'article 9 de la *Public Sector Act*, qui effaçait les arriérés dus par le gouvernement de Terre-Neuve à ses employées dans le cadre de l'équité salariale, violait l'article 15 de la *Charte* mais se justifiait au sens de l'article 1. *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 C.S.C 66 [NAPE]. Il ne semble pas, à la lecture du jugement, que des arguments invoquant l'article 28 aient été avancés dans cette cause. L'invocation de l'article 28 aurait peut-être changé le cours de choses en faveur des femmes. Beverley Baines a d'ailleurs parlé du «potentiel inexploité» de l'article 28 et a

La liberté de religion est protégée par l'article 2(a) de la *Charte* et les minorités religieuses ont elles aussi le droit de ne pas faire l'objet de discrimination en vertu de la disposition générale sur l'égalité inscrite à l'article 15. La préservation du multiculturalisme est reconnue au Canada aux termes de l'article 27 de la *Charte*, qui énonce que « [t]oute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel canadien ²³² ». En outre, dans son *Renvoi relatif à la sécession du Québec*²³³, la Cour suprême du Canada a fait du respect des minorités un des principes sous-jacents de la Constitution. Elle a souligné que la Constitution n'est pas seulement un texte écrit et que ses principes sous-jacents doivent orienter l'appréciation des droits et obligations constitutionnels.

Dans le cadre de sa politique du multiculturalisme²³⁴, le gouvernement fédéral a encouragé et financé certaines activités de groupes ethniques en vue de promouvoir le dialogue et de faciliter l'intégration des groupes minoritaires à la société canadienne. Du côté des tribunaux, le multiculturalisme a pris la forme du concept d'accommodement raisonnable, par exemple dans le cas d'un employeur qui se voit imposer l'obligation de prendre des mesures raisonnables, sans que cela ne cause une contrainte excessive, pour composer avec les pratiques religieuses de l'employé qui est ou sera victime de discrimination en raison d'une règle ou condition de travail²³⁵. Bien que le multiculturalisme ne confère pas réellement de droits positifs²³⁶, les tribunaux doivent donner effet à la politique de maintien et de valorisation du patrimoine pluriculturel inscrite à l'article 27 de la *Charte*.

Par conséquent, ma conclusion à l'effet qu'une loi viole la liberté de religion quand elle rend plus difficile et plus coûteux l'exercice, par une personne, de sa religion, s'appuie sur le fait qu'une telle loi ne contribue pas à maintenir et certainement pas à valoriser ou promouvoir la dimension de sa culture relevant de la religion. Aux termes de l'article 27, notre société sera une société ouverte et pluraliste qui doit accepter les petits inconvénients qui surviennent lorsque différentes pratiques religieuses sont reconnues comme des exceptions acceptables à des obligations communes autrement justifiables²³⁷.

encouragé les juristes féministes à invoquer cet article quand elles préparent des contestations judiciaires fondées sur la *Charte*. Baines, note 141 *supra*.

²³² *Charte*, note 8 *supra*, art. 27.

²³³ *Renvoi relatif à la sécession du Québec* [1998], 2 R.C.S. 217.

²³⁴ Voir la *Loi sur le multiculturalisme canadien*, L.R. (1985) ch. 24 (4^e suppl.).

²³⁵ *Ontario Human Rights Commission c. O'Malley c. Simpson Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536. Voir également *Bhinder c. Canadian National Railway Co.*, note 174 *supra* au par. 46.

²³⁶ Le but du multiculturalisme n'est donc pas de créer des droits subjectifs à la différence culturelle en soi, mais plutôt d'éviter l'oppression d'une minorité, d'éviter que ces dernières ne soient discriminées. Il s'agit donc avant tout d'une dimension négative.» Anne Saris, *La Compénétration des ordres normatifs religieux et étatiques en France et au Québec : quel pluralisme?* (Thèse de doctorat en sciences juridiques, Université McGill, Faculté de droit, 2005) [non publié].

²³⁷ *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 15 C.C.C. (3d) 353 (Ont. C.A.) au par. 67; appel rejeté sub nom. [Notre traduction.] *Edwards Books and Art Limited et al. c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

Il n'est pas rare de voir les droits garantis par la *Charte* entrer en conflit. La Cour suprême du Canada a statué que « [l]a protection ultime accordée par un droit garanti par la *Charte* doit être mesurée par rapport aux autres droits et au regard du contexte sous-jacent dans lequel s'inscrit le conflit apparent²³⁸ ». Même si elle estime qu'il faut trouver un équilibre entre les droits en conflit en tenant compte du contexte précis, elle évite d'établir une hiérarchie explicite des droits garantis par la *Charte*. Voici ce qu'elle écrit dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada* :

Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits, tant dans l'interprétation de la *Charte* que dans l'élaboration de la common law. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit... les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits²³⁹.

L'affaire *R. c. O'Connor*²⁴⁰ portait sur le droit des accusés d'infractions d'ordre sexuel d'obtenir la communication de dossiers psychologiques en possession de tiers et sur les procédures pouvant régir la production de ces dossiers. Une large coalition de groupes de femmes est intervenue pour s'opposer à l'élargissement aux dossiers thérapeutiques des principes et de la pratique en matière de communication de dossiers et a souligné la nécessité de prendre en compte les droits à l'égalité des femmes dans les causes d'agression sexuelle²⁴¹. Après avoir soupesé le droit de l'accusé à une défense pleine et entière en regard des droits de la plaignante au respect de sa vie privée et à l'égalité sans discrimination, la Cour suprême s'est prononcée à l'unanimité en faveur du premier. Le gouvernement fédéral a réagi à la décision *O'Connor* en présentant le projet de loi C-46 qui corrige l'interprétation étroite de la Cour suprême du droit à un procès équitable par la promotion du droit des femmes au respect de la vie privée et des considérations relatives à l'égalité²⁴². En 1999, c'est la constitutionnalité de cette nouvelle loi qui a été contestée dans l'affaire *R. c. Mills*. Jusque là, la Cour s'en était tenue à une interprétation singulièrement androcentrique du droit à un procès juste, strictement focalisée sur l'intérêt de l'accusé. Dans l'arrêt *Mills*²⁴³, elle a bien voulu concéder qu'en matière de lois relatives aux agressions sexuelles, il convenait d'adopter une grille d'interprétation plus large et de tenir compte des intérêts des femmes et des enfants victimisés et rendus vulnérables par des agressions sexuelles. Elle a statué qu'il fallait prendre en considération le droit d'une femme au respect de sa vie privée et à l'égalité, et a élargi l'interprétation traditionnelle du droit à un procès équitable.

La jurisprudence de la Cour suprême a traité les tensions entre des droits garantis par la *Charte* par un équilibrage des droits. Elle n'a pas « accordé de juridiction sur le mode du "tout ou rien" aux représentants institutionnels de communautés culturelles²⁴⁴ », mais

²³⁸ *Amselem*, note 143 *supra*, au par. 62.

²³⁹ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 à la p. 877.

²⁴⁰ *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411 [*O'Connor*].

²⁴¹ Christopher P. Manfredi, *Feminist Activism in the Supreme Court: Legal Mobilization and the Women's Legal Education and Action Fund* (UBC Press, 2004: Vancouver) à la p. 130.

²⁴² *Ibid.*, à la p. 138.

²⁴³ *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 688 [*Mills*].

²⁴⁴ Shachar, note 176 *supra*, à la p. 406.

elle n'a pas non plus établi la suprématie des droits des femmes à l'égalité en cas de conflit avec d'autres droits. Elle a préféré traiter de la question de l'accommodement à accorder aux groupes minoritaires et aux femmes au cas par cas. Quoi qu'il en soit, le fait qu'elle ait finalement accepté d'élargir le concept du droit à un procès équitable pour y introduire des considérations relatives au droit des femmes à l'égalité et au respect de leur vie privée montre qu'une interprétation de la liberté de religion pourrait elle aussi être repensée pour prendre en compte les droits des femmes à l'égalité.

Il convient aussi de noter qu'en matière criminelle, les tribunaux ont refusé à des accusés d'homicide conjugal le droit à une défense culturelle. Dans *R. c. Ly*²⁴⁵, un homme vietnamien qui avait étranglé la femme avec qui il vivait avait plaidé que l'infidélité de cette dernière l'avait poussé à la tuer. La question en litige portait sur l'admissibilité de la défense de provocation qui permet à un accusé, si elle réussit, d'être reconnu coupable non pas de meurtre mais d'homicide involontaire coupable, une infraction moins grave. Dans son témoignage, Ly a soutenu que l'infidélité de sa femme avait eu pour effet de lui faire «perdre la face» et de le déshonorer, choses qui revêtaient pour lui une grande importance à cause de ses origines vietnamiennes²⁴⁶. Il a plaidé que le jury devait tenir compte de ses caractéristiques personnelles, y compris sa culture, en évaluant ce qu'une personne ordinaire aurait fait dans les mêmes circonstances. Le tribunal a rejeté son argument et conclu que le critère à appliquer en l'espèce était un critère objectif, à savoir quelle aurait été la réaction d'une personne raisonnable²⁴⁷. Cette affaire indique que les tribunaux canadiens refusent qu'une personne se disculpe de son crime en invoquant le motif vague de la «culture».

C. L'Islam et les tensions entre droits des femmes et pratique religieuse

Dans toutes les grandes traditions religieuses, il peut y avoir conflit entre les droits des femmes et le droit de pratiquer religion ou croyances. Dans le débat entourant l'arbitrage religieux en Ontario, c'est surtout l'application du droit islamique qui a attiré l'attention et nourri des craintes, à l'intérieur comme à l'extérieur de la communauté musulmane. Dans son rapport sur l'arbitrage en matières familiales et successorales en Ontario, Marion Boyd relate que le Conseil islamique des imams, « reconnaissant que les préoccupations au sujet de l'arbitrage visent surtout le droit islamique des personnes, est disposé à voir un contrôle des décisions arbitrales islamiques, même si les autres sentences arbitrales ne sont pas soumises à un contrôle semblable²⁴⁸ ».

Au Québec, dans les années 60 et 70, le mouvement des femmes s'est farouchement opposé à la domination de l'Église catholique et à son droit de dicter aux femmes comment elles devaient mener leur vie «privée». Les femmes ont par exemple contesté avec force le droit de l'Église d'interdire la contraception et d'obliger les femmes à se

²⁴⁵ (1987) 33 C.C.C. (3d) 31 (B.C.C.A.) [*Ly*].

²⁴⁶ *Ibid.*, au par. 8.

²⁴⁷ *Ibid.* au par. 24. Voir également *R. c. Nahar*, [2004], 181 C.C.C. (3d) 449 (B.C.C.A.).

²⁴⁸ Marion Boyd, «Résolution des différends en droit de la famille : pour protéger le choix, pour promouvoir l'inclusion» (décembre 2004), Ministère du Procureur général, en ligne : <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/news/20041220-boyd.asp> . [C'est moi qui souligne.]

plier à leur «devoir conjugal», c'est-à-dire rester en permanence sexuellement accessibles à leur mari. Pendant des siècles, l'Église catholique a obligé les femmes à se soumettre aux hommes de leur famille et la résistance féministe à ces diktats a pris de multiples formes : interventions publiques, littérature et théâtre. Les féministes continuent de s'opposer aux efforts abondamment financés que déploie le Vatican pour restreindre les droits des femmes à l'échelle internationale.

Dans le même sens, les femmes se mobilisent contre la montée du fondamentalisme religieux partout dans le monde. Pour le réseau international de solidarité Femmes sous lois musulmanes (WLUML), « la montée des fondamentalismes religieux fait partie intégrante de la montée des mouvements d'extrême droite et de l'expansion des politiques libérales procapitalistes²⁴⁹ ». En combattant en particulier les fondamentalismes musulmans, le réseau a dénoncé «l'imposition d'une tenue vestimentaire et le voile forcé, et les atteintes à la liberté de mouvement et aux droits à l'éducation et au travail sous des régimes similaires aux Talibans²⁵⁰ ».

À l'instar de ce qu'ont fait certaines féministes catholiques, de nombreuses féministes musulmanes revendiquent une interprétation progressiste de l'Islam²⁵¹. Leila Sayeh et Adriaen Morse, par exemple, soutiennent que « l'Islam dicte pour les femmes un statut égal en dignité à celui des hommes et stipule que tous les musulmans sont tenus de réaliser le plan de Dieu tel que révélé par sa parole et ses enseignements²⁵² ». Selon elles, la plupart des analyses ont fait de l'Islam lui-même la source de persécution des femmes musulmanes, plutôt que d'attribuer cette persécution à une interprétation erronée de la charia perpétuée par les sociétés et les dirigeants patriarcaux. « Il est déplacé de cibler l'Islam lui-même comme la source de l'oppression des femmes et cette posture nous empêche de vraiment comprendre la nature des difficultés que rencontrent les femmes dans les sociétés musulmanes²⁵³. »

Azizah al-Hibri estime que pour la majorité des femmes musulmanes attachées à leur foi, le seul moyen de résoudre les conflits consiste à développer une solide jurisprudence islamique féministe qui leur montre clairement que l'Islam ne les prive pas de leurs droits, mais milite au contraire pour qu'elles jouissent de ces droits. Pour Hibri, les femmes «ne seront pas émancipées par une approche laïque imposée de l'extérieur par des organes internationaux ou parachutée par... les gouvernements²⁵⁴ ». À l'opposé, le réseau WLUML estime que des « lois séparées soi-disant basées sur la religion,

²⁴⁹ Communiqué du WLUML au Forum social mondial – Appel contre les fondamentalismes (28 janvier 2005), en ligne : <http://wluml.org/french/newsfulltxt.shtml?cmd%5b157%5d=x-157-110673>.

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ Les femmes juives ont elles aussi défendu des interprétations progressistes et non sexistes des lois religieuses. Voir par exemple Judith Plaskow, *Standing Again at Sinai – Judaism from a Feminist Perspective* (New York: Harper San Fransco, 1991); Blu Greenberg, *On Women and Judaism – A view from Tradition* (Philadelphie: The Jewish Publication Society of America, 1981) et Judith Hauptman, *Rereading the Rabbis: A Woman's Voice* (Boulder: Westview Press, 1998).

²⁵² Sayeh et Morse, note 215 *supra*, à la p. 319.

²⁵³ *Ibid.*, à la p. 312.

²⁵⁴ Azizah Al-Hibri, "Islam, Law and Custom: Redefining Muslim Women's Rights" (1997) 12 Am. U. J. Int'l L. & Pol'y 1, à la p. 3.

particulièrement pour régler des problèmes de famille au sein de la "Communauté musulmane"... vont se révéler profondément discriminatoires et antiféministes²⁵⁵ ».

D. Conclusion : l'universalité et l'indivisibilité des droits humains

L'universalité et l'indivisibilité des droits humains constituent un principe fondamental largement reconnu. Quand on déclare que les droits humains sont universels, on affirme que les droits à une protection égale, à la sécurité physique et à la liberté de religion sont les mêmes pour tous et toutes et qu'ils s'appliquent et doivent s'appliquer partout. Chaque personne peut se prévaloir de ses droits de par sa seule qualité d'être humain. C'est par leur universalité que les droits humains se distinguent d'autres droits comme ceux que confère la citoyenneté ou le droit des contrats. Les droits humains sont en outre indivisibles. L'exercice de chacun de ces droits dépend de l'exercice des autres. Par exemple, l'exercice du droit de jouir du meilleur état de santé qu'il soit possible d'atteindre est aussi fonction de l'exercice des droits à l'information et à l'éducation, ainsi que du droit à un niveau de vie suffisant. Les êtres humains ont des besoins et des aspirations d'ordre social, culturel et économique qu'on ne peut fragmenter et cloisonner parce que ces besoins sont interdépendants. Les politiques et programmes gouvernementaux ne peuvent pas viser l'application d'un droit particulier sans le combiner à tous les autres²⁵⁶.

Tant les lois canadiennes que les dispositions internationales relatives aux droits humains ont pour objectif ultime de transformer la société afin d'inclure davantage les femmes et les autres groupes désavantagés et marginalisés. « Un cadre institutionnel qui ne peut faire face aux formes imbriquées de discrimination et aux motifs multiples de discrimination nuit au potentiel transformateur des droits de la personne et de la notion d'égalité. Au cours des 25 dernières années, l'évolution de la conception de ces droits a mené à la reconnaissance des interrelations entre les différentes formes d'inégalité²⁵⁷. » D'ailleurs, la Cour suprême du Canada admet que les formes de discrimination subies sont complexes et comportent de multiples facettes²⁵⁸.

Nous avons donc besoin de moderniser le cadre institutionnel pour faire face à toute la gamme de pratiques discriminatoires qui entrent en jeu dans les matières de droit de la famille. Certes, les traditions culturelles influencent la manière dont une société organise les relations en son sein, mais cela n'exclut en rien l'universalisme des droits qui concernent au premier chef les rapports entre les citoyens et l'État et la dignité inhérente des personnes et des groupes. « Non seulement le relativisme [culturel] a connu des revers de fortune, mais il est devenu l'objet de critiques acerbes, surtout en provenance du Tiers-Monde, qui tendent à considérer les attitudes conservatrices face au

²⁵⁵ WLUML, note 249 *supra*.

²⁵⁶ "What are UNDP's Human Rights Principles? Universality and Indivisibility of Human Rights", en ligne: Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD): <http://www.undp.org/fj/gold/humanrightsprinciples.htm>.

²⁵⁷ Présentation de la Commission canadienne des droits de la personne au Groupe de travail sur l'équité salariale, mars 2003, en ligne: <http://www.chrc-ccdp.ca>

²⁵⁸ *Egan c. Canada* (1995) 2 R.C.S 513; *Law c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, (1999) 1 R.C.S. 497.

changement comme un moyen de perpétuer la subordination des nations sous-développées²⁵⁹. » Toute solution de la question de l'arbitrage fondé sur des principes religieux doit par conséquent tenir compte des principes fondamentaux des droits humains qui figurent au premier rang des progrès que l'humanité a accomplis.

Troisième partie : la séparation de l'«Église» et de l'État

I. Fondements conceptuels et rappel historique

Selon la doctrine de la séparation de l'«église» et de l'État, les structures de l'État ou du gouvernement national doivent être dissociées des institutions religieuses. Dans l'Occident médiéval, les monarques se proclamaient de droit divin tandis que les autorités papales se posaient comme les représentantes de l'autorité de Dieu sur terre. Cette contradiction non résolue autour du contrôle ultime de l'État a engendré des luttes de pouvoir et des crises à l'origine d'un certain nombre d'événements qui ont marqué le développement de l'Occident. Même si la tradition juridique de nombreux pays occidentaux, y compris le Canada, a des origines judéo-chrétiennes, on a vu émerger un consensus tacite sur la nécessité de dégager progressivement les normes juridiques du cadre religieux de l'ère médiévale.

Il convient néanmoins de noter qu'un modèle strict de séparation de l'église et de l'État ne favorise pas nécessairement la liberté de religion et n'est pas non plus obligatoirement neutre²⁶⁰. Les États religieusement «neutres» peuvent tout autant réprimer la liberté de religion que les États anti-religieux. Vu que la plupart des États encadrent de nombreux aspects de la vie de leurs ressortissants — droit pénal, droit de la famille, éducation, propriété, emploi et services de santé — il n'est pas surprenant que les convictions religieuses et la doctrine de l'État entrent souvent en conflit. «Le fait que le laïcisme insiste pour confiner la religion à une "sphère privée" toujours plus réduite... [c.à.d. les domaines de la vie qui échappent à la réglementation de l'État] peut avoir pour effet de marginaliser la vie religieuse et de restreindre la liberté de religion²⁶¹. » Un État «minimaliste» pourrait peut-être faire de la religion une affaire strictement privée et observer une authentique neutralité face à la pratique religieuse, mais cet exercice est devenu difficile dans des sociétés qui sont lourdement contrôlées par des centaines de lois et règlements.

Dans le cas de religions qui, comme l'Islam, se montrent très prescriptives en matière d'observance religieuse, reléguer la religion au domaine privé n'est pas chose facile. Selon Urfan Khaliq, la charia ne reconnaît pas le principe de la séparation de l'«église»

²⁵⁹ Elvin Hatch in Henry J. Steiner et Phillip Alston (dir.), *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, 2^e édition (Oxford: Oxford University Press, 2000), à la p. 371.

²⁶⁰ W. Cole Durham, in Vicki C. Jackson et Mark Tushnet (dir.), *Comparative Constitutional Law* (New York: Foundation Press, 1999), à la p. 1159.

²⁶¹ *Ibid.*, à la p. 1162.

et de l'État largement préconisé en Occident, parce qu'elle s'applique à tous les aspects de la vie d'un musulman²⁶².

II. Le contexte canadien

Au Canada, c'est la disposition sur la liberté de religion figurant dans la *Charte* qui définit le rapport entre religion et État. Le Canada reconnaît comme son chef de l'État le monarque britannique, dont les attributions ont sans aucun doute des origines de nature religieuse²⁶³. Contrairement au Premier Amendement de la Constitution des États-Unis, qui stipule que «le Congrès ne pourra faire aucune loi concernant l'établissement d'une religion ou interdisant son libre exercice...²⁶⁴», la Constitution canadienne ne fait aucune mention du non-établissement d'une religion. En fait, la Constitution du Canada reconnaît que le Canada «est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit»²⁶⁵. Il convient de noter, toutefois, qu'aucun tribunal n'a jusqu'ici invoqué la «suprématie de Dieu» et qu'en cas de conflit entre des règles «morales» et la primauté du droit, c'est toujours cette dernière qui a prévalu²⁶⁶.

Au Canada, l'État subventionne directement les écoles catholiques romaines et la Cour suprême a attribué ce financement à une interprétation étroite d'un compromis constitutionnel historique en faveur de certains groupes confessionnels et de leurs enfants dont la portée, si elle doit être maintenue, ne saurait être élargie dans le cadre d'une société canadienne multiculturelle et multiconfessionnelle²⁶⁷. Le Comité des droits de l'homme a statué, dans *Waldman c. Canada*, que le financement exclusif des écoles catholiques romaines contrevenait à l'article 26 du PIDCP garantissant une protection égale et efficace contre toute discrimination²⁶⁸. Le Canada n'a toujours pas donné suite à cette décision²⁶⁹.

²⁶² Urfan Khaliq, "Beyond the Veil? An Analysis of the Provisions of the Women's Convention in the Law as Stipulated in Shari'ah" (1995) 2 Buff. J. Int'l L. 1, à la p. 7. «En réalité, une diversité de régimes peuvent exister en théorie islamique, en fonction de la portée attribuée aux croyances musulmanes internes et également de la souplesse de l'interprétation de la charia et de l'espace que cette interprétation laisse à la modernisation.» Durham, in Jackson & Tushnet, note *supra* 260, à la p. 1162.

²⁶³ Wikipedia, l'encyclopédie libre, en ligne: <http://en.wikipedia.org/wiki/Separation>.

²⁶⁴ Constitution des États-Unis, Premier Amendement.

²⁶⁵ Charte, note *supra* 8, préambule.

²⁶⁶ Voir Anne Saris, *La compénétration des ordres normatifs religieux et étatiques en France et au Québec : quel pluralisme?* (thèse de doctorat en sciences juridiques, Université McGill, Faculté de droit, 2005) [non publié]. Saris fait observer que l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 ne mentionne rien à propos de l'«église» et de l'État, et ne fait aucune référence à Dieu. La Constitution de 1982 est assortie d'un préambule où sont invoqués les «principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit». Malgré l'attachement de Trudeau au pluralisme, aux libertés civiles et à la laïcité, cette référence a été inscrite à la suite des pressions exercées par plusieurs organisations catholiques et évangéliques. *Ibid.*

²⁶⁷ *Adler c. Ontario*, [1996] 140 D.L.R. 385. Voir aussi Shauna Van Praagh, "Changing the Lens: Locating Religious Communities Within U.S. and Canadian Families and Constitutions" 15 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 125 à la p. 134.

²⁶⁸ *Walsman c. Canada* (5 novembre 1999), Comité des droits de l'homme, 67^e session CCPR/C/67/D/694/1996, en ligne: <http://www.unhcr.ch>

²⁶⁹ Les États ne sont pas liés par les observations et recommandations finales du Comité des droits de l'homme, comme celles de tous les organes de suivi des traités relatifs aux droits humains. Ces décisions

Malgré l'arrangement historique conclu pour protéger la minorité des catholiques romains à l'époque de la Confédération, il est clair que le Canada ne s'identifie pas formellement à une quelconque religion. Toutefois, «le simple fait qu'un État n'ait pas d'église officiellement établie ne signifie pas nécessairement qu'il ait un régime séparatiste caractérisé par une non-identification stricte à la religion²⁷⁰». On peut qualifier le Canada de régime «coopératif», au sens où l'État n'accorde pas de statut officiel à la religion mais coopère avec les églises, mais il serait probablement plus juste de parler d'un régime d'accommodement : il y a officiellement séparation de l'église et de l'État, mais ce dernier maintient une attitude de neutralité bienveillante par rapport à la religion²⁷¹. Un régime «accommodant» n'aurait aucun scrupule à reconnaître l'importance de la religion dans la culture locale, à accepter les symboles religieux dans les lieux publics, à autoriser des exemptions fiscales et alimentaires, des congés, le sabbat et autres²⁷². Le Canada, de toute évidence, répond à ce modèle.

Pour sa part, Anne Saris estime qu'il existe au Canada un principe implicite de séparation entre les institutions religieuses et l'État²⁷³. Le juge Muldoon de la Cour fédérale du Canada a abondé dans le même sens :

Le principe et impératif primordial que l'on trouve dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, c'est que le Canada est un État laïc... Il l'est de par deux éléments de sa Constitution qui seraient nuisibles, voire mortels, pour tout État théocratique : la liberté fondamentale de conscience et de religion garantie à chacun, tel que stipulé à l'article 2(a) de la *Charte*, et la liberté fondamentale de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression garantie par l'article 2(b)²⁷⁴.

Mais le juge Muldoon a aussi écrit ce qui suit :

Si le Canada peut être à bon droit caractérisé comme un État laïc, il reste qu'il est fondé, par le Parlement comme par la Constitution, sur des principes qui reconnaissent la « suprématie de Dieu », et on ne peut pas prétendre que notre ordre public soit entièrement neutre sur le plan de l'« avancement de la religion »... La reconnaissance légale et constitutionnelle de Dieu implique nécessairement un État qui penche en faveur de la croyance ou de la foi — c'est-à-dire de la manifestation de religions au sein de notre population²⁷⁵.

ont en revanche un grand poids international, mais la seule façon de les faire exécuter consiste à «faire honte» aux États pour les inciter à agir.

²⁷⁰ Durham in Jackson et Tushnet, note *supra* 260 à la p. 1160.

²⁷¹ *Ibid.*, à la p.1164.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ Anne Saris, thèse, note *supra* 266.

²⁷⁴ *Commission canadienne des droits de la personne c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien et Prince)*, [1994] F.C.J. No 1998 Action No T-671-93 Cour fédérale du Canada - Division de première instance Vancouver, Colombie-Britannique, juge Muldoon au par. 6. [Notre traduction]

²⁷⁵ *McBurney c. Canada (Ministère du revenu national)* [1984] F.C.J. No 707 [QL]. [Notre traduction]

Quand il s'agit d'une affaire de nature intrinsèquement religieuse, les tribunaux canadiens refusent d'intervenir au motif qu'il n'appartient pas aux tribunaux civils de se prononcer sur des questions de doctrine religieuse²⁷⁶ en vertu du principe de la séparation de l'église et de l'État. Les juges canadiens vont s'occuper de religion lorsqu'il est nécessaire de proscrire des pratiques préjudiciables, qui portent atteinte aux droits civils ou qui empiètent sur les droits constitutionnels d'une personne — sinon, ils vont « simplement laisser... la conscience et la religion tranquilles »²⁷⁷.

Quatrième partie : les options en matière de réforme du droit

Nous allons dans la section qui suit présenter les positions de certains des principaux intervenants dans le débat entourant l'arbitrage religieux en Ontario, en analysant les forces et les faiblesses de chaque argumentation. Le défi pour chacune de ces organisations consiste à concilier les droits des minorités religieuses et ceux des femmes, qui ont, les unes et les autres, des revendications légitimes en vertu du droit interne et du droit international.

I. L'Institut islamique de justice civile : la souveraineté des musulmans

L'Institut islamique de justice civile, dirigé par Syed Mumtaz Ali, a été créé pour conduire des procédures d'arbitrage en Ontario en appliquant le droit personnel/droit de la famille islamique. Selon Syed Mumtaz Ali, les musulmans constituent une importante minorité confessionnelle au Canada et doivent être en mesure d'exercer la liberté de religion que leur garantit la *Charte*.

La religion ne se résume pas à disposer de lieux de culte ou à nourrir des croyances ou des valeurs particulières. La religion consiste aussi à mettre en pratique ce en quoi l'on croit et à agir conformément aux valeurs qu'on porte en estime. De plus, ces croyances et valeurs ne sont pas des choses que l'on « active » en entrant dans un lieu de culte et que l'on « désactive » en sortant. Il est entendu que les croyances et les valeurs religieuses doivent être mises en pratique dans tous les gestes de la vie quotidienne²⁷⁸.

Parce que Mumtaz Ali est d'avis que pour les musulmans, « la religion doit être un mode de vie »²⁷⁹, il a préconisé que les musulmans aient la possibilité de contrôler le droit de la famille et le droit successoral par la voie de la *Loi sur l'arbitrage*. Ce point de vue n'a rien de particulièrement surprenant quand on sait que d'autres groupes religieux se servent aussi de la *Loi sur l'arbitrage* pour trancher des litiges en droit de la famille.

²⁷⁶ *Levitts Kosher Foods*, note 88 *supra*.

²⁷⁷ *O'Sullivan c. Ministère du Revenu national*, [1991] 45 F.T.R. 284, au par. 32.

²⁷⁸ Syed Mumtaz Ali et Anab Whitehouse, "Oh! Canada –Whose Land, Whose Dream? Sovereignty, Social Contracts and Participatory Democracy: An Exploration into Constitutional Arrangements" (1991), en ligne : The Canadian Society of Muslims <http://muslim-canada.org/ocanada.pdf>

²⁷⁹ *Ibid.* à la p. 42.

Mumtaz Ali a fondé son argumentation en faveur de tribunaux islamiques en invoquant le droit à la liberté de religion inscrit dans la *Charte* et la politique canadienne du multiculturalisme²⁸⁰.

Ce qui est particulier dans la façon dont Mumtaz Ali traite de la question, et qui trouble bien des Canadiens et Canadiennes tant musulmans que non musulmans, c'est qu'il envisage ce processus d'arbitrage comme une simple étape, l'amorce d'un système séparé de justice civile pour les musulmans, qui se verraient alors autorisés à administrer leurs propres affaires en matière de droit civil²⁸¹. Selon Mumtaz Ali, « les Canadiens devraient envisager cette question non pas comme une perte de contrôle, mais plutôt comme un élargissement de la souveraineté qui rehausserait de ce fait la qualité de cette souveraineté²⁸² ». Il compare la communauté musulmane canadienne aux Premières Nations du Canada pour justifier une plus grande autonomie des musulmans sur les plans juridique et politique. Cette comparaison ne tient pas dans la mesure où les peuples autochtones du Canada ont un statut unique dans le pays du fait des rapports historiques entre les « premiers habitants du territoire²⁸³ ». De plus, les droits des autochtones sont protégés au Canada en vertu d'un régime distinct de droits consacré dans la Constitution par l'article 35²⁸⁴.

Mumtaz Ali confond la possibilité limitée d'offrir des services pour régler certaines matières civiles dans le cadre de la *Loi sur l'arbitrage* avec le droit de mettre en place une institution de justice parallèle sur le modèle de ce que réclament ceux qui revendiquent l'autonomie gouvernementale. Pour Will Kymlicka, les minorités nationales comme le Québec et les peuples autochtones, qui constituent une communauté historique, plus ou moins achevée sur le plan institutionnel, occupant un territoire et partageant une culture et une langue, ont le droit de revendiquer l'auto-détermination ou l'auto-représentation. Selon Kymlicka, les groupes immigrants ne doivent pas jouir de ce droit parce que les immigrants arrivent volontairement au Canada et ne peuvent donc légitimement poser de telles revendications afin de préserver ou d'exercer des pratiques culturelles ou réclamer des exemptions pour se soustraire aux normes de l'État qui ont un impact différencié sur certaines pratiques religieuses²⁸⁵. La

²⁸⁰ Syed Mumtaz Ali, "The Review of the Ontario Justice System: The Reconstruction of the Canadian Constitution and the Case of Muslim Personal/Family Law" (1994), en ligne: Canadian Society of Muslims <http://muslim-canada.org/submission.pdf>

²⁸¹ Mumtaz Ali, *ibid.* à la p. 3.

²⁸² Ali et Whitehouse, note *supra* 278.

²⁸³ Rapport Boyd, note *supra* 248, à la p. 98.

²⁸⁴ Constitution, note *supra* 16, art. 35.

²⁸⁵ Kymlicka, note *supra* 164 à la p. 54. Cette généralisation voulant que les groupes immigrants ne puissent que revendiquer des droits des minorités parce qu'ils ont migré de leur propre chef au Canada pose problème parce qu'elle ne tient pas compte de la situation des communautés noires forcées de s'installer au Canada à cause de l'esclavage ni de la distribution mondiale des ressources qui a généré toute une classe de migrants et de réfugiés économiques. « Dans un monde caractérisé par d'énormes disparités économiques et des zones géographiques politiquement instables, il devient de plus en plus difficile de généraliser et d'attribuer les mouvements migratoires au libre choix de personnes qui décident de se déraciner culturellement. » Bauböck in Ruth Rubio-Marin, "Exploring the Boundaries of Language Rights: Insiders, Newcomers, and Natives", in Stephen Macedo et Allen Buchanan (dir.), *NOMO XLV: Secession and Self-Determination*, (New York: New York University Press, 2003) à la p. 4. Pour Ruth Rubio-Marin,

liberté de religion et le multiculturalisme n'infèrent pas un droit à la souveraineté similaire à celui des peuples autochtones²⁸⁶. Ils offrent plutôt aux communautés minoritaires des modalités d'accommodement qui contribuent à l'intégration de ces communautés dans l'ensemble de la société.

II. Le Conseil canadien des femmes musulmanes : la même loi pour toutes et tous

Le Conseil canadien des femmes musulmanes (CCFM) est un organisme national à but non lucratif mis sur pied pour aider les femmes musulmanes à participer activement à la société canadienne et encourager la compréhension mutuelle entre les Canadiennes musulmanes et les femmes d'autres confessions religieuses²⁸⁷. Le CCFM ne s'oppose pas à la charia en soi, mais il conteste l'application du droit musulman de la famille au Canada parce qu'il juge difficile de comprendre, d'interpréter ou d'appliquer uniformément ce code juridique complexe. Le CCFM partage en cela les préoccupations déjà exprimées ici à l'effet que les interprétations religieuses fondées sur le droit islamique de la famille auront des effets préjudiciables pour les femmes. Le CCFM est conscient que sa position sur cette question le place dans une position difficile, en particulier parce qu'il ne tient pas à «fournir des munitions supplémentaires à ceux qui sont enclins à diaboliser l'Islam²⁸⁸». Même si cet organisme n'a pas pris publiquement position sur la séparation de l'État et de la religion institutionnalisée, il estime que la politique du « multiculturalisme n'a jamais eu pour intention de priver des droits à l'égalité un groupe comme celui des femmes musulmanes²⁸⁹ ».

Le CCFM est d'avis que la création d'un tribunal appliquant le droit musulman de la famille ne sert en rien l'objectif bien intentionné de répondre aux besoins et intérêts des musulmans canadiens. Au contraire, cette initiative pourrait aggraver les problèmes que connaissent les familles musulmanes et tout simplement ghettoïser les femmes musulmanes vulnérables, qui constituent un groupe déjà isolé²⁹⁰.

Le CCFM estime que les avancées obtenues par les Canadiennes depuis une dizaine d'années en matière de réforme du droit de la famille doivent bénéficier à toutes les femmes, y compris les croyantes. L'exercice des droits humains doit être universel pour que toutes les femmes jouissent d'un égal bénéfice de la loi, sans distinction fondée sur l'appartenance religieuse. «En tant que citoyennes du Canada, nous estimons que les lois

il existe une difficulté inhérente dans le fait de présumer un libre consentement à se déraciner culturellement, «surtout dans le cas de personnes qui, avant d'émigrer, ont passé toute leur vie dans un environnement culturel stable.» Rubio-Marin, *supra* à la p. 5.

²⁸⁶ Kymlicka, note *supra* 164 à la p. 49. Voir aussi Rapport Boyd, note *supra* 248, à la p. 98.

²⁸⁷ Conseil canadien des femmes musulmanes, en ligne: <http://www.sympatico.ca/ccmw.london>

²⁸⁸ Conseil canadien des femmes musulmanes, «Position Statement on the Proposed Implementation of Section of Muslim Law [Sharia] in Canada» (2004), en ligne: <http://www.ccmw.com/Position%20Papers/Position%20Sharia%20Law.htm>

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ Conseil canadien des femmes musulmanes, "Tribunals Will Marginalize Canadian Muslim Women and Increase Privatization of Family Laws" (2004), en ligne: <http://www.ccmw.com/ShariainCanada/Tribunals%20Marginalize%20Canadian%20Muslim%20Women.htm>.

du pays doivent nous protéger, nous traiter sur un pied d'égalité et s'appliquer à toutes et tous, sans égard à notre origine ethnique, notre race, notre sexe ou notre religion²⁹¹. » Le CCFM recommande donc que l'on prohibe l'application d'un droit religieux en arbitrage familial légalement contraignant, et que les dispositions de la *Loi sur le droit de la famille* encadrent tout règlement de litiges en matières familiales en Ontario.

III. Les recommandations du rapport Boyd

En 2004, le Procureur général de l'Ontario et la ministre déléguée à la Condition féminine ont confié à Mme Marion Boyd le mandat d'étudier le processus d'arbitrage de la province et tout problème associé à la *Loi sur l'arbitrage*, en portant une attention particulière à l'arbitrage fondé sur des préceptes religieux. Le 20 décembre 2004, Marion Boyd a rendu publiques ses 46 recommandations.

De façon générale, le rapport de Marion Boyd est favorable à l'arbitrage en droit de la famille, y compris l'arbitrage à fondement religieux. Même si elle critique certains propos tenus par des membres de l'Institut islamique de justice civile²⁹², Marion Boyd défend le droit pour toutes les minorités religieuses, y compris les musulmans, de trancher leurs litiges dans le cadre de mécanismes extrajudiciaires de règlement des différends. Certaines de ses recommandations cherchent à institutionnaliser les conventions d'arbitrage en les assujettissant à certaines règles et en exigeant qu'elles soient «faites par écrit, signées par les parties et confirmées par témoins²⁹³». D'autres recommandations viennent combler certaines lacunes dans le domaine de l'arbitrage en matières familiales en modifiant les lois sur le droit de la famille qui ne mentionnent pas l'arbitrage²⁹⁴. Certaines de ces propositions pourraient avoir l'effet bénéfique de resserrer le contrôle judiciaire, en particulier la capacité pour les juges d'annuler des conventions d'arbitrage qui ne respectent pas certaines dispositions de la *Loi sur le droit de la famille*²⁹⁵. Marion Boyd tente de corriger certaines lacunes de la Loi en recommandant

²⁹¹ Alia Hogben, "The laws of the land must protect all of us, irrespective of gender or religion", The Toronto Star (1^{er} juin 2004), en ligne : <http://www.ccmw.com/ShariainCanada/The%20laws%20of%20the%20land%20must%20protect%20all%20of%20us.htm>

²⁹² Rapport Boyd, note *supra* 248 aux p. 98 et 99.

²⁹³ *Ibid.* aux p. 143 et 144, recommandations 3, 10 et 12.

²⁹⁴ *Ibid.* Voir les recommandations 3,4,5,6,7,8 et 9.

²⁹⁵ En ajoutant les ententes d'arbitrage à la définition de «contrat familial» figurant dans la LDF, Boyd recommande qu'une convention d'arbitrage ou une clause qui y figure puisse être annulée par un tribunal lorsque a) une partie n'a pas divulgué à l'autre des dettes ou autres éléments de passif importants, qui existaient lorsque le contrat familial a été conclu; b) une partie n'a pas compris la nature ou les conséquences du contrat familial; c) pour une autre raison, en conformité avec le droit des contrats. Article 56(4) de la LDF, note 21 *supra*. Cette recommandation a aussi pour effet d'empêcher les parties de se soustraire à leur droit à la quote-part de la valeur du foyer conjugal, tel que stipulé à l'article 52(20) de la LDF, note 21 *supra*. Boyd recommande également qu'un tribunal puisse annuler une sentence arbitrale comprenant une disposition alimentaire lorsque a) la disposition alimentaire ou la renonciation du droit à des aliments donne lieu à une situation inadmissible; b) le bénéficiaire des aliments touche l'aide sociale; c) la personne qui doit verser des aliments est en défaut de paiement, article 33(4) LDF, note 21 *supra*. Boyd recommande que les parties ne devraient pas être en mesure de renoncer à une disposition alimentaire. Par ces recommandations, Boyd clarifie les rapports entre les ententes d'arbitrage et les contrats familiaux tels que définis par la LDF, en ouvrant la porte à des contestations de conventions

que les conventions d'arbitrage conclues avant l'arbitrage soient re-confirmées par écrit²⁹⁶. Elle préconise en outre que les arbitres soient tenus de déclarer le besoin de protection d'un enfant, conformément à la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*²⁹⁷. Ses recommandations relatives à la conservation obligatoire des dossiers par les arbitres²⁹⁸ et à l'annulation possible de la décision arbitrale si un arbitre ne s'y conforme pas²⁹⁹, amélioreraient effectivement le système actuel d'arbitrage. Ces mesures, si on les appliquaient, faciliteraient l'analyse et l'évaluation des sentences arbitrales en droit de la famille aux fins de recherche, et mettraient ces informations à la disposition des parties, assurant ainsi une certaine protection du consommateur³⁰⁰.

Dans l'ensemble, toutefois, Marion Boyd ne réussit pas, dans son rapport, à trouver un juste équilibre entre les droits des minorités religieuses et les droits des femmes. Elle accorde incontestablement et de manière inappropriée la préférence à la liberté de religion, montrant par là qu'elle ne se sent aucunement tenue de protéger les personnes vulnérables au sein des groupes minoritaires, et en particulier les femmes.

Ce qui est plus décevant encore, c'est qu'elle affirme qu'«aucune preuve ne ressort de l'étude pour suggérer que les femmes souffrent systématiquement de discrimination à la suite d'arbitrages de différends en droit de la famille³⁰¹ ». Pourtant, elle-même admet un peu plus loin que le fait que les arbitres ne soient pas obligés de tenir des dossiers de leurs décisions constitue un obstacle à tout examen de la pratique de l'arbitrage des différends en droit de la famille effectué au nom de l'intérêt public, et que sa propre étude « s'est elle-même trouvée confrontée à ce problème³⁰² ». Cela laisse entendre a) que Boyd ne détenait pas les informations suffisantes pour conclure que les femmes ne font pas systématiquement l'objet de discrimination; b) qu'en dépit des mémoires présentés par de nombreux organismes sur les risques d'un emploi abusif de la Loi actuelle au détriment des femmes, Boyd sous-estime gravement les problèmes que rencontrent les femmes vulnérables dans le contexte de l'arbitrage. Cette tendance de Boyd à présumer que les femmes ne sont pas systématiquement désavantagées se détecte notamment dans l'interprétation qu'elle donne du très faible nombre d'appels en arbitrage familial. Elle endosse le raisonnement de certains consultants qui attribuent le faible nombre d'appels au fait «que les clients ont l'impression de contrôler la procédure jusqu'à un certain point, d'avoir leur mot à dire sur le choix de la personne qui jugera l'affaire et de participer dans une certaine mesure à la détermination des résultats³⁰³ ».

d'arbitrage ou de sentences arbitrales iniques par l'entremise du mécanisme de révision judiciaire. Voir les recommandations 3, 8 et 12 du Rapport Boyd, note 248 *supra*.

²⁹⁶ Rapport Boyd, note 248 *supra*, à la p. 143. Voir recommandations 5 et 6.

²⁹⁷ *Ibid.* à la p. 149. Voir recommandations 11 et 34.

²⁹⁸ *Ibid.* à la p. 150. Voir recommandations 38 et 39.

²⁹⁹ *Ibid.* aux p. 150 et 151

³⁰⁰ *Ibid.* aux p. 150 et 151. Voir recommandations 39 et 42. Mais la recommandation à l'effet que les

arbitres de litiges en droit familial ne remettent au gouvernement de l'Ontario qu'un résumé de leur décision est insatisfaisante dans la mesure où des arbitres pourront exclure, peut-être par inadvertance, des éléments de preuve produits par les parties et d'autres renseignements importants concernant l'arbitrage.

³⁰¹ *Ibid.*, à la p. 142.

³⁰² *Ibid.*, à la p. 146.

³⁰³ *Ibid.*, à la p. 39.

Mais ce que Marion Boyd omet de mentionner, c'est qu'on peut tout aussi bien attribuer la rareté des appels de sentences arbitrales fondées sur un droit religieux au fait que les parties renoncent à leur droit d'appel en signant la convention d'arbitrage et se retrouvent ainsi dans l'impossibilité de soumettre à l'examen d'un tribunal la décision de l'arbitre³⁰⁴. Même si seulement un des groupes consultés a préconisé une diminution des motifs pouvant être invoqués pour en appeler d'une décision arbitrale³⁰⁵, Boyd n'émet aucune recommandation au chapitre du nombre d'appels portés en vertu de la Loi³⁰⁶. Elle maintient un *statu quo* qui autorise les parties à renoncer à leur droit d'appel, soustrayant ainsi à l'examen des tribunaux des décisions importantes en droit de la famille.

De la même façon, même si « tous les avocats consultés recommandent au législateur d'obliger les parties concernées à obtenir un avis juridique indépendant avant de procéder à l'arbitrage³⁰⁷ », Boyd se garde d'émettre une recommandation en ce sens, pour ne pas transformer « une méthode de rechange utile et rapide aux procédures judiciaires en un processus plus long et légaliste³⁰⁸ ». Elle recommande en revanche que les parties aient la possibilité de renoncer complètement au droit de recevoir des conseils juridiques³⁰⁹. Cette proposition constitue un compromis inacceptable qui met en péril les droits de personnes vulnérables qui peuvent faire l'objet de pressions ou de contrainte. Fondamentalement, elle consacre le fait que ces personnes n'auront pas accès à des renseignements utiles sur la nature et les conséquences d'une entente d'arbitrage et sur les droits que leur confère le droit de la famille de l'Ontario, renforçant de ce fait leur oppression. Boyd se contente de recommander que les arbitres certifient avoir passé en revue la renonciation aux conseils juridiques indépendants et être convaincus que chaque partie connaisse et comprenne la clause de renonciation³¹⁰, une formalité peu susceptible de faire en sorte que les parties saisissent réellement les conséquences d'une telle clause.

Boyd propose que les arbitres appliquant le droit religieux « élaborent une déclaration de principe sur l'arbitrage religieux qui explique les droits et obligations des parties ainsi que les processus existants en vertu de la forme du droit religieux choisie³¹¹ », présumément pour aider les parties à mieux connaître l'arbitre à qui ils soumettent leur litige et les principes religieux qui seront appliqués. Or, cette recommandation est trop vague pour avoir un effet bénéfique quelconque. On ne sait pas précisément si la déclaration de principes doit s'en tenir à des questions d'ordre procédural ou si elle doit

³⁰⁴ On peut aussi expliquer la rareté des appels au fait que les femmes n'ont ni les moyens financiers ni ni les ressources psychologiques pour s'engager dans une telle procédure. De plus, il se peut que les femmes n'en appellent pas de sentences arbitrales fondées sur un droit religieux parce qu'on les encourage à croire que le résultat de l'arbitrage relève de la « volonté divine ».

³⁰⁵ Rapport Boyd, note 248 *supra*.

³⁰⁶ Même la *Loi uniforme sur l'arbitrage*, sur laquelle se base en premier chef la *Loi sur l'arbitrage* de l'Ontario, n'autorise pas les parties à renoncer à leur droit d'en appeler devant un tribunal judiciaire d'une sentence arbitrale relativement à une question de droit, sur autorisation du tribunal. Voir Commission de réforme du droit du Canada, *Loi uniforme sur l'arbitrage* (Commission de réforme du droit du Canada, 1990), en ligne : <http://www.ulcc.ca/fr/us/arbitratfr.pdf>

³⁰⁷ Rapport Boyd, note 248 *supra*, à la p. 41.

³⁰⁸ *Ibid.*, à la p. 147.

³⁰⁹ *Ibid.*, aux p. 144 et 145. Voir recommandations 9(b), 13 et 24.

³¹⁰ *Ibid.*, à la p. 146. Voir recommandation 19.

³¹¹ *Ibid.*, à la p. 145. Voir recommandations 12,16,17,22,23 et 24.

également préciser les règles de droit substantif. Boyd recommande que les avocats qui examinent la déclaration de principes sur l'arbitrage religieux soient convaincus que « la personne détient suffisamment de renseignements pour comprendre la nature et les conséquences du choix du droit religieux³¹² ». Or, les personnes qui renoncent à des conseils juridiques indépendants seront laissées à elles-mêmes pour effectuer cet examen. De toute évidence, une simple lecture de la déclaration de l'arbitre ne garantit pas que l'on comprenne en profondeur les principes religieux en question.

Les mesures que propose Boyd pour réglementer la formation des arbitres sont minimales³¹³. Elle préconise une collaboration avec des associations professionnelles volontaires pour former les arbitres mais rien, dans ses recommandations, n'empêchera quiconque de se proclamer arbitre, même si cette personne n'a guère d'expérience en droit de la famille. Boyd recommande également que les arbitres de différends en droits familial et successoral appliquent un processus uniformisé d'examen pour détecter toute forme d'inégalité et de violence familiale³¹⁴. Ses recommandations, aussi bien intentionnées soient-elles, montrent que Marion Boyd sous-estime combien il est difficile de détecter la violence exercée à l'endroit des femmes. Vu l'absence de méthodes efficaces de détection, le Vancouver Custody and Access Support and Advocacy Association (VCASAA) a proposé à l'intention des médiateurs en Colombie-Britannique une approche où l'on doit présumer qu'il existe de la violence à moins que les couples, ou plus exactement les hommes, démontrent qu'il n'en est rien. En incorporant ainsi l'examen au processus extrajudiciaire de règlement des différends, plutôt qu'en procédant à ce «filtrage» à l'extérieur du processus d'arbitrage ou de médiation, on dégage les femmes du fardeau de la preuve et les médiateurs et arbitres doivent déterminer non pas s'il y a de la violence et laquelle, mais, et c'est peut-être plus facile, s'il n'y en a pas³¹⁵.

Ce qui prête à confusion, c'est que Marion Boyd fait continuellement référence au «droit personnel», un concept qu'elle ne définit pas et qui est étranger au régime du droit de la famille ontarien. Dans certains pays multiconfessionnels, le mariage et le divorce entrent dans le domaine du droit personnel, tandis qu'en Ontario, ils échappent à l'arbitrage parce qu'ils relèvent de la compétence du gouvernement fédéral. En employant improprement le terme «droit personnel», Boyd élargit à tort le champ d'application de l'arbitrage religieux en Ontario.

Si Marion Boyd n'émet aucune recommandation concrète pour protéger les femmes en position de vulnérabilité lors de procédures d'arbitrage, c'est peut-être parce qu'elle définit la décision d'un arbitre comme une action exercée à titre privé qui n'est pas assujettie à un examen fondé sur la *Charte*³¹⁶. Selon elle, « bien qu'il soit concevable qu'un tribunal statue que l'arbitre désigné par les parties pour régler un différend entre

³¹² *Ibid.*, à la p. 147. Voir recommandation 23.

³¹³ *Ibid.*, aux p. 149 et 151. Voir recommandations 33,34,35 et 42.

³¹⁴ *Ibid.*, aux p. 146 et 149. Voir recommandations 18, 31 et 33.

³¹⁵ Georgina Taylor, Jan Barnsley et Penny Goldsmith, *Women and Children Last: Custody Disputes and the Family «Justice» System* (Vancouver: VCASAA, 1996).

³¹⁶ Rapport Boyd, note 248 *supra*, à la p. 80.

elles a ainsi mis en œuvre une action gouvernementale, aucun tribunal n'a à ce jour tiré une telle conclusion³¹⁷ ». Boyd conclut donc à tort que ce n'est pas le gouvernement qui octroie des pouvoirs aux arbitres ; pour elle, « le pouvoir de l'arbitre découle directement de l'accord des parties d'être liées par la décision³¹⁸ ». Elle oublie dans son analyse que s'il est vrai que les personnes peuvent effectivement choisir leurs arbitres, c'est l'autorité de la *Loi sur l'arbitrage* qui confère force de loi aux décisions arbitrales. Parce que la *Loi sur l'arbitrage* est une action gouvernementale sous la forme d'une loi édictée, la *Charte* s'applique nécessairement. Si les parties à l'arbitrage pouvaient désigner un arbitre sans être par la suite tenues de se conformer à la décision arbitrale, on pourrait soutenir que la *Charte* ne s'applique pas. Or, on sait que les tribunaux doivent mettre à exécution les sentences arbitrales et ils ne peuvent en réalité refuser de le faire que dans le cas où la sentence arbitrale « vise un redressement que le tribunal n'a pas la compétence d'accorder lui-même³¹⁹ ». Il existe donc clairement une distinction entre les arrangements informels conclus entre des parties privées et les arbitrages dont les conclusions ont force de loi. Dans ce dernier cas, le gouvernement a l'obligation de promouvoir les droits à l'égalité des femmes garantis par la *Charte*.

Boyd semble aborder l'applicabilité de la *Charte* à l'arbitrage sur le mode du « tout ou rien ». Soit la *Charte* autorise l'arbitrage, soit elle ne l'autorise pas. « [J]e ne crois pas, tranche-t-elle, que la Constitution interdit le recours à l'arbitrage pour régler des différends familiaux et successoraux³²⁰ ». La question la plus déchirante est de savoir si la *Loi sur l'arbitrage* telle qu'elle existe (ou une fois modifiée selon les recommandations de Boyd) prévoit suffisamment de mesures pour protéger les droits à l'égalité des femmes tel que l'exige la *Charte*. Boyd soutient ce qui suit :

La Charte exige que l'État assure à tous le même bénéfice de la loi, sans discrimination fondée sur un motif interdit et exige une égalité de garantie des droits pour les deux sexes. À l'heure actuelle, la loi accorde aux parties qui recourent à l'arbitrage, autant les femmes que les hommes, les mêmes droits au titre de l'exécution des sentences arbitrales. La Charte ne prévoit aucun motif évident invalidant cette règle³²¹.

L'analyse que Boyd fait de la *Loi sur l'arbitrage* repose sur une conception de l'égalité qui a été totalement discréditée en droit canadien³²². Il s'agit en effet d'une approche purement formelle de l'égalité, qui reconnaît qu'il y a discrimination seulement quand deux personnes dans une situation similaire sont traitées différemment. Selon le raisonnement de Boyd, parce que la Loi n'établit aucune distinction entre les hommes et les femmes, il n'y a pas violation de la *Charte*. Là où pêche cette conception de l'égalité, c'est précisément dans le fait qu'elle ne tient pas compte des effets cumulatifs de la discrimination passée. L'absence de balises dans la *Loi sur l'arbitrage* crée un cadre

³¹⁷ *Ibid.*, à la p. 79.

³¹⁸ *Ibid.*, à la p. 80.

³¹⁹ *Ibid.*, à la p. 17. Voir la *Loi sur l'arbitrage*, note 4 *supra*, art. 50(7).

³²⁰ Rapport Boyd, note 248 *supra*, à la p. 86.

³²¹ *Ibid.*, à la p. 82.

³²² *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

juridique dans lequel les effets de la législation sur les femmes sont discriminatoires. Une approche visant l'égalité de fait nécessite que l'on tienne compte des analyses et des études féministes sur l'oppression des femmes dans la sphère privée pour déterminer ensuite l'impact différencié selon le sexe de l'arbitrage sur les personnes vulnérables³²³.

IV. Les propositions de réforme féministes

A. La double gouvernance

Selon la théoricienne Ayelet Shachar, si l'on veut accommoder plusieurs affiliations religieuses, il faut imaginer des structures d'autorité qui obligent l'État et le groupe culturel/religieux à coordonner l'exercice de leurs pouvoirs respectifs³²⁴. Du point de vue du membre du groupe historiquement subordonné, l'État peut apparaître comme un partenaire peu digne de confiance. Les femmes en particulier ont d'excellentes raisons de se méfier des efforts déployés par l'État pour améliorer leur situation. Vers qui, dans ces conditions, peuvent-elles se tourner si elles veulent améliorer leur statut sans renoncer à leur appartenance identitaire ?³²⁵ Plutôt qu'investir soit l'État soit le groupe minoritaire de la pleine responsabilité d'améliorer le statut des membres de groupes traditionnellement subordonnés, on pourrait, selon Shachar, adopter le principe de la séparation des pouvoirs, qui veut que plus la structure du pouvoir est «dispersée» et plus le système juridique offre de points d'entrée pour accéder à des recours et des mesures réparatrices³²⁶. En instaurant un système dynamique de «freins et contrepoids» entre l'État et le groupe minoritaire, on reconnaîtrait que les deux parties ont un intérêt légitime à déterminer les politiques régissant les activités de leurs membres, tout en faisant en sorte que le pouvoir ne soit jamais totalement concentré entre les mains de l'une ou l'autre des entités concurrentes³²⁷.

Devant le paradoxe du multiculturalisme, Shachar propose une approche dite de «double gouvernance», selon laquelle le modèle institutionnel vise à générer une interaction et même une concurrence, entre les deux sources de juridiction, l'État et le groupe culturel. De cette façon, ni l'État ni le groupe ne conserve une compétence exclusive dans un contexte social donné ; au contraire, les membres du groupe culturel se voient octroyer le choix de soumettre eux-mêmes soit à l'État, soit à leur source d'autorité culturelle, une matière ou une question donnée. Disposant de cette « issue de secours » permettant de se soustraire partiellement à leur appartenance au groupe, les membres vulnérables du groupe pourraient conserver certaines dimensions culturelles de leur identité tout en ayant la possibilité d'échapper à l'assujettissement au groupe dans certaines situations critiques. «De plus, l'existence même de cette forme de concurrence institutionnelle

³²³ Voir la section II, première partie, intitulée «Les effets éventuels du régime d'arbitrage pour les femmes».

³²⁴ Shachar, note 176 *supra*, à la p. 425.

³²⁵ *Ibid.*, à la p. 407.

³²⁶ *Ibid.*, à la p. 410.

³²⁷ *Ibid.*

fournirait aux élites culturelles un incitatif pour réinterpréter leurs traditions et réorienter le *nomos* de leur groupe dans un sens non répressif³²⁸».

Les militantes des droits des femmes, dans un certain nombre de contextes nationaux, ont souligné la nécessité de transformer la loi et la pratique religieuses, non seulement comme un moyen de mettre un terme aux restrictions à caractère sexiste de certains droits humains, mais aussi comme une étape essentielle dans l'éradication de l'inégalité systémique que subissent les femmes³²⁹.

Le problème fondamental du modèle « concurrentiel » de Shachar réside dans le fait qu'il postule le libre arbitre de la personne dans le choix de l'autorité juridictionnelle. Ce postulat pose problème dans la mesure où on a de bonnes raisons de croire que les membres du groupe qui sont les plus vulnérables — à savoir ceux qui ont le plus besoin de cette « issue de secours » partielle — seront ceux qui sont le moins en mesure d'exercer ce libre arbitre³³⁰. Si la conception libérale de la personne présume qu'elle est capable de revoir les liens/attachements qui la constituent³³¹, il reste qu'il est très difficile de renoncer à ses allégeances culturelles³³². Comme l'a noté Shachar elle-même, les membres du groupe peuvent avoir le sentiment qu'on s'attend à ce qu'ils serrent les rangs pour protéger leur appartenance culturelle plutôt que lutter pour corriger des rapports d'inégalité internes au groupe³³³. En l'absence de changements radicaux de rapports de pouvoir, démontrés par l'adoption de mesures pour améliorer l'accès à l'instruction ou la situation économiques des membres les plus vulnérables du groupe minoritaire, l'exercice de droits culturellement différenciés devrait faire l'objet d'une surveillance étroite de manière à ne pas favoriser la répression à l'intérieur du groupe.

B. La proposition du Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ)

On peut soutenir que le système d'arbitrage actuellement en vigueur en Ontario pourrait, avec d'amples modifications, répondre au modèle de double gouvernance d'Ayelet Shachar. Le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) a lui aussi émis des recommandations concernant la question de l'arbitrage religieux en Ontario. Organisme national à but non lucratif, le FAEJ intervient devant les tribunaux et fait du travail de recherche et d'éducation pour assurer les droits à l'égalité des femmes canadiennes tels que garantis par la *Charte*³³⁴.

³²⁸ Eric J. Mitnick, "Three Models of Group-Differentiated Rights" (2004) 35 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 215 aux p. 256-257.

³²⁹ Sullivan, note 192 *supra*, à la p. 795.

³³⁰ Mitnick, note 328 *supra*, à la p. 257.

³³¹ Voir Kymlicka, note 164 *supra*.

³³² Mitnick, note 328 *supra*, à la p. 257.

³³³ Shachar, note 176 *supra*, à la p. 398. Pour un exemple concret de ce scénario, voir l'affaire *Mohd. Ahmed Khan v. Shah Bano Begum and others*, Cour suprême de l'Inde, A.I.R. 1985 S.C. 945.

³³⁴ Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ); soumission à Marion Boyd (17 septembre 2004), en ligne: <http://www.leafottawa.ca/news/archives/2004/11/media> release leafs submissions to Marion Boyd in relation to her review of the arbitration act/index.php

Dans le mémoire qu'il a soumis à Marion Boyd, le FAEJ ne préconise pas la suppression de l'option d'arbitrage, et même l'arbitrage religieux, pour trancher des litiges en droit de la famille. Il reconnaît que les tribunaux demeurent inaccessibles à bien des personnes, pour des raisons d'ordre financier, culturel ou linguistique, et que les règlements à l'amiable peuvent avoir plus d'avantages que le système de justice traditionnel³³⁵. Il préconise l'instauration d'aides financières pour protéger les femmes vulnérables, de manière à ce que toutes les femmes aient accès à diverses options pour se protéger et protéger leurs enfants³³⁶.

Le FAEJ recommande huit mesures de protection : (1) que l'on modifie la *Loi sur l'arbitrage* de manière à ce que l'arbitrage familial soit assujéti au régime du droit de la famille de l'Ontario (d'autres principes, comme des préceptes religieux, peuvent être appliqués, à la seule condition qu'ils n'entrent pas en conflit avec le droit de la famille ontarien); (2) le consentement à l'arbitrage doit se faire en même temps que la décision d'y recourir; (3) les parties doivent obtenir un avis juridique indépendant avant de signer une convention d'arbitrage; (4) il faut que toutes les parties aient accès à l'aide juridique ou bénéficient d'une forme de soutien financier public pour obtenir un avis juridique indépendant et se faire représenter par un avocat (la province devrait aussi fournir une aide aux arbitres en droit de la famille et pas aux arbitres religieux); (5) les arbitrages en matières familiales devraient être assurés par des personnes qui sont des avocats et qui possèdent une formation et de l'expérience en droit de la famille ontarien, et il faudrait prévoir un mécanisme de plaintes afin de vérifier le cas échéant les compétences et qualifications des arbitres; (6) les parties ne devraient pas être autorisées à renoncer à leur droit d'appel; (7) dans les sentences arbitrales devraient figurer un exposé des points litigieux, une description concise des preuves et témoignages produits, et la conclusion de l'arbitre, assortie des motifs — toutes les sentences arbitrales devant être obligatoirement déposées dans un registre central; (8) que la législature examine périodiquement l'impact de l'arbitrage religieux sur les femmes et produise un rapport sur l'ampleur et la nature des litiges familiaux soumis à l'arbitrage, sur leur conformité avec le droit de la famille et les préoccupations possibles au sujet des femmes vulnérables³³⁷.

La soumission du FAEJ, et en particulier sa recommandation à l'effet que le droit de la famille ontarien constitue le cadre minimal à respecter pour autoriser l'arbitrage religieux, peut offrir plus de protections que le modèle de Shachar parce qu'il prévoit des mesures de protection additionnelles pour les femmes vulnérables souhaitant demeurer dans le giron de leur groupe minoritaire. Même si, comme l'admet volontiers le FAEJ, des groupes religieux pourraient s'opposer à ces recommandations parce qu'elles empièteraient à leur yeux sur la liberté de religion³³⁸, il reste que le régime de droit de la famille de l'Ontario est assez souple pour autoriser des groupes religieux à trouver des

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ Soumission du FAEJ à Marion Boyd, note 334 *supra*.

façons novatrices de régler des questions de droit familial dans le cadre de leur droit religieux, tout en assurant un contrôle judiciaire significatif.

V. L'Association nationale Femmes et Droit³³⁹

1. L'ANFD s'oppose à l'arbitrage en droit de la famille

Après plus d'un siècle de luttes, les femmes ont obtenu des réformes substantielles en droit de la famille au Canada. De l'arrêt *Rathwell*³⁴⁰ jusqu'à l'arrêt *Moge*³⁴¹, elles ont dû lutter avec acharnement pour obtenir le respect de leurs droits à l'égalité et autres droits de la personne au sein de la famille. À partir du postulat voulant que le privé soit politique, les femmes ont remis en question les règles qui gouvernaient la sphère «privée» et grandement atténué leur parti pris patriarcal. Depuis 1974, l'Association nationale Femmes et Droit (ANFD) s'emploie à améliorer le statut juridique des femmes au sein de la famille et dans la société par l'entremise de réformes du droit³⁴².

Malgré les progrès obtenus sur le plan de l'égalité, il faut noter qu'il y a à peine 30 ans que le Code criminel a été modifié de manière à criminaliser le viol conjugal³⁴³. Si l'agression ou l'exploitation sexuelle constituent un crime très grave, bien des actes de violence physique ne sont pas dénoncés et demeurent largement impunis, et on reproche encore aux victimes de meurtres d'avoir provoqué les crimes³⁴⁴. La lutte pour l'égalité économique en milieu de travail et dans la famille se poursuit³⁴⁵. Les femmes n'ont pas encore accédé à l'égalité.

Si l'arbitrage peut convenir au règlement de litiges commerciaux, il est en revanche tout à fait inapproprié en droit de la famille, un domaine où les dynamiques des rapports hommes-femmes, l'inégalité de pouvoir entre hommes et femmes et la discrimination systémique entrent toujours en ligne de compte. Tel qu'aujourd'hui pratiqué, l'arbitrage permet aux parties de choisir les règles de droit qu'elles veulent voir appliquer pour trancher leur litige. L'arbitrage en droit de la famille est une méthode pratique pour contourner des réformes démocratiques du droit qui, et ce n'est pas un hasard, déplaisent aux groupes privilégiés, notamment de nombreux hommes. On peut avancer que l'arbitrage s'inscrit dans un courant de «ressac» contre les réformes féministes dans divers champs du droit, mouvement qui vise à rétablir l'impunité et le pouvoir historiquement exercé par les hommes. En encourageant la formule du «droit à la carte»,

³³⁹ Cette section a été rédigée en collaboration avec Andrée Côté, directrice des affaires juridiques à l'Association nationale Femmes et Droit.

³⁴⁰ *Rathwell*, note 118 *supra*.

³⁴¹ *Moge*, note 18 *supra*.

³⁴² Association nationale Femmes et Droit, en ligne <http://www.nawl.ca/about> htm#Mission.

³⁴³ En 1983, le *Code criminel* a été modifié de manière à mieux correspondre aux idées du 20^e siècle.

L'immunité dont jouissaient les époux, qui ne pouvaient être poursuivis pour viol par leur épouse, a été supprimée. L.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19.

³⁴⁴ Mills, note 243 *supra*. Andrée Côté, Elizabeth Sheehy et Diana Majury, «Arrêtons d'excuser la violence contre les femmes», mémoire de l'ANFD sur la défense de provocation, en ligne:

<http://www.nawl.ca/provocation.htm>.

³⁴⁵ *NAPE*, note 231 *supra*.

le gouvernement facilite actuellement la neutralisation de réformes progressistes obtenues de haute lutte dans le champ du droit. Quand la justice est privatisée, l'intérêt public cesse de prévaloir.

En tant que société, l'arbitrage en droit de la famille nous entraîne dans une voie contraire au mandat qui nous incombe depuis l'adoption de la *Charte*, à savoir respecter et promouvoir l'égalité. Dans son rapport, Marion Boyd soutient que l'arbitrage n'est pas assujéti à la *Charte* parce qu'il s'agit d'une affaire «privée». Elle conclut que l'État n'a pas l'obligation de veiller à ce que l'arbitrage débouche sur une égalité de résultat, ce qui va à l'encontre de l'objectif de la «réalisation progressive» des droits humains des femmes. Il s'agit d'un retour à l'époque de la suprématie des contrats privés, une période qui n'a guère favorisé les femmes.

L'arbitrage en droit de la famille introduit de fait un système de justice «à deux vitesses». Les personnes bien nanties auront les moyens de s'offrir des procédures souples, expéditives et confidentielles en payant des firmes de Toronto 500 \$ de l'heure pour arbitrer leur différend³⁴⁶. Certaines personnes auront droit à des arbitres «bénévoles», attachés à leur code religieux ou idéologique³⁴⁷. Et d'autres seront condamnées aux délais d'attente et aux frustrations qu'implique le recours aux tribunaux, mais ils auront au moins affaire à des juges tenus de rendre compte de leurs décisions.

Il peut arriver que des femmes se retrouvent obligées d'accepter l'arbitrage à cause d'une entente conclue en ce sens avant le mariage. La renonciation au droit d'appel, clause fréquemment inscrite dans les conventions d'arbitrage, et le poids qu'accorde la Loi à la décision de l'arbitre, font en sorte qu'il sera très difficile de renverser une sentence arbitrale. Le droit qui prévaudra sera celui des élites religieuses, politiques et culturelles qui organisent des tribunaux d'arbitrage au sein de leurs communautés. Ces arbitres «librement choisis» seront les nouveaux juges des femmes et imposeront leurs principes comme la «loi» du pays. Au Québec, en revanche, l'«ordre public» continue de prévaloir et le Code civil exclut explicitement l'arbitrage pour toutes les matières familiales³⁴⁸.

Marion Boyd soutient qu'il est inapproprié d'exiger une application universelle des lois adoptées pour protéger les femmes dans la sphère «privée» et que les femmes doivent avoir la liberté de vivre comme elles l'entendent³⁴⁹. Cette conception néo-libérale du «choix» ne tient aucun compte de la dynamique pénible du divorce et de la séparation. Plus grave encore, elle fait fi des conditions sociales et économiques dans lesquelles vivent bien des femmes : risque de se retrouver sans domicile après la dissolution du

³⁴⁶ Rapport Boyd, note 248 *supra*, à la p. 191.

³⁴⁷ Rapport Boyd, note 248 *supra*, à la p. 67.

³⁴⁸ *Code civil du Québec*, note 162 *supra*, à l'art. 2639.

³⁴⁹ Marion Boyd écrit : «Il ne me paraît pas évident que nous devrions viser un niveau d'intrusion [de l'État] dans nos vies tel que celui qu'implique l'application de la Charte aux relations établies à titre privé. Il demeure entendu que dans un domaine donné, le gouvernement peut décider qu'il est souhaitable d'adopter des mesures législatives afin d'assurer la conformité des comportements à une série de principes déterminés. Toutefois, cela n'enlève rien au fait que nous reconnaissons qu'il existe des domaines privés dans lesquels les gens devraient être libres de faire leurs propres choix sans qu'on les oblige à souscrire aux valeurs de l'État.» Rapport Boyd, note 248 *supra*, à la p. 85.

mariage, précarité du statut d'immigration, pauvreté abjecte et racisme persistant. Vu que la plupart des femmes n'ont pas les moyens de consulter un avocat et que les groupes idéologiques et religieux peuvent offrir des services de médiation et d'arbitrage gratuits, ladite liberté de choix des femmes demeure bien relative. Ce discours en faveur du choix en rappelle un autre : celui de la liberté des travailleurs de négocier sur un pied d'égalité les clauses d'un contrat de travail avec un employeur, discours aujourd'hui discrédité par le mécanisme bien établi des syndicats et la législation sur le salaire minimum. La notion de libre choix en matière d'arbitrage familial ne tient aucun compte des rapports sociaux de sexe, des dynamiques réelles de pouvoir à l'œuvre ni des droits collectifs des femmes qui sont en jeu.

Les féministes ont souvent répété que « le privé est politique », voulant dire par là que dans l'espace intime, «privé» et personnel de la famille, les femmes font trop souvent l'objet de discrimination, d'exploitation et de violence de la part des hommes. Il faut que l'État reconnaisse et tienne compte, dans ses actions, des schémas systémiques d'inégalité entre hommes et femmes. Alors que l'État canadien et même le régime de droit international ont fini par reconnaître l'obligation pour l'État de corriger les violations des droits des femmes dans la sphère «privée», l'arbitrage risque de renvoyer les femmes au «gouvernement familial» ou à celui d'élites religieuses qui n'ont guère démontré d'attachement aux principes égalitaires établis au cours des années.

Or, dans une société où l'inégalité des sexes demeure systémique, il faut que les femmes aient droit «à la même protection et au même bénéfice de la loi». Toutes les femmes doivent avoir la certitude qu'elles seront protégées par la loi et par les tribunaux, qui ont obligation de rendre compte et qui agissent conformément au principe de la suprématie du droit dans le cadre de règles de droit adoptées démocratiquement.

L'ANFD admet que le fait de recommander l'interdiction de l'arbitrage en droit de la famille implique une rupture radicale par rapport à ce qui se pratique actuellement. Toutefois, elle est fermement convaincue que ce type de procédure est inapproprié dans les différends relatifs au droit de la famille. Elle endosse par conséquent la position du Metropolitan Action Committee on Violence Against Women (METRAC)³⁵⁰ telle qu'énoncée dans une lettre adressée au Procureur général et à la ministre déléguée à la condition féminine de l'Ontario :

Nous nous opposons à l'arbitrage, en particulier à l'arbitrage fondé sur un code de droit religieux, pour régler les différends en droit de la famille parce que nous estimons qu'il ne garantit pas le respect des droits à l'égalité des femmes et des enfants... Tout recours à l'arbitrage, et surtout l'arbitrage fondé sur un droit religieux, doit être envisagé avec une extrême prudence. À notre avis, tant que les femmes ne seront pas parvenues à égalité, il faut éviter d'encourager et

³⁵⁰ METRAC est un groupe communautaire qui milite en faveur du droit des femmes et des enfants de vivre dans un environnement exempt de violence et de menaces de violence. En ligne:

<http://www.metrac.org>

d'accorder une autorité légale au règlement privé des litiges en matières familiales³⁵¹.

2. L'ANFD s'oppose à l'arbitrage religieux en droit de la famille

Étant donné que la liberté de religion, tant dans le droit canadien qu'en droit international, peut inclure le droit d'instaurer des tribunaux religieux, l'ANFD reconnaît à quiconque le droit de faire appel à une instance religieuse pour qu'elle se prononce sur des matières familiales. Les parties doivent être libres d'adhérer aux recommandations émises par des autorités religieuses conformément à leur foi. Toutefois, les décisions de ces autorités ne devraient avoir aucun effet civil et ne devraient jamais lier les parties sur le plan légal. Toute décision en droit de la famille émanant d'un tribunal religieux ne devrait être prononcée qu'à titre consultatif.

L'arbitrage religieux en droit de la famille contrevient au principe de la séparation de l'«église» et de l'État. Une autorité religieuse investie du pouvoir d'émettre une ordonnance exécutoire, généralement sans possibilité d'appel, se transforme en autorité légale. La démarcation entre religion et droit devient alors floue et ce glissement porte atteinte au pouvoir qu'a l'État d'élaborer les règles de droit qui s'appliquent universellement à toutes les personnes sous sa juridiction. Voici ce que l'ancien ministre de la Justice du Québec, M. Paul Bégin, a souligné à ce propos dans un article publié dans le journal *Le Devoir* le 12 janvier 2005 :

La conduite des hommes et des femmes dans notre société ne doit sous aucun prétexte être ramenée sous la règle ou la loi de la religion... [Tous] ont le droit, inaliénable et non négociable, d'invoquer la loi, au-delà et à l'encontre, s'il le faut, de toute règle religieuse... Ils ont surtout droit, en tout temps et en toutes circonstances, à l'égalité devant la loi, la même pour tous... [...] le projet de création d'un tribunal islamique comme celui envisagé en Ontario ne peut constituer qu'un recul majeur et dramatique, pour les femmes et les enfants, recul auquel nous ne pouvons consentir sous le motif du droit à la liberté religieuse ou encore de l'accommodement raisonnable³⁵².

Il se peut d'ailleurs que paradoxalement, l'arbitrage religieux porte atteinte à la liberté de religion elle-même. En effet, celle-ci, comme l'a souligné la Cour Suprême, reconnaît à toute personne la liberté de décider, par un choix individuel et subjectif, à quelle interprétation des normes religieuses elle veut se soumettre³⁵³. Or, l'interprétation d'un précepte religieux par un arbitre peut être contraire à celle qu'en a une autre personne.

³⁵¹ Lettre de Pamela Cross, directrice des affaires juridiques du Ontario Women's Justice Network, à Michael Bryant, Procureur général de l'Ontario, et Sandra Papatello, ministre déléguée à la condition féminine de l'Ontario (27 janvier 2005)..

³⁵² «L'État québécois doit se prononcer. Et clairement contre!» *Le Devoir* (12 janvier 2005) A7. Quelques jours après la publication de cet article, l'actuel ministre de la Justice du Québec, M. Jacques Dupuis, a réaffirmé la position de son gouvernement à l'effet que le droit québécois excluait toute médiation ou arbitrage fondé sur un droit religieux. Jacques Dupuis, «Pas question de modifier le Code civil du Québec», *Le Devoir* (15 janvier 2005) B5.

³⁵³ *Amselem*, note 143 *supra*.

En donnant à la décision d'un arbitre religieux un effet légal, on pourrait obliger une personne à agir à l'encontre de ses propres croyances.

La plupart des religions sont souvent interprétées de façon à consacrer le principe de la domination masculine et de l'infériorité des femmes. Donner force de loi aux décisions d'instances religieuses équivaldrait donc, bien souvent, à tolérer l'exercice ou la perpétuation de pratiques discriminatoires. C'est une opinion que partage le Conseil canadien des femmes musulmanes :

Nous sommes des croyantes attachées à notre foi et nos membres craignent que le droit familial musulman n'érode les droits à l'égalité des femmes musulmanes, droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*... le fait de sanctionner le recours à des lois religieuses dans l'application de la *Loi sur l'arbitrage* légitimera des pratiques que rejettent les Canadiens et Canadiennes épris de justice, notamment les femmes musulmanes³⁵⁴.

Le professeur Jean-François Gaudreault-Desbiens est d'avis que dans la situation actuelle, les gouvernements ont la responsabilité de veiller à ce que l'inégalité entre hommes et femmes ne soit pas exacerbée :

Chaque fois qu'il y a risque que la situation d'une partie vulnérable puisse être aggravée à la suite de l'application (ou de l'usage impropre) de normes religieuses, l'État devrait minimalement veiller à ne pas faciliter l'application de telles normes ou potentiellement renforcer leur effet sur une partie aussi vulnérable³⁵⁵.

C'est pourquoi l'ANFD s'oppose à ce que des principes religieux deviennent les règles de droit applicables en arbitrage familial, comme l'autorise actuellement la *Loi sur l'arbitrage*. Nul ne devrait être contraint, par un mécanisme juridique sanctionné par l'État, de respecter une ordonnance fondée sur des préceptes religieux. Tous les hommes et toutes les femmes, quelle que soit leur culture ou leur religion, ont le droit à l'égalité et à la justice, ainsi qu'à la jouissance de tous leurs droits fondamentaux universellement reconnus et inscrits dans la Constitution..

3. Encadrer la médiation

L'ANFD recommande que la médiation soit encadrée et contrôlée par les législations tant fédérales que provinciales. La négociation de ces ententes doit s'exercer dans le cadre des droits consacrés par la législation et dont l'adoption visait à éliminer l'inégalité des sexes au sein de la famille. Les décisions d'autorités religieuses ou de toute autre instance agissant à titre de médiateur ou conseiller, peuvent devenir la base de l'entente à

³⁵⁴ Lettre d'Alia Hogben, directrice générale du Conseil canadien des femmes musulmanes, à Dalton McGuinty, premier ministre, et Michael Bryant, Procureur général de l'Ontario (14 janvier 2005), en ligne : <http://www.ccmw.com/Shariaincanada/Letter%20to%20Premier%20Attorney%20General.htm>

³⁵⁵ Gaudreault-Desbiens, note 209 *supra*, à la p. 30.

laquelle aboutit la médiation, mais seulement si elles respectent, sur le fond, les droits reconnus aux femmes en Ontario par la législation et la jurisprudence en matière familiale.

Dans un contexte où subsistent l'oppression et la discrimination, jamais le consentement ne devrait servir à légitimer des pratiques religieuses ou culturelles discriminatoires qui aggravent l'inégalité des sexes. Même si les parties acceptent les recommandations d'une autorité religieuse dans le cas d'une séparation ou d'un divorce, le consentement ne peut être juridiquement contraignant si le règlement ne respecte pas sur le fond le principe d'égalité et les droits fondamentaux.

4. Améliorer le système judiciaire

L'ANFD reconnaît que le système traditionnel de justice présente certaines lacunes qu'il est nécessaire de corriger. Mais ces lacunes ne justifient en rien l'émergence d'un ordre juridique parallèle, contrôlé par des groupes minoritaires ou religieux. Au contraire, le gouvernement doit réaffirmer son attachement à l'accessibilité de la justice, dans un esprit opposé à toute forme de racisme et ouvert à la diversité culturelle.

Reconnaissant le fait que bien des membres des communautés racialisées et religieuses ne se sentent pas à l'aise dans le système traditionnel de justice, l'ANFD recommande que l'on sensibilise les instances judiciaires aux religions et aux cultures par un travail d'éducation et de formation des juges, avocats, médiateurs, greffiers et autres, afin de les familiariser avec les croyances et valeurs culturelles et religieuses non judéo-chrétiennes en ce qui touche aux matières familiales.

Comme l'a recommandé l'organisme METRAC, il faut concerter les efforts pour améliorer le système de justice existant, plutôt que de créer une justice à deux vitesses. En ce sens, il convient d'améliorer l'efficacité des tribunaux de la famille pour qu'ils traitent les causes de manière plus expéditive, plus efficace et plus juste. On devrait engager des consultations auprès des communautés culturelles et religieuses pour développer des méthodes de sensibilisation des instances judiciaires traditionnelles. Le gouvernement de l'Ontario doit veiller à ce que les juges, les avocats et les médiateurs en droit de la famille tiennent dûment compte des droits à l'égalité des femmes et de l'incidence de la violence exercée contre les femmes afin d'améliorer le traitement des litiges familiaux. Le gouvernement de l'Ontario devrait, de concert avec les groupes communautaires (tant les groupes de femmes militant en faveur de l'égalité que les groupes religieux et culturels), concevoir du matériel pédagogique sur les droits des femmes et les lois canadiennes relatives à la famille qui répondrait aux différents besoins des diverses communautés. Enfin, il est impératif d'assurer l'accès à la justice et de faire en sorte que la pauvreté ne soit pas un obstacle à l'exercice des droits fondamentaux. À ce chapitre, il conviendrait d'améliorer le financement de l'aide juridique en Ontario de manière à ce que tous aient accès à une représentation en justice³⁵⁶.

³⁵⁶ Metropolitan Action Committee on Violence Against Women (METRAC), "Should different kinds of people living in the same province be governed by different kinds of laws? An Analysis of Marion Boyd's

Conclusion

L'Ontario et le Canada sont tenus de s'acquitter des obligations relatives aux droits de la personne contenues dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et dans des instruments internationaux comme la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. L'État est tenu de se conformer aux obligations énoncées dans chacun de ces instruments et de protéger les personnes et les groupes désavantagés. Un gouvernement ne peut, par une action positive ou par omission, maintenir des lois et des politiques qui ont un effet discriminatoire sur les femmes, en particulier quand cet impact touche de façon disproportionnée les femmes de couleur et/ou les femmes appartenant à des minorités religieuses. De telles lois et/ou politiques ne peuvent se justifier dans une société libre et démocratique. Un système de justice qui privatise le droit de la famille soustrait l'État à ses responsabilités envers ses citoyens. Le gouvernement de l'Ontario doit corriger un état de choses injuste et mettre en place un système dans lequel la valeur et la dignité de la personne sont protégées. La population ontarienne, le reste du Canada et la communauté internationale attendent une solution appropriée à ce chapitre. La situation actuelle et les recommandations émises par Marion Boyd contreviennent aux obligations du Canada en matière de droits humains et sont tout simplement inacceptables.

En rédigeant ce document, nous voulions étudier ce qu'impliquait l'existence de tribunaux d'arbitrage appliquant la charia en Ontario. Au cours de la recherche et la rédaction, il est devenu clair que cette question, qui n'avait guère attiré l'attention, soulevait d'importants enjeux pour les femmes et rejoignait un très large éventail de personnes et d'organismes. Plusieurs questions restent à résoudre: comment aider les femmes des minorités à participer à l'interprétation de leur culture, comment donner du poids et de la légitimité aux définitions que les femmes donnent de leur religion ? L'État a-t-il un rôle à jouer en protégeant/soutenant ces «dissidentes culturelles», et comment la démocratie peut-elle s'exercer dans la sphère du « privé »? Afin de poursuivre ces discussions, plusieurs consultations sont déjà prévues avec différents groupes, musulmans et non musulmans. Ce document n'est que l'amorce d'une démarche et ne prétend pas tout dire. L'ANFD va poursuivre sur sa lancée en consultant largement les femmes et différents organismes de manière à définir et évaluer collectivement des stratégies pour faire en sorte que les droits constitutionnels des femmes ne soient pas lésés et peaufiner nos recommandations et assurer l'équité et l'égalité pour les femmes dont la vie est régie par des instances religieuses.