

Section 6 : Analyse

Bref aperçu historique du droit personnel

Lorsque la question d'utiliser une autre forme de « droit personnel » en vertu des pouvoirs conférés par la *Loi sur l'arbitrage* est apparue pour la première fois, bon nombre des personnes parmi les plus préoccupées par la notion connaissaient peu l'histoire du droit personnel fondé sur la religion tel qu'il existait dans le monde entier par le passé ou tel qu'il existe aujourd'hui. Selon plusieurs commentateurs, la possibilité de recourir, par exemple, au droit personnel musulman, n'existait pas ailleurs. Ils ont averti que l'Ontario, en autorisant une pratique n'existant nulle part ailleurs dans le monde, établissait un précédent dangereux pour d'autres ressorts. En fait, le recours aux lois religieuses ou traditionnelles en matière familiale était beaucoup plus la règle que l'exception au cours des siècles précédents et existe encore aujourd'hui sous une forme ou une autre presque partout dans le monde.

Les recherches historiques ont révélé une pratique courante en vigueur de l'antiquité jusqu'à l'époque post-coloniale du siècle dernier : qu'il fût conquérant ou conquis, chaque peuple demeurait assujéti aux « lois personnelles », lesquelles étaient habituellement fondées sur une combinaison de coutumes, de traditions et de religions qui le définissaient comme peuple. L'application des lois personnelles remonte aux temps les plus anciens. Les contrats, notamment ceux visant les mariages, les successions et la responsabilité extracontractuelle (délits), étaient tous assujétis au droit personnel. [Traduction] « Dans le même ordre d'idées, les questions de procédure, tant en matière civile que pénale, étaient tranchées au regard du principe selon lequel toute personne a le droit d'être jugée conformément à son propre droit »¹⁹⁶.

Au départ, les différences au niveau des coutumes, des noms, de la culture et même de l'apparence physique suffisaient pour distinguer un groupe d'un autre. Par suite du brassage des populations, chaque personne a été tenue d'identifier par voie de déclaration le droit qu'elle était autorisée à utiliser ou qu'elle choisissait d'utiliser pour conclure un acte juridique ou régler un litige. Cela était particulièrement vrai lorsqu'il était question de problèmes familiaux, étant donné la centralité de l'identité de groupe à une époque caractérisée par des vagues de conquêtes menées par des peuples différents habitués à des règles différentes.

Au Moyen Âge, le droit canon de l'Église catholique, dont l'application n'était pas limitée aux questions ecclésiastiques, a évolué de concert avec le droit civil, lequel était fondé sur le droit romain et contenait certains éléments germaniques. Les deux systèmes ont dominé l'Europe continentale pendant des siècles¹⁹⁷. Entre le dixième siècle et la Réforme, le droit canon et le droit civil régissaient à eux seuls les questions de droit personnel en Europe.

¹⁹⁶ Eduardo Vitta, « The Conflict of Personal Laws » (1970), 2 *Israel Law Review* 170 aux pp. 171 et 172.

¹⁹⁷ Eduardo Vitta, « The Conflict of Personal Laws » (1970), 2 *Israel Law Review* 170 à la p. 184.

Analyse

La Réforme a mis fin à la domination de l'Europe par l'Église catholique romaine. Par suite de la Réforme, les juridictions protestantes ont coexisté avec les juridictions catholiques. L'apparition progressive de l'État-nation a finalement mené à la création de lois en matière civile. Ces nouvelles réalités ont entraîné [Traduction] « une généralisation progressive du droit considéré comme le droit de l'État, ainsi qu'une réduction graduelle, sinon une abolition complète, de la compétence des tribunaux ecclésiastiques »¹⁹⁸.

Toutefois, les tribunaux ecclésiastiques ont conservé pendant un certain temps leur compétence à l'égard des lois sur le mariage. Par exemple, en Grande-Bretagne, le mariage et le divorce n'étaient pas réglementés par l'État avant 1857, de sorte que les lois religieuses (lois anglicanes, droit canon, lois rabbiniques) s'appliquaient aux membres des cultes respectifs dans le domaine du droit familial. [Traduction] « Par conséquent, en ce qui concerne la souveraineté concurrente dans le domaine, c'est l'État plutôt que l'Église qui est le nouveau venu »¹⁹⁹.

Le contrôle religieux du droit personnel était également courant au sein de certains régimes non occidentaux. L'Empire ottoman est souvent considéré comme le modèle autorisant le pluralisme religieux dans un seul État et tenant compte des lois personnelles de plusieurs religions différentes. Ayant adopté l'islam, les Turcs étaient assujettis, dans tous leurs rapports juridiques, aux normes du droit musulman. Toutefois, les sultans permettaient aux chrétiens et aux juifs d'être assujettis à leur propre forme de droit, tandis que les chefs des communautés juives et chrétiennes pouvaient exercer leur compétence à l'égard de leurs communautés au sein de l'Empire ottoman²⁰⁰. Les mesures d'adaptation visant à tenir compte des obligations religieuses ont existé pendant tout le règne de l'Empire ottoman. Elles ont été confirmées à quelques reprises au cours du dix-neuvième siècle par les sultans et par divers dirigeants européens anxieux de s'assurer que leurs citoyens non musulmans n'étaient pas jugés en vertu des lois musulmanes.

Au fur et à mesure que la colonisation européenne se poursuivait dans une grande partie de l'Asie, de l'Afrique et de l'Amérique du Nord, chaque puissance colonisatrice apportait avec elle sa propre tradition juridique, en imposant souvent ses lois aux colonisés. Tant les Britanniques que les Français avaient tendance à permettre l'utilisation du droit personnel dans les régions colonisées, de manière à infléchir les aspirations de différentes « nations » et à acheter la paix au sein de leurs vastes empires.

[Traduction] En règle générale, les institutions indigènes liées à la famille étaient respectées. Il était accepté que ces institutions comprenaient non seulement le mariage et le divorce, la minorité, les rapports entre parents et enfants, la tutelle, la condition féminine, etc., mais aussi les rapports

¹⁹⁸ Eduardo Vitta, « The Conflict of Personal Laws » (1970), 2 Israel Law Review 170 à la p. 184.

¹⁹⁹ Carol Weisbrod, « Family, Church and State: An Essay on Constitutionalism and Religious Authority » (1988), 26:4 Journal of Family Law 741 à la p. 744.

²⁰⁰ Eduardo Vitta, « The Conflict of Personal Laws » (1970), 2 Israel Law Review 170 à la p. 173.

Analyse

patrimoniaux entre l'époux et l'épouse et la succession. Les lois indigènes relatives à la propriété et, dans une moindre mesure, aux obligations et aux contrats, sont restées en vigueur.²⁰¹

Cependant, au Canada, depuis au moins la date de confédération, les colonisateurs n'ont guère respecté la riche culture des peuples autochtones. Néanmoins, le contexte historique permet d'expliquer pourquoi la Grande-Bretagne a toléré l'utilisation du droit civil français au Québec après avoir vaincu la France et pourquoi ce système juridique a été intégré dans notre Constitution. À n'en pas douter, le Canada repose sur un équilibre délicat où la protection des droits religieux et linguistiques et des garanties juridiques des Français et des Anglais a marqué notre éthique depuis les tout débuts.

Bon nombre de personnes qui émigrent au Canada proviennent de pays où les lois personnelles fondées sur la religion et la coutume ont été prises en compte par les colonisateurs et où, dans le cadre du développement de ces pays lors du siècle dernier, ces lois ont été conservées au moins en partie par les États indépendants post-coloniaux. Même lorsque des codes civils uniformes sont adoptés, les groupes religieux conservent un certain contrôle en matière familiale. Par exemple, il existe encore des lois musulmanes et juives régissant les rapports personnels de ces groupes religieux dans bon nombre d'anciennes colonies²⁰².

À mon avis, il est important que nous examinions brièvement la situation actuelle dans trois pays, à savoir le Royaume-Uni, la France et l'Allemagne, puisque plusieurs opposants à l'arbitrage fondé sur la religion ont mentionné ces ressorts dans leurs documents. Dans les trois pays, la population musulmane a augmenté considérablement au cours des deux dernières décennies; il en a résulté des tensions concernant les droits et le statut religieux.

En Grande-Bretagne, [Traduction] « les musulmans forment désormais le groupe confessionnel minoritaire le plus nombreux²⁰³ ». Pendant des décennies, la communauté musulmane a demandé l'application des lois musulmanes en matière familiale. Des années 1970 jusqu'aux années 1990, la communauté musulmane de Grande-Bretagne a demandé la reconnaissance officielle d'un régime de chari'a distinct en matière de droit familial à l'intention des musulmans britanniques.

[Traduction] Au cours des années 1970, l'*Union of Muslim Organisations of UK* a tenu certaines réunions qui ont abouti à une résolution formelle visant la reconnaissance officielle d'un régime distinct de droit musulman en matière familiale, automatiquement applicable aux musulmans

²⁰¹ Eduardo Vitta, « The Conflict of Personal Laws » (1970), 2 *Israel Law Review* 170 à la p. 179.

²⁰² Dans la présente étude, il n'est pas possible de donner un aperçu détaillé des différents arrangements conclus dans le monde entier. Toutefois, pour les intéressés, l'étude comparative des lois personnelles musulmanes publiée par Women Living Under Muslim Law constitue une excellente source de renseignements. Voir Femmes sous lois musulmanes, *Knowing Our Rights: Women, family, laws and customs in the Muslim World*, Londres, Femmes sous lois musulmanes, 2003.

²⁰³ Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la chari'a, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004).

Analyse

britanniques. En 1984, une charte musulmane a été créée; celle-ci exigeait que la *chari'a* se voie accorder une place au sein du droit personnel. Par la suite, une proposition semblable a été présentée à divers ministres du gouvernement en vue de son dépôt au Parlement et de son adoption. La demande a été réitérée publiquement en 1996.

Cependant, le gouvernement a rejeté cette campagne visant à créer un régime de droit personnel musulman régissant de façon autonome les questions personnelles et liées à la famille, au motif que le respect des valeurs universelles des droits de la personne ne pouvait être garanti par les systèmes juridiques non laïques, notamment en ce qui concerne les femmes.²⁰⁴

S'étant vu refuser un système juridique distinct, la communauté musulmane a ensuite élaboré un autre mécanisme de règlement des différends pour traiter des questions de droit de la famille qui touchent les musulmans.

[Traduction] En fait, depuis 1982, l'*Islamic Shari'a Council (UK) (ISC)* offre aux couples des services professionnels de conciliation au sujet de divers aspects du droit islamique et, à cette fin, a établi des procédures, des formulaires et des certificats types. Il examine plus de 50 affaires à chaque année et s'intéresse particulièrement au règlement des différends concernant l'application du Mahr. Cette méthode fondée sur le « droit officieux » est très répandue; selon un sondage mené en 1989, 66 % des musulmans appliqueraient le droit musulman en cas de conflit entre celui-ci et le droit anglais. L'ISC a notamment pour objectif « l'établissement d'un tribunal qui agirait comme tribunal de la *chari'a* islamique et qui trancherait les questions de droit familial musulman qui lui seraient renvoyées ». L'ISC applique les règles islamiques pour traiter des « problèmes auxquels font face les familles musulmanes ayant obtenu un jugement en leur faveur de la part des tribunaux non islamiques du pays sans toutefois avoir reçu la sanction de la *chari'a* islamique ».²⁰⁵

Par conséquent, [Traduction] « les recherches ont démontré que plusieurs différends importants qui existent entre eux ne sont jamais portés devant les tribunaux

²⁰⁴ Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la *chari'a*, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004). M^{me} Fournier cite certaines sources pertinentes : Tariq Modood, « Muslim Views on Religious Identity and Racial Equality » (1993) 19:3 *New Community* aux pp. 513-519; Danièle Joly, *Britannia's Crescent: Making a Place for Muslims in British Society*, Aldershot, Avebury, 1995; Ihsan Yilmaz, *Dynamic Legal Pluralism and the Reconstruction of Unofficial Muslim Laws in England, Turkey and Pakistan*, Londres, School of Oriental and African Studies, 1999 au chapitre 6; Poulter, « The Claim to Separate Islamic System of Personal law for British Muslims » dans Chibli Mallat et al., éd., *Islamic Family Law*, Londres, Dordrecht et Boston, 1990 à la p. 147.

²⁰⁵ Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la *chari'a*, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004). M^{me} Fournier cite le document suivant : Islamic Shari'a Council (ISC), *The Islamic Shari'a Council: An Introduction*, Londres, Islamic Shari'a Council, 1995.

Analyse

officiels »²⁰⁶. Les musulmans choisissent plutôt de suivre un processus informel en vertu duquel ils ne bénéficient pas de la protection des lois britanniques. Pascale Fournier explique ce qui suit :

[Traduction] Les minorités ethniques ont tout naturellement réagi au manque d'appréciation pour leurs coutumes en se renfermant sur elles-mêmes et en fonctionnant en dehors du système juridique traditionnel. Aidés par le développement progressif de réseaux communautaires et de structures de communication organisés et s'appuyant sur les centres religieux et communautaires, les groupes ethniques minoritaires possèdent des systèmes d'autoréglementation élaborés en matière d'obligations qui leur sont applicables et qu'ils comprennent. On fait parfois appel aux membres plus âgés de la communauté ou aux chefs religieux afin qu'ils gèrent ces obligations et procédures réglementaires, mais il existe aussi une grande informalité et une recherche de la « droiture morale » au cas par cas. Au fil du temps, le processus a donné lieu au développement organique des coutumes et des lois personnelles particulières des minorités ethniques en Grande-Bretagne, lesquelles peuvent éviter les réseaux officiels et les voies judiciaires officielles. On le constate notamment en ce qui concerne le mariage, le divorce, la dot, l'offre de cadeaux, la discipline parentale, les transferts de propriété et les soins aux enfants. Bien que les procédures d'arbitrage coutumières puissent ne pas cadrer avec le système juridique occidental, les décisions rendues sont habituellement respectées et mises en œuvre au moyen d'une combinaison de sanctions et d'ostracisme.²⁰⁷

En France, le droit national laïque s'applique à tous les citoyens, sans égard aux lois religieuses. Depuis la Révolution de 1789, la France a élaboré un modèle de citoyenneté fondé sur l'assimilation et interdit l'application de tout droit à ses citoyens, exception faite de son droit national laïque. Ce modèle de citoyenneté repose sur deux textes législatifs. Le premier est la *Constitution du 4 octobre 1958*, dont l'article 1 prévoit ce qui suit : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances²⁰⁸ ». Le deuxième texte législatif pertinent est la *Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État*, dont l'article 2 dispose que « [l]a République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte²⁰⁹ ».

²⁰⁶ Soumission d'Anne Saris de l'Université McGill, « Muslim Alternative Dispute Resolution and Neo-Ijtihad in England » présenté par Ihsan Yilmaz (16 septembre 2004).

²⁰⁷ Richard Jones et Welhngam Gnanpala, *Ethnic Minorities in English Law*, Stoke on Trent, Trentham Books, 2000 aux pp. 103 et 104 cité dans le document d'Anne Saris de l'Université McGill, « Muslim Alternative Dispute Resolution and Neo-Ijtihad in England » présenté par Ihsan Yilmaz (16 septembre 2004).

²⁰⁸ La Constitution du 4 octobre 1958, art. 1, en ligne :

<<http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/constit.htm#Preambule>>.

²⁰⁹ Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, en ligne :

<<http://www.assemblee-nat.fr/histoire/eglise-etat/sommaire.asp#loi>>.

Analyse

Il s'ensuit que [Traduction] « la France ne permet pas à l'État de soutenir officiellement une exemption ou une représentation spéciale destinée aux minorités nationales ou immigrantes. Par conséquent, des stratégies sont employées pour favoriser l'intégration individuelle dans l'État français, tandis que la formation de « communautés » d'immigrants est fortement découragée²¹⁰ ».

Bien que les lois ci-haut puissent donner à penser que le droit musulman n'est pas appliqué en France, une telle impression est fautive. Les musulmans, qui constituent le deuxième plus grand groupe religieux en France, après les catholiques, ne sont pas assujettis au droit de la famille français à moins d'avoir obtenu la citoyenneté française; parmi les quatre millions de musulmans en France, seulement un million sont devenus citoyens français. Dans certains cas, en raison d'accords bilatéraux entre la France et d'autres pays, la France applique les lois du pays d'origine du résident étranger. Cependant, elle le fait tout en respectant les limites du droit et de l'ordre public français ainsi que les obligations de la France prévues par les conventions internationales. [Traduction] « Ainsi, face à des questions de droit privé touchant des musulmans qui habitent en France mais qui sont citoyens d'un État musulman, les juges français ont dû statuer sur la légalité de certaines institutions, telles que le mariage islamique et la polygamie, la dot (*Mahr*) et le divorce (*talaq*)²¹¹ ». Par conséquent, les juges français instruisent les causes des musulmans qui ne sont pas citoyens français et sont tenus d'interpréter et d'appliquer la loi qui leur est applicable dans leur pays d'origine dont ils sont citoyens.

En Allemagne, la notion de citoyenneté a évolué différemment qu'en France et tire son origine de la notion du sang commun du *Volk* (peuple). Par ailleurs, jusqu'à récemment, l'assimilation de différentes races, cultures et religions faisait face à une forte opposition. Jusqu'en 1999, le demandeur de citoyenneté devait fournir la preuve d'au moins un ancêtre allemand afin d'obtenir la citoyenneté allemande. Cette exigence avait pour conséquence de refuser la citoyenneté aux immigrants. Cependant, depuis 1999, certaines modifications ont été apportées aux lois restrictives en matière de citoyenneté et de naturalisation²¹². Désormais, les enfants nés en Allemagne se voient accorder la double citoyenneté en Allemagne et dans le pays d'origine de leur père ou de leur mère; toutefois, entre l'âge de dix-huit et vingt-trois ans, ces enfants doivent renoncer à la citoyenneté de leur père ou de leur mère afin de conserver leur citoyenneté allemande.

Il y a plus de trois millions de musulmans en Allemagne, pour la plupart d'origine turque. Depuis le début des années 1970, les musulmans demandent le statut de collectivité de droit public, en vertu duquel l'islam serait officiellement reconnu comme une religion égale devant la loi. L'une après l'autre, les demandes ont été rejetées, au motif que la

²¹⁰ Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la chari'a, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004).

²¹¹ Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la chari'a, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004).

²¹² Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la chari'a, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004).

Analyse

communauté musulmane n'aurait pas prouvé sa durée et sa stabilité, tel que l'exige la loi. La communauté juive est la seule communauté non chrétienne à avoir obtenu un tel statut en Allemagne.

Tout comme en France, si une partie à un différend n'est pas un citoyen allemand, le droit de la famille qui s'applique dépend de sa citoyenneté, même si [Traduction] « ce principe général est bien sûr assujéti à l'ordre public allemand et aux conventions internationales auxquelles l'Allemagne est partie²¹³ ».

[Traduction] Ces règles revêtent une importance considérable, puisqu'environ 8,9 % de la population allemande est constituée de personnes qui ne sont pas citoyens allemands et dont environ deux millions sont originaires de pays musulmans. Souvent, la communauté musulmane n'est pas au courant de l'existence de ces règles de droit privé international qui, au pays, prévoient l'application de la loi de la *chari'a* aux personnes qui ne sont pas citoyens allemands.²¹⁴

Un tel manque de connaissance peut avoir des effets dévastateurs lors d'une rupture de mariage, notamment parce que les parties peuvent ne pas savoir que les lois de leur pays d'origine leur sont applicables en Allemagne, quelle que soit la durée de leur résidence dans le pays. Puisqu'ils ne peuvent obtenir la citoyenneté allemande, les immigrants qui habitent en Allemagne sont des « invités » dans leur propre maison, de sorte que les tribunaux allemands ont dû se pencher sur l'interprétation et l'application de lois étrangères, dont la *chari'a*²¹⁵.

M^{me} Fournier analyse la façon dont les tribunaux français et allemands ont appliqué le droit de la famille à l'égard des parties musulmanes qui ne sont pas des citoyens du pays dans lequel elles habitent :

[Traduction] Les tribunaux français et allemands semblent avoir tiré des conclusions similaires au moment de préciser les limites de « l'ordre public » français ou allemand : les mariages islamiques religieux n'ont aucun effet en droit s'ils ont eu lieu en France ou en Allemagne; la répudiation unilatérale d'une épouse musulmane par son mari (le *talaa*) n'est pas reconnue comme forme de divorce légitime; les mariages polygames ne sont valides devant la loi que s'ils

²¹³ Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la *chari'a*, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004).

²¹⁴ Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la *chari'a*, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004).

²¹⁵ Chris Jones-Pauly, « Marriage Contracts of Muslims in the Diaspora: Problems in the Recognition of Mahr Contracts in German Law », à paraître dans Frank Vogel, éd., *Marriage Contracts in Islamic Law*, Harvard University Press, 2004, cité par Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la *chari'a*, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004).

Analyse

ont eu lieu dans un pays qui autorise la polygamie; l'institution musulmane du *Mahr* est exécutoire devant les tribunaux français ou allemands.²¹⁶

Ainsi, il est clair que l'application tant formelle qu'informelle du droit personnel fondé sur la religion, en vue de régler des questions de droit de la famille, est très répandue dans de nombreux pays. Dans le présent document, bien que le bref aperçu historique ait mis l'accent sur le droit personnel musulman, le droit juif a fait l'objet d'arrangements similaires dans plusieurs parties du monde.

Séparation de l'Église et de l'État

Tel que souligné plus tôt dans la section 4, plusieurs intervenants ont insisté sur la nécessité de séparer la religion et l'État. Selon eux, le recours à l'arbitrage fondé sur la religion franchissait la ligne qui les séparait.

[Traduction] Au moment d'établir une distinction entre le laïque et le religieux, le plus grand problème consiste à savoir où tracer la ligne. Le problème est en partie attribuable au fait que différentes visions religieuses du monde ont différentes conceptions du contenu du sacré et du laïque, ainsi que de la ligne qui les sépare. Certaines religions n'établissent aucune distinction du genre. D'après de telles religions holistiques, la religion ne se limite pas à des activités telles que la prière et la participation aux offices religieux et ne tient pas principalement à la conscience du croyant. Elle influence plutôt un mode de vie complet (éliminant ainsi la distinction entre la religion et la culture).²¹⁷

Dans le cadre de l'étude, plusieurs intervenants ont précisé que la religion musulmane appartenait à la dernière catégorie, à savoir, celle des religions holistiques qui n'établissent aucune distinction entre la religion et l'État. Les articles de Syed Mumtaz Ali, qui sont affichés sur le site Web <http://muslim-canada.org>, sont cités de façon sélective dans un document d'Elka Enola, une humaniste laïque qui s'oppose à l'utilisation du droit personnel fondé sur la religion :

[Traduction] Il est bien connu que l'islam offre un système complet pour la réglementation de tous les aspects de la vie humaine. Les règles, obligations, injonctions et interdictions énoncées par le Coran et la Sunnah ou issues de ces derniers brossent un portrait complet de la communauté musulmane, dont aucune partie ne peut être enlevée sans endommager le reste.

L'islam rejette le principe de la séparation du spirituel et du temporel, du sacré et du profane, ou de l'Église et de l'État.

²¹⁶ Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la chari'a, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004).

²¹⁷ Nomi Maya Stolzenberg, « A Tale of Two Villages » dans Ian Shapiro et Will Kymlicka, éd., Ethnicity and Group Rights, New York University Press, New York et Londres, 1997.

Analyse

L'islam n'établit aucune distinction entre la morale privée et la morale publique. La notion islamique de **LIBERTÉ PERSONNELLE** est aux antipodes de la pensée occidentale contemporaine. Selon l'islam, la liberté personnelle n'est disponible et autorisée qu'à l'égard des questions qui ne sont **PAS RÉGLEMENTÉES** par les injonctions et interdictions énoncées dans le Coran et la Sunnah, puisque ces derniers expriment la Sagesse divine inhérente manifestée par la Volonté divine.²¹⁸

Dans une analyse du rapport entre la religion et l'État dans les pays musulmans, Lisa Hajjar classe par catégories les différents modèles qui existent aujourd'hui. La première catégorie est celle de la « communautarisation », en vertu de laquelle les membres de différentes communautés religieuses sont assujettis à des régimes distincts de lois sur le statut personnel, de sorte qu'il existe essentiellement deux paliers de lois. Selon M^{me} Hajjar, Israël, l'Inde et le Nigeria auraient recours à la communautarisation. La deuxième catégorie est celle de la « nationalisation ». D'après M^{me} Hajjar, [Traduction] « tout État qui désigne la religion musulmane comme la religion officielle et qui s'inspire du droit et de la jurisprudence religieux pour façonner la législation et les politiques nationales, mais dont les pouvoirs ne sont ni issus de la *chari'a* ni fondés sur celle-ci, serait associé à cette catégorie. Il en est notamment ainsi de la plupart des pays arabes et de certains pays d'Afrique et d'Asie dont la population est majoritairement musulmane²¹⁹ ». La troisième catégorie est celle de la « théocratisation ».

[Traduction] Dans les pays où l'État se définit comme un État musulman, le droit religieux est le droit de l'État. Dans un tel contexte, il est possible de confondre la défense de la religion et la défense de l'État, et les critiques ou contestations peuvent être considérées et traitées comme de l'hérésie ou de l'apostasie, que l'État se permet de punir. L'Iran et le Pakistan offrent des exemples de théocratisation²²⁰.

En revanche, tel que souligné dans la sous-section précédente, la France est un État qui a tenté de séparer complètement l'Église et l'État, à tout le moins à l'égard de ses propres citoyens.

[Traduction] La caractéristique la plus importante de la politique française actuelle est son discours néo-républicain sur l'identité française, dans lequel l'appartenance à la communauté nationale comprend un engagement absolu vis-à-vis de la République et de ses valeurs fondamentales d'*égalité* et de *laïcité* (la séparation de l'État et de la religion). Ce modèle républicain a été créé dans le contexte de la Révolution française de 1789 en réponse directe à la lutte

²¹⁸ Soumission de Elka Enola, « A Canadian Objection to Shari'a Under the Arbitration Act » (avril 2004).

²¹⁹ Lisa Hajjar, « Religion, State Power, and Domestic violence in Muslim Societies: A Framework for Comparative Analysis » non publié soumis à l'étude par l'entremise du Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

²²⁰ Lisa Hajjar, « Religion, State Power, and Domestic violence in Muslim Societies: A Framework for Comparative Analysis » non publié soumis à l'étude par l'entremise du Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

Analyse

historique des Français contre leur propre monarchie, l'aristocratie au pouvoir et le milieu religieux²²¹.

L'engagement vis-à-vis de la laïcité est si essentiel que la France a formulé une réserve auprès du Secrétaire général des Nations Unies à l'égard de l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, qui se lit comme suit : « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue »²²².

En raison du nombre croissant de musulmans habitant en France, le gouvernement a lancé, en 1999, une vaste consultation qui a abouti à une déclaration formelle ratifiée par la communauté musulmane. La déclaration avait pour but d'établir un mécanisme permettant aux musulmans d'avoir des droits religieux, tout en respectant le principe de la *laïcité*. Le Conseil français du culte musulman a été établi en mai 2003; l'organisme est constitué d'une assemblée générale, d'un conseil d'administration et d'une administration. Le conseil national est chargé de 25 conseils régionaux. L'organisme, qui ressemble à ceux autorisés à l'égard d'autres religions en France, est chargé de collaborer avec les gouvernements locaux, notamment en ce qui concerne l'établissement des mosquées, la réglementation de l'abattage rituel, la nomination des aumôniers, ainsi que d'autres questions. Toutefois, l'autonomie de la communauté musulmane est strictement limitée. Par exemple, les musulmans sont encore tenus d'obéir au décret interdisant d'arborer des signes d'appartenance religieuse; cette exigence a fait l'objet d'une grande controverse au cours des derniers mois²²³.

Il n'existe aucune séparation traditionnelle de l'Église et de l'État en Grande-Bretagne. En fait, depuis la création de l'Église anglicane vers le début du seizième siècle, le monarque est le gouverneur suprême de l'Église anglicane ainsi que le chef d'État. Bien qu'il y ait plusieurs religions différentes en Grande-Bretagne, il n'existe aucun mécanisme permettant de reconnaître les religions ou de leur conférer des pouvoirs particuliers. Depuis la première Loi sur le mariage en 1857, on assiste à un transfert progressif des questions de droit de la famille de l'Église vers l'État, de sorte qu'un système de droit de la famille laïque et universel prédomine. Tel que souligné dans la sous-section ci-dessus, les différends soumis à un arbitrage privé et réglés au moyen

²²¹ Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la chari'a, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004).

²²² Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 10 December 1966, 999 U.N.T.S. 171 (*entrée en vigueur le 23 mars 1976*) cité par Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la chari'a, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004).

²²³ Voir Marcus Gee, « Secular France, uncovered », *Globe and Mail* (19 décembre 2003) A2; « More than 100 girls defy France's headscarf ban », en ligne :

<<http://www.cbc.ca/story/world/national/2004/09/08/headscarves040908.html>>;

« First girls expelled over French headscarf ban », en ligne :

<http://www.cbc.ca/stories/2004/10/20/world/france_headscarves041020>.

Analyse

de mécanismes de règlement des différends fondés sur la religion ne sont pas officiellement reconnus, même si ces moyens de résoudre les problèmes familiaux sont de plus en plus utilisés par les musulmans, alors que la communauté s'agrandit et évolue²²⁴.

Le Canada non plus n'a jamais eu de politiques ou de lois solides définissant la séparation de l'Église et de l'État. À l'époque coloniale, de nombreuses terres ont été concédées à divers cultes et communautés souvent rassemblés autour de l'Église; le clergé influençait beaucoup le développement des services d'enseignement et sociaux dans la localité; ce n'est que petit à petit, au fil du temps, que ces services ont été considérés comme relevant du gouvernement provincial, lequel pouvait garantir leur disponibilité à tous les citoyens. Bien que le droit religieux des catholiques de contrôler l'éducation de leurs enfants soit protégé par la Constitution, il n'existe aucune religion d'État. L'article 2 de la Constitution garantit aux Canadiens la liberté de pratiquer la religion de leur choix, tandis que l'article 27 prévoit le maintien et la valorisation du multiculturalisme au pays. Tel que souligné dans la section 4 du rapport, plusieurs intervenants estiment que la capacité de soumettre les problèmes familiaux à l'arbitrage devant des tribunaux fondés sur la religion est une manifestation de leurs droits aux termes de la Constitution et un exemple de la façon dont les lois religieuses et les textes législatifs peuvent se compléter. Dans un document soumis à l'étude, il est précisé ce qui suit :

[Traduction] Les juifs hassidiques, les catholiques et les Ismaéliens ont utilisé leur doctrine religieuse pour régler des différends pendant une décennie sans soulever de préoccupations au sujet de menaces posées à l'État laïque. Tel qu'il existe au Canada, le laïcisme exige que l'État demeure neutre à l'égard des religions et qu'il ne favorise pas un culte en particulier au détriment d'autres groupes confessionnels. Le droit laïque peut tenir compte du droit inspiré par la doctrine religieuse, ce qu'il fait depuis des décennies. Le droit laïque et le droit religieux visent le même but : la justice. Par conséquent, les tribunaux permettent à ces deux ensembles de droit de coexister. Ceux qui possèdent des croyances religieuses seront très satisfaits des différends civils réglés selon leur doctrine religieuse, conformément au droit canadien. Ils ne ressentiraient pas la même satisfaction si les différends n'étaient réglés que selon les règles des tribunaux laïques. Les tribunaux laïques ne peuvent offrir la satisfaction psychique qui découle d'une croyance religieuse.²²⁵

Identité politique

Les revendications d'identité politique qui dépassent les normes acceptées en matière de distinction et d'autonomie culturelles et religieuses en Ontario, représentent un

²²⁴ Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la chari'a, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par Pascale Fournier (11 septembre 2004).

²²⁵ Islamic Society of North America, « ISNA Canada Position Statement: Muslim Tribunals in Ontario », (non daté).

aspect difficile du débat sur l'utilisation des principes religieux dans le cadre de l'arbitrage en matière de droit familial, à tout le moins en ce qui concerne certaines parties de la communauté musulmane. De telles revendications sont au cœur des arguments invoqués par certains intervenants à l'appui de leur revendication du droit à l'arbitrage selon le droit personnel musulman. Dans certains cas, des comparaisons problématiques et injustifiées ont été établies entre l'autonomie politique accordée aux Premières nations du Canada et celle accordée à la communauté musulmane en vue de justifier des revendications d'autonomie légale et politique accrue.

À cet égard, il faut souligner que les peuples autochtones, à la différence de tout autre groupe au Canada, possèdent des droits expressément reconnus par la *Loi constitutionnelle de 1982* du Canada. Ces droits découlent des rapports historiques et juridiques entre différentes Premières nations, les premiers habitants du territoire, et l'État canadien, souvent tissés dans des traités signés par les deux parties en tant que nations souveraines. La situation des peuples autochtones n'est pas comparable aux autres rapports ou obligations de l'État canadien touchant d'autres groupes ou personnes. Le statut unique des peuples autochtones est évident dans d'autres textes législatifs, tels que la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, une loi fédérale qui définit les minorités visibles comme étant « les personnes, autres que les autochtones, qui ne sont pas de race blanche ou qui n'ont pas la peau blanche » (c'est nous qui soulignons)²²⁶. Dans le contexte juridique et historique du pays, la comparaison de tout groupe de personnes aux Premières nations du Canada, que le groupe soit ou non distinct du point de vue culturel, ethnique ou religieux, démontre une mauvaise compréhension de la nature des rapports entre l'État canadien et les Premières nations. À mon avis, de telles comparaisons sont tout au mieux erronées.

Certains participants prônent ouvertement un régime juridique distinct qui régirait la vie des musulmans canadiens, à l'exclusion des autres Canadiens, dans le but d'obtenir l'autonomie politique de la communauté musulmane du pays. Bien que certains puissent réellement souhaiter la création d'un tel régime, d'autres, tant au sein de la communauté musulmane qu'à l'extérieur de celle-ci, soutiennent qu'un tel sentiment est fomenté par des intérêts étrangers ayant un programme islamique réactionnaire au Canada²²⁷. Certes, dans plusieurs démocraties occidentales, on trouve des indications selon lesquelles certaines mosquées et certains centres communautaires musulmans, qui soutiennent et proposent des points de vue extrémistes, sont financés par des sources étrangères. Il n'y a pas lieu de croire qu'une telle situation n'existe pas au Canada²²⁸. Les mosquées et centres communautaires ont pour rôle de favoriser divers degrés de ségrégation (sociale, juridique et politique) de la communauté musulmane par rapport à la population générale. De toute évidence, il s'agit d'une position qui n'est

²²⁶ *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, c. 44, art. 3.

²²⁷ Voir Syed Mumtaz Ali and Rabia Mills, « The beginnings of Muslim Civil Justice System in Canada » en ligne : < <http://muslim-canada.org/DARLOADAform2andhalf.html> >.

²²⁸ Pour de plus amples renseignements sur le sujet, voir Gilles Kepel, *Jihad: The Trail of Political Islam*, Harvard University Press, 2002; voir aussi Martin Rudner, « Challenge and Response: Canada's Intelligence Community and the War on Terrorism » (2004) 11:2 *Canadian Foreign Policy* 17.

Analyse

pas soutenue par tous les membres de la communauté et à laquelle d'autres s'opposent activement²²⁹.

Quoi qu'il en soit, dans le cadre juridique actuel, l'établissement d'un régime juridique distinct à l'intention des musulmans en Ontario n'est pas possible. La création d'une voie légale distincte pour les musulmans exigerait une modification de notre système de justice que l'on peut difficilement envisager d'un point de vue pratique, social, juridique ou politique. De plus, il faut bien comprendre que l'arbitrage n'est pas un système parallèle, mais un mode de règlement extrajudiciaire des différends qui est assujéti à la surveillance du tribunal et ainsi subordonné au système judiciaire. Les affirmations selon lesquelles l'arbitrage offre en réalité un système de justice parallèle au système judiciaire traditionnel sont trompeuses et non fondées. En outre, il ne serait pas du tout souhaitable de favoriser la création d'un tel système.

Les Ontariens et Ontariennes ne souscrivent pas à la notion soulevée par l'expression « distinct mais égal » lorsqu'il est question des lois qui nous sont applicables. Par conséquent, la notion d'un régime juridique distinct à l'intention des musulmans en Ontario ou au Canada serait peu susceptible d'être acceptée dans l'ensemble de la communauté ontarienne. Une politique contraignant les gens à se soumettre à différents régimes juridiques en fonction de leur religion ou de leur culture serait contraire aux valeurs exprimées dans la *Charte*, qui sont importantes aux yeux des Ontariens et Ontariennes et que le gouvernement est tenu de respecter. L'égalité en vertu de la loi, ainsi que l'existence d'un régime juridique unique pour tous les Ontariens et Ontariennes, sont les pierres angulaires de notre société démocratique libérale. À n'en pas douter, [Traduction] « [l']importance de l'égalité en tant que valeur sociale, juridique et politique dans la société canadienne a été reconnue de plusieurs façons depuis la Confédération²³⁰ ».

Les Ontariens et Ontariennes sont disposés à accorder aux groupes minoritaires une grande indépendance culturelle et religieuse, tant et aussi longtemps qu'ils estiment qu'aucun préjudice n'est causé à l'ensemble de la communauté et à ses valeurs de tolérance, d'adaptation et d'autonomie individuelle. Plus particulièrement, l'engagement des Ontariens et Ontariennes vis-à-vis de l'égalité en tant que principe fondamental, du point de vue tant juridique que politique, reflète une croyance en l'égalité de la valeur morale de chaque personne, ainsi que le droit au même traitement par les lois qui s'appliquent à tous les citoyens de la province.

En dernier lieu, en tant que Canadiens, nous avons cherché à organiser nos institutions politiques et juridiques selon le principe de l'inclusion, qui tient compte des différences, et non d'après celui de l'exclusion, qui est fondé sur les différences. Une telle approche se trouve au cœur d'une politique de multiculturalisme et entre directement en conflit

²²⁹ Les objectifs politiques ont été rejetés par Dar Ul Qada, dont les chefs ont expressément déclaré que leur projet visait les aspects sociaux et spirituels du règlement des différends. Soumission, Wasi Mazhar Mullah, (31 août 2004); soumission, B. Husain Bhayat (27 août 2004).

²³⁰ Patricia Hughes, « Recognizing Substantive Equality as a Foundational Constitutional Principles » (1999) 22:2 *Dalhousie L.J.* 1 à la p. 21.

Analyse

avec les revendications d'identité politique distincte émises par l'intermédiaire d'un système juridique distinct fondé sur les différences religieuses.

Le multiculturalisme

L'emploi de principes religieux dans les arbitrages des questions en matière de droit de la famille illustre le rôle fondamental joué par le droit de la famille pour déterminer qui sont les membres et qui ne sont pas les membres de la collectivité conformément aux propres normes de la collectivité. La capacité à surveiller ces limites représente un aspect fondamental de l'autodétermination pour toutes les collectivités. Cette question soulève la question fondamentale de l'équilibre entre les droits des groupes minoritaires et ceux des individus au sein de cette minorité. En ce sens, cette question touche à la tension de base inhérente dans le multiculturalisme.

Un bon nombre de ceux qui m'ont fourni des observations ont soulevé à maintes occasions les qualités et les défauts du multiculturalisme. Certains ont prétendu que le multiculturalisme comporte, pour les minorités religieuses, un droit garanti à l'arbitrage conformément à des principes religieux. Pour d'autres, le multiculturalisme risque d'être dénaturé pour permettre la mise en oeuvre de pratiques qui, en fin de compte, violeraient les droits de l'individu et seraient également « au détriment d'une maximalisation du bien du plus grand nombre »²³¹. Ainsi, dans la plupart des observations, il était exclusivement question des droits des minorités ou des droits individuels.

D'un côté, certains de ceux qui m'ont fourni des observations n'accorderaient aucune protection de l'État aux droits des minorités culturelles et plus particulièrement aux droits des minorités religieuses. On a appelé cette prise de position le laïcisme absolu²³². Selon ce point de vue, l'État doit s'abstenir de toute intervention dans les questions religieuses, et il doit être défendu aux autorités religieuses d'avoir quelque pouvoir que ce soit sur les questions réglementées par les lois de l'État. Ce modèle est celui qui est le plus souvent associé avec la situation en France.

L'approche dite du « laïcisme absolu » est fondée sur l'hypothèse voulant que les lois laïques traitent toutes les personnes également. Une lacune importante de cette prise de position est qu'elle ne reconnaît pas que certaines gens vivent leur vie d'une façon qui se rapproche davantage de leur foi que d'autres et qu'elles vivent le laïcisme comme une contrainte. Cette impression de contrainte est ressentie également par les personnes de toutes les confessions religieuses.

Les lois ontariennes s'inspirent de l'influence combinée des traditions judéo-chrétiennes et des traditions du Siècle des Lumières qui mettent l'accent sur l'individu et elles sont

²³¹ Pierre Magnan, « La Justice Minoritaire et le Mensonge du Plus Froid des Monstres Froids : Perspectives Libérales sur la Reconnaissance des Droits Minoritaires » (2000) 25 *Queen's L. J.* 549 à la p. 551.

²³² Ayelet Shachar, Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, à la p. 73.

Analyse

fondées sur la common law de l'Angleterre. Par conséquent, les lois de la province et leur application sont plus facilement assimilables par certaines cultures que d'autres et elles ont un impact disproportionné sur ceux qui ne font pas partie de la culture dominante. Il se peut que cet impact disproportionné serve à éloigner de la majorité de la société ceux qui ne se reconnaissent pas dans nos lois.

Un désavantage connexe de l'approche dite du « laïcisme absolu » est que, dans le contexte canadien, elle coupe l'accès à un mode d'expression juridique actuellement offert et qui pourrait faire en sorte que certaines interactions juridiques de base ait un sens. Permettre un lien entre les collectivités et les individus et les cultures (y compris leurs religions) d'origine et offrir un appui en ce sens constitue un aspect essentiel du multiculturalisme. Les liens avec un contexte culturel familier et historique nous fournissent des points de référence qui nous permettent de nous comprendre ainsi que les gens autour de nous. De cette façon, nos cultures nous aident à nous concevoir comme des individus cohérents jouissant du libre arbitre²³³. Un sens d'appartenance à notre collectivité d'origine et une participation à ses activités nous fournit [Traduction] « un contexte souple pour l'exercice de notre jugement et une perception claire de notre identité et de notre appartenance »²³⁴. On peut prétendre que, au Canada, nos identités sont formées par le dialogue entre nos cultures d'origine et les influences culturelles qui nous entourent. Cela sera le cas, que nous soyons ou non de nouveaux arrivants au Canada.

D'un autre côté, il y a ceux qui accueilleraient avec plaisir ce qu'on pourrait appeler une politique de « non-intervention »; c'est-à-dire, une approche par le gouvernement qui permet aux groupes minoritaires de décider les questions « internes » avec l'intervention minimale de l'État ou sans aucune intervention de l'État. Une telle approche au multiculturalisme [Traduction] « conceptualise les affaires internes des groupes minoritaires comme étant totalement à l'extérieur du domaine des lois adoptées par l'État »²³⁵. Selon une telle conception des droits minoritaires, la collectivité musulmane et les autres collectivités qui arbitrent les questions en droit de la famille en utilisant des principes religieux, seraient capables d'agir ainsi en se basant sur les règles internes qu'elles adoptent, et l'État aurait aucun droit d'intervenir.

Dans le contexte de l'utilisation des principes religieux pour arbitrer les litiges en droit de la famille, il faut garder à l'esprit que, en plus d'avoir une fonction démarcative dans une collectivité, le droit de la famille joue aussi un rôle de distribution en accordant des droits et en imposant des obligations aux membres de la collectivité²³⁶. Une délégation de tous les pouvoirs en matière de droit de la famille à un groupe minoritaire lui confère non seulement le pouvoir de déterminer ses limites d'inclusion et d'exclusion, mais permet également à ceux qui exercent l'autorité dans une collectivité de déterminer le

²³³ Charles Taylor, « The Politics of Recognition » dans Amy Gutman, dir., *Multiculturalism and the Politics of Recognition*, Princeton: Princeton University Press, 1994, à la p. 38.

²³⁴ Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

²³⁵ Ayelet Shachar, « Reshaping the Multicultural Model: Group Accommodation and Individual Rights » (janvier 1998) 8 *W.R.L.S.I.* 83 à la p. 95.

²³⁶ Ayelet Shachar, « Group Identity and Women's Rights in Family law: The Perils of Multicultural Accommodation » (1998) 6:3 *The Journal of Political Philosophy* 285 à la p. 300.

Analyse

degré d'affranchissement des individus au sein du groupe. Une telle délégation de pouvoirs serait extrêmement problématique dans le cas où une collectivité est vue comme ayant peu d'égards pour les droits de certains membres, comme les femmes.

L'approche non-interventionniste [Traduction] « occulte ces violations des droits individuels fondamentaux des membres qui se produisent sous le couvert d'un groupe identitaire »²³⁷. En donnant la primauté au droit du groupe de se protéger lui-même contre les influences externes, les individus au sein du groupe dont les droits seraient violés doivent supporter le fardeau de la protection de la culture au sein de la société dominante. Par conséquent, l'autonomie individuelle est sacrifiée au nom de la survie du groupe.

La difficulté découlant de l'exclusion de certains pour des motifs religieux s'aggrave dans les cas où un groupe adopte des règles internes pour régler des questions qui peuvent l'être conformément à un régime juridique existant établi par l'État et auquel les citoyens de l'Ontario en général ont accès. Comme nous le savons, en Ontario, le régime de droit de la famille n'est pas obligatoire – il existe des protections limitées garanties par l'État distinctes du droit de se prévaloir d'un ensemble particulier de lois. Toutefois, il est totalement inacceptable qu'un individu perde la protection offerte au point de se voir privé d'un accès aux lois de l'Ontario parce qu'un groupe minoritaire exerce les pouvoirs qui lui ont été conférés. Il est, par conséquent, essentiel de veiller à ce tous puissent avoir accès à ces lois, quelle que soit la collectivité à laquelle ils appartiennent et que l'on ne confère pas à la collectivité le droit d'empêcher les individus d'avoir accès à ces lois.

Revenant à la discussion de la distinction public/privé, c'est pour les motifs mentionnés ci-dessus qu'une telle distinction est problématique, dans la mesure où elle a trait à la capacité de l'État de légiférer dans un domaine. Il est clair qu'il est nécessaire d'établir un équilibre entre l'intrusion de l'État dans la vie des citoyens et la capacité de l'individu de déterminer ses choix. Théoriquement [Traduction] « ...tout ce qui est considéré comme faisant partie de la vie privée échappe au pouvoir de réglementation de l'État et relève, à juste titre, du domaine de la tolérance. Par contre, dans tout ce qui est considéré comme faisant partie du domaine public l'intervention de l'État est justifiée »²³⁸. Ainsi, il est également important de reconnaître qu'une délimitation trop précise de la ligne de démarcation entre le domaine privé et le domaine public permettrait que la distinction serve à [Traduction] « empêcher que certains renseignements (renseignements qui constituent un aspect important de l'identité d'un groupe) soient discutés publiquement au motif qu'il s'agit d'une question privée, et non publique, tout particulièrement dans les cas où ce qui constitue une question privée est déterminé eu égard au degré de controverse que la question soulève »²³⁹. Il faut garder

²³⁷ Ayelet Shachar, « Reshaping the Multicultural Model: Group Accommodation and Individual Rights » (janvier 1998) 8 *W.R.L.S.I.* 83 à la p. 95.

²³⁸ Adeno Addis, « On Human Diversity and the Limits of Toleration » dans Ian Shapiro et Will Kymlicka, dir., *Ethnicity and Group Rights*, New York: New York University Press, 1997, à la p. 117.

²³⁹ Adeno Addis, « On Human Diversity and the Limits of Toleration » dans *Ethnicity and Group Rights*, Ian Shapiro et Will Kymlicka, dir., New York, New York University Press, 1997, à la p. 134.

Analyse

à l'esprit que la frontière entre le domaine privé et le domaine public évolue et fait constamment l'objet de négociation.

Dans une société multiculturelle et démocratique, une partie de cette négociation repose sur une compréhension des individus comme étant au carrefour de diverses identités. Une identité consisterait en l'adhésion de l'individu à une collectivité religieuse tandis qu'une autre consisterait en la citoyenneté du même individu au sein de l'État. Cependant, un grand nombre d'autres identités doivent être prises en compte.

[Traduction] « Pour les tenants de l'opinion voulant que les individus soient au carrefour de diverses identités, l'identité personnelle est fragmentée, discursive, positionnée et imprégnée de multiples attributions. Comme Pierre Birnbaum le mentionne, selon la théorie multiculturelle contemporaine « on conçoit [erronément] les individus comme les porteurs d'une identité culturelle idéalisée, unique, oppressive et quasi-essentialiste dont il est impossible de s'échapper. Une telle identité collective immuable est incompatible avec l'expression d'autres identités (sexuelle, religieuse, etc.) dans lesquelles il se pourrait que certains individus désirent se reconnaître à certains moments de leur existence. » Les tenants de l'opinion voulant que les individus soient au carrefour de diverses identités reconnaîtraient, par contre, la *multidimensionnalité* des expériences des membres d'un groupe et prendraient en compte la possibilité de doubles ou triples désavantages auxquels certains membres du groupe sont exposés étant donné leurs *appartenances simultanées*. En outre, une telle opinion reconnaîtrait que les membres du groupe demeurent *toujours* au carrefour de multiples affiliations. Ils sont membres d'un groupe (adhérant parfois à plus d'une organisation) et, en même temps, ils sont citoyens de l'État »²⁴⁰.

Ce dernier aspect est d'une importance cruciale pour nous, puisque dans une société libérale, démocratique et multiculturelle comme le Canada (et, de ce fait, l'Ontario) c'est la citoyenneté qui permet à l'adhésion à la collectivité minoritaire de prendre forme. En conséquence, le principal engagement politique de tous les citoyens, en particulier ceux qui désirent s'identifier à un niveau culturel ou religieux à une minorité à l'extérieur de l'ensemble de la société doit être de respecter les droits conférés à chacun d'entre nous comme Canadiens et Ontariens.

L'engagement à protéger les droits individuels s'inscrit au coeur de la structure juridique et politique de toute démocratie libérale et sert de fondement à la liberté de religion et d'expression et aux droits des minorités d'engager légitimement le dialogue avec la société élargie avec un tant soit peu de légitimité. Il est illogique et insoutenable de réclamer des droits minoritaires pour alors enchâsser des orthodoxies religieuses ou culturelles qui cherchent à violer les droits de certaines autres personnes. Le respect de la différence culturelle et des minorités ne devrait pas aller aussi loin. Il faut plutôt établir un équilibre entre, d'une part, le respect et la tolérance et, d'autre part, un engagement ferme à l'égard du libre arbitre et de l'autonomie des individus.

²⁴⁰ Ayelet Shachar, « Group Identity and Women's Rights in Family Law: The Perils of Multicultural Accommodation » (1998) 6:3 *The Journal of Political Philosophy* 285 à la p. 296.

Analyse

Cette limite à la tolérance et au respect se retrouve à plusieurs niveaux, notamment celui de la conscience publique des Ontariens. Les valeurs enchâssées dans la *Charte* alimentent nos discussions publiques et nous fournissent les lignes de conduite suivies lors de la mise en vigueur de la politique publique. Loin d'être seulement de belles paroles, j'ai vu et entendu dans quelle mesure cela demeure vrai pour les personnes de tous les points de vue. Les Ontariens que j'ai rencontrés et la plupart de ceux qui m'ont écrit croient en la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ils croient profondément dans les buts de la *Charte* qui sont la justice, l'équité et l'égalité pour tous les Canadiens. En ce sens, le multiculturalisme n'est pas perçu comme étant un droit illimité²⁴¹. L'omission par une collectivité minoritaire ou une autre de faire preuve de respect à l'égard de normes juridiques, politiques et sociales largement respectées comme celles dont il est question ici, empêche sérieusement le public en général de croire que la collectivité minoritaire a la capacité et la volonté de traiter les droits et les obligations de ses membres comme ceux et celles des citoyens de la société élargie.

En ce qui a trait aux collectivités musulmanes, cette question se complique parce qu'il semble exister peu de tolérance à l'égard de l'hétérodoxie religieuse ou d'autres différences d'opinions²⁴². Il est possible que la situation soit en train de changer, mais les voix musulmanes qui crient le plus fort à travers le monde et ici en Ontario sont extrêmement réactionnaires. Quiconque remet en question l'orthodoxie religieuse est souvent qualifié d'hérétique, et ceux qui contestent l'orthodoxie islamique se font souvent simplement dire qu'ils ne sont pas de vrais musulmans²⁴³. Les têtes dirigeantes au sein de la collectivité musulmane ont, à maintes reprises, fait des déclarations qui justifient le traitement inégal des femmes conformément à la loi musulmane²⁴⁴. Par conséquent, il est compréhensible qu'un grand nombre d'Ontariens éprouvent de la difficulté à croire que les droits des femmes seront respectés, dans le contexte d'arbitrages présidés par des imams ou d'autres membres de sexe masculin de la collectivité musulmane, ou que les droits individuels des membres de la collectivité seront honorés en cas de conflit en ce qui concerne l'interprétation de la loi musulmane utilisée.

Quoi qu'il en soit, l'intégration des groupes de minorités culturelles aux processus politiques généraux demeure cruciale pour les sociétés multiculturelles, libérales et démocratiques²⁴⁵. En se prévalant de la législation provinciale en vigueur depuis plus d'une décennie et utilisée par les autres, la collectivité musulmane s'appuie sur la culture juridique dominante pour s'exprimer. En utilisant les instruments juridiques de la

²⁴¹ Voir : The Australian Law Reform Commission, *Multiculturalism and the Law: Report No. 57*, Australian Law Reform Commission, 1992 à la p. 9.

²⁴² Voir : Irshad Manji. *The Trouble With Islam: A Wake-Up Call for Honesty and Change*, Toronto, Random House Canada, 2003.

²⁴³ Voir : Irshad Manji. *The Trouble With Islam: A Wake-Up Call for Honesty and Change*, Toronto, Random House Canada, 2003.

²⁴⁴ Syed Mumtaz Ali, « An Update on the Islamic Institute of Civil Justice » News Bulletin, Canadian Society of Muslims, août 2004, à la p. 6.

²⁴⁵ Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995, à la p. 150.

Analyse

société en général, les collectivités minoritaires s'engagent ouvertement dans un dialogue institutionnel. En s'engageant dans un tel dialogue, une collectivité invite également l'État dans ses affaires, d'autant plus que la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, même dans sa formulation actuelle, énonce les motifs spécifiques pouvant justifier une intervention de l'État sous la forme de contrôle judiciaire. L'utilisation de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* par les collectivités minoritaires peut, par conséquent, être comprise comme une manifestation de la volonté de faire partie de la collectivité plus large.

Dans les sociétés multiculturelles comme la nôtre, ce type d'engagement vise, en fin de compte, à créer un [Traduction] « vrai sens d'identité partagé [et] l'intégration sociale »²⁴⁶. Bien entendu, pour que ce dialogue soit le meilleur possible, la présence de certains éléments est nécessaire. Par exemple, il faut allouer des ressources et faire des actes affirmatifs pour permettre aux collectivités de s'engager utilement l'une avec l'autre dans une discussion publique sur ce que signifie vivre ensemble en paix et en dans le respect mutuel.

Dans ce contexte, j'estime qu'il importe de chercher des solutions qui tentent, non seulement de respecter les droits des groupes minoritaires dans le contexte culturel et politique élargi de la société ontarienne, mais également veillent à ce que les individus faisant partie de cette minorité soient, à titre de citoyens de la province de l'Ontario, capables d'exercer leurs droits comme individus avec la plus grande facilité possible et un risque culturel et personnel minime.

La violence familiale : Une priorité de la politique publique

La violence familiale, un problème qui autrefois demeurait caché et que l'on considérait comme une question privée au sein du domicile, est maintenant vue par les gouvernements au Canada et dans de nombreux pays dans le monde comme une priorité importante de la politique publique. Cette prise de conscience a eu lieu à cause des efforts courageux et inlassables que les femmes ont déployés au cours des trente dernières années pour faire connaître la nature, la prévalence, la dynamique et les effets de la violence dans le milieu familial et convaincre les gouvernements de la nécessité et de la justification de l'action politique pour mettre un terme aux souffrances des individus et pallier les répercussions de la violence familiale sur l'économie, la société et la santé. Les femmes, utilisant une analyse féministe, en sont venues à comprendre que leur sexe constituait le principal facteur de violence contre elles dans le monde entier et qu'elles sont victimes de violence dans toutes les sociétés, cultures, régions, religions et groupes socio-économiques.

Se renforçant sur le plan international grâce à la Décennie des Nations Unies pour la femme, les femmes activistes ont réussi à faire adopter la *Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de la violence contre les femmes* par l'Assemblée générale en 1993.

²⁴⁶ Adeno Addis, « On Human Diversity and the Limits of Toleration » dans *Ethnicity and Group Rights*, Ian Shapiro et Will Kymlicka, dir., New York, New York University Press, 1997, à la p. 128.

Analyse

La *Déclaration des Nations Unies* définit la violence contre les femmes en ces termes :

« ...tous actes de violence dirigés contre le sexe féminin, et causant ou pouvant causer aux femmes un préjudice ou des souffrances physiques, sexuelles ou psychologiques, y compris la menace de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou la vie privée. »

« [la violence à l'égard des femmes] traduit des rapports de force historiquement inégaux entre hommes et femmes, lesquels ont abouti à la domination et à la discrimination exercées par les premiers et freiné la promotion des secondes, et qu'elle compte parmi les principaux mécanismes sociaux auxquels est due la subordination des femmes aux hommes »²⁴⁷.

La *Déclaration* précise ensuite les diverses formes de violence visées :

[Traduction] « L'article 2 de la Déclaration des Nations Unies précise que la définition de la violence contre les femmes devrait englober, mais ne pas être limitée aux actes de violence physique, sexuelle et psychologique exercée au sein de la famille et dans la collectivité. Ces actes comprennent les coups infligés aux épouses, les sévices sexuels infligés aux enfants de sexe féminin, les violences liées à la dot, le viol, y compris le viol conjugal et les pratiques traditionnelles préjudiciables à la femme telles que la mutilation de ses organes génitaux. Ces actes comprennent également la violence non conjugale, le harcèlement sexuel et l'intimidation au travail et à l'école, le trafic des femmes, la prostitution forcée et la violence perpétrée ou tolérée par l'État, comme le viol durant les conflits armés »²⁴⁸.

Au Canada, jusque dans les années 1980, la violence à l'égard des femmes était considérée comme une question privée. Même si la « cruauté » était un motif de divorce avant la *Loi de 1968 sur le divorce*, il était difficile pour les femmes de démontrer qu'elles avaient été victimes de violence au sein de leur mariage et humiliant d'avoir à exposer publiquement le fait d'avoir été victimes de violence. À l'époque, lorsque les policiers recevaient une plainte de voies de fait entre époux, ils intervenaient parfois pour séparer les parties, mais des accusations étaient rarement déposées et si des accusations étaient déposées, elles faisaient rarement l'objet de poursuite sérieuse. Les peines infligées sur déclaration de culpabilité avaient tendance à renforcer l'impunité des contrevenants. Grâce à l'action politique du mouvement féministe, l'éducation publique sur la violence contre les femmes et des services conçus pour venir en aide aux femmes fuyant la violence familiale ont commencé à s'implanter dans diverses collectivités à travers le pays. Par conséquent, un mouvement visant à attirer l'attention du gouvernement sur la question a pris de l'ampleur, particulièrement dans le

²⁴⁷ Résolutions Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de la violence contre les femmes, Rés. AG 48/104, Doc. Off. GAOR, supp. n° 49, Doc. NU A/48/49 (1993).

²⁴⁸ Johns Hopkins School of Public Health and Center for Health and Gender Equity, « Issues in World Health, » dans XXVII: 4 *Population Reports: Ending Violence Against Women*, Baltimore, Johns Hopkins School of Public Health, Center for Health and Gender Equity, 1999.

Analyse

contexte du débat sur l'inclusion des droits des femmes à l'égalité dans la *Charte des droits et libertés*.

Lorsque la question de la violence familiale a été débattue devant le Parlement en 1982, certains députés ont initialement traité le sujet comme une farce. Toutefois, le mouvement féministe a conclu des alliances avec d'autres groupes qui se souciaient de la violence contre les femmes et les enfants et ont fait en sorte que la question devienne un des principaux sujets de la réforme du droit et de l'élaboration des politiques. Le Comité canadien sur la violence faite aux femmes a été créé, et ses membres se sont déplacés dans tout le pays pour réunir des informations sur la gravité de la violence à l'égard des femmes. Dans son rapport, le Comité fournit une analyse détaillée de l'étendue, de la nature et des impacts de la violence sur les femmes et les jeunes filles au Canada, et s'appuyant sur une recherche approfondie, démontre que plus de la moitié des femmes au Canada subissent une forme quelconque de violence physique ou sexuelle, tel que défini dans le *Code criminel du Canada*²⁴⁹. La recherche a également démontré que, déjà exposées à un risque à cause de leur sexe, les femmes qui sont marginalisées, par la langue, la race, l'absence d'emploi ou un handicap, courent un plus grand risque d'être victimes de violence.

La violence familiale se distingue des autres formes de violence fondée sur le sexe par le contexte où elle se produit (au domicile ou dans la vie privée) et la relation entre les contrevenants et les victimes (familiale). Lorsque la violence se produit dans le contexte de la famille, elle soulève des questions sur les lois et l'administration juridique des relations familiales. Est-ce que la violence au sein d'une famille est permise ou prohibée? Est-ce que la violence est, en pratique, tolérée ou pénalisée par les autorités? Est-ce que les victimes peuvent utiliser les recours civils (par exemple, le droit de divorcer, ordonnances d'interdiction de communiquer)? Dans les contextes où la violence au sein de la famille n'est pas prohibée par la loi (c'est-à-dire, criminalisée), les contrevenants jouissent d'une *immunité juridique*. Dans les contextes où elle est prohibée, mais où les lois ne sont pas appliquées, les contrevenants jouissent d'une *immunité sociale*²⁵⁰.

Les militants anti-violence au Canada ont joint leurs efforts dans le but de persuader les gouvernements de la nécessité de faire appel au processus criminel pour aborder la question de l'abus au sein de la famille et pour soutenir, au moyen de programmes communautaires, les femmes et les enfants qui en sont victimes. Le *Code criminel* a été modifié en 1985 pour qu'il traite plus adéquatement des questions relatives à l'abus sexuel des enfants. Le viol entre conjoints, qui n'était pas reconnu comme un crime auparavant, y a été inclus à ce moment-là. Le *Code* a été à nouveau renforcé en 1994, par l'ajout d'un crime explicite de harcèlement criminel. Les initiatives politiques et législatives se sont poursuivies jusqu'à nos jours. Elles visent toutes à prévenir la

²⁴⁹ Comité canadien sur la violence faite aux femmes, « Un nouvel horizon : éliminer la violence, atteindre l'égalité », 1993.

²⁵⁰ Lisa Hajjar, « Religion, State Power, and Domestic violence in Muslim Societies: A Framework for Comparative Analysis » non publié soumis à l'étude par l'entremise du Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

Analyse

violence faite aux femmes et aux enfants, à garantir que les agresseurs sont tenus responsables de leurs gestes et à exiger que la police, le ministère public, les juges et les fournisseurs de services acceptent d'assumer les responsabilités qui relèvent de leurs sphères de compétence.

Les lois portant sur la famille ont également été modifiées pour tenter d'éviter aux femmes et aux enfants qu'ils soient négligés ou abusés financièrement au moment où des relations sont rompues, à l'occasion d'un divorce, d'un décès, ou d'un abandon du domicile conjugal. Le gouvernement a autorisé le recours à des ordonnances civiles d'interdiction de communiquer. La législation en matière de protection de l'enfant, modifiée en l'an 2000, a accru l'obligation qui incombe à tous les citoyens d'intervenir pour protéger les enfants victimes d'abus ou de négligence⁵⁷. Le gouvernement ontarien continue à élaborer des politiques, des programmes et une législation pour s'attaquer à la question de la violence familiale et pour que l'ensemble de la communauté s'engage à mettre fin aux abus perpétrés à l'endroit des femmes et des enfants.

En revanche, en dépit du fait qu'elles soient nécessaires, les modifications législatives sont nettement insuffisantes pour mettre fin à la violence familiale. Il est impératif que changent les attitudes et les croyances qui tolèrent les abus.

[Traduction] L'omniprésence de l'impunité (de fait ou de droit) est un fait avéré. En effet, dans presque tous les pays, on rapporte que la violence familiale est « courante », bien que sa fréquence estimée soit variable. L'impunité suggère qu'il existe une réticence ou une résistance à l'idée de reconnaître que la violence perpétrée au sein de la famille constitue bel et bien de *la violence* et à la traiter comme telle. Lorsqu'on perçoit et nomme les corrections, le confinement, l'intimidation et les insultes comme de la « discipline » ou comme des « punitions » plutôt que comme de la « violence grave » ou de l'« abus », la nature du préjudice est masquée. En outre, si en vertu des croyances sociales dominantes quant aux relations familiales, les hommes ont le droit ou l'obligation de punir et de discipliner les femmes de leur famille, les moyens utilisés pour ce faire peuvent être perçus – et même louangés – comme nécessaires pour maintenir l'ordre à domicile et dans l'ensemble de la société. Le problème de l'impunité est exacerbé si en vertu des lois et des valeurs sociales, les structures familiales relèvent de la sphère privée et le pouvoir masculin (incluant le fait de dominer et d'agresser les femmes) est perçu par la population comme un facteur normatif⁵⁸.

⁵⁷ Lisa Hajjar, « Religion, State Power, and Domestic violence in Muslim Societies: A Framework for Comparative Analysis » non publié soumis à l'étude par l'entremise du Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

⁵⁸ Lisa Hajjar, « Religion, State Power, and Domestic violence in Muslim Societies: A Framework for Comparative Analysis » non publié soumis à l'étude par l'entremise du Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

Analyse

La question de la violence familiale est au coeur de l'opposition au recours à l'arbitrage pour trancher les litiges en droit familial. L'idée d'autoriser l'arbitrage privé pour traiter ce type de différends suscite une vive appréhension. En effet, ceux qui s'y opposent craignent, d'une part, que la violence familiale reste ainsi à l'abri des regards, alors qu'au contraire, elle devrait être mise en lumière et, d'autre part, que cela permette aux agresseurs de ne pas être tenus responsables de leurs actes. Les défenseurs des droits des femmes ont toujours cru qu'il sera difficile, voire impossible, que les femmes soient traitées équitablement dans des instances alternatives de règlement des différends, surtout si elles ont été victimes de violence familiale. Les partisans de cette thèse pensent ainsi en raison du déséquilibre inhérent et ininterrompu entre le pouvoir des hommes et celui des femmes. Comme les auteurs d'abus familiaux utilisent la violence pour contrôler leur partenaire et leurs enfants de même que pour perpétuer ce contrôle, ils ont tendance à adopter le même comportement après la rupture de la relation. Ils le font en refusant d'accorder un soutien financier adéquat, en utilisant les litiges quant à la garde et aux droits d'accès pour continuer à exercer leur pouvoir et, dans les cas les plus extrêmes, en menaçant même de kidnapper les enfants ou en mettant cette menace à exécution si le partenaire en obtient la garde. Comme nous l'avons vu dans la section 4, les opposants à l'arbitrage croient fermement que les tribunaux, aussi imparfaits soient-ils, offrent la meilleure protection qui soit contre les tentatives systématiques des agresseurs de maintenir leur pouvoir et leur contrôle.

Ces craintes relatives à l'arbitrage ont été exprimées à l'égard de toutes les femmes. Elles ont toutefois été exacerbées lorsqu'il a été question que ce soit les règles du droit de la famille musulman qui soient appliquées. Comme nous l'avons noté dans la section 4, dans le cadre de la présente enquête, nous avons entendu à de nombreuses reprises que le contexte social et familial dans lequel vivent les femmes musulmanes augmente leur vulnérabilité et complexifie les actions qu'elles pourraient entreprendre pour garantir leur sécurité et celle de leurs enfants.

[Traduction] La violence familiale est étroitement et directement liée à l'inégalité des hommes et des femmes. Certains, toutefois, contestent la légitimité du principe de l'égalité des sexes. Dans de nombreuses régions du monde, cela entrave et complique les efforts pour traiter la violence familiale comme un problème social. Il y a une forte et omniprésente opposition à la notion que les hommes et les femmes *devraient être égaux* dans le contexte familial. Il en découle la croyance selon laquelle il est légitime (c.-à-d. naturel ou décrété par la volonté divine) que les relations familiales soient hiérarchiques. Dans les sociétés musulmanes, cette croyance découle de la charia et est renforcée par elle, puisque l'interprétation qu'on tend à en donner accorde aux hommes le pouvoir sur les femmes de leurs familles. Ainsi, l'inégalité des sexes est reconnue et justifiée en termes religieux au motif que Dieu a fait des hommes et des femmes des êtres « essentiellement » différents. Ainsi, les rôles, les obligations et les droits familiaux de chacun sont différents et donc complémentaires. Or,

Analyse

selon cette interprétation des textes, cette complémentarité est cruciale pour la cohésion et la stabilité de la famille et de la société⁵⁹.

Les participants à l'étude ont fait part de leurs histoires personnelles de discrimination en expliquant comment les attitudes en termes d'inégalité sont profondément ancrées dans la société musulmane et comment les femmes qui sont victimes d'abus sont incapables d'obtenir l'aide appropriée au sein de leur communauté. Ils craignent que l'arbitrage qui utiliserait les normes musulmanes ne garantisse l'impunité aux hommes agresseurs. Il ne fait aucun doute que certains membres dirigeants de la communauté musulmane canadienne continuent à admettre et à justifier les abus faits aux femmes. Alors que j'écrivais le présent rapport, Sally Armstrong a écrit un article intitulé [Traduction] « La justice criminelle », dans lequel elle cite directement l'imam Aly Hindy qui prend régulièrement la parole à la mosquée Salaheddin à Toronto :

[Traduction] Il soutient que son point de vue sur les femmes battues est fondé sur le Coran. « Vous devez procéder par étapes », a-t-il dit. « Premièrement, vous discutez longuement avec elle. Deuxièmement, vous refusez d'avoir des relations sexuelles avec elle, parce que cela l'insultera. Vous n'avez pas besoin de la frapper à moins qu'elle ne soit rebelle et désobéissante. » Il est d'avis qu'une femme a tort si elle appelle la police sans avoir été *sévèrement* battue. « Elle devrait s'adresser à moi. Je parlerais alors à l'homme, je ferais un suivi et je déciderais ensuite s'il s'agit d'un homme bon. Puis, je recommanderais à la femme de le pardonner. »⁶⁰

La recherche effectuée dans le cadre de la présente étude de même que les mémoires qui ont été préparés ont clairement démontré que de nombreuses formes d'abus familial sont fondées, au sein de la communauté musulmane, sur des extraits précis du Coran et des hadiths. Il ressortait tout aussi clairement qu'il y a un courant puissant au sein de cette communauté pour réexaminer l'interprétation conservatrice du droit musulman quant aux questions telles celles des femmes battues, du viol entre conjoints, des mariages forcés et de l'inégalité du statut de la femme.

La charia devrait-elle être interprétée de telle sorte qu'elle sanctionne, limite ou interdise la violence familiale? Cette question fait l'objet de débats. Dans les contextes où l'interprétation de ce texte religieux autorise la violence faite aux femmes par les membres de leurs familles, les préjudices qu'elles subissent ne sont non seulement pas sanctionnés, mais ils ne sont même pas reconnus comme étant *des préjudices*. Toutefois, de telles interprétations ne font pas consensus au sein des sociétés musulmanes. Elles ne sont même pas acceptées par

⁵⁹ Lisa Hajjar, « Religion, State Power, and Domestic violence in Muslim Societies: A Framework for Comparative Analysis » non publié soumis à l'étude par l'entremise du Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

⁶⁰ Sally Armstrong, « *Criminal Justice* » Chatelaine, (novembre 2004) 152 à la p. 158.

Analyse

tous au sein des sociétés où la violence dans les familles est autorisée sur la base de la charia⁶¹.

De nombreux participants ont invité avec insistance la communauté musulmane à prendre des mesures actives pour contrer les attitudes traditionnelles de tolérance vis-à-vis de la violence faite aux femmes. Wahida Valiante, du Congrès islamique canadien, elle-même travailleuse sociale et universitaire, est représentative de ces points de vue :

[Traduction] Nous voilà toutefois en présence d'une bien triste situation. La plupart des musulmans disent considérer le Coran comme la source la plus importante pour traiter toutes les questions islamiques. Or en pratique, il semble que les « traditions » ont davantage d'influence pour déterminer notre conduite. C'est à l'égard du traitement fait aux femmes que cette attitude est la plus flagrante. Les valeurs et les attitudes traditionnelles portées par des considérations politiques et culturelles et liées en raison d'interprétations historiques et géographiques à certains mots du Coran ont été utilisées pour autoriser la violence faite aux femmes dans les familles musulmanes.

Au fil des siècles, la situation critique de la famille musulmane et surtout des femmes musulmanes dans la plupart des pays musulmans, n'est pas due à quelque déficience de la pensée intellectuelle, philosophique ou idéologique islamiques. Au contraire, elle découle de la mise en oeuvre des principes islamiques de base en matière d'égalité et de justice. En réalité, le système de la famille patriarcale qui prévaut dans les pays musulmans n'est pas le reflet de la vision islamique mondiale sur les relations conjugales et familiales. En outre, cette organisation de la famille a besoin d'être réexaminée de façon critique à la lumière des connaissances actuelles du Coran et des traditions prophétiques. Ce serait courir le risque d'accroître les préjudices physiques, psychologiques et émotifs subis par les femmes que de continuer à perpétuer ces points de vue traditionalistes quant aux relations hommes-femmes⁶².

L'Association nationale de la femme et du droit a souligné elle aussi qu'il existe un potentiel considérable de changement dans l'attitude envers le droit des femmes à l'égalité :

[Traduction] Les féministes musulmanes et les réformateurs islamiques soutiennent de plus en plus que le Coran et l'exemple du Prophète peuvent

⁶¹ Lisa Hajjar, « Religion, State Power, and Domestic violence in Muslim Societies: A Framework for Comparative Analysis » non publié soumis à l'étude par l'entremise du Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

⁶² Wahida Valente, « *Domestic Violence—An Islamic Perspective* » (discours-programme prononcé au Centre et Mosquée de London, 26 juin 2004).

Analyse

militer très clairement en faveur de la thèse favorisant l'octroi de droits accrus pour les femmes. Un courant de plus en plus marqué chez les féministes islamiques conteste le modèle des droits et obligations conférés à chaque sexe par la jurisprudence et le discours traditionnel islamique et fait la promotion d'une interprétation et d'une compréhension du droit et de la justice islamiques qui soit plutôt empreinte du principe d'égalité des sexes. Des musulmans contemporains tels Abdullahi An-Na'im et Fatima Mernissi ont réexaminé les sources et ont conclu que l'islam prône l'égalité des droits pour les hommes et les femmes⁶³.

D'autres membres de la communauté musulmane, dont le Conseil islamique des imans – Canada, CAIR-CAN, le Conseil canadien des femmes musulmanes et Masjid El Noor, ont reconnu que les membres de la communauté elle-même doivent unir leurs efforts pour garantir que les mesures appropriées seront mises en oeuvre pour faire face à la violence qui y est perpétrée. Des changements de cette nature ne peuvent pas s'opérer par le biais d'une législation émanant des gouvernements. Ils doivent plutôt provenir de la communauté elle-même après avoir fait l'objet d'études, de discussions et d'interprétations sérieuses des principes sacrés.

Lisa Hajjar soutient que :

[Traduction] En dépit du fait que la charia soit d'une importance cruciale pour comprendre les relations familiales dans les sociétés musulmanes, elle n'est pas un outil pour expliquer le problème de la violence familiale. Les explications trouvent plutôt leur origine dans l'analyse de la relation entre le droit religieux et le pouvoir de l'état puisque cette dernière a un impact tant sur l'acceptation ou l'interdiction de la violence au sein des familles que sur les droits des femmes...

Le rôle de l'état est particulièrement important dans toutes les discussions sur la violence familiale puisque les états sont investis de la responsabilité d'interdire et de sanctionner *la violence*. [...] Même dans les sociétés où les droits des femmes sont protégés par une solide législation, la prévalence de la violence familiale illustre l'existence d'une difficulté tenace à mettre en oeuvre une solution légale. Ainsi, tout comme le statut et les droits des femmes au sein de la famille varie considérablement, l'étendue globale de la violence familiale suggère qu'il existe une complicité interétatique des agents nationaux de même que des forces politiques dont dépendent les pouvoirs de ces derniers et le soutien dont ils bénéficient pour créer des conditions qui favorisent l'impunité. La reconnaissance de ce fait est une réplique importante aux

⁶³ Soumission, l'Association nationale de la femme et du droit, Conseil canadien des femmes musulmanes et Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible du Canada, Natasha Bakht, « Family Arbitration Using Sharia Law : Examining Ontario's Arbitration Act and its impact on women » (13 septembre 2004).

Analyse

stéréotypes culturels selon lesquels les femmes musulmanes sont particulièrement vulnérables⁶⁴.

Durant le processus d'enquête, la plupart des intervenants qui se sont dits inquiets du phénomène de la violence familiale à l'endroit des femmes ont également traité de la vulnérabilité des enfants. Ils savent que les tribunaux canadiens continuent à avoir compétence sur les questions relatives aux enfants lorsque des relations sont rompues. Ces instances doivent d'ailleurs rendre des décisions conformément à meilleur intérêt de l'enfant. Cela n'est toutefois pas le cas dans de nombreux pays régis par le droit musulman. Dans sa présentation, l'organisme *Justice for Children and Youth* souligne que :

[Traduction] La plupart des pays qui appliquent la loi islamique se sont prévalus d'une option de non-participation aux dispositions de la *Convention relative aux droits de l'enfant* qui étaient en conflit avec la charia... Plus précisément, ils s'opposaient aux articles qui garantissaient l'égalité des enfants indépendamment de leur sexe et les droits des enfants adoptés. La charia ne reconnaît pas l'adoption et a fortiori, les droits des enfants adoptés. Seuls les enfants biologiques nés de parents mariés jouissent d'un statut dans la famille. Cela leur confère notamment le droit à un soutien financier et à ce que la considération principale pour rendre des décisions à leur égard soit « leur meilleur intérêt ». La charia peut expressément priver un enfant de la liberté de religion. Elle peut également interdire à un enfant de mettre fin à ses croyances islamiques... Nous ne pouvons pas souscrire à une politique gouvernementale qui permet à des parents de renoncer aux droits à l'égalité premièrement de leurs enfants de sexes féminin et masculin, deuxièmement de leurs enfants issus d'une union matrimoniale et de ceux qui ne le sont pas et finalement de leurs enfants adoptés, et ce, en choisissant de participer à un processus décisionnel qui ne reconnaît pas les droits et avantages accordés à tous les enfants par les lois canadiennes et ontariennes⁶⁵.

J'ai choisi de traiter de le meilleur intérêt des enfants dans la section qui porte sur la violence familiale parce qu'il est fréquent que des parents agresseurs utilisent leurs enfants comme des objets de chantage dans leurs litiges, et tentent, par le biais des droits de garde, des droits d'accès et de la pension alimentaire, de continuer à contrôler et harceler un ex-conjoint.

En vertu de la charia, la garde des enfants est essentiellement accordée à l'époux. Dans le cas de très jeunes enfants, il y a une garde conjointe

⁶⁴ Lisa Hajjar, « Religion, State Power, and Domestic violence in Muslim Societies: A Framework for Comparative Analysis » non publié soumis à l'étude par l'entremise du Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

⁶⁵ Soumission, Martha McKinnon pour de Justice for Children and Youth, « *Sharia Law and Children's Rights* » (11 novembre 2004).

Analyse

uniquement jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge de 7 ans, [à compter de quoi] l'époux obtient la garde complète. Il ne semble pas qu'il existe une disposition qui exige que les décisions soient prises dans le meilleur intérêt de l'enfant ou en tenant compte des souhaits de ce dernier s'il est en mesure de les exprimer. La question de la garde est plutôt traitée comme un droit exclusivement parental... les préoccupations exprimées quant à l'impunité des agresseurs qui a pour effet de brimer les droits à l'égalité des femmes, sont d'autant plus vives à l'égard des enfants. Ces derniers sont très vulnérables au sein de la famille, non seulement à cause de leur taille, mais également en raison de leur dépendance financière⁶⁶.

Lorsque les parents sont des immigrants, la vulnérabilité des femmes et des enfants est accrue. Les femmes qui ont été parrainées par leur conjoint ignorent peut-être que les arrangements de parrainage peuvent être rompus sans qu'elles perdent leur statut au Canada, dans les cas où la violence a causé la rupture du couple. Craignant d'être renvoyées dans leurs pays d'origine sans leurs enfants, souvent nés au Canada, si elles cessent d'être parrainées, elles peuvent accéder aux exigences déraisonnables d'un conjoint agresseur.

Un grand nombre de participantes ont exprimé très clairement craindre que les enfants ne soient retournés dans le pays d'origine de la famille et qu'ils perdent le contact avec l'autre parent, indépendamment d'une part des arrangements quant à la garde et aux droits d'accès et d'autre part du droit familial appliqué. Le *Code criminel canadien* et la *Convention de la Haye* traitent de l'enlèvement d'enfants par un parent. Or, de nombreux pays, particulièrement dans le monde musulman, ne sont pas signataires de la *Convention* et le recours aux procédures criminelles suppose que la partie contrevenante soit poursuivie au Canada. De nombreuses femmes, tant de la culture dominante que des cultures minoritaires, sont disposées à renoncer à leurs propres droits pour garantir la sécurité de leurs enfants. Elles croient les menaces proférées par leurs conjoints agresseurs selon lesquelles elles ne reverront jamais leurs enfants à moins qu'elles ne se plient à leurs demandes. Dans de nombreux cas, les pays musulmans d'origine requièrent la permission du mari pour que l'épouse ou les enfants obtiennent un visa. Cela arrive souvent même si un divorce canadien a été prononcé. Ainsi, un ex-conjoint agresseur peut réussir à empêcher son ex-épouse et ses enfants d'avoir des contacts avec sa famille à elle, et ce, en refusant de donner son consentement à l'émission du visa⁶⁷.

Selon la plupart des participants, il est manifeste qu'en raison de l'impact de la violence familiale sur les femmes et les enfants, la question doit être soulevée lorsque surviennent des litiges en droit de la famille. De nombreux participants ont souligné l'importance d'exiger l'examen de la question de l'abus, non seulement dans le cadre du processus de médiation, mais également dans le cadre de l'arbitrage. Cela est nécessaire pour garantir que la violence a été prise en considération pour déterminer si le recours à l'arbitrage a été le fruit du libre arbitre des deux conjoints ou pour

⁶⁶ Soumission, Martha McKinnon pour de Justice for Children and Youth, « *Sharia Law and Children's Rights* » (11 novembre 2004).

⁶⁷ Soumission, individus avec International Campaign Against Shariah Court in Canada.

Analyse

déterminer si le processus offre suffisamment de protection aux parties vulnérables. Certains sont d'avis que les arbitres devraient être tenus responsables d'une manière ou d'une autre de la sécurité de leurs clients.