

L'INTERVENTION D'INSTANCES RELIGIEUSES EN MATIÈRE DE DROIT FAMILIAL

Paul Eid, chercheur, Ph.D. (sociologie)
M^e Karina Montminy, conseillère juridique
Direction de la recherche et de la planification

Document adopté à la 514^e séance de la Commission,
tenue le 9 juin 2006, par sa résolution COM-514-5.1.1

Jacinthe Gagnon
Secrétaire de la Commission

Traitement de texte

Ramon Avila, technicien en recherche
Direction de la recherche et de la planification

Édition pour le site Web de la Commission

Le présent document a été édité par la Direction des communications de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, à partir du texte officiel, en vue de répondre à des besoins pratiques.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1	
PARTIE I		
MISE EN CONTEXTE, CONCEPTS ET ENJEUX.....	2	
1. LE DÉBAT SUR L'ARBITRAGE RELIGIEUX.....	2	
2. LA MÉDIATION ET L'ARBITRAGE : UN DÉBLAYAGE CONCEPTUEL.....	4	
2.1 La médiation familiale.....	4	
2.1.1 <i>La médiation familiale dans un contexte religieux</i>	7	
2.2 L'arbitrage en matière civile.....	7	
2.2.1 <i>L'arbitrage des matières familiales</i>	10	
2.2.2 <i>L'arbitrage religieux des matières familiales dans un contexte religieux</i>	10	
3. LES DROITS EN JEU À LA LUMIÈRE DU DROIT QUÉBÉCOIS, CANADIEN ET INTERNATIONAL.....	11	
3.1 La liberté religieuse.....	11	
3.2 Le droit à l'égalité des sexes.....	12	
3.3 Les droits de l'enfant.....	13	
3.4 Le droit au maintien des cultures minoritaires.....	14	
3.5 Les conflits de droits pouvant résulter de l'exercice de la liberté religieuse.....	15	
PARTIE 2		
L'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE ET LES POLITIQUES OFFICIELLES D'INTÉGRATION DES MINORITÉS.....	18	
4. L'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE EN DROIT CANADIEN.....	18	
4.1 L'obligation d'accommodement raisonnable.....	18	
4.2 La contrainte excessive.....	19	
5. LES MODÈLES CANADIEN ET QUÉBÉCOIS D'INTÉGRATION.....	20	
5.1 Le multiculturalisme.....	20	
5.2 L'interculturalisme québécois.....	21	
5.3 Conclusion.....	23	
PARTIE 3.....		23
L'ARBITRAGE RELIGIEUX : LE LIBRE CHOIX DES PARTIES ET LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DES ARBITRES.....	23	
6. LA LIBERTÉ DE CHOIX, LES VALEURS COLLECTIVES FONDAMENTALES ET L'ORDRE PUBLIC.....	24	
7. LE CONSENTEMENT À L'ARBITRAGE RELIGIEUX : LE POIDS DES DÉTERMINANTS SOCIAUX.....	25	
7.1 Les pressions sociales.....	25	
7.2 L'accessibilité économique de l'arbitrage religieux : un facteur d'attraction.....	26	
7.3 Les immigrantes récentes.....	26	
7.4 Les femmes immigrantes parrainées.....	27	
8. LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DES SENTENCES ARBITRALES RENDUES PAR DES INSTANCES RELIGIEUSES.....	28	
8.1 Le rôle des tribunaux judiciaires lors de l'arbitrage religieux en matière familiale.....	28	
8.1.1 <i>Les motifs d'intervention des tribunaux judiciaires</i>	28	

8.1.2 <i>L'intervention des tribunaux judiciaires : différences entre la médiation et l'arbitrage en matière familiale</i>	30
8.1.3 <i>La réception du droit religieux par les tribunaux civils</i>	30
8.2 <i>Conclusion</i>	32
PARTIE 4	
LES DROITS DES FEMMES	32
9. LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LE SEXE DANS UNE PERSPECTIVE SYSTÉMIQUE.....	32
10. L'IDÉOLOGIE CLÉRICALE ET LE DIFFICILE ACCÈS DES FEMMES À L'ÉGALITÉ AU QUÉBEC .34	
10.1 L'Église et l'État. Une collusion préjudiciable aux femmes.....	34
10.2 Gardiennes de la foi, ou citoyennes ? La lutte des femmes pour le droit de vote.....	34
10.3 L'Église et l'éducation. Des voies différentes pour les filles	35
10.4 Le droit familial, un enjeu central de la lutte pour l'égalité des sexes	35
10.5 Conclusion	37
11. GÉNÉALOGIE DES DROITS CULTURELS : DE QUELLE(S) CULTURE(S) PARLE-T-ON ?	37
12. DROIT RELIGIEUX ET ÉGALITÉ DES SEXES : LE CAS DE LA CHARIA.....	40
12.1 La Charia conjuguée au pluriel : une analyse comparative.....	40
12.1.1 <i>Les droits inhérents des époux dans le cadre du mariage</i>	41
12.1.2 <i>La pension / prestation compensatoire</i>	41
12.1.3 <i>La garde et la tutelle des enfants suite au divorce</i>	43
12.2 La Charia à l'épreuve du droit international	44
12.3 Conclusion	45
13. L'INTERVENTION ÉTATIQUE DANS LA RÉGULATION DES RAPPORTS FAMILIAUX	46
13.1 La frontière « public / privé » revue et corrigée	46
13.2 La nécessaire régulation étatique des mesures accessoires du divorce	48
13.2.1 <i>Les ententes de séparation négociées hors cour et la pension alimentaire</i>	48
13.2.2 <i>Le divorce religieux judaïque et les mesures accessoires</i>	51
CONCLUSION.....	53

INTRODUCTION

Depuis quelques années déjà, la place de la religion dans l'espace public est une question qui revient de manière récurrente dans la société québécoise. Consciente de la nécessité de procéder à une réflexion approfondie sur cette problématique complexe, la *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* (ci-après la Commission) annonçait récemment sa volonté de mener des consultations publiques sur le sujet.

Nous proposons ici d'amorcer la discussion en nous penchant sur le rôle d'instances religieuses dans la résolution des litiges familiaux. Nous accorderons une importance particulière à la question de l'arbitrage dans le cadre de cette analyse. Le récent débat sur cette question, qui a pris naissance en Ontario, a amené la société québécoise à s'interroger plus largement sur les possibles conflits entre la liberté religieuse et certains droits fondamentaux et valeurs collectives qui fondent le lien civique. À titre d'institution ayant pour mission de veiller au respect et à la promotion des principes inscrits dans la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec¹, la Commission espère, par le biais de cette réflexion, contribuer à établir des balises qui serviront à replacer la liberté religieuse au cœur d'une grille d'analyse cohérente et globale en matière de droits de la personne.

Dans la première partie, après avoir exposé les différences essentielles entre la médiation familiale et l'arbitrage civil au Québec, nous verrons comment ces derniers s'appliquent, ou pourraient s'appliquer, dans le contexte du droit familial québécois. Nous dégagerons ensuite le cadre juridique dans lequel s'exercent et interagissent les différents droits et libertés de la personne interpellés par l'arbitrage religieux en matière familiale.

Considérant que, dans les médias, ainsi que dans les cercles politiques et juridiques, l'arbitrage religieux des différends familiaux a été largement présenté comme une mesure d'accommodement destinée à répondre, en priorité, aux besoins de groupes religieux minoritaires, nous interrogerons, dans la deuxième partie, les fondements juridiques et politiques qui sous-tendent la notion d'accommodement raisonnable. Nous pourrions ainsi mettre au jour les conditions qui devraient être respectées pour que des tribunaux d'arbitrage religieux en matière de droit familial puissent être considérés comme un accommodement raisonnable sur le plan légal. Nous procéderons ensuite à un examen des politiques canadienne et québécoise d'intégration des minorités afin de déterminer si l'arbitrage religieux serait compatible avec la fonction sociale et politique sous-jacente de l'accommodement.

Dans un troisième temps, nous poserons un regard critique sur la notion de libre choix appliquée à l'arbitrage religieux des différends familiaux. Nous identifierons notamment des facteurs sociologiques qui pourraient limiter le pouvoir de certaines femmes de choisir librement une instance religieuse pour arbitrer leurs litiges familiaux en cas de séparation ou de divorce. Nous exposerons ensuite le rôle que pourraient jouer les tribunaux civils dans la régulation des sentences arbitrales rendues par des instances religieuses si l'arbitrage familial était permis au Québec. Cela nous permettra de voir en quoi l'arbitrage des litiges familiaux diffère de la médiation familiale en ce qui concerne le pouvoir d'intervention des tribunaux.

La dernière partie sera consacrée entièrement aux facteurs sociaux et historiques qui peuvent faire craindre que l'arbitrage des litiges familiaux – a fortiori s'il est fondé sur un droit religieux – ne mette à mal le principe de l'égalité des sexes. L'analyse visera à saisir la dynamique des rapports sexuels de pouvoir dans lesquels s'inscrirait l'arbitrage (notamment religieux) des matières familiales au Québec. Nous déconstruirons également le mode de production des traditions culturelles et religieuses en faisant ressortir leur géométrie variable selon le sexe. La multiplicité possible des interprétations religieuses, ainsi que leur impact différentiel sur les droits des femmes, seront mis en lumière à travers une analyse comparative du droit de la famille islamique tel qu'appliqué dans quatre États musulmans. Enfin, nous attirerons l'attention, à l'aide d'exemples, sur certains aspects du principe même de la privatisation du droit familial qui peuvent poser problème du point de vue des droits des femmes.

¹ L.R.Q., c. C-12, (ci-après « Charte québécoise » ou « Charte »).

PARTIE I MISE EN CONTEXTE, CONCEPTS ET ENJEUX

1. LE DÉBAT SUR L'ARBITRAGE RELIGIEUX

La question de l'arbitrage religieux en matière de droit familial a surgi dans l'actualité québécoise essentiellement en réaction à un débat ayant pris place en Ontario. La *Loi de 1991 sur l'arbitrage*² de l'Ontario autorise l'arbitrage dans les litiges de droit civil, y compris les matières familiales. Dans l'esprit du législateur, cette loi visait initialement à désengorger les tribunaux de droit commercial, mais elle a graduellement été invoquée par des groupes religieux pour justifier le recours à l'arbitrage religieux des différends en droit familial, notamment en cas de séparation et de divorce. En 2003, l'imam Syed Mumtaz Ali créait *l'Institut islamique de justice civile*, et annonçait publiquement son intention de mettre sur pied, en vertu de la Loi sur l'arbitrage, un réseau organisé de tribunaux islamiques qui offrirait à la population musulmane de l'Ontario des services d'arbitrage en matière de droit familial. L'annonce de cette nouvelle dans les médias a déclenché aussitôt un vif mouvement d'opposition au sein de la population, entre autres parce que l'on craignait que des tribunaux islamiques ne mettent en péril l'égalité des sexes.

En 2004, le gouvernement ontarien mettait sur pied une commission d'enquête dirigée par Mme Marion Boyd, ex-procureure générale et ex-ministre déléguée à la condition féminine de l'Ontario, pour examiner le bien-fondé de la Loi sur l'arbitrage en matière de droit familial, eu égard aux craintes exprimées par la population. Au terme de consultations auprès de nombreux groupes de la société civile, Mme Boyd déposait un rapport en décembre 2004 dans lequel elle recommandait le maintien de la Loi sur l'arbitrage. Elle proposait toutefois quelques modifications visant à assurer une meilleure protection aux parties vulnérables (les femmes et les enfants). Marion Boyd soutenait notamment, dans ses recommandations, que la preuve n'avait pas été faite que l'arbitrage religieux pouvait porter préjudice aux femmes, même si plusieurs groupes avaient soutenu le contraire lors des consultations, dont le *Congrès musulman canadien* et le *Conseil canadien des femmes musulmanes*. Suite au dépôt du Rapport Boyd, un vaste mouvement de protestation s'est fait entendre à travers le pays, en particulier en Ontario, dans le but de convaincre le gouvernement libéral de Dalton McGuinty d'interdire l'arbitrage religieux dans le domaine du droit familial. La très grande majorité des organisations et des individus qui se sont prononcés contre l'arbitrage religieux s'attaquaient plus précisément au projet d'implantation de tribunaux islamiques.

Le mouvement d'opposition aux tribunaux islamiques en Ontario a eu des répercussions politiques jusqu'au Québec, dont le *Code civil* dispose pourtant que les matières familiales ne peuvent être soumises à l'arbitrage³. Tout d'abord, le ministre québécois de la Justice, M. Jacques Dupuis, a affirmé qu'il était hors de question que le *Code civil* soit modifié pour permettre l'arbitrage religieux en matière de droit familial⁴. Puis le 26 mai 2005, l'Assemblée nationale du Québec, dans un geste symbolique, adoptait à l'unanimité, et sans débats préalables, une motion selon laquelle « *l'Assemblée nationale du Québec s'oppose à l'implantation de tribunaux dits islamiques au Canada et au Québec* ». Cette motion a cependant suscité plu-

² L.O. 1991, c. 17 (Ontario), ci-après « Loi sur l'arbitrage ».

³ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, ci-après « *Code civil* » ou « C.c.Q ». Art. 2639 : « Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public. »

⁴ M. Dupuis a exprimé cette position le 13 décembre 2004 à l'Assemblée nationale, position qu'il a par la suite réaffirmée dans une lettre publiée dans *Le Devoir*, édition du samedi 15 et dimanche 16 janvier 2005 : « Je tiens à réitérer que le principe d'égalité de tous devant la loi est fondamental dans les valeurs du Québec et qu'il n'est pas question de toucher à ce principe d'aucune façon. Le *Code civil* s'applique à tous les résidents du Québec, quelle que soit leur appartenance religieuse, et aucun système d'arbitrage ne sera toléré dans les matières qui concernent la famille et l'ordre public. »

sieurs critiques⁵ qui affirmaient qu'en ne ciblant que la religion musulmane, elle revêtait un caractère discriminatoire.

Le mouvement d'opposition a également débordé les frontières du Canada suite à une campagne internationale orchestrée par une Canadienne d'origine iranienne, Mme Homa Arjomand, contre l'implantation de tribunaux islamiques au Canada. Cette campagne a culminé avec la tenue, le 8 septembre 2005, de manifestations organisées simultanément dans plusieurs villes européennes et canadiennes afin d'obtenir de l'Ontario qu'elle interdise l'arbitrage des litiges familiaux sur la base de la Charia⁶. Quelques jours plus tard, soit le 11 septembre 2005, le premier ministre ontarien annonçait en conférence de presse que l'Ontario allait interdire l'arbitrage familial fondé sur tout droit autre que le droit ontarien ou canadien. Les modifications législatives prévues à cet effet ont désormais été intégrées à la *Loi sur le droit de la famille*⁷ et à la *Loi sur l'arbitrage*⁸. Il est à noter que les organisations *B'nai Brith Canada* et *Islamic Society of North America* ont fait savoir séparément qu'elles étudiaient la possibilité de contester devant les tribunaux la constitutionnalité de telles modifications législatives⁹. Quelle que soit la probabilité qu'un recours judiciaire soit effectivement engagé en ce sens, nous croyons qu'il est nécessaire de développer des balises et des principes directeurs clairs permettant d'analyser la question de l'arbitrage religieux en matière de droit familial à la lumière des principes inscrits dans le droit interne et le droit international.

Dans la section suivante, nous exposerons les règles de la médiation familiale et de l'arbitrage civil au Québec.

⁵ En particulier, un regroupement d'une trentaine d'organisations musulmanes a publié dans les journaux québécois, le 15 septembre 2005, une lettre enjoignant l'Assemblée nationale à retirer la motion d'opposition aux tribunaux islamiques, au motif que cette dernière, en ciblant exclusivement l'Islam, « stigmatise les citoyens de confession musulmane et exprime une discrimination à l'encontre de leur religion » (Déclaration commune de groupes et de représentants de la communauté musulmane, « Une motion à retirer », *Le Devoir*, 15 septembre 2005.)

⁶ La Charia désigne tout code de prescriptions juridiques fondées sur le droit islamique.

⁷ L.R.O. 1990, c. F.3, art. 59.2 (1), introduit par la *Loi modifiant la Loi de 1991 sur l'arbitrage, la Loi sur les services à l'enfance et à la famille et la Loi sur le droit de la famille en ce qui concerne l'arbitrage familial et des questions connexes et modifiant la Loi portant réforme du droit de l'enfance en ce qui concerne les questions que doit prendre en considération le tribunal qui traite des requêtes en vue d'obtenir la garde et le droit de visite*, L.O. 2006, c. 1, par. 5 (10) et 6 (2), non en vigueur : « Lorsqu'une décision concernant une question visée à l'alinéa a) de la définition de "arbitrage familial" à l'article 51 est prise par un tiers dans le cadre d'un processus qui n'est pas mené exclusivement en conformité avec le droit de l'Ontario ou d'une autre autorité législative canadienne :

- a) le processus ne constitue pas un arbitrage familial;
- b) la décision ne constitue pas une sentence d'arbitrage familial et n'a pas d'effet juridique. »

⁸ Précitée, note 2, art. 2.2 (1), introduit par la *Loi modifiant la Loi de 1991 sur l'arbitrage, la Loi sur les services à l'enfance et à la famille et la Loi sur le droit de la famille en ce qui concerne l'arbitrage familial et des questions connexes et modifiant la Loi portant réforme du droit de l'enfance en ce qui concerne les questions que doit prendre en considération le tribunal qui traite des requêtes en vue d'obtenir la garde et le droit de visite*, L.O. 2006, c. 1, par. 1 (2) et 6 (2), non en vigueur : « Lorsqu'une décision concernant une question visée à l'alinéa a) de la définition de "arbitrage familial" à l'article 1 est prise par un tiers dans le cadre d'un processus qui n'est pas mené exclusivement en conformité avec le droit de l'Ontario ou d'une autre autorité législative canadienne :

- a) le processus ne constitue pas un arbitrage familial;
- b) la décision ne constitue pas une sentence d'arbitrage familial et n'a pas d'effet juridique. »

⁹ Marina JIMINEZ « Sharia decision sparks Jewish protest », *The Globe and Mail*, 13 septembre 2005, and "Debate stirs hatred, Sharia activists says", *The Globe and Mail*, 15 septembre 2005.

2. LA MÉDIATION ET L'ARBITRAGE : UN DÉBLAYAGE CONCEPTUEL

Au Canada, deux modes de résolution des conflits sont utilisés en droit familial : la médiation et l'arbitrage. La médiation familiale se pratique dans toutes les provinces canadiennes lorsque surgissent des différends à la suite d'une rupture du lien conjugal tandis que l'arbitrage en matière familiale ne se pratique pas dans toutes les législations provinciales. En effet, au Québec, ce type d'arbitrage est expressément prohibé¹⁰ alors qu'en Ontario¹¹ et en Colombie-Britannique¹², certaines conditions prévues par les lois de ces provinces encadrent son exercice.

Au Québec, le cadre juridique qui s'applique aux litiges conjugaux se trouve dans le *Code civil* et le *Code de procédure civile*¹³ et, dans le contexte du divorce, dans la *Loi sur le divorce*¹⁴, qui est de compétence fédérale¹⁵. Les provinces conservent toutefois certains pouvoirs en matière de divorce en vertu de leurs compétences dans les domaines de propriété et de droits civils¹⁶. C'est pourquoi les effets du divorce sont régis par le *Code civil*, notamment en ce qui concerne la dissolution du régime matrimonial¹⁷.

Dans les lignes qui suivent, nous exposerons d'abord comment et dans quel cadre juridique la médiation familiale se pratique en droit québécois. Par la suite, nous présenterons les domaines d'application ainsi que le fonctionnement de l'arbitrage civil au Québec, ce qui nous permettra ultérieurement d'évaluer les conséquences pour les parties vulnérables d'une modification du cadre juridique actuel en vue de permettre l'arbitrage religieux en matière familiale.

2.1 La médiation familiale

« La médiation est un processus par lequel des parties conviennent de demander à un tiers, le médiateur, de les aider à trouver une solution à leurs conflits. La médiation est souple et flexible, les parties y conservent le plein contrôle du déroulement et du résultat final. Le médiateur est là pour aider les parties à trouver elles-mêmes des solutions à leurs conflits et non pour leur imposer des solutions, le tout dans un cadre privé et confidentiel. »¹⁸

En matière familiale, la loi et la jurisprudence encouragent les conjoints à s'entendre hors cour¹⁹, avec l'aide d'un médiateur ou non, sur les conséquences du divorce²⁰ et de la séparation de corps²¹. L'entente

¹⁰ C.c.Q., précité, note 3, art. 2639, al. 1.

¹¹ Voir les notes 7 et 8.

¹² *Commercial Arbitration Act*, RSBC 1996, c. 55, art. 2 (2) : « Toute clause d'une convention d'arbitrage qui retire aux tribunaux civils la compétence judiciaire qui leur est conférée en vertu de la *Loi sur le divorce* (Canada) et du *Family Relations Act*, n'a aucune valeur légale » (Notre traduction).

¹³ L.R.Q., c. C-25, ci-après « C.p.c ».

¹⁴ L.R.C., 1985, c. 3 (2^e suppl.), (ci-après « *Loi sur le divorce* »).

¹⁵ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, art. 91 (26). Cela implique que le *Code civil* s'appliquera en matière de divorce dans la mesure où il est compatible avec la *Loi sur le divorce*.

¹⁶ *Id.*, art. 92 (13).

¹⁷ C.c.Q., art. 518 à 521. L'article 517 du C.c.Q., prévoit que : « Le divorce est prononcé conformément à la Loi canadienne sur le divorce. Les règles relatives à l'instance en séparation de corps édictées par le présent Code et les règles du *Code de procédure civile* s'appliquent à ces demandes dans la mesure où elles sont compatibles avec la loi canadienne. »

¹⁸ Institut de médiation et d'arbitrage du Québec, www.iamq.org, voir la section portant sur la médiation.

¹⁹ Claire BERNARD et Danielle SHELTON, *Les personnes et les familles*, tome 2, Adage, 2^e éd., Montréal, module 2, 1995, p. 7.

²⁰ *Loi sur le divorce*, art. 9 et 10.

peut être négociée avant²² ou pendant les procédures judiciaires²³. Elle porte sur les effets personnels, les aliments pour un conjoint ou un enfant et la garde d'un enfant ou le droit d'accès à celui-ci, ainsi que sur les effets patrimoniaux, notamment le patrimoine familial et les donations par contrat de mariage.

Les parties qui décident de participer à un processus de médiation peuvent désigner le médiateur de leur choix²⁴. Cependant, l'article 827.1 du C.p.c. exige que : « Toute médiation ou séance d'information sur la médiation effectuée ou donnée préalablement à des procédures en matière familiale ou pendant de telles procédures doit l'être par un médiateur accrédité. »²⁵

Le caractère volontaire de la médiation implique qu'une des parties peut à tout moment y mettre fin sans avoir à se justifier²⁶. Ajoutons que le processus de médiation est confidentiel et que le contenu des entrevues est irrecevable en preuve par un tribunal²⁷.

Les parties peuvent participer à un processus de médiation lorsqu'elles veulent soumettre au tribunal un projet d'accord pour approbation dans le cas où elles demandent la séparation de corps ou le divorce²⁸. La séparation sera prononcée si les consentements donnés à l'accord sont réels²⁹ et si l'entente préserve suffisamment les intérêts des parties et des enfants³⁰. Le juge pourra convoquer les conjoints et les entendre séparément s'il a des doutes sur leur libre consentement³¹.

²¹ C.c.Q., art. 504, 512 et 514.

²² Le législateur a privilégié cette façon de faire dans le *Code de procédure civile*. En effet, il est prévu à l'art. 814.3 : « [...] aucune demande mettant en jeu l'intérêt des parties et celui des enfants ne peut être entendue par le tribunal, lorsqu'il existe entre les parties un différend relativement à la garde des enfants, aux aliments dus à une partie ou aux enfants ou au patrimoine familial et aux autres droits patrimoniaux résultant du mariage ou de l'union civile, à moins que les parties n'aient préalablement participé à une séance d'information sur la médiation et qu'une copie du rapport du médiateur n'ait été produite au moment de l'audience. » Ainsi, dans certains cas, les parties devront obligatoirement participer à une séance d'information sur la médiation, sauf si l'une d'elles déclare au médiateur qu'elle a des motifs sérieux de ne pas y participer (C.p.c., art. 814.10). Aux termes de la séance, s'il y a défaut d'accord entre les parties pour entreprendre la médiation, le médiateur produit un rapport au Service de médiation familiale (C.p.c., art. 814.6).

²³ Depuis le 1^{er} septembre 1997, le tribunal a le pouvoir de rendre les ordonnances pour ajourner l'instruction d'une demande et diriger les parties au Service de médiation familiale de la Cour supérieure ou, si les parties le désirent vers un médiateur de leur choix (C.p.c., art. 815.2.1 et *Loi sur le divorce*, art. 10 (2)).

²⁴ C.p.c., art. 814.6, al. 2.

²⁵ C.p.c., art. 827.2. Seuls les membres des ordres professionnels suivants peuvent, après avoir suivi une formation, agir comme médiateur accrédité :

- Barreau du Québec (avocats)
- Chambre des notaires du Québec
- Ordre des conseillers et conseillères d'orientation du Québec
- Ordre des psychologues du Québec
- Ordre des travailleurs sociaux du Québec.

Les employés d'un établissement qui exploite un Centre de protection de l'enfance et de la jeunesse (CPEJ) peuvent également devenir médiateur accrédité. *Règlement sur la médiation familiale*, (1993) 125 G.O. II, 8648, art. 1.

²⁶ C.p.c., art. 814.8.

²⁷ C.p.c., art. 815.3. et *Loi sur le divorce*, art. 10 (5).

²⁸ C.p.c., art. 822.

²⁹ C.c.Q., art. 495.

³⁰ C.p.c., art. 822.2 et 822.3.

³¹ C.p.c., art. 495 et 822.2, al. 2.

Lorsque le juge est insatisfait de l'accord, il ne peut lui-même le modifier. Dans un tel cas, il peut rejeter la demande ou ajourner sa décision, afin de permettre aux parties de modifier (avec ou sans médiation) toute disposition de l'accord contraire à la lettre et à l'esprit de la loi³². Si elles n'y parviennent pas dans le délai imparti par le tribunal, la demande devient caduque³³. Au contraire, si elles y parviennent, le projet d'accord sera validé et exécutoire lorsque le jugement prononçant la séparation de corps ou le divorce l'entérinera³⁴. À ce moment, l'accord deviendra partie intégrante du jugement de divorce ou de séparation de corps.

Par ailleurs, si lors de l'instruction d'une demande contestée dans le cadre d'une séparation de corps ou d'un divorce, les parties arrivent, avec ou sans l'aide d'un médiateur, à conclure un accord portant sur les mesures accessoires, notamment la garde des enfants, les pensions alimentaires ou sur les droits patrimoniaux, le tribunal ne peut les ignorer. Au moment de rendre sa décision sur les effets de la séparation de corps, il doit prendre en considération les accords que les époux ont conclus entre eux³⁵. Le tribunal devra s'assurer que l'accord a été rédigé avec le consentement libre de chacun des conjoints³⁶ et que l'intérêt des deux parties et des enfants est respecté³⁷.

Dans les litiges familiaux, la prise en compte de l'intérêt des enfants est primordiale puisque ceux-ci se retrouvent bien souvent tiraillés entre les deux parents. Dans ces cas, c'est le critère du meilleur intérêt de l'enfant qui devra gouverner l'attribution de la garde des enfants, peu importe qu'elle soit régie par le *Code civil*³⁸ ou par la *Loi sur le divorce*³⁹.

La Cour suprême a précisé que l'application de ce critère devait être faite en toute objectivité⁴⁰. Il n'y a donc pas de place pour les prédilections et les préjugés du juge. Son devoir est d'appliquer la loi, non pas d'agir comme il le veut, mais comme il est tenu de le faire⁴¹. En outre, les principes directeurs qui doivent guider le tribunal dans toute décision qu'il doit rendre concernant l'enfant sont d'ordre public. Les parties ne peuvent donc pas y déroger dans un accord ou une entente.

³² C.p.c., art. 822.3.

³³ Le tribunal peut toutefois prolonger ce délai. C.p.c., art. 822.4.

³⁴ C.p.c., art. 822.5.

³⁵ C.c.Q., art. 512. Une telle disposition n'existe pas dans la *Loi sur le divorce*. Il est toutefois prévu que le tribunal peut tenir compte d'un accord portant sur les aliments pour enfants s'il est convaincu qu'ils sont raisonnables (art. 15.1 (7)). Il en tiendra également compte lorsqu'il rendra une ordonnance portant sur les aliments entre époux (art. 15.2 (4) c)).

³⁶ C.c.Q., art. 495.

³⁷ C.p.c., art. 815.5, C.c.Q., art. 495 et *Loi sur le divorce*, art. 11 (1) b).

³⁸ C.c.Q., art. 514 : « Au moment où il prononce la séparation de corps ou postérieurement, le tribunal statue sur la garde, l'entretien et l'éducation des enfants, dans l'intérêt de ceux-ci et le respect de leurs droits, en tenant compte, s'il y a lieu, des accords conclus entre les époux. »

³⁹ *Loi sur le divorce*, art. 16 : « (1) Le tribunal compétent peut, sur demande des époux ou de l'un d'eux ou de toute autre personne, rendre une ordonnance relative soit à la garde des enfants à charge ou de l'un d'eux, soit à l'accès auprès de ces enfants, soit aux deux. [...] »

(8) En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant à charge, défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation. »

⁴⁰ *Young c. Young*, [1987] 2 R.C.S. 244.

⁴¹ Ajoutons que la jurisprudence a retenu, notamment, les éléments suivants pour déterminer où se situe l'intérêt de l'enfant : les besoins de l'enfant, la capacité parentale de répondre aux besoins de l'enfant, la stabilité de l'enfant, la disponibilité réelle de l'enfant, les habitudes de vie des parents et la non-séparation de la fratrie. Voir Suzanne GUILLET, « Les droits de l'enfant à l'occasion d'un litige familial », dans *Personnes, famille et successions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, Collection de droit 2005-2006, p. 101-147, à la page 117.

2.1.1 La médiation familiale dans un contexte religieux

Puisque la médiation familiale doit être faite par un médiateur accrédité (art. 827.2 du C.p.c.), le prêtre, le rabbin ou l'imam qui aurait aidé les parties à conclure une entente de séparation de corps ou de divorce ou un projet d'accord pour soumission au tribunal, devra satisfaire cette exigence. Le cas échéant, le juge devra, avant d'entériner le projet d'accord, s'assurer qu'il est conforme aux critères énumérés au point précédent, dont celui de l'intérêt des parties et des enfants.

Par exemple, si dans le cadre d'une médiation en vue d'obtenir le divorce, les parties réussissent à s'entendre avec l'aide de leur chef religieux sur toutes les conséquences du divorce, soit la garde des enfants, les pensions alimentaires, le sort des donations prévues par contrat de mariage, le partage du patrimoine familial et la liquidation du régime, elles doivent alors rédiger un projet d'accord à cet effet qui devra ultérieurement être présenté au tribunal civil pour qu'il puisse prononcer le divorce, et ainsi donner force légale à l'accord en l'entérinant. Avant de reconnaître un tel accord, le tribunal doit s'assurer de l'existence et de la validité du consentement donné à l'accord par les parties, ainsi que de la préservation suffisante de leurs intérêts et de celui des enfants. Le juge pourra même ajourner l'instance afin de permettre aux enfants d'être représentés. Le tribunal doit aussi s'assurer que le contenu de l'accord n'est pas contraire à l'ordre public. Mais, en aucun cas, le juge ne pourra modifier lui-même l'accord; il pourra par contre permettre aux parties de réviser les aspects qui posent problème au regard de la loi.

Les tribunaux civils conservent donc le pouvoir de prononcer la dissolution des liens du mariage (divorce) ou de les relâcher (séparation de corps), même si le projet d'accord résulte de l'intervention d'un médiateur religieux.

2.2 L'arbitrage en matière civile

L'arbitrage conventionnel est un mode de résolution extrajudiciaire des litiges en vertu duquel les parties confèrent à un arbitre le pouvoir de trancher un litige en rendant une décision qui est finale et obligatoire. Elle est exécutoire au même titre qu'une décision judiciaire. Le pouvoir de trancher les différends accordé à l'arbitre distingue l'arbitrage de la médiation, qui repose plutôt sur l'intervention d'une tierce partie chargée de faciliter la négociation hors cour entre les époux.

Pour qu'un arbitre puisse se saisir d'un différend, les parties doivent avoir conclu une convention d'arbitrage⁴². Les règles relatives à la convention d'arbitrage se retrouvent dans le *Code civil*⁴³ et dans le *Code de procédure civile*⁴⁴. Les parties peuvent conclure les conventions qu'elles désirent à l'exception de celles qui portent sur la capacité des personnes, les matières familiales ou l'ordre public⁴⁵. Elles identifient le droit applicable par l'arbitre dans la convention d'arbitrage. Si rien n'est prévu à cet effet dans cette dernière, l'arbitre tranche le différend selon les règles de droit qu'il estime appropriées⁴⁶. Le législateur a prévu que l'arbitre peut statuer sur sa propre compétence⁴⁷. Le déroulement de l'arbitrage est régi soit par le *Code de procédure civile*, soit par la procédure établie par l'arbitre⁴⁸.

Les parties sont libres de déterminer les qualifications qu'elles recherchent chez l'arbitre qu'elles désignent; toutefois, celui-ci doit être indépendant et impartial⁴⁹.

⁴² C.c.Q., art. 2638.

⁴³ C.c.Q., art. 2638 à 2643.

⁴⁴ C.p.c., art. 940 à 947.4.

⁴⁵ C.c.Q., art. 2639 al.1.

⁴⁶ C.p.c., art. 944.10.

⁴⁷ C.p.c., art. 943.

⁴⁸ Les arbitres peuvent agir ainsi sous réserve des dispositions impératives du *Code de procédure civile*, notamment celles qui sont énumérées à l'article 940.

⁴⁹ *Mancone c. Productions Urgence Inc.*, [1999] R.J.Q. 1415 (C.S.), [1999] R.J.D.T. 487 (C.S.).

Au moment de la rédaction de la convention d'arbitrage ou lorsque naît le litige, les parties peuvent opter pour l'amicable composition qui permettra à l'arbitre d'être amiable compositeur. La clause de la convention d'arbitrage négociée à cet effet par les parties accorde à l'arbitre la faculté de s'écarter de la solution strictement légale lorsque ceci est nécessaire pour que la sentence soit équitable, dans les circonstances particulières du litige⁵⁰. Concrètement, le mandat de l'amicable compositeur consiste à statuer en équité, sans être lié par les règles de droit substantives et procédurales, sauf évidemment les règles d'ordre public, notamment les règles de justice naturelle qui prévoient l'impartialité, l'obligation d'accorder aux parties la possibilité d'être entendues, de motiver la sentence arbitrale, etc.⁵¹. L'arbitre qui agit à titre d'amicable compositeur n'est ni un médiateur ni un conciliateur, c'est un juge privé.

Dans tous les cas, le processus d'arbitrage se termine par une sentence arbitrale⁵²; elle lie les parties et elle a l'autorité de chose jugée⁵³. Soulignons que les arbitres sont tenus de garder le secret du délibéré⁵⁴.

Il n'existe que deux recours pouvant être exercés après que la sentence arbitrale ait été rendue : l'homologation et l'annulation.

- **L'homologation de la sentence arbitrale**

Il devient nécessaire de faire homologuer la sentence arbitrale⁵⁵ seulement si l'une des parties veut procéder à son exécution forcée⁵⁶. Le tribunal compétent pour homologuer la sentence arbitrale est celui qui l'est pour statuer sur l'objet du différend confié aux arbitres⁵⁷, c'est-à-dire la Cour du Québec ou la Cour supérieure, selon la matière et le montant qui fait l'objet du litige.

L'homologation n'étant pas une procédure d'appel de la décision de l'arbitre, le tribunal ne peut examiner le fond du différend⁵⁸. Autrement dit, le tribunal ne peut analyser les motifs pour lesquels l'arbitre arrive à une conclusion plutôt qu'à une autre. La jurisprudence est unanime sur ce principe⁵⁹.

Le fardeau de preuve dans le cas de l'homologation revient à la partie qui veut l'empêcher. Ainsi, si une partie demande l'homologation, il incombe à l'autre partie d'établir qu'elle ne peut l'être en vertu des motifs énumérés dans le *Code de procédure civile*⁶⁰. Une présomption de validité s'applique d'une certaine façon à la sentence⁶¹.

⁵⁰ Nabil N. ANTAKI, *Le règlement amiable des litiges*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 108.

⁵¹ *Id.*, p.109.

⁵² C.p.c., art. 945.1. Notons qu'il existe deux scénarios possibles : soit les parties règlent elles-mêmes le différend et l'arbitre consigne alors leur accord dans une sentence arbitrale, soit l'arbitre tranche le litige et sa décision rendue par écrit constitue ainsi la sentence arbitrale.

⁵³ C.p.c., art. 945.4.

⁵⁴ C.p.c., art. 945.

⁵⁵ C.p.c., art. 946.

⁵⁶ *Québec (Ministère de la Santé et des Services sociaux) c. Association des chirurgiens dentistes du Québec*, J.E. 2002-703 (C.A.), REJB 2002-30033 (C.A.), par. 11.

⁵⁷ Daniel BÉCHARD, « Homologation et annulation de la sentence arbitrale », dans *Développements récents en arbitrage civil et commercial (1997)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 115-166, à la page 120.

⁵⁸ C.p.c., art. 946.2.

⁵⁹ *134719 Canada inc. c. Opron inc.*, A.E./P.C. 2001-914 (C.S.), J.E. 2001-675 (C.S.), REJB- 2001-22982 (C.S.), Conf. par A.E./P.C. 2003-2771 (C.A.).

⁶⁰ D. BÉCHARD, *loc. cit.*, note 57, p. 122.

⁶¹ Louis MARQUIS, « Trois variations sur le thème de l'arbitrage conventionnel », dans *Développements récents en droit civil (1993)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 125-151, à la page 146.

En l'occurrence, le tribunal ne peut intervenir que dans les situations juridiques prévues au *Code de procédure civile*⁶². Il y aura refus d'office d'homologuer la sentence arbitrale si le tribunal constate que l'objet du différend ne peut être réglé par arbitrage au Québec ou que la sentence est contraire à l'ordre public⁶³. Le juge pourrait aussi refuser d'homologuer la sentence si une partie établit un des motifs énumérés à l'article 946.4 du C.p.c., portant notamment sur la capacité des parties, la validité de la convention d'arbitrage en regard de la loi choisie par les parties ou de la loi québécoise⁶⁴ et le respect du mode de nomination des arbitres.

Le pouvoir d'intervention judiciaire est toutefois plus restreint lorsque l'arbitre joue un rôle d'amiable compositeur, c'est-à-dire lorsqu'il juge en équité et qu'il n'est pas tenu de suivre les règles de droit⁶⁵.

L'appel d'un jugement d'homologation est assujéti à une permission présentable à la Cour d'appel du Québec⁶⁶.

- **L'annulation de la sentence arbitrale**

L'annulation, seul recours contre la sentence arbitrale⁶⁷, s'obtient par une requête en annulation adressée au tribunal – présentée dans un délai de 3 mois suivant la réception de la sentence arbitrale – ou dans le cadre d'une défense à une demande d'homologation⁶⁸.

⁶² Art. 946.4 : « Le tribunal ne peut refuser l'homologation que s'il est établi :

1° qu'une partie n'avait pas la capacité pour conclure la convention d'arbitrage;

2° que la convention d'arbitrage est invalide en vertu de la loi choisie par les parties ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi du Québec;

3° que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses moyens;

4° que la sentence porte sur un différend non visé dans la convention d'arbitrage ou n'entrant pas dans ses prévisions, ou qu'elle contient des décisions qui en dépassent les termes; ou

5° que le mode de nomination des arbitres ou la procédure arbitrale applicable n'a pas été respecté.

Toutefois, dans le cas prévu au paragraphe 4°, seule une disposition de la sentence arbitrale à l'égard de laquelle un vice mentionné à ce paragraphe existe n'est pas homologuée, si cette disposition peut être dissociée des autres dispositions de la sentence. »

C.p.c., art. 946.5 : « Le tribunal ne peut refuser d'office l'homologation que s'il constate que l'objet du différend ne peut être réglé par arbitrage au Québec ou que la sentence est contraire à l'ordre public. »

⁶³ Précisons que, « afin de préserver l'autonomie décisionnelle de l'institution arbitrale, il importe d'éviter un emploi extensif » de l'ordre public par les tribunaux judiciaires. Son application doit tenir compte du respect de la règle claire de l'article 946.2 du C.p.c., interdisant l'examen du fond du différend ». *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178, par. 52.

⁶⁴ Ce motif rejoint, à certain égard, le premier motif de l'article 946.5 du C.p.c. où le juge peut refuser d'office l'homologation s'il constate que l'objet du différend ne peut être réglé par arbitrage au Québec ou que la sentence est contraire à « l'ordre public ». Les motifs d'invalidité se retrouvent à l'article 2639 du C.c.Q. pour les questions de non-arbitrabilité. Voir D. BÉCHARD, *loc. cit.*, note 57, p. 136.

⁶⁵ Katheleen DELANEY-BEAUSOLEIL, « La procédure d'arbitrage conventionnel », dans *Précis de procédure civile du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, vol. 2, 2003, p. 783-844, à la page 831.

⁶⁶ Dans l'arrêt *Québec (Ministère de la Santé et des Services sociaux) c. Association des chirurgiens dentistes du Québec*, précité, note 56, il a été décidé que la requête en homologation était une procédure en matière d'exécution donc susceptible d'appel, mais sur permission.

⁶⁷ C.p.c., art. 947.

⁶⁸ C.p.c., art. 947.1. Cela signifie qu'au terme de ce délai, une partie pourrait s'opposer à l'homologation de la sentence, mais ne pourrait en demander l'annulation.

Les pouvoirs d'intervention du tribunal sont identiques à ceux prévus pour une demande d'homologation⁶⁹. Il sera donc impossible pour le juge d'examiner le fond de la sentence arbitrale⁷⁰.

Les principes applicables à l'appel d'un jugement accueillant ou rejetant une demande d'homologation s'appliquent *mutatis mutandis* à la requête en annulation.

2.2.1 L'arbitrage des matières familiales

Au Québec, la règle est claire : aucun arbitrage en matière familiale n'est permis en vertu de l'article 2639 du *Code civil* :

« Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public. »

La règle est la même pour l'arbitrage par les avocats prévu aux articles 382 à 394 du *Code de procédure civile*⁷¹.

Ces interdictions sont le reflet des valeurs fondamentales de la société québécoise concernant l'institution de la famille et visent à empêcher qu'un processus extrajudiciaire des différends n'échappe au contrôle des tribunaux en cette matière. D'ailleurs, lors de la réforme de l'arbitrage au Québec en 1986⁷² – qui visait à moderniser les règles de l'arbitrage afin de favoriser l'arbitrage interne et international au Québec en raison de l'essor du commerce international – il allait de soi pour le législateur que les matières familiales n'étaient pas arbitrables⁷³, ce qui n'a jamais été remis en question par la suite.

2.2.2 L'arbitrage religieux des matières familiales dans un contexte religieux

Il est vrai qu'à Montréal, les juifs, les musulmans et certains groupes chrétiens peuvent recourir à des instances religieuses qui, de manière formelle ou informelle, offrent de trancher les litiges familiaux sur la base d'un droit religieux. Cependant, les décisions rendues par ces instances n'ont aucune valeur légale, obligeant ainsi les parties à saisir un tribunal civil pour que leur rupture soit légalement reconnue et produise des effets juridiques. La décision de l'autorité religieuse n'est donc en aucun cas légalement contraignante, c'est-à-dire qu'aucune des parties ne peut demander à un tribunal civil d'exécuter la décision du chef religieux.

Dans d'autres provinces où l'arbitrage familial est encadré par la loi, les parties peuvent soumettre à l'arbitrage toute question pouvant être traitée dans un contrat de mariage, un accord de séparation ou un accord de cohabitation⁷⁴. Toutefois, en Ontario, tel que mentionné précédemment, les récentes modifications législatives apportées à la *Loi sur l'arbitrage* prévoient désormais que lorsqu'une sentence arbitrale est rendue par un tiers dans le cadre d'un processus qui n'est pas mené exclusivement en conformité

⁶⁹ C.p.c., art. 947.2.

⁷⁰ *Société en commandite Tafisa Canada c. 157498 Canada Inc.*, REJB 2002-38602 (C.A.).

⁷¹ C.p.c., art. 394 : « Les dispositions du présent chapitre ne s'appliquent pas lorsque les parties n'ont pas le pouvoir de transiger, ni lorsque l'intérêt public est en jeu; elles ne s'appliquent pas non plus aux demandes relatives à la filiation, à l'autorité parentale, aux demandes en séparation de corps ou de biens, en nullité de mariage, en divorce ou en dissolution ou en nullité d'union civile, ni à celles en dissolution de personne morale ou en annulation de lettres patentes. »

⁷² *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*, L.Q. 1986, c. 73.

⁷³ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Étude détaillée du projet de loi 91, (16 septembre 1986) (CI-549).

⁷⁴ *Loi sur l'arbitrage*, précitée, note 2, art. 1 a) (Ontario); *Commercial arbitration act*, précité, note 12, art. 2 (2) (Colombie-Britannique).

avec le droit de l'Ontario ou d'une autre autorité législative canadienne, ni le processus ni la décision ne constituent un arbitrage familial et la sentence arbitrale ne produit pas d'effets juridiques⁷⁵.

Cette modification à la loi ontarienne a donc pour conséquence de retirer toute reconnaissance légale des décisions rendues par les tribunaux religieux. Concrètement, les parties pourront continuer à faire trancher leur différend auprès d'instances religieuses de leur choix, mais la décision que celles-ci rendront n'aura aucune valeur juridique. Par exemple, les conjoints peuvent, en vertu d'une convention d'arbitrage qu'ils auraient conclue, demander à un rabbin ou un imam d'arbitrer un différend, mais toute décision arbitrale relative à la garde des enfants ou au paiement d'une pension alimentaire se fondant sur le Coran ou la Torah n'aura aucune force en droit, c'est-à-dire qu'elle ne liera pas les parties et ne sera pas exécutoire⁷⁶.

3. LES DROITS EN JEU À LA LUMIÈRE DU DROIT QUÉBÉCOIS, CANADIEN ET INTERNATIONAL

L'arbitrage religieux en matière de droit familial interpelle différents types de droits qui peuvent potentiellement entrer en conflit, soit principalement la liberté religieuse, l'égalité entre les sexes, les droits de l'enfant et le droit au maintien des cultures minoritaires. Il importe de préciser le contenu de ces droits dans le cadre de la Charte québécoise et de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷⁷, ainsi qu'au regard du droit international. Il convient également d'identifier selon quelle grille d'analyse les conflits potentiels entre la liberté religieuse et les autres droits de la personne tendent à être résolus en droit canadien et international.

3.1 La liberté religieuse

Le débat sur l'arbitrage religieux en matière de droit familial soulève inévitablement des interrogations quant à la portée de la liberté religieuse. Cette dernière, rappelons-le, est protégée par la Charte québécoise⁷⁸ et par la Charte canadienne⁷⁹. Depuis l'arrêt *Big M. Drug Mart*⁸⁰, les tribunaux canadiens envisagent ainsi la liberté de religion :

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

L'un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. [...] La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les moeurs publics ou les libertés et droits fon-

⁷⁵ *Loi sur le droit de la famille*, précitée note 7, art. 59.21) et *Loi sur l'arbitrage*, précitée, note 8, art. 2.2.1).

⁷⁶ En vertu de l'article 50.1 de la *Loi sur l'arbitrage*, les sentences d'arbitrage familial ne sont exécutoires que sous le régime de la *Loi sur le droit de la famille*. Cette dernière prévoit explicitement qu'une décision rendue par un tiers dans le cadre d'un processus qui n'est pas mené exclusivement en conformité avec le droit de l'Ontario ou d'une autre autorité législative canadienne ne constitue pas une sentence arbitrale, ce qui signifie qu'elle ne peut être homologuée.

⁷⁷ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982 [annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (1982), R.-U., c. 11], ci-après « *Charte canadienne* ».

⁷⁸ Art. 3 : « Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association. »

⁷⁹ Art. 2 : « Chacun a les libertés fondamentales suivantes : a) liberté de conscience et de religion [...]. »

⁸⁰ *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, 336-337.

damentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience. »

Telle que définie par la Cour suprême, la liberté religieuse comporte donc une dimension positive (le droit de professer ses croyances religieuses et de les mettre en pratique) et une dimension négative (le droit pour l'individu de ne pas se voir imposer une pratique ou une norme contraire à ses croyances religieuses)⁸¹.

La liberté religieuse est également protégée, tant dans la sphère privée que publique, par plusieurs documents internationaux dont le Canada est signataire, notamment la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*⁸² et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁸³. Ce dernier protège aussi la liberté religieuse par le biais de clauses prohibant toute forme de discrimination fondée, notamment, sur la religion⁸⁴.

3.2 Le droit à l'égalité des sexes

L'exercice de la liberté religieuse comporte un risque potentiel d'atteinte au droit à l'égalité des sexes sans discrimination garanti par l'article 10 de la Charte québécoise. Précisons que cet article « *ne garantit pas l'égalité en général mais, plus modestement, le droit de toute personne de se voir reconnaître et d'exercer, sans discrimination, les autres droits et libertés [de la personne]* »⁸⁵. À l'inverse de l'article 10 de la Charte québécoise, l'article 15 de la Charte canadienne, qui prohibe entre autres la discrimination fondée sur le sexe, est un droit autonome et, à ce titre, n'a pas besoin d'être mis en rapport avec les autres droits protégés par la Charte pour être opérant.

⁸¹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Mémoire présenté à la Commission de l'éducation de l'Assemblée nationale sur la place de la religion à l'école*, 1999, p. 6.

⁸² Rés. A.G. 217A (III), Doc. N.U. A/810, 10 décembre 1948, art. 18 : « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites. »

⁸³ Rés. A.G. 2200A (XXI), 16 décembre 1966, ci-après « Pacte », art. 18 (1) : « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement. » et art. 27 : « Dans les Etats 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. »

⁸⁴ *Id.*, art. 2 (1) : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. » et art. 26 : « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. »

⁸⁵ Christian, BRUNELLE. « La sécurité et l'égalité en conflit : la structure de la Charte québécoise comme à contrainte excessive? », dans *La Charte des droits de la personne : Pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 343-377, à la p. 372.

Sur le plan international, l'égalité des sexes est garantie, en particulier, dans la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination envers les femmes*⁸⁶, mais aussi dans le *Pacte international relatifs aux droits civils et politiques*⁸⁷ par le biais d'articles prohibant la discrimination fondée, notamment, sur le sexe.

3.3 Les droits de l'enfant

Les droits de l'enfant peuvent facilement être menacés en cas de séparation ou de divorce des parents. Notre système juridique fournit des balises qui définissent le contenu et la portée des droits de l'enfant. Précisons d'abord que, au Canada, l'enfant est graduellement passé du statut d'objet de droit à celui de sujet de droit. Conséquemment, les décisions qui le concernent doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits. Le principe est inscrit à l'article 33 du *Code civil* :

« Les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits.

Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation. »

De plus, l'article 39 de la Charte québécoise prévoit que :

« Tout enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner. »

⁸⁶ Rés. A.G. 34/180, 18 décembre 1979, art. 2 : « Les États parties condamnent la discrimination à l'égard des femmes sous toutes ses formes, conviennent de poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer la discrimination à l'égard des femmes et, à cette fin, s'engagent à :

a) Inscrire dans leur constitution nationale ou toute autre disposition législative appropriée le principe de l'égalité des hommes et des femmes, si ce n'est déjà fait, et assurer par voie de législation ou par d'autres moyens appropriés l'application effective dudit principe;

b) Adopter des mesures législatives et d'autres mesures appropriées assorties, y compris des sanctions en cas de besoin, interdisant toute discrimination à l'égard des femmes;

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

d) S'abstenir de tout acte ou pratique discriminatoire à l'égard des femmes et faire en sorte que les autorités publiques et les institutions publiques se conforment à cette obligation;

e) Prendre toutes mesures appropriées pour éliminer la discrimination pratiquée à l'égard des femmes par une personne, une organisation ou une entreprise quelconque;

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

g) Abroger toutes les dispositions pénales qui constituent une discrimination à l'égard des femmes. » et art. 5 : « Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour :

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

b) Faire en sorte que l'éducation familiale contribue à faire bien comprendre que la maternité est une fonction sociale et à faire reconnaître la responsabilité commune de l'homme et de la femme dans le soin d'élever leurs enfants et d'assurer leur développement, étant entendu que l'intérêt des enfants est la condition primordiale dans tous les cas. »

⁸⁷

Pacte, précité, note 83, art. 2 (1) et 26.

Cette disposition s'inspire d'instruments internationaux : la Déclaration des droits de l'enfant de l'ONU⁸⁸ et la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁸⁹.

Lors de la prise de décisions concernant l'enfant, les juges doivent tenir compte du meilleur intérêt de ce dernier. En fait, la Cour suprême a fait passer le critère de l'intérêt de l'enfant de critère primordial qu'il était, au rang de critère exclusif⁹⁰. Ce critère s'applique à toute décision que le tribunal doit rendre relativement à un enfant. En outre, il ne vise pas que les décisions judiciaires, mais s'adresse à tous ceux qui sont appelés à prendre des décisions relatives aux enfants⁹¹.

Les enfants ont également le droit d'être entendus par un tribunal saisi d'une demande les concernant, si leur âge et leur discernement le permettent⁹². Le juge qui constate que l'intérêt d'un mineur est en jeu et qu'il est nécessaire pour en assurer la sauvegarde qu'il soit représenté, peut ajourner l'instruction de la demande jusqu'à ce qu'un procureur soit chargé de représenter l'enfant⁹³.

3.4 Le droit au maintien des cultures minoritaires

L'intervention de la religion en matière de droit familial se situe fréquemment dans le cadre de revendications liées au maintien de cultures minoritaires. Les Chartes québécoise et canadienne comportent des dispositions qui, dans des termes différents mais convergents, garantissent des droits de type culturel aux membres des minorités ethniques. Ainsi, la Charte québécoise (art. 43) dispose que « *les personnes appartenant à des minorités ethniques ont le droit de maintenir et de faire progresser leur propre vie culturelle avec les autres membres de leur groupe* », alors que la Charte canadienne (art. 27) prévoit que « *toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens* ». Il importe également de rappeler que la *Loi sur le multiculturalisme canadien*⁹⁴ vise, dans son ensemble, à reconnaître, promouvoir et valoriser les cultures et les langues minoritaires au Canada.

⁸⁸ Nations Unies, 20 novembre 1959, résolution 1386(XIV) de l'Assemblée générale, art. 2 : « L'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale et se voir accorder des possibilités et des facilités par l'effet de la loi et par d'autres moyens, afin d'être en mesure de se développer d'une façon saine et normale sur le plan physique, intellectuel, moral, spirituel et social, dans des conditions de liberté et de dignité. Dans l'adoption de lois à cette fin, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération déterminante. »

⁸⁹ A/RES/44/25 (1989), R.T. Can. 1992 n° 3 (20 novembre 1989), art. 3 : « 1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

2. Les Etats parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.

3. Les Etats parties veillent à ce que le fonctionnement des institutions, services et établissements qui ont la charge des enfants et assurent leur protection soit conforme aux normes fixées par les autorités compétentes, particulièrement dans le domaine de la sécurité et de la santé et en ce qui concerne le nombre et la compétence de leur personnel ainsi que l'existence d'un contrôle approprié. »

⁹⁰ « [...] le critère de "l'intérêt de l'enfant" est le seul critère. L'article 16 (8) de la Loi sur le divorce prévoit expressément qu'en rendant une ordonnance de garde ou de droit d'accès, le tribunal ne doit tenir compte que de l'intérêt de l'enfant : les droit du père ou de la mère ainsi que les préférences pour l'un d'eux ne jouent donc aucun rôle. »; *Young c. Young*, [1987] 2 R.C.S. 244, 269 ET 270, EYB 1987-67733.

⁹¹ *Droit de la famille – 320*, [1987] R.J.Q. 9, 13 et 14 (C.A.), EYB 1986-62278; pourvoi accueilli par la Cour suprême : *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, 269 et 270, EYB 1987-67733.

⁹² C.c.Q., art. 34.

⁹³ C.p.c., art. 394.1.

⁹⁴ L.R.C., 1985, c. 24 (4^e suppl.) [1988, c. 31, sanctionné le 31 juillet 1988] (ci-après « Loi sur le multiculturalisme »).

Au niveau international, les droits culturels des minorités ethniques sont protégés par le *Pacte international des droits civils et politiques*⁹⁵ et la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*⁹⁶.

3.5 Les conflits de droits pouvant résulter de l'exercice de la liberté religieuse

L'exercice de la liberté religieuse est balisé par certains garde-fous juridiques, tant en droit canadien et québécois qu'en droit international.

D'abord, pour reprendre les termes du quatrième considérant du préambule de la Charte québécoise, « *les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général* ». Cette formule fait écho à l'adage populaire selon lequel les droits des uns s'arrêtent là où commencent ceux des autres. Dans le même esprit, les clauses limitatives qui figurent dans les Chartes québécoise⁹⁷ et canadienne⁹⁸ permettent aux tribunaux de restreindre l'exercice des droits constitutionnels ou quasi constitutionnels lorsque ces derniers entrent en contradiction avec l'intérêt collectif ou les droits d'autrui.

La Cour suprême du Canada a établi un test qui guide le raisonnement juridique dans l'appréciation des motifs invoqués pour sauvegarder une loi, une norme ou une pratique limitant un droit protégé par les

⁹⁵ Pacte, précité, note 83, art. 27.

⁹⁶ Rés. A.G. 47/135, 18 décembre 1992, art. 1 : « 1. Les États protègent l'existence et l'identité nationale ou ethnique, culturelle, religieuse ou linguistique des minorités, sur leurs territoires respectifs, et favorisent l'instauration des conditions propres à promouvoir cette identité.

2. Les États adoptent les mesures législatives ou autres qui sont nécessaires pour parvenir à ces fins ».

Art. 2 : « 1. Les personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques (ci-après dénommées personnes appartenant à des minorités) ont le droit de jouir de leur propre culture, de professer et de pratiquer leur propre religion et d'utiliser leur propre langue, en privé et en public, librement et sans ingérence ni discrimination quelconque.

2. Les personnes appartenant à des minorités ont le droit de participer pleinement à la vie culturelle, religieuse, sociale, économique et publique.

3. Les personnes appartenant à des minorités ont le droit de prendre une part effective, au niveau national et, le cas échéant, au niveau régional, aux décisions qui concernent la minorité à laquelle elles appartiennent ou les régions dans lesquelles elles vivent, selon des modalités qui ne soient pas incompatibles avec la législation nationale.

4. Les personnes appartenant à des minorités ont le droit de créer et de gérer leurs propres associations.

5. Les personnes appartenant à des minorités ont le droit d'établir et de maintenir, sans aucune discrimination, des contacts libres et pacifiques avec d'autres membres de leur groupe et avec des personnes appartenant à d'autres minorités, ainsi que des contacts au-delà des frontières avec des citoyens d'autres États auxquels elles sont liées par leur origine nationale ou ethnique ou par leur appartenance religieuse ou linguistique. »

Art. 3 : « 1. Les personnes appartenant à des minorités peuvent exercer leurs droits, notamment ceux qui sont énoncés dans la présente Déclaration, individuellement aussi bien qu'en communauté avec les autres membres de leur groupe, sans aucune discrimination.

2. Les personnes appartenant à des minorités ne doivent souffrir en aucune façon du fait qu'elles exercent ou n'exercent pas les droits énoncés dans la présente Déclaration. »

⁹⁷ Charte, art. 9.1 : « Les libertés et les droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice. »

⁹⁸ Charte canadienne, art. 1 : « La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

Chartes canadienne⁹⁹ et québécoise¹⁰⁰. Les tribunaux évitent cependant d'établir une hiérarchie rigide entre les droits protégés par les Chartes, préférant plutôt la recherche d'un juste équilibre qui permette la préservation optimale des droits de chacun¹⁰¹. Ainsi, s'agissant de la Charte québécoise, hormis les droits économiques et sociaux, « *aucun droit quasi constitutionnel ne peut prétendre, a priori, à une quelconque suprématie sur l'un ou l'autre des droits et libertés protégés par la Charte [...]. Ce n'est que dans les cas où la collision entre eux apparaît inévitable que les tribunaux s'adonneront à un exercice d'arbitrage susceptible d'assurer, en fonction du contexte factuel propre à une affaire donnée, la prépondérance d'un droit sur l'autre* »¹⁰². La Cour suprême du Canada a rappelé à plusieurs reprises¹⁰³ la pertinence d'adopter cette méthode d'équilibrage *a posteriori* des droits en conflits :

« Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits aux dépens d'autres droits [...]. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit, [...] les principes de la Charte commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits. »¹⁰⁴

C'est dans cette optique que la plus haute cour du pays rappelait récemment, dans l'arrêt *Multani*¹⁰⁵, que la liberté religieuse ne pouvait être subordonnée par avance à quelque autre droit protégé par les Chartes, bien que son exercice pouvait être restreint « *lorsque la liberté d'agir selon ses croyances est susceptible de causer préjudice aux droits d'autrui ou d'entraver l'exercice de ces droits* ». La Cour citait à l'appui ses propres conclusions rendues dans l'arrêt *Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*¹⁰⁶, dans lequel des témoins de Jéhovah contestaient, pour des motifs religieux, une ordonnance permettant que leur fille reçoive une transfusion sanguine. Dans cet arrêt, tout en reconnaissant que l'exercice de la liberté de religion pouvait être restreint afin de « *préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui* »¹⁰⁷, la Cour a toutefois tenu à préciser : « *Notre Cour s'est toujours gardée de poser des limites internes à la portée de la liberté de religion [...]; elle a plutôt choisi de soulever les droits opposés dans le cadre de l'article premier de la Charte [canadienne]...* »¹⁰⁸.

En résumé, les Chartes permettent, et même commandent, que la liberté religieuse soit restreinte si la protection d'autres droits ou de l'intérêt collectif l'exige. Cependant, il n'existe aucun instrument législatif ou courant jurisprudentiel qui conférerait, *de plein droit*, une primauté ou une infériorité juridique à la liberté religieuse par rapport aux autres droits constitutionnels ou quasi constitutionnels protégés par les chartes canadienne et québécoise.

Cela dit, il ressort de certains traités internationaux dont le Canada est signataire, ainsi que de certaines déclarations officielles émanant d'organes de l'ONU, que les États ne peuvent tolérer l'utilisation des tra-

⁹⁹ Le test applicable pour l'article 1^{er} de la Charte canadienne a été élaboré pour la première fois dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

¹⁰⁰ Le test propre à l'article 9.1 de la Charte québécoise – qui recoupe largement le test développé dans l'arrêt *Oakes* précité, note 99 – a été formalisé pour la première fois dans *Ford c. Québec (procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, puis affiné dans *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525.

¹⁰¹ C. BRUNELLE, *loc. cit.*, note 85, p. 347.

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 877; *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 238, par. 2.

¹⁰⁴ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, précité, note 103, 835.

¹⁰⁵ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, par. 26.

¹⁰⁶ *B. (R.) c. Children's Aid society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

¹⁰⁷ *Id.*, 368.

¹⁰⁸ *Id.*, 383-384.

ditions, des coutumes ou de la religion comme moyen de cautionner une violation du principe de l'égalité des sexes :

« Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour : a) Modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes. »¹⁰⁹

« Les États ne sauraient invoquer la coutume, la tradition ou des considérations religieuses pour se soustraire à leur obligation d'éliminer la violence et la discrimination à l'égard des femmes. »¹¹⁰

"The rights which persons belonging to minorities enjoy under article 27 of the Covenant [Pacte international relatif aux droits civils et politiques] in respect of their language, culture, and religion do not authorize any State, group or person to violate the right to equal enjoyment by women of any Covenant rights, including the right to equal protection of the law [...] Likewise, States should report on measures taken to discharge their responsibilities in relation to cultural or religious practices within minority communities that affect the rights of women."¹¹¹

Notons aussi que, de manière plus générale, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, bien que protégeant la liberté religieuse¹¹², prévoit néanmoins que :

« La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et des droits fondamentaux d'autrui. »¹¹³

On peut donc dire que les législateurs sont appelés, au regard du droit international, à prendre en considération les effets potentiellement discriminatoires que l'implantation de tribunaux religieux en matière familiale pourrait avoir sur les parties vulnérables, notamment les femmes et les enfants.

¹⁰⁹ *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, précitée note 86, art. 5a).

¹¹⁰ Déclaration du 8 mars 2002 signée à Montréal, lors d'une réunion organisée par *Droits et Démocratie*, par la rapporteuse spéciale de la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies chargée de la question de la violence contre les femmes, y compris ses causes et conséquences, ainsi que par les rapporteuses spéciales sur les droits des femmes de la Commission interaméricaine des droits de l'homme et de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples.

[En ligne] : www.ichrdd.ca/DeclarationRSFinalFrancais.html

¹¹¹ COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES (CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, observation générale, no. 28, 29 mars 2000).

¹¹² Pacte, précité, note 83, art. 2, 18 (1), 26 et 27.

¹¹³ *Id.*, art. 18 (3).

PARTIE 2 L'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE ET LES POLITIQUES OFFICIELLES D'INTÉGRATION DES MINORITÉS

Ainsi que nous le soulignons en introduction, l'arbitrage familial à caractère religieux a été fréquemment présenté comme une forme d'accommodement. Bien qu'au Québec l'interdiction de soumettre à l'arbitrage des différends portant sur les matières familiales s'applique à tous indépendamment de l'appartenance religieuse, il demeure pertinent de se demander si une telle interdiction pourrait avoir un effet discriminatoire sur les membres de certains groupes religieux minoritaires dont le droit religieux couvre les matières familiales, y compris les effets du divorce (pension, garde, séparation des biens, etc.). Tel pourrait être le cas, notamment, des juifs et des musulmans. Il importe donc de dégager les fondements juridiques de l'accommodement raisonnable pour mieux en saisir la portée et les limites en matière religieuse.

Mais l'accommodement raisonnable n'est pas qu'un concept juridique. Il s'agit d'une notion d'une grande pertinence dans l'élaboration des politiques relatives à l'intégration des groupes minoritaires ethnoculturels et religieux. Inversement, l'accommodement s'inspire de principes normatifs qui sont à la base de nos politiques d'intégration des minorités¹¹⁴. Or, on vient de le mentionner, le recours au droit religieux pour fixer les mesures accessoires du divorce est un phénomène propre à certains groupes religieux minoritaires dans le contexte québécois. Nous avons donc jugé bon d'analyser les politiques canadienne et québécoise de gestion de la diversité culturelle, soit le multiculturalisme et l'interculturalisme, afin de déterminer s'il est possible de déduire de l'une ou l'autre de ces politiques une justification à la reconnaissance par l'État d'instances d'arbitrage religieux en matière familiale.

4. L'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE EN DROIT CANADIEN

En droit canadien, l'obligation d'accommodement raisonnable constitue une conséquence naturelle du droit à l'égalité sans discrimination. À ce titre, elle est susceptible d'être appliquée à chacun des motifs discriminatoires prohibés par les Chartes des droits. La religion constitue sans aucun doute, avec le handicap, l'un des motifs les plus souvent invoqués, mais aussi l'un de ceux ayant donné lieu aux débats – et parfois aux controverses – les plus nombreux. Précisons que les tribunaux considèrent que le droit à la non-discrimination pour des motifs religieux et la liberté religieuse peuvent être invoqués de manière interchangeable pour justifier une mesure d'accommodement¹¹⁵.

4.1 L'obligation d'accommodement raisonnable

Si à l'origine, l'obligation d'accommodement raisonnable concernait surtout le milieu du travail, son champ d'application a graduellement été étendu à d'autres domaines, notamment aux règles de fonctionnement des institutions qui fournissent des biens et des services au public¹¹⁶.

Depuis l'arrêt *O'Malley*¹¹⁷, les tribunaux définissent l'accommodement comme l'obligation qu'ont l'appareil étatique ou les acteurs privés d'aménager leurs pratiques, leurs lois ou leurs règlements afin d'accorder, lorsque nécessaire, un traitement différentiel à certains individus qui risquent d'être pénalisés par l'application d'une norme à portée universelle. Dans cette affaire, une employée soutenait que son droit à la liberté religieuse était indûment restreint parce que son employeur exigeait d'elle qu'elle travaille le same-

¹¹⁴ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA EUNESSE, *Réflexion sur la portée et les limites de l'accommodement raisonnable en matière religieuse*, 2005, p. 3-4; Pierre BOSSET et Paul EID, « Droit et religion : de l'accommodement raisonnable à un dialogue internormatif? », dans *Actes de la XVII^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 63-95, à la page 75.

¹¹⁵ Voir *Alder c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, 658-659, cité dans José WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 *Revue de droit de McGill*, 325, 364.

¹¹⁶ J. WOEHLING, *loc. cit.*, note 115, 337-338.

¹¹⁷ *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpson-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536.

di, jour de *sabbat*, alors que ses convictions religieuses le lui interdisaient. La Cour suprême avait alors estimé que l'employeur était tenu d'adapter l'horaire de travail de cette employée de manière à tenir compte des particularités propres à sa pratique religieuse.

Les tribunaux reconnaissent désormais qu'une règle en apparence neutre peut avoir des effets discriminatoires indirects sur certains individus dans la mesure où elle ignore leurs besoins ou leur statut particulier¹¹⁸. La notion de discrimination indirecte fait subir un renversement au principe de non-discrimination inhérent à la notion d'égalité formelle. Alors que l'égalité formelle a comme corollaire un traitement uniforme s'appliquant à tous sans distinction, « l'égalité de fait ne signifie pas toujours l'égalité de traitement. Il faut parfois des traitements différentiels pour assurer l'égalité entre personnes. »¹¹⁹

Cependant, depuis l'arrêt *Meiorin*¹²⁰ rendu en 1999 par la Cour suprême, les tribunaux n'établissent plus de distinctions entre la discrimination directe et indirecte en ce qui a trait aux moyens de défense permettant à l'institution ou à l'organisation mise en cause de prouver le caractère déraisonnable d'une obligation d'accommodement. La Cour a estimé dans cet arrêt que, quelle que soit la forme de discrimination (directe ou indirecte), un employeur qui veut sauvegarder la norme discriminatoire attaquée doit prouver :

- « 1) qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause;
- 2) qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;
- 3) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive »¹²¹.

La dernière étape de ce test impose donc à l'employeur de prouver qu'il lui est impossible d'adopter une norme moins discriminatoire pour les personnes concernées sans subir une contrainte excessive.

4.2 La contrainte excessive

Une demande de traitement différentiel deviendrait donc déraisonnable dès lors qu'elle imposerait à l'entreprise ou à l'institution une contrainte dite « excessive ». Mais à l'aune de quels critères détermine-t-on si la contrainte est excessive? Il y aurait trois grandes catégories de facteurs que les tribunaux prennent en considération pour déterminer si une contrainte est excessive dans le contexte des rapports de travail : 1) les limites des ressources financières et matérielles (par exemple le coût réel de l'accommodement demandé), 2) le bon fonctionnement de l'entreprise ou de l'institution (par exemple, l'effet sur la productivité de l'accommodement demandé) et enfin, 3) l'atteinte aux droits des autres employés ou du public (par exemple les risques pour la sûreté ou la sécurité d'autrui)¹²².

Par analogie, le critère applicable pertinent dans le cas de l'arbitrage religieux serait bien sûr celui de l'atteinte aux droits d'autrui. Il pourrait s'agir, notamment, d'examiner si la mise sur pied d'instances d'arbitrage religieux ayant un pouvoir exécutoire risquerait de porter atteinte aux droits des femmes à l'égalité. Cette question sera abordée plus spécifiquement dans la partie 4, mais soulignons d'emblée que

¹¹⁸ J. WOEHRLING, *loc. cit.*, note 115; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *op. cit.*, note 114, p. 2.

¹¹⁹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *op. cit.*, note 114, p. 14.

¹²⁰ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

¹²¹ *Id.*, par. 54.

¹²² COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *op. cit.*, note 114, p. 10. Notons que la Commission s'est inspirée d'une recension de la jurisprudence effectuée par Christian Brunelle.

l'égalité des sexes risquerait d'être particulièrement mise à mal si les leaders religieux qui organisent la conduite de l'arbitrage s'appuyaient sur une version du droit religieux consacrant explicitement un régime de normes différenciées selon le sexe.

Au-delà du seul cas de l'arbitrage religieux, il importe que les tribunaux reconnaissent les principes inscrits dans la Charte comme critères centraux de la grille qui fixe les conditions auxquelles une mesure d'accommodement peut être jugée raisonnable¹²³. Or jusqu'à présent, l'accommodement raisonnable a surtout été appliqué aux rapports entre employeurs et salariés, ce qui explique que les critères de la contrainte excessive ont eu tendance à traduire prioritairement des considérations d'ordre matériel et financier. Conséquemment, « *les limites de l'accommodement raisonnable ont rarement été définies en se référant de façon explicite aux valeurs consacrées dans les chartes des droits [...]. L'un des défis auxquels font actuellement face les "praticiens" de l'accommodement raisonnable (institutions, commissions des droits de la personne, tribunaux) est donc d'intégrer une préoccupation explicite pour ces valeurs fondamentales dans la mise en oeuvre de l'obligation* »¹²⁴. Dans cette perspective, toute mesure d'accommodement revendiquée au nom de la religion ou de l'origine ethnique ou nationale devrait être jugée irrecevable si elle a pour effet de transgresser l'ordre public ou de restreindre indûment les droits fondamentaux de certains individus, dont le droit à l'égalité des sexes.

5. LES MODÈLES CANADIEN ET QUÉBÉCOIS D'INTÉGRATION

Le cadre juridique de l'accommodement raisonnable étant posé, surgissent alors une série de questions qui nécessitent un examen du cadre politique dans lequel se situe cette notion au Québec et au Canada. Si d'un point de vue strictement juridique, l'accommodement raisonnable est d'abord une conséquence du droit à l'égalité, il constitue aussi, d'un point de vue politique, un outil d'intégration social et culturel des minorités aux sociétés canadienne et québécoise. Il s'ensuit que les juges, les législateurs et les fonctionnaires ont intérêt à garder à l'esprit les principes qui sous-tendent le multiculturalisme canadien et l'interculturalisme québécois lorsque des membres de groupes minoritaires cherchent à obtenir une reconnaissance institutionnelle de leurs particularismes religieux ou ethniques à titre d'accommodement. Dans cette optique, il convient de se demander si la mise sur pied de tribunaux d'arbitrage religieux serait en accord avec la lettre et l'esprit des politiques gouvernementales de gestion du pluralisme culturel.

5.1 Le multiculturalisme

Le multiculturalisme canadien est parfois invoqué par les minorités pour obtenir de l'État qu'il accorde une reconnaissance institutionnelle à leurs particularités culturelles. À cet égard, la notion d'accommodement s'accorde parfaitement avec les principes et l'esprit de la Loi sur le multiculturalisme puisqu'elle vise à inscrire la différence religieuse et culturelle des groupes minoritaires au cœur des institutions publiques et privées canadiennes. L'accommodement reposerait sur une notion de citoyenneté, non plus niveleuse et uniforme, mais plutôt « multiculturelle » et différenciée selon les particularismes socio-identitaires des individus et des groupes qui composent la société. D'après le politologue Will Kymlicka¹²⁵, l'un des objectifs prioritaires du multiculturalisme canadien est d'atténuer, par la reconnaissance de droits aux modalités d'application variables ("*differentiated rights*"), les pressions assimilatrices que les institutions du groupe majoritaire exercent sur les groupes culturels minoritaires. En d'autres termes, le multiculturalisme canadien ne vise pas à empêcher l'intégration, mais plutôt à en redéfinir les conditions sur une base plus équitable.

La reconnaissance publique des normes de l'Autre part du constat que l'armature juridico-politique de l'État n'est pas, et n'a jamais été, culturellement neutre. L'ordre juridique étatique porte en effet profondément les marques de la culture majoritaire. Ainsi cette dernière, malgré son reflux dans la sphère privée

¹²³ P. BOSSET et P. EID, *loc. cit.*, note 114, 74.

¹²⁴ *Id.*, 74.

¹²⁵ WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1995; WILL KYMLICKA, *La voie canadienne. Repenser le multiculturalisme*, Montréal, Boréal, 2003.

sous l'influence de la bureaucratisation et de la laïcisation de l'État, continue néanmoins d'irriguer les normes et les valeurs inscrites au cœur même de la « culture publique commune » qui, en réalité, est loin d'être purgée de tout particularisme culturel¹²⁶. Au contraire, cette culture publique commune, qu'appellent de leurs vœux les tenants de la nation civique, tend plutôt à institutionnaliser une normativité qui épouse les intérêts et la vision du monde des groupes dominants, tels que le groupe ethnoculturel majoritaire, les hommes, les hétérosexuels et la classe moyenne¹²⁷. En d'autres termes, la culture publique qu'institutionnalise l'ordre étatique, loin d'incarner des valeurs et des normes universelles et transcendantes, serait plutôt le reflet de la « culture commune » de certains groupes politiquement dominants. Une fois admise une telle prémisse, l'accommodement devient nécessaire pour atténuer, dans un souci de justice sociale, le déséquilibre politique inévitable entre, notamment, les cultures issues de l'immigration et la culture du groupe majoritaire.

Cependant, si la politique du multiculturalisme peut en effet déboucher sur des mesures d'accommodement (raisonnables) pour les membres des groupes ethnoculturels issus de l'immigration, elle n'autorise pas ces derniers à réclamer un pouvoir d'autodétermination collective semblable à celui que sont en droit de revendiquer, au sein de l'espace canadien, l'État québécois et les nations autochtones. Le multiculturalisme canadien offre plutôt aux immigrants et à leurs descendants un cadre d'intégration qui soit suffisamment flexible pour « accommoder » leurs différences culturelles, et non une souveraineté politique, juridique et culturelle qui les soustrairait au contrôle de l'État, les rejetant du même coup en marge de l'espace citoyen¹²⁸. D'ailleurs, depuis quelques années, le gouvernement canadien met prioritairement l'accent sur les notions de participation civique et d'égalité dans son interprétation de la Loi sur le multiculturalisme. En effet, les objectifs qui sous-tendent le multiculturalisme canadien ont peu à peu été recentrés autour de la promotion d'une citoyenneté partagée et de la lutte contre la discrimination systémique qui frappe les minorités visibles¹²⁹.

On l'aura donc compris, l'objectif politique qui se rattache à la notion d'accommodement dans le cadre du multiculturalisme canadien en est un d'intégration, et non de ségrégation. Le pari est le suivant : si l'on adapte les normes de régulation et de fonctionnement des institutions du groupe majoritaire afin qu'elles puissent accueillir en leur sein le pluralisme ethno-religieux de la société, les membres des minorités culturelles et religieuses seront davantage portés à participer au processus d'intégration citoyenne¹³⁰. Or, nous posons l'hypothèse que la création, en matières familiales, de tribunaux religieux parallèles risque au contraire de contribuer à la désaffiliation citoyenne des minorités religieuses et culturelles, et à leur exclusion des institutions majoritaires. Un tel scénario est donc peu compatible avec les objectifs d'intégration qui fondent la notion d'accommodement et la philosophie politique dont elle procède, soit le multiculturalisme.

5.2 L'interculturalisme québécois

L'accommodement, en contexte québécois, repose lui aussi sur un pari en faveur du potentiel d'intégration que recèle la pleine participation aux institutions de la société d'accueil¹³¹. Cependant, le modèle québécois d'intégration – que l'on désigne sous le vocable d'interculturalisme – constitue un mode hybride

¹²⁶ Jocelyn MACLURE, « Entre le culturel et le civique : les voies (accidentées) de l'accommodement raisonnable », 23 *Cités*, 2005, 57.

¹²⁷ Iris Marion YOUNG, « Polity and Group Difference : A Critique of the Ideal Universal Citizenship », 99 (January) *Ethics*, 1989, 250.

¹²⁸ W. KYMLICKA, *loc. cit.*, note 125.

¹²⁹ PATRIMOINE CANADA, *Rapport annuel sur l'application de la Loi sur le multiculturalisme – 2003-2004*, 2005.

¹³⁰ J. WOEHLING, *loc. cit.*, note 115, 398-401; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *op. cit.*, note 114, pp. 3-4; Anne SARIS, « Les tribunaux religieux et le droit étatique », *Texte du congrès – Barreau du Québec*, 2005, 391, 402-403.

¹³¹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *op. cit.*, note 114, pp. 3-4; P. BOSSET et P. EID, *loc. cit.*, note 114, 77.

de de gestion du pluralisme culturel, qui tient à la fois du républicanisme à la française et du multiculturalisme de type anglo-saxon. Contrairement à la France, où la pluralité culturelle n'est tout simplement pas envisagée au sein de l'État-nation¹³², au Québec, l'intégration citoyenne se conjugue plus aisément avec le maintien de particularismes culturels et identitaires dans l'espace public.

Le Québec a adopté en 1990 l'*Énoncé de politique en matière d'immigration et d'intégration*¹³³, qui fixe les termes d'un « *contrat moral* » commun entre les immigrants et la société québécoise. Cette politique officielle, qui fait encore autorité en la matière, pose aux immigrants l'exigence de l'apprentissage du français comme langue commune, mais reconnaît en contrepartie le pluralisme identitaire et culturel, soit l'hétérogénéité de la nation québécoise¹³⁴. La reconnaissance du pluralisme s'inscrit dans les limites fixées par ce « *contrat moral* », qui définit clairement l'intégration citoyenne en termes de participation et d'appartenance à la vie collective publique. Selon cette politique, la société québécoise est en droit de s'attendre à la participation pleine et entière des immigrants au sein des institutions socio-économiques, et assure en retour aux immigrants un accès aux institutions communes et à leurs services (publics, parapublics). L'*Énoncé de politique* pose ainsi les jalons d'une culture publique commune à laquelle les immigrants sont invités à adhérer. Cela dit, il est souligné à plusieurs reprises dans ce document que l'intégration et la participation citoyennes peuvent parfaitement coexister avec la préservation des particularités culturelles, mais dans les limites fixées par le cadre juridique et les valeurs démocratiques de la société québécoise. L'extrait suivant témoigne bien de cette orientation :

« À l'opposé de la société québécoise traditionnelle qui valorisait le partage d'un modèle culturel et idéologique uniforme par tous les Québécois, le Québec moderne s'est voulu, depuis plus de trente ans, résolument pluraliste [...]. La possibilité de choisir librement leur style de vie, leurs opinions, leurs valeurs et leurs appartenances à des groupes d'intérêts particuliers, à l'intérieur des limites définies par le cadre juridique, constitue d'ailleurs un des acquis de la Révolution tranquille [...]. La culture québécoise est ainsi une culture dynamique qui, tout en s'inscrivant dans le prolongement de l'héritage du Québec, se veut continuellement en mutation et ouverte aux différents apports. La Charte des droits affirme, de plus, "que les personnes ont le droit de maintenir et de faire progresser leur propre vie culturelle avec les autres membres de leur groupe." Le soutien que leur a consenti le Québec à cet égard, et ce, depuis plusieurs années, témoigne de son engagement en faveur du pluralisme. »¹³⁵

Cependant, et c'est fondamental, la politique québécoise précise explicitement que le maintien des différences culturelles ne doit pas se traduire par une fragmentation communautaire au sein d'îlots culturels se développant en vase clos :

« La position québécoise sur les relations interculturelles vise toutefois à éviter des situations extrêmes où différents groupes maintiendraient intégralement et rigidement leur culture et leurs traditions d'origine et coexisteraient dans l'ignorance réciproque et l'isolement. »¹³⁶

¹³² L'État français tend en effet à asseoir la prééminence institutionnelle d'une culture unique et à ne reconnaître aucune autre expression identitaire dans la sphère publique. Voir Dominique, SCHNAPPER, « La citoyenneté : perspectives historiques et théoriques. La conception de la nation, "Citoyenneté et société" », (1997) mai-juin, n° 281, La documentation française, *Les Cahiers Français*.

¹³³ MINISTÈRE DES COMMUNAUTÉS CULTURELLES ET DE L'IMMIGRATION, *Au Québec pour bâtir ensemble. Énoncé de politique en matière d'immigration et d'intégration*, 1990, (ci-après « Énoncé de politique »).

¹³⁴ Linda PIETRANTONIO, Danielle JUTEAU et Marie McANDREW « Multiculturalisme ou intégration : un faux débat », dans K. FALL, R. HADJ-MOUSSA et D. SIMEONI (dir.), *Les convergences culturelles dans les sociétés pluriethniques*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1996, pp. 147-158.

¹³⁵ MINISTÈRE DES COMMUNAUTÉS CULTURELLES ET DE L'IMMIGRATION, *op. cit.*, note 133, p. 18-19 (nos soulignés).

¹³⁶ *Id.*, 19.

À la lecture de cet extrait, il nous apparaît clair qu'un régime de droit opérant en marge des tribunaux civils s'accorderait bien mal avec l'exigence d'intégration et de participation citoyenne au cœur du « contrat moral » qui lie les immigrants à la société québécoise. En effet, le modèle québécois d'intégration ne se contente pas d'une citoyenneté de type minimaliste; il vise non pas simplement à favoriser l'épanouissement et la coexistence pacifique (en vase clos) des cultures minoritaires, mais également à amener ces dernières à se greffer à l'espace symbolique et institutionnel de la nation. Or, un régime de droits universellement partagés constitue le socle principal sur lequel repose l'intégration citoyenne. Qui plus est, le droit familial, contrairement au droit commercial, interpelle des valeurs et des principes fondamentaux (telles que l'égalité des sexes et la primauté de l'intérêt de l'enfant) qui sont au cœur du modèle québécois d'intégration citoyenne.

Bien entendu, en droit québécois et canadien, toute règle d'application universelle peut, dans certaines limites, faire l'objet d'exceptions afin « d'accommoder » la différence culturelle des membres des groupes minoritaires. Dans cette perspective, les droits et les obligations de chacun ne sont pas fixés une fois pour toutes. Bien que la Charte québécoise en dessine les contours, leur contenu empirique évolue constamment au gré des luttes sociales et politiques menées par des groupes laissés en marge de l'espace citoyen (lutte des femmes, lutte des gais et lesbiennes, luttes ouvrières, etc.)¹³⁷. Cependant, on peut déduire de l'Énoncé de politique que les demandes d'un droit à la différence portées par des groupes minoritaires devraient se traduire davantage par des réaménagements culturels et institutionnels de la société d'accueil, que par l'instauration de mécanismes parallèles de régulation opérant en-dehors de la sphère publique. La dernière formule s'inscrirait en faux avec la politique officielle québécoise car elle risquerait de permettre aux différents groupes de maintenir « *intégralement et rigide*ment leur culture et leurs traditions d'origine »¹³⁸. Ainsi, la mise en place d'un régime de droit familial opérant en marge des tribunaux civils constituerait une forme de ségrégation juridique qui irait à l'encontre des fondements mêmes de l'interculturalisme québécois.

5.3 Conclusion

En résumé, si l'idée de tribunaux religieux parallèles ne peut trouver sa justification dans l'esprit de la politique du multiculturalisme canadien, elle semble carrément contraire non seulement à l'esprit, mais aussi à la lettre de la politique québécoise d'interculturalisme. Il s'ensuit que l'arbitrage religieux constitue une forme de traitement différentiel qui, de par la ségrégation juridique et judiciaire complète qu'elle induit, déborderait du champ des accommodements justifiables dans le cadre des modèles d'intégration canadien et québécois.

PARTIE 3

L'ARBITRAGE RELIGIEUX : LE LIBRE CHOIX DES PARTIES ET LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DES ARBITRES

Nous examinerons maintenant d'autres questions que soulève le débat sur l'arbitrage des matières familiales. Est-ce que l'État devrait autoriser le recours à l'arbitrage des questions familiales, notamment religieux, au motif que des adultes consentants en expriment le souhait ? Existe-t-il des facteurs sociologiques susceptibles d'entraver l'exercice, par les parties vulnérables, de leur libre choix de recourir ou non à l'arbitrage religieux ?

Par ailleurs, considérant que l'arbitrage familial a déjà cours de manière informelle au sein de certaines communautés religieuses, ne serait-il pas préférable que l'État encadre des pratiques qui, à l'heure actuelle, échappent au contrôle judiciaire ? Corrélativement, si le *Code civil* était modifié afin d'élargir les

¹³⁷ François, ROCHER et Daniel SALÉE, « Libéralisme et tensions identitaires : éléments de réflexion sur le désarroi des sociétés modernes », 16 (2) *Politique et Sociétés*, 1997, 3; Jacques BEAUCHEMIN, « Le Sujet politique québécois : l'indicible "nous" », dans J. MACLURE, et A.G. GAGNON (dir.), *Repères en mutation. Identité et citoyenneté dans le Québec contemporain*, Montréal, Éditions Québec Amérique, 2001, pp. 205-221.

¹³⁸ MINISTÈRE DES COMMUNAUTÉS CULTURELLES ET DE L'IMMIGRATION, *op. cit.*, note 133, p.19.

domaines arbitrables aux matières familiales, est-ce que l'État disposerait d'un pouvoir d'intervention suffisant pour garantir aux parties vulnérables une protection judiciaire adéquate contre une sentence arbitrale qui leur serait préjudiciable ? Nous aborderons tour à tour ces questions dans cette partie.

6. LA LIBERTÉ DE CHOIX, LES VALEURS COLLECTIVES FONDAMENTALES ET L'ORDRE PUBLIC

On l'a vu, d'après Will Kymlicka¹³⁹, le multiculturalisme canadien a pour objectif d'accorder aux minorités culturelles des droits différenciés destinés à atténuer les effets assimilateurs des institutions du groupe majoritaire. Par contre, ajoute-t-il, le multiculturalisme ne peut tolérer qu'un régime d'exception juridique soit utilisé par un groupe pour restreindre les droits fondamentaux de certains de ses membres au nom de la cohésion culturelle de la communauté. Pour Kymlicka, comme pour plusieurs autres auteurs libéraux « multiculturalistes », il importe que les membres du groupe minoritaire ne soient pas forcés de se soumettre à un système de droits à modalités d'application variables, et qu'ils puissent donc, s'ils le désirent, être soumis aux normes universelles applicables à tous. En d'autres termes, le droit à la différence culturelle ne doit pas devenir une prison dans laquelle les membres du groupe minoritaire seraient confinés sans possibilité d'en sortir.

Cela dit, on peut se demander si le critère du libre choix serait suffisant pour protéger les droits fondamentaux des individus vulnérables au sein du groupe. Ainsi même si, pour les fins de l'argumentation, l'on tient pour acquis que le consentement des parties est réellement libre, des questions subsistent. Est-ce qu'un État qui est légalement tenu de protéger les droits fondamentaux de tous ses citoyens peut permettre à certains d'entre eux de se soumettre sur une base volontaire à un régime de droit parallèle qui risque de les priver de leur droit à l'égalité ? Autrement dit, est-ce qu'un État peut tolérer qu'un individu renonce librement à son droit à l'égalité, tel que l'égalité devant la loi sans distinctions fondées sur le sexe ?

La réponse à cette question suppose que l'on tienne compte des spécificités propres au modèle québécois de citoyenneté. Charles Taylor¹⁴⁰ a pertinemment souligné que certaines sociétés, dont le Québec, considèrent que l'État a le devoir d'assurer, sur un mode positif, la défense et la promotion des valeurs et des principes civiques qui fondent la communauté politique. Il ne s'agit plus alors pour l'État de s'assurer simplement, sur un mode négatif et neutre, que les libertés et les droits individuels ne se nuisent pas mutuellement. Dans cette perspective, le citoyen est traité par l'État comme un dépositaire de droits universels qui ont une valeur transcendantale et qui, à ce titre, sont inaliénables. Un tel modèle de citoyenneté oblige donc l'État à s'assurer que toute mesure d'accommodement est, non seulement conforme à la volonté des parties impliquées, mais également compatible avec les valeurs fondamentales de la société.

Au Québec, il est généralement admis que ces valeurs fondamentales doivent baliser de manière relativement stricte l'exercice des droits et libertés. Ainsi, l'État peut non seulement restreindre les droits individuels lorsque ces derniers entrent en conflit avec les droits d'autrui, mais il peut aussi, au nom de l'intérêt public, interdire aux individus de renoncer à leurs propres droits. Un tel principe trouve son inscription juridique dans le *Code civil*, qui prévoit à l'article 8 : « *on ne peut renoncer à l'exercice des droits civils que dans la mesure où le permet l'ordre public* »¹⁴¹. Interprétant cet article à la lumière de la jurisprudence, Christian Brunelle remarque :

« [...] La protection contre la discrimination est d'ordre public. Partant on ne devrait pas pouvoir renoncer, "par contrat privé" ou autrement au droit à l'égalité pour la simple et bonne raison que la dignité humaine est inaliénable. De fait, il répugne à l'esprit qu'un travailleur, noir ou handicapé par exemple, puisse valablement renoncer à son droit à

¹³⁹ W. KYMLICKA, *op. cit.*, note 125.

¹⁴⁰ Charles TAYLOR, *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994.

¹⁴¹ C.c.Q., art. 8.

des conditions de travail exemptes de discrimination pour obtenir un emploi [...]. Il y a donc des cas où il sera tout simplement impossible de renoncer à un droit donné. »¹⁴²

Il s'ensuit que l'État québécois a l'obligation de veiller à ce que les rapports interindividuels et sociaux soient exemptes de facto de traitements discriminatoires, indépendamment de la volonté des individus de se prévaloir ou non de leur droit à l'égalité. Or, plusieurs craignent qu'une loi autorisant la privatisation du droit familial, notamment au profit d'instances religieuses, ne vienne compromettre le caractère inaliénable de l'égalité des sexes, non seulement en tant que valeur fondamentale du contrat civique québécois, mais également en tant que norme juridique d'ordre public.

7. LE CONSENTEMENT À L'ARBITRAGE RELIGIEUX : LE POIDS DES DÉTERMINANTS SOCIAUX

Dans cette section, nous attirerons l'attention sur certains facteurs d'ordre sociologique qui pourraient limiter le libre choix de certaines femmes de soumettre leurs litiges familiaux à des instances d'arbitrage religieuses.

7.1 Les pressions sociales

En 1995, dans un document soumis à la réflexion publique, la Commission avait préféré ne pas se prononcer sur la symbolique du hijab, au motif que celle-ci varie d'une femme à l'autre et ne peut, dans tous les cas, être réduite à la lecture sexiste qu'en font certains intégristes religieux¹⁴³. Il était donc implicitement reconnu que, même si la décision de se voiler peut résulter en partie de pressions sociales, les croyantes ont néanmoins le pouvoir de subvertir la signification dominante du hijab dans un sens qui soit davantage conforme à leurs convictions personnelles et à leurs intérêts.

Comme dans le cas du hijab, rien n'empêche les croyantes d'interpréter, à titre personnel, les normes religieuses en matière de droit familial de manière égalitaire. Cependant, une fois soumises à l'arbitrage religieux, ces croyantes risqueraient d'être liées par des décisions fondées sur des normes ou des interprétations religieuses discriminatoires, voire même contraires à leurs propres convictions religieuses, sans possibilité, cette fois, de subvertir le discours religieux dominant. Dans ce contexte, l'État a donc une responsabilité accrue, nous semble-t-il, de tenir compte des pressions sociales qui influent sur la décision des parties de s'en remettre à l'arbitrage religieux.

Bien que le recours à l'arbitrage suppose le consentement mutuel des parties, dans certains milieux conservateurs, les femmes risquent de subir des pressions sociales visant à les convaincre de recourir à l'arbitrage religieux en cas de séparation ou de divorce. Ces pressions pourraient émaner tant de l'époux, de la communauté (ethnique et religieuse), que de la famille élargie. Même si les partisans de l'arbitrage religieux ont souvent répété que la participation à un processus d'arbitrage présuppose le libre consentement des parties, on pourrait craindre que certains leaders religieux n'utilisent leur autorité morale pour, non seulement présenter l'arbitrage religieux comme une obligation religieuse incontournable, mais également dépeindre le recours aux tribunaux civils comme une voie contraire à l'orthodoxie religieuse¹⁴⁴. À

¹⁴² Christian BRUNELLE, « Les limites aux droits et libertés », dans Collection de droit, Barreau du Québec, vol.7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004-2005, p. 73-74.

¹⁴³ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Le pluralisme religieux au Québec : un défi d'éthique sociale*, 1995. Dans le cadre de cette réflexion, la Commission avait recommandé que soit permis le port du *hijab* dans les écoles publiques après avoir conclu, entre autres, qu'une telle pratique n'était pas en soi discriminatoire à l'endroit des femmes, sauf dans les cas avérés de contraintes. En outre, la Commission craignait que l'interdiction du *hijab* dans les écoles publiques ne se trouve à limiter indûment le droit des jeunes filles voilées à l'instruction publique gratuite (garanti par l'article 40 de la Charte), puisque celles qui tiendraient à porter le voile islamique à l'école seraient obligées de fréquenter une école privée où une telle pratique serait permise.

¹⁴⁴ Un tel argument serait d'autant plus persuasif qu'une loi conférant une force exécutoire aux décisions arbitrales rendrait superflue l'obtention d'un divorce civil, le divorce religieux ayant à lui seul force de loi.

ce sujet, il est intéressant de noter que le tribunal rabbinique (Beth Din) de Montréal rappelle sur son site Internet que, selon la loi juive (Halakha), les parties ne peuvent porter leur cause devant un tribunal de droit commun, seul un tribunal rabbinique ayant le pouvoir de trancher les différends entre individus de confession juive¹⁴⁵. Quant à Syed Mumtaz Ali, président de l'*Institut islamique de justice civile* et instigateur du projet de tribunal islamique en Ontario, il a déclaré qu'en vertu du droit islamique, les minorités musulmanes vivant dans un pays non musulman sont dispensées de soumettre leurs litiges civils à un tribunal islamique. Cependant, ajoute-t-il aussitôt, si la loi du pays d'accueil autorise le recours à l'arbitrage religieux, il est du devoir de tous les musulmans de se prévaloir de ce droit¹⁴⁶. On peut donc craindre que les fidèles soucieux de ne pas contester la volonté de leur leader religieux soient fortement influencés par ce type d'injonctions, qui laisse planer une menace de mise au ban sur les récalcitrants.

7.2 L'accessibilité économique de l'arbitrage religieux : un facteur d'attraction

La prise en considération de certains facteurs économiques contribue à relativiser l'argument du libre choix en matière d'arbitrage religieux. Les données de recensement de Statistique Canada révèlent que le revenu moyen de la population canadienne non immigrante de 15 ans et plus est de 29 952 \$, contre 19 675 \$ chez les immigrants de 15 ans et plus dont l'arrivée au Canada est postérieure à 1996¹⁴⁷, et de 24 385 \$ chez les membres des minorités visibles de 15 ans et plus (dont 69,4 % sont des immigrants)¹⁴⁸. Il semble donc que les immigrants récents et les membres des minorités visibles (deux groupes qui se recoupent largement) aient un revenu moyen inférieur à celui des natifs du Canada.

Dans un tel contexte, on peut craindre que les coûts minimes, voire même la gratuité des services d'arbitrages religieux, ne constituent un facteur d'attraction supplémentaire au sein de populations immigrantes récentes qui, non seulement sont plus vulnérables sur le plan socio-économique, mais sont aussi plus exposées à des pressions communautaires destinées à promouvoir le règlement des litiges familiaux par le biais d'instances religieuses. Qui plus est, compte tenu des coûts prohibitifs qu'entraîne généralement une procédure de divorce civil, il est probable que plusieurs immigrants récents ou membres des minorités visibles en situation de précarité économique préfèrent s'adresser à leur communauté religieuse ou ethno-religieuse pour régler leurs différends familiaux; ceci dans la mesure où ils s'y verront offrir des services d'arbitrage gratuits ou à très peu de frais¹⁴⁹.

7.3 Les immigrantes récentes

Bien souvent, les immigrantes nouvellement arrivées ne sont pas suffisamment au fait des protections juridiques que leur offrent les régimes de droit familial canadien et québécois pour pouvoir déterminer en toute connaissance de cause lesquels, des tribunaux civils ou religieux, sont les plus à même de protéger leurs intérêts. Ainsi, il est possible que des immigrantes récentes peu scolarisées, qui ont été justiciables toute leur vie d'un régime de droit familial fondé sur la religion, se dirigent naturellement vers des tribunaux religieux pour régler leurs différends familiaux, a fortiori si ces tribunaux sont cautionnés par l'État et investis d'un pouvoir juridique légalement contraignant.

Un tel risque serait d'autant plus grand au sein des communautés juives et musulmanes que leurs instances religieuses respectives, contrairement aux églises chrétiennes, préconisent le recours au droit religieux pour régler les litiges relatifs aux mesures accessoires du divorce (pension alimentaire, garde des enfants, etc.).

¹⁴⁵ "According to Jewish law, parties may not take their cases to a secular court and must have their cases adjudicated only by a Beth Din", [En ligne]. www.mk.ca/page7a.php

¹⁴⁶ Cité par Judy VAN RHIN, « First Steps Taken Toward Sharia Law in Canada », *Law Times*, 25 novembre 2003.

¹⁴⁷ STATISTIQUE CANADA, *Recensement 2001*, tableaux thématique « Immigration et citoyenneté », tableau #28.

¹⁴⁸ STATISTIQUE CANADA, *Recensement 2001*, tableaux thématique « Portrait ethno-culturel du Canada », tableau #18.

¹⁴⁹ L'argument économique est d'ailleurs fréquemment invoqué par les partisans de modes alternatifs (non judiciaires) de règlement des litiges, tels que la médiation et l'arbitrage.

7.4 Les femmes immigrantes parrainées

Entre 1999 et 2003, 61,6 % des personnes parrainées au Québec dans la catégorie du regroupement familial étaient des femmes, ce qui dénote une nette surreprésentation féminine dans cette catégorie d'immigration. Corrélativement, une proportion significative des immigrantes admises au Québec durant la période 1999-2003, soit 29,3 % d'entre elles, l'ont été à titre de personnes parrainées dans le cadre du programme de regroupement familial¹⁵⁰. Il importe donc d'examiner en quoi le statut légal et social particulier des immigrantes parrainées peut contribuer à rendre ces dernières plus susceptibles de céder à des pressions communautaires ou maritales visant à soumettre leurs litiges familiaux à une instance d'arbitrage religieux.

Les femmes parrainées sont, tant sur les plans juridique, socio-économique, que symbolique, dans une situation de dépendance extrême vis-à-vis de leur parrain, et ce, pour toute la durée du parrainage. En vertu du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*¹⁵¹ – qui définit les modalités d'application de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*¹⁵² –, le parrain et la personne parrainée doivent conclure un accord écrit stipulant que le parrain s'engage, pour toute la période du parrainage, à « subvenir aux besoins fondamentaux de la personne parrainée et des membres de sa famille qui l'accompagnent »¹⁵³. En vertu du *Règlement*, l'engagement de parrainage contracté par des époux, des conjoints de fait ou des partenaires conjugaux, est valide pour une période de 3 ans suivant la date où la personne parrainée obtient sa résidence permanente¹⁵⁴. Cette obligation demeure malgré la dissolution du lien conjugal. Durant cette période, le parrain a non seulement l'obligation contractuelle de suppléer les revenus de subsistance de la personne dont il ou elle se porte garant(e), mais il doit également rembourser à l'État (fédéral ou provincial selon le cas) toute prestation fournie à titre d'assistance sociale à la personne parrainée ou aux membres de sa famille qui l'accompagnent¹⁵⁵.

Une étude a démontré, entrevues à l'appui, qu'un tel cadre juridique confère au parrain un ascendant démesuré sur sa conjointe ou son épouse parrainée, dans la mesure où cette dernière tend à se sentir fortement redevable envers celui qui, non seulement lui a permis de venir au Canada, mais s'est également engagé par contrat à subvenir à ses besoins essentiels. L'équilibre des forces au sein du couple s'en trouve considérablement affecté :

« Le parrainage crée une sorte de “dette” pour la femme immigrante parrainée, car c'est son mari qui lui “donne le droit au Canada”. La femme parrainée n'est pas seulement prise en charge, mais elle doit quelque chose à son mari [...]. Cette redevabilité peut bouleverser la relation conjugale, puisqu'elle place les femmes dans une situation où il peut lui devenir difficile de refuser une demande ou un ordre de son mari. »¹⁵⁶

Le parrainage enfermerait donc la femme parrainée dans un rapport de pouvoir symbolique foncièrement inégal – fondé sur les notions de « dette » et de « prise en charge » –, qui contribuerait à restreindre

¹⁵⁰ MINISTÈRE DES RELATIONS AVEC LES CITOYENS ET DE L'IMMIGRATION, *Des valeurs partagées, des intérêts communs. Pour assurer la pleine participation des Québécois des communautés culturelles au développement du Québec*, Plan d'action 2004-2007, 2004, p. 16.

¹⁵¹ *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, (2002) 136 Gaz. Can. II, (n° 9, 14-06-02), (ci-après le « Règlement »).

¹⁵² *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, [En ligne]. <http://lois.justice.gc.ca/fr/I-2.5/index.html>

¹⁵³ *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, précité, note 151, art. 132 (4).

¹⁵⁴ *Id.*, art. 132 (1)(b)(i).

¹⁵⁵ *Id.*, art. 132 (1).

¹⁵⁶ Andrée CÔTÉ, Michèle KÉRISIT et Marie-Louise CÔTÉ, *Qui prend pays... L'impact du parrainage sur les droits à l'égalité des femmes immigrantes*, Condition féminine du Canada, 2001, p. 133.

largement son autonomie décisionnelle dans la gestion des affaires conjugales. Dans un tel contexte, il pourrait être très difficile pour une femme parrainée de s'opposer à la volonté de son garant de saisir un tribunal religieux des questions litigieuses relatives aux mesures accessoires d'un divorce ou d'une séparation (pensions, garde alimentaire, séparation des biens, etc.).

De plus, on peut raisonnablement présumer que les femmes parrainées, étant bien souvent dans une situation de précarité et de dépendance économique, auraient de la difficulté à assumer les frais liés à une procédure de divorce civil. Il s'ensuit que, dans l'éventualité où l'arbitrage religieux en matière de droit familial constituait une option légalement reconnue, plusieurs femmes parrainées pourraient, faute de moyen financiers, être tributaires des choix de leur parrain en cette matière.

Il semble donc que, compte tenu du régime actuel de parrainage et des rapports de pouvoir inégaux (fondés sur le sexe) qu'il induit dans le couple, on peut douter que les femmes parrainées soient en mesure de choisir librement, c'est-à-dire en dehors de toute contrainte ou influence externe, le mode de régulation des litiges familiaux qui répond le mieux à leurs intérêts.

8. LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DES SENTENCES ARBITRALES RENDUES PAR DES INSTANCES RELIGIEUSES

Nous venons de le voir, le libre consentement à l'arbitrage religieux peut parfois être sérieusement compromis en raison des rapports de pouvoir qui se jouent au sein de la famille et de la communauté. Dans ce contexte, l'intervention des tribunaux judiciaires dans le processus d'arbitrage religieux en matière familiale pourrait être justifiée afin de permettre un meilleur équilibre entre les parties.

Précisons d'emblée qu'au Québec la régulation des décisions arbitrales en matière civile est différente de celle de l'Ontario : il n'y a ni appel ni révision judiciaire¹⁵⁷ possible contre la sentence arbitrale, ce qui signifie qu'elle est finale et sans appel. L'annulation de cette dernière est donc le seul recours possible contre son application¹⁵⁸. Cependant, nous l'avons vu, un certain contrôle judiciaire – portant davantage sur des questions de nature procédurale – s'exerce si l'une des parties demande l'homologation de la sentence arbitrale, c'est-à-dire son exécution forcée¹⁵⁹.

Considérant le rôle que jouent actuellement les tribunaux judiciaires lors d'une demande d'homologation ou d'annulation d'une sentence arbitrale, nous tenterons d'envisager le rôle qu'ils seraient appelés à jouer dans les cas d'arbitrage en matière familiale à caractère religieux. Pour ce faire, nous identifierons quels seraient les motifs d'intervention des tribunaux judiciaires en matière familiale et nous établirons la distinction existant, à cet égard, entre la médiation et l'arbitrage. Nous verrons enfin comment les juges ont traité par le passé des obligations contractuelles à caractère religieux ayant été consenties entre époux lors de litiges familiaux.

8.1 Le rôle des tribunaux judiciaires lors de l'arbitrage religieux en matière familiale

8.1.1 Les motifs d'intervention des tribunaux judiciaires

Si l'arbitrage des matières familiales était permis et que les motifs d'intervention judiciaires demeuraient inchangés¹⁶⁰, le tribunal ne pourrait en aucun cas examiner le fond du différend. Le juge ne pourrait, ni lors de l'homologation d'une sentence arbitrale rendue par une instance religieuse en matière familiale, ni lors d'une demande d'annulation, se prononcer sur la validité de la décision au regard du droit appliqué

¹⁵⁷ *Compagnie nationale Air France c. Mbaye*, A.E. /P.C. 2003-2098 (C.A.), (2003) R.J.Q. 1040 (C.A.), REJB 2003-39416 (C.A.).

¹⁵⁸ C.p.c., art. 947.

¹⁵⁹ Nous l'avons vu au point 2.2, les motifs d'annulation que peut faire valoir une partie sont les mêmes que ceux qu'elle peut alléguer en défense à une demande d'homologation.

¹⁶⁰ Voir section 2.2.

par cette instance. Par exemple, les parties pourraient décider dans leur convention d'arbitrage que c'est le droit religieux qui s'appliquera en cas de divorce. Le chef religieux pourrait alors rendre une sentence arbitrale réglant les effets du divorce, dont la garde des enfants et les aliments pour un conjoint ou un enfant, en s'appuyant sur son interprétation du droit religieux, sans que cette sentence soit sujette à révision par les tribunaux judiciaires. Afin de mieux saisir les conséquences découlant du pouvoir dont jouiraient les chefs religieux dans ces situations, nous illustrerons à la section 12, l'éventail d'interprétations pouvant être données au droit islamique.

Par contre, si l'une des parties demandait l'exécution forcée de la sentence arbitrale – tel serait le cas d'un époux voulant obtenir le paiement d'une pension alimentaire – le tribunal judiciaire devrait, de sa propre initiative, refuser de l'accorder s'il estime que la sentence arbitrale est contraire à l'ordre public. La jurisprudence ayant toutefois établi que l'emploi de ce principe ne devait pas être extensif, nous sommes portés à croire que le pouvoir du juge d'évaluer si la sentence d'un arbitre religieux est conforme à l'ordre public risque d'être incertain¹⁶¹. En outre, on peut se demander dans quelle mesure un juge serait disposé à se prononcer sur la conformité du droit religieux avec l'ordre public. Nous nous pencherons sur cette question à la section 8.1.3.

Le tribunal pourrait de même refuser d'homologuer une sentence arbitrale rendue par une instance religieuse si la partie qui veut l'empêcher prouve l'un des cinq motifs énumérés à l'article 946.4 du *Code de procédure civile*¹⁶². Ainsi, si un époux demandait l'homologation de la sentence arbitrale rendue en sa faveur – par exemple, dans un cas où il aurait obtenu la garde d'un enfant – par une instance religieuse, c'est son épouse qui devrait prouver que la sentence ne peut être homologuée pour un de ces motifs. Nous illustrons quelques uns de ces motifs ci-dessous.

L'épouse pourrait alléguer qu'elle n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre (le chef religieux) ou encore de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison d'être entendue¹⁶³. Toutefois, dans un contexte où les parties se soumettraient volontairement à une instance religieuse, il serait difficilement imaginable que l'épouse conteste le choix du chef religieux et encore moins le fait de ne pas avoir été informée de la procédure utilisée par ce dernier pour trancher le différend l'opposant à son époux¹⁶⁴. De plus, dans certains cas, rappelons-le, une femme se trouvant en position de vulnérabilité par rapport à son mari pourrait être peu disposée à contester la désignation d'un chef religieux qui lui aurait été imposé.

L'épouse pourrait, au même titre, faire valoir que la sentence rendue par l'instance religieuse ne porte pas sur un différend visé dans la convention d'arbitrage ou qu'elle en dépasse les termes. Or, si dès le départ, l'épouse considérait que son chef religieux – à qui elle accorde sa confiance et son respect – représente pour elle l'autorité morale la mieux placée pour trancher les différends de nature familiale qui l'opposent à son mari, il serait étonnant qu'elle conteste la sentence pour ce motif. On pourrait donc craindre que l'épouse s'en remette à son chef religieux même si celui-ci adjugeait au-delà des termes prévus dans la convention d'arbitrage.

¹⁶¹ *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) Inc.*, précité, note 63.

¹⁶² Précisons que le consentement des époux n'est pas visé par cet article du *Code de procédure civile*, seule la capacité des personnes l'est. L'un des époux ne pourrait donc pas en vertu de cet article faire valoir que son consentement n'était pas libre lors de la signature de la convention d'arbitrage.

¹⁶³ Il s'agit en quelque sorte, d'une autre forme d'application de l'article 5 du C.p.c., lequel édicte qu'« [il] ne peut être prononcé sur une demande en justice sans que la partie contre laquelle elle est formée n'ait été entendue ou dûment appelée ». Voir D. BÉCHARD, *loc. cit.*, note 57, p. 137.

¹⁶⁴ De plus, ajoutons que, selon la doctrine et la jurisprudence, une partie qui ne s'oppose pas d'une manière appropriée et en temps opportun à l'irrégularité de la nomination emporte forclusion de soulever ce point à l'arbitrage. *Parent et associés comptables agréés c. Gagnebin*, J.E. 89-448 (C.Q.).

Enfin, soulignons qu'il est encore moins plausible qu'une femme demande l'annulation de la sentence arbitrale de son plein gré puisque, pour y parvenir, elle devrait prouver l'un des motifs précédemment exposés. Cependant, comme nous venons de le signaler, il serait improbable qu'elle agisse ainsi compte tenu des pressions communautaires qui, dans certains cas, pourraient l'en dissuader, et de la grande autorité morale que risque d'exercer le chef religieux sur les parties ayant sollicité ses services d'arbitrage.

Par conséquent, le pouvoir d'intervention des tribunaux judiciaires après qu'une sentence arbitrale ait été rendue par une instance religieuse pourrait être limité.

8.1.2 L'intervention des tribunaux judiciaires : différences entre la médiation et l'arbitrage en matière familiale

Il importe de saisir la distinction majeure qui existe entre les pouvoirs de révision qu'ont les tribunaux lorsque les parties ont conclu avec l'aide d'un chef religieux une entente portant, par exemple, sur la garde des enfants ou les aliments, et ceux qu'ils auraient si un arbitre religieux rendait une sentence arbitrale portant sur ces mêmes sujets. Tel que déjà mentionné, la tâche du médiateur consiste à suggérer, à amener les parties à trouver des moyens de régler leur litige à l'amiable, tandis que celle de l'arbitre est de trancher le litige de manière finale et obligatoire. Le pouvoir d'intervention des tribunaux judiciaires est donc forcément différent, selon qu'il s'agisse de médiation ou d'arbitrage.

En fait, les juges civils se trouvent en mesure d'exercer un contrôle judiciaire quasi systématique sur le contenu des ententes de séparation ou de divorce ayant été conclues à la suite d'une médiation réalisée avec l'aide d'un chef religieux, pouvant ainsi assurer un équilibre entre les parties. Concrètement, pour qu'une entente de séparation de corps ou de divorce mutuellement consentie échappe au contrôle judiciaire, les conjoints devraient renoncer à obtenir une rupture civile de leur lien conjugal, s'en remettant ainsi au divorce religieux. Un tel choix serait néanmoins improbable considérant que les époux demeureraient mariés civilement. En effet, le *Code civil* prévoit la célébration unique du mariage : les couples qui se marient religieusement sont automatiquement mariés au civil puisque le célébrant religieux est investi du pouvoir de marier civilement les conjoints¹⁶⁵. Un tel cadre juridique pousse indirectement les conjoints qui se divorcent religieusement à entamer aussi des procédures en vue d'obtenir la rupture du lien civil qui les unit, faute de quoi ils demeureraient mariés au regard de la loi, s'exposant ainsi à plusieurs désagréments fiscaux, administratifs et bureaucratiques.

Nous l'avons démontré précédemment, l'arbitrage en matière familiale par des instances religieuses ne permettrait pas aux tribunaux d'intervenir systématiquement. En effet, à moins que la sentence ne fasse l'objet d'une contestation ou qu'elle doive être exécutée, l'arbitrage échappera au contrôle des juges. Même dans les cas où ces derniers pourraient intervenir, leur pouvoir serait considérablement restreint puisqu'ils ne pourraient se prononcer sur le fond de la sentence arbitrale rendue par les instances religieuses. Cela dit, nous croyons que, dans l'éventualité où l'arbitrage des matières familiales était autorisé au Québec, la règle voulant que les tribunaux judiciaires ne puissent examiner le fond de la sentence arbitrale pourrait s'appliquer différemment. En effet, le législateur pourrait vouloir s'assurer que l'intérêt des parties impliquées dans les litiges familiaux soit respecté en prévoyant un droit d'appel de la sentence arbitrale, tout comme en Ontario¹⁶⁶.

8.1.3 La réception du droit religieux par les tribunaux civils

Si l'appel des décisions des instances religieuses s'offrait aux parties, il faudrait alors s'interroger sur le traitement que les juges réserveraient au droit religieux dans les litiges familiaux opposant des époux. Cette question prend tout son sens dans le contexte actuel où, au Québec et en Ontario, les juges tendent à ne reconnaître aucune valeur légale à des obligations contractuelles religieuses inscrites dans des

¹⁶⁵ C.c.Q., art. 366.

¹⁶⁶ Loi sur l'arbitrage, précitée, note 2, art. 45 (6). Notons que dans une décision de la Cour supérieure de l'Ontario en droit de la famille, il a été déterminé qu'un tribunal ne doit pas s'ingérer dans une sentence arbitrale à moins qu'il estime que l'arbitre a commis une erreur de principe ou passé outre une preuve matérielle, ou qu'il y ait eu méprise sérieuse dans l'appréciation de la preuve (*Robinson c. Robinson*, [2000] O.J. No 3299 au par. 5 [QL]).

ententes de séparation ou des contrats de mariage¹⁶⁷. Notons d'emblée que ce courant non interventionniste a été fortement conforté par la Cour suprême du Canada, qui prescrivait récemment aux tribunaux de ne pas se poser en interprète, et encore moins en arbitre, des normes religieuses¹⁶⁸. Nous illustrons notre propos par deux décisions où les juges ont refusé d'intervenir pour ce motif.

Au Québec, dans *Marcovitz c. Bruker*¹⁶⁹, une femme juive réclamait des dommages compensatoires à son ex-mari, au motif que celui-ci avait attendu quinze ans, suite au prononcé du divorce civil, avant de s'acquitter de son obligation, contractée dans leur entente de séparation (négociée à l'amiable et entérinée par un juge), de lui accorder le divorce religieux (le *Guet*). Après avoir eu gain de cause en Cour supérieure, l'épouse a été déboutée en Cour d'appel. À un premier niveau d'analyse, la Cour d'appel, citant à l'appui l'arrêt *Amselem*¹⁷⁰, a statué qu'une partie est en droit de déroger à une obligation contractuelle (en l'occurrence l'obligation d'accorder le *Guet*) si elle estime, *a posteriori*, que cette dernière limite sa liberté religieuse¹⁷¹. Mais ce qui retient particulièrement l'attention ici est que la Cour d'appel a jugé que l'obligation contractée par l'époux, étant de nature religieuse, ne pouvait être exécutée par les tribunaux séculiers¹⁷².

Dans le même sens, en Ontario, dans l'affaire *Kaddoura c. Hammoud*¹⁷³, le juge a refusé d'ordonner l'exécution d'un contrat de mariage au motif que la disposition contractuelle au cœur du litige avait un fondement religieux. L'épouse, une musulmane, demandait au tribunal d'ordonner à son ex-époux le paiement du *Mahr*, qui constitue, en droit musulman, une dot que l'époux est tenu de payer à sa femme en deux versements, l'un à la signature du contrat de mariage et l'autre lors du divorce, le cas échéant. Malgré que le mari s'était engagé à s'acquitter de cette dette dans le contrat de mariage, le juge a fait valoir que le *Mahr* constituait une catégorie religieuse étrangère au droit civil canadien et qu'en tant que non-musulman et profane en droit islamique, il n'avait ni l'autorité ni la compétence nécessaire pour se prononcer sur la question. Il ajoutait que, du reste, les tribunaux ne devaient pas se lancer dans la « jungle religieuse, un endroit où les tribunaux ne peuvent et ne doivent mettre les pieds¹⁷⁴ »¹⁷⁵.

¹⁶⁷ Notons que cette posture n'est pas limitée aux matières familiales. Ainsi, la Cour supérieure de l'Ontario a refusé d'exécuter un contrat commercial au motif que la clause litigieuse était fondée sur un droit religieux (judaique en l'occurrence). Voir : *Levitt's Kosher Foods Inc. v. Levin et al.*, [1999] 175 D.L.R. (4e) 471, par. 45 (Cour supérieure de l'Ontario).

¹⁶⁸ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 55, par. 50, (ci-après *Amselem*) : « [...] l'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des dogmes religieux, et il ne devrait pas le devenir. Les tribunaux devraient donc éviter d'interpréter – et ce faisant de déterminer –, explicitement ou implicitement, le contenu d'une conception subjective de quelque exigence, "obligation", précepte, "commandement", coutume ou rituel d'ordre religieux ».

¹⁶⁹ *Marcovitz c. Bruker*, 2005 QCCA 835.

¹⁷⁰ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précité, note 168.

¹⁷¹ *Marcovitz c. Bruker*, précité note 169, par. 77.

¹⁷² *Marcovitz c. Bruker*, précité note 169, par. 76 : « [...] parce que l'obligation de l'ex-mari est, sur le fond, de nature religieuse [...], un manquement allégué à cette obligation n'est pas susceptible d'exécution par les tribunaux séculiers [...]. Manifestement, ce n'est pas le rôle des tribunaux séculiers de pallier les effets discriminatoires qu'une femme juive risque de subir faute d'avoir obtenu le *Guet* ». (Notre traduction)

Notons que le 27 avril 2006, la Cour suprême du Canada autorisait l'appel de la décision rendue par la Cour d'appel dans cette affaire (31212). La principale question litigieuse qui sera examinée par les juges consistera à déterminer si une obligation morale ou religieuse peut être convertie en une obligation civile lorsqu'elle est inscrite dans un contrat.

¹⁷³ *Kaddoura c. Hammoud*, [1999] 168 D.L.R. (4th) 503.

¹⁷⁴ *Id.*, p. 511.

¹⁷⁵ Pascale Fournier faisait valoir que l'attitude du juge traduisait aussi une « anxiété culturelle » profonde liée au fait que la disposition contractuelle interprétée avait un fondement coranique. Pascale FOURNIER « La femme musulmane au Canada, un être visible caché ? Réflexions sur la traduction de l'Autre » (2001) 8 (1) *Revue d'éthique publique*, 1, 5.

Les deux causes précitées attirent ainsi l'attention sur le paradoxe suivant : comment pourrait-on s'attendre à ce que les tribunaux exercent une régulation judiciaire, dans le cadre d'appels de sentences arbitrales à caractère religieux, s'ils refusent d'examiner le fond du litige en raison de son fondement religieux ? En d'autres termes, en cantonnant les ententes et les obligations contractuelles fondées sur la religion hors du champ de la juridicité, les tribunaux se trouveraient dans l'incapacité d'assurer la protection des parties vulnérables dans l'éventualité où une sentence arbitrale était contestée en appel.

8.2 Conclusion

Nous avons vu que, en vertu de l'actuel régime d'arbitrage civil au Québec, les tribunaux ne pourraient exercer qu'un contrôle judiciaire très limité des sentences arbitrales, et que ce pouvoir est quasi inexistant lorsqu'il s'agit d'examiner les questions de droit. En outre, même si l'arbitrage des matières familiales était autorisé au Québec et que l'appel des sentences arbitrales était rendu possible (afin de protéger les parties vulnérables), il se pourrait bien que les juges hésitent à intervenir si la question litigieuse avait un fondement normatif religieux.

PARTIE 4 LES DROITS DES FEMMES

Dans cette partie, nous examinerons en quoi l'arbitrage religieux des matières familiales pourrait s'avérer particulièrement préjudiciable pour les femmes en instance de divorce ou de séparation compte tenu du contexte socio-historique dans lequel il s'exercerait au Québec. Plus largement, nous attirerons l'attention sur certains facteurs d'ordre sociologique qui contribueraient à vulnérabiliser les femmes dans le cadre d'une résolution extrajudiciaire des litiges conjugaux.

9. LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LE SEXE DANS UNE PERSPECTIVE SYSTÉMIQUE

Dans le rapport qu'elle a soumis en décembre 2004 au procureur général de l'Ontario, Marion Boyd concluait que la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* n'enfreignait pas le principe de l'égalité des sexes garanti par la Charte canadienne puisqu'elle permet à tout citoyen de recourir à l'arbitrage, indépendamment de toute distinction fondée sur le sexe¹⁷⁶. Ce faisant, Mme Boyd se référait à une conception formaliste de l'égalité dont les insuffisances ont été amplement mises au jour, tant en droit canadien et québécois que dans les sciences sociales. Selon cette conception restrictive, seule la discrimination directe est reconnue comme étant attentatoire au principe d'égalité.

Or, on l'a déjà souligné, aujourd'hui les tribunaux ne se contentent plus d'examiner si une loi enfreint le principe d'égalité formelle; ils prennent également en considération les effets discriminatoires que cette loi pourrait avoir sur un individu ou un groupe d'individus. En fait, dans l'arrêt *Action Travail des Femmes*¹⁷⁷, maintes fois cité depuis, la Cour suprême allait encore plus loin en reconnaissant que les causes de la discrimination pouvaient être de nature « systémique ». Dans cette affaire, la Cour a accueilli favorablement la prétention selon laquelle la discrimination fondée sur le sexe prévalait de manière systémique au sein d'une entreprise. Elle faisait valoir que la discrimination systémique en matière d'emploi : « *c'est la discrimination qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination. La discrimination est alors renforcée par l'exclusion même du groupe désavantagé, du fait que l'exclusion favorise la conviction, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe, qu'elle résulte de forces "naturelles", par exemple que les femmes ne peuvent tout simplement faire le travail [...]* »¹⁷⁸. En conséquence, les juges ont soutenu qu'on ne pouvait combattre ce type de discrimination sans s'attaquer

¹⁷⁶ Marion BOYD, *Résolution des différends en droit de la famille : pour protéger le choix, pour promouvoir l'inclusion*, Mémoire présenté au procureur général de l'Ontario, 2004, p. 82.

¹⁷⁷ *Action Travail des Femmes c. Canadien National*, [1987] 1 R.C.S. 1114, (1987) 8 C.H.R.R. D/4210 (S.C.C.).

¹⁷⁸ *Id.*, par. 33249.

aux « anciens régimes discriminatoires » institutionnalisés qui l'alimentent. Comme mesure corrective, la Cour a ordonné à l'entreprise de mettre sur pied un programme qui constituait en quelque sorte l'ancêtre des programmes d'accès à l'égalité au Canada.

Dans les arrêts *Andrews*¹⁷⁹ et *Turpin*¹⁸⁰, la Cour suprême a élaboré l'essentiel du cadre interprétatif de l'article anti-discrimination de la Charte canadienne (art. 15). Elle a clairement indiqué que le droit à la non-discrimination garanti par la Charte était conçu d'abord et avant tout pour protéger les « minorités discrètes et isolées »¹⁸¹ qui, historiquement, ont fait et font encore l'objet de préjugés et d'exclusion. Dans cette perspective, l'impact potentiellement discriminatoire d'une loi s'évalue en fonction de la place qu'occupent déjà certains groupes défavorisés dans les contextes social, politique et juridique de la société¹⁸².

Dans l'arrêt *Law*¹⁸³, la Cour suprême a réitéré la nécessité de prendre en considération, dans l'analyse juridique, le contexte social dans lequel s'inscrit la discrimination. Ainsi, elle signalait qu'un tribunal ayant à se prononcer sur une allégation de discrimination doit entre autres : 1) se demander si la disposition législative contestée « omet de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle se trouve déjà le demandeur dans la société canadienne », et 2) déterminer s'il y a « préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité subis par la personne ou le groupe en cause »¹⁸⁴. La Cour suprême souligne donc l'importance de tenir compte du contexte social dans lequel s'inscrit la législation contestée afin d'évaluer si cette dernière ne risque pas de pénaliser certains groupes et minorités historiquement vulnérables qui sont, a priori, victimes de discrimination sociale.

Un tel cadre d'analyse recoupe largement la notion de « discrimination systémique » qui a cours dans les sciences sociales et qui anime d'ailleurs les travaux de la Commission¹⁸⁵. Dans cette optique, la discrimination constitue un ensemble cohérent de représentations sociales, de préjugés, d'attitudes, de pratiques individuelles et institutionnalisées, qui se renforcent et s'alimentent mutuellement dans un mouvement circulaire. Dans la perspective systémique, non seulement la discrimination cesse d'être tributaire d'une intention discriminatoire inscrite dans une attitude, une pratique ou une loi spécifique, mais elle est également nourrie par des schèmes mentaux collectifs et une culture institutionnelle diffuse dont les effets sont cumulatifs¹⁸⁶.

D'un point de vue juridique formel, Marion Boyd n'avait donc pas tort lorsqu'elle faisait remarquer que la Loi sur l'arbitrage n'était pas discriminatoire puisqu'elle n'introduisait aucune distinction fondée sur le sexe. Par contre, compte tenu de la tendance des juges à inférer les effets discriminatoires prévisibles d'une loi à partir de la discrimination historiquement avérée, une législation autorisant l'arbitrage des matières familiales pourrait être considérée comme potentiellement attentatoire au droit à l'égalité des femmes. En effet, la prise en considération du statut de subordination dans lequel les mères et les épouses ont été historiquement maintenues au sein de la sphère privée pourrait jeter la suspicion sur une loi qui investit un arbitre (religieux ou autre) d'un pouvoir décisionnel exécutoire en matière de droit familial. Qui plus est, compte tenu du rôle prépondérant qu'ont joué les autorités religieuses, au Québec comme ailleurs, dans le maintien de cette

¹⁷⁹ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

¹⁸⁰ *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, 1332-1333.

¹⁸¹ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, note 179.

¹⁸² *Id.*, 152.

¹⁸³ *Law c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 88.

¹⁸⁴ *Id.*, par. 88.

¹⁸⁵ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Après 25 ans, La Charte québécoise des droits et libertés*, vol. 2, Bilan et recommandations, 2003.

¹⁸⁶ Muriel GARON, « La discrimination systémique : convergences et contributions des sciences sociales », (1986) 17 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 193; Marie-Thérèse CHICHA-PONTBRIAND, *Discrimination systémique, fondement et méthodologie des programmes d'accès à l'égalité en emploi*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989.

subordination, une loi déléguant à des instances religieuses le pouvoir de trancher des litiges familiaux est encore plus à risque de renforcer la reproduction de la discrimination fondée sur le sexe dans les rapports familiaux.

10. L'IDÉOLOGIE CLÉRICALE ET LE DIFFICILE ACCÈS DES FEMMES À L'ÉGALITÉ AU QUÉBEC

En tenant compte du contexte historique québécois, il y a plusieurs raisons de penser que l'implantation de tribunaux religieux en matière de droit familial puisse menacer aujourd'hui les acquis obtenus de haute lutte par les femmes dans ce domaine à partir des années 1960.

10.1 L'Église et l'État. Une collusion préjudiciable aux femmes

Il faut comprendre qu'avant la Révolution tranquille, l'influence prédominante de l'Église au Québec a constamment nécessité la collaboration active d'un État laïc mais conservateur, très peu préoccupé par les diverses formes de discriminations qui affectaient les femmes. En effet, malgré la séparation de l'Église et de l'État officiellement reconnue en 1852 (sous le régime de l'Union, 1840-1867), le clergé catholique a entretenu, jusqu'à la fin des années 1950, des liens politiques et idéologiques étroits avec les pouvoirs étatiques. Plus précisément, avant la Révolution tranquille, au Québec, comme d'ailleurs dans plusieurs autres sociétés catholiques telles que l'Italie et l'Espagne, non seulement l'Église exerçait une forte emprise sur les institutions étatiques et était intégrée de manière quasi organique aux élites politiques et intellectuelles, mais elle détenait aussi un pouvoir social et administratif important dans plusieurs domaines. C'est ainsi que, même si elles n'étaient pas sous la juridiction formelle de l'Église, la famille, l'éducation, la santé, l'assistance sociale et même les instances syndicales et coopératives, n'échappaient pas à l'influence du clergé, sinon à son pouvoir direct. Une des conditions d'exercice de ce pouvoir était une volonté de collaboration étroite entre l'Église et l'État, ce dernier s'abstenant d'intervenir dans les champs de « compétence » dévolus aux institutions cléricales tout en assurant le financement partiel, sinon total de leurs activités. Sous le régime de Duplessis, cette collaboration fut d'autant plus efficace que l'Église et le gouvernement duplessiste manifestaient une volonté commune de défendre le même ordre moral conservateur et traditionnel, perçu comme le ciment idéologique de la nation canadienne-française¹⁸⁷.

10.2 Gardiennes de la foi, ou citoyennes ? La lutte des femmes pour le droit de vote

L'institution familiale – et en particulier les rapports de sexe au sein de la famille – constituait depuis longtemps un terrain d'intervention privilégié de l'Église, qui y voyait le « sanctuaire » tout désigné assurant la sauvegarde des valeurs religieuses et traditionnelles. Dans la perspective du clergé, les femmes, perçues comme les gardiennes par excellence de la famille, devenaient les dépositaires « naturelles » de ces valeurs où la foi et la langue occupaient une place primordiale. Mais pour continuer à assumer le rôle qui leur était ainsi dévolu, les femmes se devaient de renoncer aux dangereux mirages d'égalité que leur faisait miroiter le discours féministe. Revendiquer l'égalité avec les hommes sur les plans politiques et juridiques ne risquait-il pas de déstabiliser la famille et de miner ainsi l'ensemble de l'édifice social, allant jusqu'à menacer la survie même de la nation ? En ce qui a trait à la famille, rappelons que le statu quo supposait une stricte division des rôles sexuels basée sur les différences « innées » entre les hommes et les femmes, différences censées justifier les pouvoirs dévolus aux maris et la soumission exigée des épouses¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Nadia FAHMY-EID et Nicole LAURIN-FRENETTE, « Théories de la famille et rapports famille-pouvoirs dans le secteur éducatif au Québec et en France (1850-1960) », (1980) 34 (2) *Revue d'histoire de l'Amérique française*, 197, 203-204; Mariette SINEAU et Évelyne TARDY, *Droits des femmes en France et au Québec. 1940-1970*, Montréal, Éditions du remue-ménage, 1993, pp. 50-53.

¹⁸⁸ Michelle JEAN « Féminisme et religion au Québec, 1900-1978 », dans E. J. LACELLE (dir.), *La femme et la religion au Canada français*, Montréal, Éditions Bellarmin, 1979, p. 34; M. SINEAU et É. TARDY, *op. cit.*, note 187, p. 54; Andrée LÉVESQUE, *Résistance et transgression. Études en histoire des femmes au Québec*, Montréal : Éditions du Remue-ménage, p. 25.

C'est au nom de ces valeurs conservatrices et pour contrer les risques de la modernité que l'Église catholique s'est battue, jusqu'au milieu du 20^e siècle, pour mettre en échec la majorité des grands projets de réformes libérales militant en faveur de l'égalité des sexes, tant au niveau politique que juridique. Ainsi, l'obtention par les femmes du droit de vote aux élections provinciales en 1940 a suscité la vive désapprobation du Cardinal Villeneuve (alors que le pape Benoît XV s'était prononcé en faveur du suffrage féminin dès 1919)¹⁸⁹. Dans son ensemble, le clergé considérait que l'émancipation socio-politique des femmes et leur entrée dans l'espace public allaient compromettre leur vocation naturelle d'épouses et de mère¹⁹⁰.

10.3 L'Église et l'éducation. Des voies différentes pour les filles

Avec la famille, l'école au Québec fut une autre instance où l'influence de l'Église a été majeure et a eu des effets durables sur le statut économique et social des femmes. Subventionnée en partie par l'État, mais placée sous le contrôle tantôt direct, tantôt indirect de l'Église, l'école a été pour les femmes à la fois un lieu d'accès au savoir, et donc un outil de promotion sociale, mais aussi un lieu de reproduction des rapports inégalitaires entre les hommes et les femmes, à l'image du modèle social lui-même. C'est à l'école que l'ensemble des filles apprendra à assimiler les rôles prévues pour elles au sein de la société. Grâce au rôle important assumé par les religieuses dans le domaine de l'éducation, les filles auront accès à des niveaux et à des formes diversifiées de savoir, même si ce dernier demeurerait dans l'ensemble d'un niveau moindre que celui offert aux garçons. Cependant, c'est à l'école également que les filles assimileront très tôt les modèles et les rôles prévus pour elles dans la société et plus particulièrement dans la cellule familiale. C'est là où elles apprendront les comportements valorisant l'obéissance, la modestie, la fidélité à leurs croyances religieuses et à l'institution cléricale, le respect de la hiérarchie à tous les niveaux, y compris au sein de la famille. C'est là où, dans le cadre de leur préparation à leur futur rôle d'épouse et de mère, elles apprendront l'importance de la soumission des femmes à leur mari¹⁹¹.

10.4 Le droit familial, un enjeu central de la lutte pour l'égalité des sexes

Dans ce contexte, il n'est donc pas surprenant de constater que jusqu'à la Révolution tranquille, le *Code civil* était encore emprunt de l'idéologie cléricale et conservatrice dominante prônant la domination masculine au sein de la famille. Cependant, vers la fin des années 1920, sous la poussée d'une mobilisation féministe en faveur d'une réforme du *Code civil*, le gouvernement mettra sur pied, en 1929, une Commission d'enquête, présidée par le juge Charles-Édouard Dorion, portant sur les droits civils des femmes. Les Commissaires étaient confrontés à deux courants discursifs opposés : une tendance traditionnelle, patriarcale et cléricale, attachée aux valeurs du passé, et une autre, plus moderne, préconisant une re-définition – timide – des normes sociales et juridiques dans le sens d'une plus grande égalité formelle entre les hommes et les femmes. Les conclusions des Commissaires démontrèrent clairement que ce fut la première de ces tendances qui s'est imposée au terme du processus d'enquête¹⁹². Mis à part quelques recommandations de réformes mineures, le rapport final de la Commission Dorion faisait l'éloge du statu quo juridique, qui consacrait, on le verra, une hiérarchie des sexes au sein de la communauté conjugale.

¹⁸⁹ M. JEAN, *loc. cit.*, note 188, 39; M. SINEAU et É. TARDY, *op. cit.*, note 187, p. 51.

¹⁹⁰ Un tel discours transparaît clairement dans un texte adopté par le premier Concile plénier de Québec en à 1909 : « L'Église assurément n'interdit pas à la femme d'exercer son influence pour le bien en dehors de sa demeure, ni de prendre sa part légitime dans l'action sociale [...]. Mais elle réproouve les théories malsaines, propagées dans ces derniers temps et dont nous devons travailler à préserver notre pays. Sous le très fallacieux prétexte de libérer la femme des servitudes que l'on dit peser sur elle, on veut tout simplement l'arracher au foyer dont elle a la garde et la soustraire aux devoirs sacrés que la nature et la Providence lui imposent. Par une regrettable confusion, qui est le fruit de l'ignorance, on laisse entendre que l'égalité entraîne la similitude des droits et l'on veut que la femme entre en une ridicule et odieuse rivalité avec l'homme sur un champ d'action où ni les conditions de lutte, ni les chances de succès ne sauraient être égales ». Cité dans M. JEAN, *loc. cit.*, note 188, pp. 38-39.

¹⁹¹ Micheline DUMONT et Nadia FAHMY-EID, *Les couventines*, Montréal, Boréal, 1986.

¹⁹² A. LÉVESQUE, *op. cit.*, note 188, p. 27.

La mort de Maurice Duplessis en 1959 marquera le recul graduel de l'idéologie clérico-nationaliste, et l'amorce du mouvement de laïcisation et de modernisation de l'État québécois dans le cadre de la Révolution tranquille. Grâce à une vague successive de réformes législatives échelonnées de 1964 à 1991, le *Code civil du Bas Canada*, adopté en 1866, sera graduellement modifié afin, entre autres, d'éliminer les nombreuses inégalités fondées sur le sexe en matière de droit familial qui s'y trouvaient encore¹⁹³. Rappelons que, jusqu'en 1964, le *Code civil* précisait que le mari doit protection à sa femme, et la femme obéissance à son mari¹⁹⁴, et interdisait à la femme mariée de contracter sans le consentement de son mari¹⁹⁵. De plus, avant 1977, seul le père pouvait, au nom de la puissance paternelle, exercer l'autorité sur les enfants¹⁹⁶ et, jusqu'en 1980, l'épouse était tenue d'habiter avec son mari et de le suivre partout où il jugeait bon d'habiter¹⁹⁷. En retour, le mari était obligé de recevoir sa femme dans son domicile et de subvenir à ses besoins essentiels dans la mesure de ses capacités¹⁹⁸.

Il aura donc fallu attendre 1964 pour que la femme mariée – jusqu'alors sous la tutelle de son mari – perde son statut légal de mineur et acquiert la capacité juridique; ceci grâce à une réforme législative¹⁹⁹ modifiant l'article 177 du *Code civil du Bas Canada* qui, désormais, prévoyait que « *la femme mariée a la pleine capacité juridique, quant à ses droits civils, sous la seule réserve des restrictions découlant du régime matrimonial* ». Le caractère patriarcal du droit familial québécois fut attaqué de front avec la réforme du *Code civil* de 1977 qui substituait à la notion de puissance paternelle celle d'autorité parentale, puis fut définitivement aboli avec la réforme de 1980²⁰⁰ qui prévoyait que les époux assurent conjointement la direction de la famille. Aujourd'hui, le *Code civil* dispose qu'« *ensemble, les époux assurent la direction morale et matérielle de la famille, exercent l'autorité parentale et assument les tâches qui en découlent* »²⁰¹. Soulignons que, dès son adoption en 1975, la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec prévoyait déjà que :

« Les époux ont, dans le mariage, les mêmes droits, obligations et responsabilités. Ils assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille et l'éducation de leurs enfants communs. »²⁰²

L'obligation des femmes mariées d'adopter le domicile de leur mari ne sera supprimée qu'avec la réforme de 1980²⁰³, qui mènera à l'ajout dans le *Code civil* d'un article repris intégralement dans le Code actuellement en vigueur : « *Les époux choisissent de concert la résidence familiale* »²⁰⁴. La même réforme substituera à l'obligation du mari de répondre aux besoins essentiels de son épouse une obligation conjointe des deux époux de contribuer aux charges du ménage. Cette modification est reconduite dans le Code actuel, qui dispose que « *les époux contribuent aux charges du mariage à proportion de leurs facultés respectives [et que] chaque époux peut s'acquitter de sa contribution par son activité au*

¹⁹³ Benoît MOORE « La discrimination dans le droit québécois de la famille », dans J.-L. BAUDOIN, P. COWANVILLE, *Droit à l'égalité et discrimination : aspects nouveaux*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2002, p.265-293; M. SINEAU et É. TARDY, *op. cit.*, note 187, p. 69.

¹⁹⁴ C.c.B.C. (avant 1964), art. 174.

¹⁹⁵ C.c.B.C. (avant 1964), art. 177.

¹⁹⁶ C.c.B.C. (avant 1977), art. 243.

¹⁹⁷ C.c.B.C. (avant 1980), art. 175.

¹⁹⁸ *Id.*, art. 175.

¹⁹⁹ *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, L.Q., 1964, c. 66.

²⁰⁰ *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q., 1980, c.39.

²⁰¹ C.c.Q., art. 394.

²⁰² *Charte*, art. 47.

²⁰³ *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, précitée, note 200.

²⁰⁴ C.c.Q., art. 395.

foyer »²⁰⁵. On notera au passage que cet article reconnaît « l'activité au foyer » comme une contribution aux charges du mariage équivalente à la contribution financière tirée d'un emploi salarié.

10.5 Conclusion

Le droit civil québécois, avant la Révolution tranquille, était donc empreint d'une conception patriarcale et inégalitaire des rapports de sexe au sein de la famille. Cette vision entretenait un rapport de correspondance étroite avec le discours clérical dominant qui, de manière similaire, prônait l'autorité paternelle et maritale dans la famille, et cantonnait la femme dans un rôle d'épouse et de mère soumise à l'autorité de son mari. Sans aller jusqu'à affirmer que le droit de la famille était un épiphénomène du discours clérical, on peut dire que le second offrait au premier une formidable légitimation idéologique. À cet égard, les réformes graduelles du *Code civil* évoquées n'ont pu voir le jour que parce que, de manière concomitante, l'influence et le contrôle idéologique que l'Église catholique exerçait autrefois sur la société civile s'étiolaient sous l'impulsion des mouvements modernistes et libéraux (notamment le féminisme).

On est donc en droit de craindre que les gains juridiques relativement récents en faveur d'une plus grande égalité des sexes au sein de la famille ne soient compromis si des autorités religieuses – quelle que soit leur confession – s'appuyaient sur des normes patriarcales pour trancher des litiges familiaux dans le cadre d'un régime d'arbitrage reconnu par l'État. Un tel risque serait d'autant plus grand au sein des communautés juives et musulmanes, que leurs autorités religieuses respectives, contrairement aux églises chrétiennes, préconisent explicitement le recours au droit religieux pour fixer les mesures accessoires du divorce (pension alimentaire, garde des enfants, séparation des biens, etc.).

11. GÉNÉALOGIE DES DROITS CULTURELS : DE QUELLE(S) CULTURE(S) PARLE-T-ON ?

Rappelons que les Chartes québécoise (art. 43) et canadienne (art. 27), ainsi que la Loi sur le multiculturalisme, garantissent aux membres des minorités ethno-culturelles le droit de maintenir et de faire progresser leur culture. L'objectif qui sous-tend ce type de droit, on l'a vu, est de permettre aux minorités de s'insérer dans l'espace public sans pour autant devoir abdiquer complètement leurs particularités ethno-culturelles²⁰⁶.

Certaines questions se posent néanmoins : 1) quelle(s) version(s) de la culture doivent être préservées au nom du droit à la différence ? 2) Est-ce que le groupe minoritaire parle d'une seule et même voix ? 3) Dans la négative, qui sont les porte-parole du groupe et quels intérêts défendent-ils ? Pour répondre à ces questions, il importe de déconstruire les rapports de pouvoir qui sous-tendent le mode de production des revendications culturelles et religieuses dites « de groupe ».

Les théoriciens du nationalisme ont bien montré que les groupes nationalistes, en particulier dans la phase de construction nationale, tendent à inventer et à ré-inventer les traditions culturelles de manière à légitimer leur projet national²⁰⁷. Pour ce faire, les leaders nationalistes puisent dans la mémoire et dans l'imaginaire collectifs afin d'y activer des marqueurs identitaires qui fondent la différence et l'authenticité culturelles de la communauté nationale. Ainsi, avant la Révolution tranquille, le nationalisme québécois trouvait sa raison d'être dans la famille et la religion, qui fondaient la différence des « Canadiens-Français » par rapport aux « Anglais ». Dans le tiers-monde post-colonial, plusieurs mouvements nationalistes traditionnels et religieux ont entrepris de revaloriser, voire d'inventer certaines traditions, érigées en instrument de résistance contre les vestiges de la culture occidentale hérités du colonialisme²⁰⁸. L'identité

²⁰⁵ C.c.Q., art. 396.

²⁰⁶ W. KYMLICKA, *op. cit.*, note 125.

²⁰⁷ Eric HOBBSBAWN « Introduction : Inventing Tradition », dans E. HOBBSBAWN, et T. RANGER (dir.), *The Invention of Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, p. 1-14; Anthony D. SMITH, "Gastronomy or Geology? The role of Nationalism in the Reconstruction of Nations", (1994) 1 (1) *Nations and Nationalism*, 3.

²⁰⁸ Ania LOOMBA, *Colonialism-Postcolonialism*, London, Routledge, 1998.

nationale n'est donc pas porteuse d'une « essence » immuable. Elle est plutôt le fruit d'un travail de façonnement idéologique destiné à asseoir la cohésion de la communauté autour d'une version unifiée de la culture.

Le procédé est le même en ce qui concerne les groupes ethno-culturels minoritaires issus de l'immigration. Les leaders qui revendiquent pour leur communauté le droit à la différence culturelle dans le cadre des institutions québécoises activent eux aussi le langage des traditions pour tracer les frontières symboliques qui démarquent le « Nous » minoritaire du « Eux » majoritaire²⁰⁹. De plus, dans toute société plurielle dite « postmoderne », telle que le Québec, le référent national tend à devenir une identité de groupe parmi d'autres (genre, religion, orientation sexuelle, etc.), et les individus induisent alors leurs droits en fonction des multiples identités et statuts que leur confère chacune de leurs insertions sociales²¹⁰. Dans ce contexte, les immigrants, au Québec comme dans le reste du Canada, sont de plus en plus portés à entrer en contact avec l'État à titre de demandeurs de droits à la différence dérivés de leur identité ethno-culturelle minoritaire. Cependant, ces revendications culturelles soumises au groupe majoritaire tendent à occulter : 1) les rapports de pouvoir qui permettent de faire reconnaître comme universelles et « naturelles » certaines conceptions de la différence culturelle au détriment d'autres, et 2) les voix dissidentes qui contestent les représentations dominantes de « l'authenticité culturelle » de la communauté.

Les recherches féministes ont amplement démontré que, généralement, ce sont les femmes qui sont érigées en dépositaires et gardiennes de l'authenticité culturelle du groupe et qui sont appelées, à ce titre, à assumer de façon disproportionnée le poids des traditions. Ainsi, au nom d'arguments culturels ou religieux, les libertés des femmes sont fréquemment restreintes, leur corps et leur sexualité policés, et leurs comportements soumis au regard scrutateur de la communauté²¹¹. Une étude révèle qu'on retrouve, chez les Américains, une corrélation positive entre la dévotion religieuse et les attitudes sexistes (alors que la religiosité n'était pas corrélée avec les attitudes racistes²¹²). De plus, bien souvent, les pratiques coutumières qui sont défendues au nom de traditions supposément « ancestrales » et immuables s'avèrent en fait des inventions relativement récentes. Ainsi, l'excision au Kenya était une pratique qui tombait en désuétude avant que les nationalistes ne la fassent revivre dans le cadre du mouvement de résistance contre le colonialisme britannique²¹³.

Dans un contexte migratoire, les leaders des communautés en quête de reconnaissance culturelle tendent à présenter le groupe au nom duquel ils parlent comme un bloc monolithique uni autour des mêmes objectifs et des mêmes intérêts. Ce faisant, ils occultent l'hétérogénéité sociale, économique, identitaire et idéologique qui, au sein du groupe, contribue à miner l'unité culturelle, largement mythique, qu'ils invoquent en vue d'obtenir des régimes de droits différenciés²¹⁴. Plus précisément, les revendications culturelles des leaders communautaires comportent le risque d'enfermer les individus dans une culture unidimensionnelle et, du même coup, de nier leurs autres appartenances sociales et intérêts de groupe. En d'autres termes, l'identité ethnique est une structure à géométrie variable selon que l'on soit, notamment, homme ou femme, pauvre ou riche, jeune ou vieux, etc.²¹⁵ Mais les leaders communautaires ne

²⁰⁹ Danielle JUTEAU, « L'ethnicité et la modernité », dans D. JUTEAU (dir.), *L'ethnicité et ses frontières*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1999, pp. 185-197.

²¹⁰ F. ROCHER et D. SALÉE, *loc. cit.*, note 137; J. BEAUCHEMIN, *loc. cit.*, note 137.

²¹¹ Nira YUVAL-DAVIS, *Gender and Nation*, London, Sage Publications, 1997, p. 23.

²¹² Cité dans Gila STOPPLER, « Countenancing the Oppression of Women : How Liberals Tolerate Religious and Cultural Practices that Discriminate against Women », (2003) 12 (1) *Columbia Journal of Gender and Law*, 154, 183-84.

²¹³ Katia POLLIT " Whose Culture?", dans J. COHEN, M. HOWARD, N. NUSSBAUM (dir.), *Is Multiculturalism Bad for Women? Susan Moller Okin with Respondents*, Princeton, Princeton University Press, 1999, pp. 27-31.

²¹⁴ France RADAY, « Culture, religion, and gender », (2003) 1 (4) *International Journal of Constitutional Law*, 663, 699.

²¹⁵ CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Droits des femmes et diversité*, 1997, pp. 10-11.

sont pas les seuls à pratiquer ce genre de réductionnisme. Le regard catégorisant que le groupe majoritaire porte sur les minorités ethniques et racisées contribue aussi à enfermer ces dernières dans une différence culturelle globalisante niant la complexité identitaire des individus qui composent le groupe.²¹⁶ Certains universitaires²¹⁷ et essayistes²¹⁸ ont d'ailleurs accusé le multiculturalisme canadien de contribuer à cette forme de catégorisation réductrice en figeant les membres des minorités culturelles dans des communautés folklorisées et faussement homogènes.

Mais ce front culturel « unifié » est constamment fissuré par une pluralité de voix discordantes à l'intérieur même du groupe minoritaire. Ainsi, plusieurs traditions, pratiques et normes culturelles patriarcales sont contestées par les femmes immigrantes elles-mêmes, dont beaucoup partagent les valeurs défendues par le mouvement féministe. Il est d'ailleurs à noter, à cet égard, que plusieurs immigrantes musulmanes ont fui des pays dont le Code de la famille, fondé sur des interprétations conservatrices du droit islamique, réduit les femmes au rang de citoyennes de seconde zone. Il n'est donc pas surprenant de constater que, parmi les voix qui ont dénoncé le plus activement les conclusions du Rapport Boyd justifiant l'arbitrage religieux, on retrouve celles de groupes et d'individus musulmans, dont le *Conseil canadien des femmes musulmanes*, Fatima Houda-Pépin et Homa Arjomand.

Cependant, au Canada comme au Québec, la discrimination et les préjugés dont sont victimes les minorités ethniques et racisées placent les femmes immigrantes qui luttent contre le caractère patriarcal de certaines pratiques et normes culturelles de leur communauté dans une position délicate. Leur critique féministe des traditions peut servir, bien contre leur gré, à nourrir les discours racistes, qui trouvent justement dans le caractère patriarcal de ces traditions une preuve de l'infériorité culturelle de l'Autre. En conséquence, plusieurs femmes des minorités visibles et ethniques sont placées devant une alternative intenable : soit elles combattent le sexisme des traditions, au risque de nuire à l'image déjà écorchée de leur communauté et d'être accusées de « trahison » culturelle par leurs pairs, soit elles renoncent à dénoncer les traditions pour ne pas miner la cohésion du groupe dans sa lutte contre le racisme, au risque cette fois d'offrir une légitimation aux expressions patriarcales de leur culture communautaire²¹⁹.

Certaines féministes non occidentales ont décidé de ne privilégier aucun terme de cette épineuse alternative qui les oblige à choisir entre leur appartenance sexuelle et leur appartenance culturelle. Par exemple, plusieurs féministes musulmanes tentent, au nom même de l'islam, de mettre en échec les discours intégristes qui utilisent la religion pour légitimer des modèles culturels patriarcaux. En d'autres termes, elles retournent l'argument de « l'authenticité culturelle » contre ceux-là mêmes qui l'utilisent pour faire taire les voix dissidentes au sein du groupe. Ces musulmanes proposent une relecture féministe du Coran et des textes sacrés afin d'y trouver la substance nécessaire à la promotion de modèles culturels fondés sur l'égalité des sexes. Par exemple, la sociologue et féministe marocaine Fatima Mernissi a entrepris, dans une étude ambitieuse²²⁰, une analyse des milliers de pages de Hadiths, c'est-à-dire les paroles et les actes attribués au Prophète après sa mort. Elle est remontée à la source de chaque Hadith que les intégristes religieux invoquent pour justifier des « prescriptions » religieuses sexistes, et en a conclu que leur niveau de véracité et de fiabilité était plus souvent qu'autrement douteux.

²¹⁶ Richard JENKINS, *Rethinking Ethnicity : Arguments and Explorations*, Londres, Sage Publications, 1997.

²¹⁷ Himani BANNERJI, "The paradox of Diversity : The Construction of a Multicultural Canada and Women of Colour", (2000) 23 (5) *Women's Studies International Forum*, 537.

²¹⁸ Neil BISSOONDATH, *Selling Illusions. The Cult of Multiculturalism in Canada*, Toronto, Penguin Books, 1992.

²¹⁹ Homa HOODFAR, "The Veil in their Minds and on Our Heads : The Persistence of Colonial Image of Muslim Women", (1992) 22 (3-4) *Resources for Feminist Research*, 5, 6; G. STOPPLER, *loc. cit.*, note 212, 196; Natasha BAKHT, *Arbitrage, religion et droit de la famille : la privatisation du droit au détriment des femmes*, Ottawa : Association nationale femme et droit, p. 50.

²²⁰ Fatima MERNISSI, *Le harem politique : le prophète et les femmes*, Paris, Albin Michel, 1987.

12. DROIT RELIGIEUX ET ÉGALITÉ DES SEXES : LE CAS DE LA CHARIA

En un mot, à l'encontre de la vision unitaire, on constate au contraire une variabilité extrême des modèles religieux et culturels présentés comme authentiques, ou simplement légitimes, par les divers groupes sociaux en présence. Les choses se compliquent dans le cas des traditions fondées sur l'islam ou le judaïsme puisqu'il n'existe pas, au sein de ces religions, de structures de pouvoir centralisées à même d'offrir un cadre normatif unifié et intégré à l'ensemble de la communauté des croyants. En revanche, ces deux religions possèdent des écoles de droit variées qui, chacune, s'appuient sur une riche exégèse et une volumineuse jurisprudence constituée au fil des siècles. En conséquence, si des instances d'arbitrage religieux étaient autorisées à rendre des jugements ayant force de loi, il serait très difficile de prévoir quelle version du droit religieux prévaudrait comme droit applicable en cas de litige familial.

On peut cependant tenter de cerner les interprétations religieuses politiquement et socialement dominantes, à une époque et dans une société donnée, en examinant des droits étatiques fondés explicitement sur la religion. À cet égard, les États musulmans offrent un laboratoire particulièrement intéressant puisque la plupart d'entre eux se sont dotés, à partir des années 1970, d'un régime de droit familial fondé sur la Charia²²¹. Dans les lignes qui suivent, nous analyserons, en regard des normes internationales en matière d'égalité, certaines règles d'inspiration islamique inscrites dans la Charia d'États musulmans sélectionnés.

12.1 La Charia conjuguée au pluriel : une analyse comparative

La Charia désigne tout code de prescriptions juridiques fondées sur le droit islamique. Il n'existe donc pas une seule Charia unifiée, mais bien plusieurs Charias reflétant chacune une interprétation différente du droit islamique. Les deux principales sources de la Charia sont, par ordre d'importance, le Coran, dont les versets sont considérés comme la parole de Dieu révélée au Prophète Mohammed, et la Sunna, qui regroupe des milliers de Hadiths, soit les paroles et les actes du Prophète tels que consignés par écrit depuis sa mort en 632. Le Coran et la Sunna, qui sont les deux seules sources d'origine divine, sont complétées par trois autres sources : 1) *Ijmaa* : le consensus des spécialistes de la foi à une époque donnée, 2) *Qiyas* : le raisonnement par analogie, et 3) *Itjihad* : l'interprétation indépendante et contextualisée des textes sacrés que sont le Coran et la Sunna²²².

Après la mort du Prophète en 632, l'*itjihad* (le processus d'interprétation) a donné lieu à une « doctrine » florissante qui, au fil des siècles, a graduellement mené à la constitution de quatre grandes écoles de droit dans l'islam sunnite, soit le hanafisme, le malikisme, le chafisme et le hanbalisme. La grande majorité des musulmans chiites, quant à eux, reconnaît comme principale école de droit le jafarisme (qui prévaut entre autres en Iran), alors qu'une minorité appartient aux sectes minoritaires ismaélienne et zaydite, qui possèdent chacune leurs propres autorités normatives. Les États de droit islamique privilégient généralement une de ces écoles dans l'élaboration de la Charia, bien que des emprunts occasionnels aux écoles non reconnues officiellement soient chose courante²²³.

Nous procéderons ici à une analyse sommaire – et donc forcément incomplète – de certaines prescriptions en matière de mesures accessoires du divorce inscrites dans la législation de quatre États musulmans. Afin d'obtenir un échantillon représentatif de la variété d'orientations politiques sur lesquelles peuvent déboucher les différentes incarnations législatives de la Charia, nous avons retenu la Tunisie (libérale), l'Égypte (modérée) et l'Iran (conservatrice). De plus, étant donné que, selon les données de recensement de Statistique Canada (2001), la principale origine ethno-nationale déclarée par les musul-

²²¹ John ESPOSITO, *Women in Muslim Family Law*, Syracuse, Syracuse University Press, 2001.

²²² J. ESPOSITO, *op. cit.*, note 221; Amira MASHHOUR, "Islamic Law and Gender Equality – Could there be a Common Ground? : A Study of Polygamy in Sharia Law and Contemporary Legislation in Tunisia and Egypt", (2005) 27 *Human Rights Quarterly*, 563.

²²³ J. ESPOSITO, *op. cit.*, note 221.

mans du Québec est « algérienne »²²⁴, il nous a semblé pertinent de nous pencher aussi sur le régime de droit familial qui prévaut en Algérie. L'analyse portera sur trois aspects juridiques du mariage et du divorce qui revêtent une importance primordiale pour les femmes et les enfants : 1) les droits inhérents des époux dans le cadre du mariage, 2) la pension ou la prestation compensatoire et 3) la garde et la tutelle des enfants suite au divorce.

12.1.1 Les droits inhérents des époux dans le cadre du mariage

Tunisie : En 1993, le législateur a amendé l'article 23 du *Code du statut personnel*²²⁵ stipulant que l'épouse devait obéissance à son mari en échange d'un droit à l'entretien²²⁶. Le nouveau texte de loi dispose désormais que les deux époux doivent coopérer dans la gestion et les responsabilités financières du ménage, mais prévoit néanmoins que le mari, en tant que chef de famille, doit subvenir aux besoins de l'épouse et des enfants dans la mesure de ses moyens. Cet amendement a été justifié au motif que l'égalité des sexes constitue un principe sous-jacent du Coran et de la Sunna²²⁷.

Égypte : En vertu de la *Loi sur le statut personnel*²²⁸, l'épouse doit obéissance à son mari et ne peut quitter le domicile conjugal sans sa permission. Le mari, en échange, doit assurer l'entretien de son épouse. Le refus d'obéir au mari est un motif suffisant pour dégager ce dernier de sa responsabilité de subvenir aux besoins de son épouse. Ainsi, une femme qui s'absente du foyer conjugal contre la volonté de son mari perd automatiquement son droit à la subsistance²²⁹.

Iran : En vertu du *Code civil*²³⁰, le mari est le chef de famille et doit subvenir aux besoins matériels de sa femme, qui lui doit obéissance, fidélité et loyauté en retour. De plus, une femme ne peut quitter le foyer sans l'autorisation de son mari (l'autorisation doit être écrite si la femme voyage à l'étranger), et est tenue par la loi d'adopter le lieu de résidence choisi par son mari, faute de quoi elle perd son droit à la subsistance²³¹.

Algérie : Selon l'article 39 du *Code de la famille*²³², le mari, en tant que chef de famille, est en droit d'être obéi par son épouse. Le Code énonce également les devoirs de l'épouse vis-à-vis de ses beaux-parents, alors que le mari n'a pas d'obligations analogues vis-à-vis des parents de son épouse. Enfin, il n'est pas prévu explicitement dans le Code qu'une épouse désobéissante perd son droit à être entretenue par son mari²³³.

12.1.2 La pension / prestation compensatoire

En droit musulman, suite à un divorce, la femme peut compter sur des compensations financières qui se présentent sous trois formes. Premièrement, dans la très grande majorité des législations, la femme di-

²²⁴ Parmi les musulmans du Québec recensés en 2001, les 3 origines ethno-nationales les plus rapportées sont algérienne (11385), marocaine (1190) et libanaise (11100), dans STATISTIQUE CANADA, *Portrait ethno-culturel du Canada*, tableau 11.

²²⁵ Promulgué par décret le 13 août 1956 (modifié inter alia par la Loi n° 93/74 du 12 juillet 1993).

²²⁶ Le droit à l'entretien de l'épouse recouvre tous les besoins relatifs à sa subsistance, principalement la nourriture et le logement.

²²⁷ WOMEN LIVING UNDER MUSLIM LAWS, *Knowing our Rights. Women, Family, Laws, and Customs in the Muslim World*, London, 2003, p. 161; A. MASHHOUR, *loc. cit.*, note 222, 586.

²²⁸ Loi n° 100/1985.

²²⁹ WOMEN LIVING UNDER MUSLIM LAWS, *op. cit.*, note 227, p. 162; A. MASHHOUR, *loc. cit.*, note 222, 582.

²³⁰ *Code civil* 1928-1935 (modifié en 1982, 1992 et 1995).

²³¹ WOMEN LIVING UNDER MUSLIM LAWS, *op. cit.*, note 227, p. 162.

²³² Loi no.84-11 du 9 juin 1984 (qui comprend le *Code de la famille*).

²³³ WOMEN LIVING UNDER MUSLIM LAWS, *op. cit.*, note 227, p. 223.

vorcée a droit à une prolongation des « droits d'entretien » pour une période dite « d'attente » (*idda*), qui s'étire sur trois cycles menstruels suivant la répudiation, et durant laquelle le mari peut encore revenir sur sa décision avant que le divorce ne devienne irrévocable. Deuxièmement, dans la majorité des États musulmans, le mari a l'obligation de payer à son épouse la portion du *Mahr* (une sorte de dot) payable à la rupture du lien matrimonial. Tel que nous l'avons vu, en droit islamique, le *Mahr* est une obligation contractuelle dont le mari doit s'acquitter en deux versements, dont l'un à la signature du contrat de mariage, et l'autre suite au divorce, le cas échéant. L'objectif de cette obligation monétaire est d'assurer une protection financière à la femme en cas de divorce. Par contre, le montant du *Mahr* est fixé dans le contrat de mariage au terme de négociations entre les époux et leurs familles, et n'est pas soumis à un contrôle judiciaire. Il s'ensuit que, dans la plupart des cas, les femmes ne disposent d'aucun recours judiciaire pour réclamer un ajustement du *Mahr* en fonction des capacités et des ressources financières du mari suite au divorce. Enfin, à certaines conditions qui varient d'un pays à l'autre, la femme peut également avoir droit, au terme de la période d'attente qui suit la répudiation, à l'équivalent d'une pension (*Mata'a*) dont la durée est déterminée par un juge. Cependant, dans plusieurs systèmes législatifs, cette forme de pension destinée aux femmes divorcées a une durée assez limitée dans le temps, et son obtention peut être conditionnelle.

Tunisie : En vertu de l'article 3 du *Code du statut personnel*²³⁴, le montant du *Mahr* doit absolument être spécifié dans le contrat de mariage, sans quoi l'acte de mariage est réputé nul et non avenu. De plus, en vertu de l'article 31, si l'épouse a été répudiée injustement ou pour des raisons non valables, la Cour détermine le montant de la pension (*Mata'a*) qui devra lui être versée par son ex-mari. Le montant de cette prestation est fixé par le tribunal en fonction du niveau de vie auquel l'épouse était habituée, et peut prendre la forme d'un versement unique, de versements annuels, ou d'une cession de propriété. Le montant du *Mata'a* peut faire l'objet d'une révision judiciaire en tout temps en fonction de la situation économique des parties et de la capacité de payer du mari. Un tel cadre est donc comparable aux normes occidentales en matière de pension et de prestation compensatoire, mis à part le fait non négligeable qu'un mari peut se voir dispenser d'assurer une protection financière à son ex-épouse s'il arrive à convaincre le juge qu'il a répudié sa femme pour des raisons valables²³⁵.

Égypte : En vertu de la *Loi sur le statut personnel*²³⁶, toute femme divorcée a droit à une pension pour une période maximale d'un an. Toutefois, une femme que son mari a divorcée sans son consentement et sans motifs valables a droit à une pension alimentaire pour une période d'au moins deux ans²³⁷. Il revient à la Cour de fixer le montant de cette pension, ainsi que sa durée, en prenant en considération les ressources financières du mari, les circonstances du divorce et la durée du mariage²³⁸. Notons qu'en droit égyptien, comme dans la majorité des régimes de droit familial en vigueur dans les pays musulmans, une épouse qui veut divorcer sans le consentement de son mari doit en faire la demande auprès d'un tribunal (divorce judiciaire), qui n'accordera le divorce que dans certaines circonstances exceptionnelles, telles la disparition ou la désertion du mari, son emprisonnement, un mauvais traitement ou un préjudice subi, ou encore lorsque le mari est affligé d'une maladie dangereuse ou contagieuse²³⁹. Or, depuis 2000, ces critères extrêmement restrictifs, déduits de la doctrine religieuse officielle, peuvent être contournés grâce à un amendement législatif en vertu duquel une épouse peut désormais obtenir le divorce auprès d'une cour de justice sans le consentement de son mari et sans justification, à la condition toutefois qu'elle renonce à toute forme de compensation financière, y compris la pension alimentaire pour elle et les enfants dont elle a la garde, ainsi que la portion du *Mahr* payable au moment du divorce²⁴⁰. Cette réforme, qui

²³⁴ Précité, note 225.

²³⁵ WOMEN LIVING UNDER MUSLIM LAWS, *op. cit.*, note 227, p. 320.

²³⁶ Précité, note 228.

²³⁷ J. ESPOSITO, *op. cit.*, note 221, p. 59.

²³⁸ WOMEN LIVING UNDER MUSLIM LAWS, *op. cit.*, note 227, p. 321.

²³⁹ A. MASHHOUR, *loc. cit.*, note 222, 579.

²⁴⁰ *Loi sur le statut personnel*, no.100/1985, modifiée le 27 janvier 2000.

trouve sa source justificative dans le Coran, a été présentée dans les média égyptiens comme progressiste parce qu'elle permet dorénavant à la femme de rompre le lien matrimonial sans avoir à se justifier auprès d'un tribunal²⁴¹. Mentionnons que le fait de rendre le droit de la femme au divorce conditionnel à son renoncement à tous ses droits matériels et financiers est clairement contraire au principe de l'égalité des sexes qui sous-tend le droit familial canadien et québécois.

Iran : En vertu du *Code civil*²⁴², l'épouse a droit à la portion du *Mahr* payable au divorce, à moins que le tribunal n'ait statué qu'elle était responsable de l'échec du mariage, auquel cas le mari se voit libéré de cette obligation financière. De plus, une femme divorcée n'a pas droit à une pension au-delà de la « période d'attente » (*Idaa*) de trois cycles menstruels qui suit la répudiation²⁴³. Par contre, en Iran, suite à un amendement législatif datant de 1993, les tribunaux peuvent dorénavant exiger d'un mari divorcé qu'il verse un « salaire » à son ex-femme afin de la dédommager pour tout le travail domestique non rémunéré qu'elle a effectué durant la période du mariage (à moins que l'épouse ne soit tenue responsable de l'échec du mariage). La prise en compte par les tribunaux du travail domestique dans la fixation de la pension accordée à l'épouse constitue une innovation qui s'inscrit dans l'esprit du droit familial canadien²⁴⁴.

Algérie : En vertu du *Code de la famille*²⁴⁵, l'épouse a automatiquement droit au montant du *Mahr* spécifié dans le contrat de mariage. De plus, le juge peut imposer des « dommages compensatoires » additionnels s'il estime que le mari a abusé de son droit de répudier son épouse, c'est-à-dire s'il s'est divorcé d'elle pour des motifs futiles²⁴⁶. Par contre, en dehors de son « droit à l'entretien » durant la période d'attente de 3 cycles menstruels qui suit la répudiation (*Ida*), une femme n'a droit à aucune pension alimentaire additionnelle, hormis celle destinée aux enfants dont elle a la garde²⁴⁷.

12.1.3 La garde et la tutelle des enfants suite au divorce

Dans une minorité d'États dont le droit familial est fondé sur l'islam, par exemple en Tunisie et au Sénégal, les droits de garde et de tutelle des époux, suite à un divorce, sont déterminés par le tribunal en fonction du meilleur intérêt de l'enfant. Par contre, dans la majorité des autres États appliquant un droit familial islamique, la loi fixe généralement des intervalles d'âge précis à l'intérieur desquels la garde revient successivement à la mère, puis au père, pour des périodes qui varient d'une législation à l'autre. De plus, les dispositions juridiques en matière de garde sont à géométrie variable selon le sexe de l'enfant. De manière générale et avec quelques exceptions, la garde des garçons est accordée à la mère jusqu'à l'âge de 7 ans en moyenne, après quoi elle est transférée au père. La garde des filles est généralement attribuée à la mère jusqu'à la puberté (qui est fixée à des âges variables selon les pays) ou, occasionnellement, jusqu'au mariage de la jeune fille. Par contre, on le verra plus loin, il est fréquent qu'en vertu de la loi, la mère perde automatiquement son droit de garde dès qu'elle se remarie. En ce qui concerne la tutelle, elle revient d'office au père qui, en conséquence, est tenu par la loi, suite à un divorce, de subvenir aux besoins de ses enfants mineurs, y compris durant la période où la garde incombe à la mère²⁴⁸.

²⁴¹ J. ESPOSITO, *op. cit.*, note 221, p. 60; A. MASHHOUR, *loc. cit.*, note 222, 583.

²⁴² Précité, note 230.

²⁴³ WOMEN LIVING UNDER MUSLIM LAWS, *op. cit.*, note 227, pp. 316 et 320.

²⁴⁴ *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813.

²⁴⁵ Précité, note 232.

²⁴⁶ WOMEN LIVING UNDER MUSLIM LAWS, *op. cit.*, note 227, p. 321.

²⁴⁷ *Id.*, p. 323.

²⁴⁸ WOMEN LIVING UNDER MUSLIM LAWS, *op. cit.*, note 227, p. 337-346; J. ESPOSITO, *op. cit.*, note 221, pp. 35-36.

Tunisie : Le *Code du statut personnel*²⁴⁹ reconnaît aux deux époux un droit égal en matière de tutelle des enfants, tant pendant qu'après la période du mariage. Quant à la garde, le tribunal est chargé d'en déterminer les bénéficiaires en fonction du meilleur intérêt de l'enfant²⁵⁰.

Égypte : Depuis 1985, suite à un amendement à l'article 20 de la *Loi sur le statut personnel*²⁵¹, les mères divorcées se voient attribuer la garde des garçons jusqu'à l'âge de 10 ans, et celle des filles jusqu'à l'âge de 12 ans. Il est à noter qu'un juge peut décider, à sa discrétion, de prolonger la garde du garçon jusqu'à l'âge de 15 ans, et celle de la fille jusqu'à son mariage²⁵². Notons qu'un tel cadre s'écarte légèrement des normes habituelles en droit hanafite – la source officielle d'inspiration de la Charia égyptienne –, qui accorde à la mère divorcée un droit de garde sur les garçons jusqu'à l'âge de 7 ans, et sur les filles jusqu'à l'âge de 9 ans²⁵³.

Iran : En vertu de la loi, le père se voit automatiquement confier la garde des garçons âgés de 2 ans et plus, et celle des filles âgées de 7 ans et plus. En deçà de ces âges, la garde des enfants est confiée à la mère. Cependant, dans le cas où la mère se remarie, elle perd automatiquement ses droits de garde. Bien que, en théorie, la loi autorise le juge à déroger à ces normes s'il estime que le transfert de la garde au père auraient des effets préjudiciables sur la santé morale ou physique de l'enfant, il est rare, en pratique, qu'un père soit déclaré inapte à assumer la garde, et ce même dans les cas de violence domestique avérés²⁵⁴.

Algérie : Le *Code de la famille*²⁵⁵ prescrit qu'en cas de divorce, la garde des garçons âgés de moins de 16 ans incombe à la mère. Par contre, si la mère se remarie, elle perd la garde du garçon dès que ce dernier atteint l'âge de 10 ans. Enfin, la loi stipule que la mère divorcée a droit à la garde de sa fille jusqu'au mariage de cette dernière. Cependant, si elle se remarie, la mère perd automatiquement son droit de garde sur sa fille, au profit du père²⁵⁶.

12.2 La Charia à l'épreuve du droit international

Les réticences que plusieurs États musulmans ont exprimées, dans le cadre du processus de négociation et d'adoption de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*²⁵⁷, constituent une illustration éloquentes des possibles contradictions qui peuvent surgir entre la Charia et la norme internationale d'égalité des sexes. Ainsi, plusieurs États musulmans n'ont adhéré à la Convention qu'après avoir apporté des réserves (souvent spécifiques) destinées à soustraire leur droit interne à certaines dispositions de ce texte de loi²⁵⁸. Une vingtaine de ces réserves ont été apportées au motif qu'une ou plusieurs dispositions de la Convention (en particulier les articles 16, 2 et 5) étaient incompatibles avec les principes religieux qui sous-tendent le cadre législatif de l'État contestataire. De plus, la majorité de ces réserves concernaient l'article 16.1 de la Convention, qui assure aux hommes et

²⁴⁹ Précité, note 225.

²⁵⁰ WOMEN LIVING UNDER MUSLIM LAWS, *op. cit.*, note 227, p. 344.

²⁵¹ Précité, note 228.

²⁵² WOMEN LIVING UNDER MUSLIM LAWS, *op. cit.*, note 227, p. 345.

²⁵³ J. ESPOSITO, *op. cit.*, note 221, p. 35.

²⁵⁴ WOMEN LIVING UNDER MUSLIM LAWS, *op. cit.*, note 227, p. 345.

²⁵⁵ Précité, note 232 (ci-après « Convention »).

²⁵⁶ WOMEN LIVING UNDER MUSLIM LAWS, *op. cit.*, note 227, p. 345.

²⁵⁷ Précitée, note 86.

²⁵⁸ F. RADAY, *loc. cit.*, note 214, 679-680; Vida AMIRMOKRI, *L'islam et les droits de l'homme. L'islamisme, le droit international et le modernisme islamique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004, pp. 107-110.

aux femmes des droits égaux dans le cadre des rapports familiaux²⁵⁹. L'article 16.1 de la Convention s'énonce comme suit :

« 16(1) Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, assurent, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme :

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

Dans plusieurs cas, une réserve était formulée par un État musulman qui invoquait la Charia pour exclure son droit familial du champ d'application d'un ou plusieurs alinéas de l'article 16.1. Il s'agit entre autres de l'Algérie, du Bangladesh, de l'Égypte, de l'Iraq, de la Jordanie, du Kuweit, du Liban, de la Libye, de la Malaisie, des Maldives, du Maroc, de l'Arabie Saoudite et de la Tunisie²⁶⁰. Il apparaît donc qu'un nombre significatif d'États musulmans ont explicitement invoqué des motifs d'ordre religieux pour justifier une dérogation à l'article de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, qui crée pour les parties contractantes l'obligation d'assujettir leur législation familiale aux normes internationales d'égalité des sexes.

12.3 Conclusion

On peut dire qu'il existe un vaste champ des possibles en matière de codifications législatives de la Charia. Par ailleurs, malgré cette grande diversité, on a pu relever un nombre substantiel de dispositions législatives qui font entorse aux principes de l'égalité des sexes et du respect des droits de l'enfant consacrés par les normes internationales. Ainsi, à l'exception notable de la Tunisie, la plupart des législations

²⁵⁹ F. RADAY, *loc. cit.*, note 214, 679-680; V. AMIRMOKRI, *op. cit.*, note 258, p. 109.

²⁶⁰ V. AMIRMOKRI, *loc. cit.*, note 258, p.109; F. RADAY, *loc. cit.*, note 214, p. 680; Notons qu'après avoir examiné la nature précise de ces réserves, Amirmokri a relevé que l'Algérie, l'Égypte, l'Iraq, la Malaisie et le Maroc ont formulé des réserves sur la totalité de l'article 16.1, alors que la Libye n'en a formulées que sur les alinéas c et d, la Tunisie sur les alinéas c, d, f, g et h, la Jordanie sur les alinéas c, d et g, le Bangladesh sur les alinéas c et f, et enfin le Koweït sur l'alinéa f. Le libellé de ces réserves est consigné dans *Traités multilatéraux déposés auprès du secrétaire général, État au 31 décembre 2000*, New York, Nations Unies, 2001, chapitre IV.8.

analysées consacrent un régime de droits et de responsabilités à géométrie variable fondé sur le sexe. Par exemple, non seulement est-il fréquent que la subordination de l'épouse vis-à-vis de son mari soit explicitement prescrite par la loi mais, plus inquiétant encore, la femme divorcée peut perdre son droit à une pension ou à une prestation compensatoire si le tribunal estime qu'elle porte la responsabilité de l'échec du mariage, notamment en raison de sa désobéissance. Enfin, rares sont les systèmes où, comme en Tunisie ou en Turquie, le critère du meilleur intérêt de l'enfant doit guider les juges dans leurs décisions relatives à la garde des enfants.

Toutes les lectures interprétatives du droit religieux – qu'il soit islamique, judaïque ou chrétien – ne débouchent pas automatiquement sur un cadre normatif sexiste et discriminatoire en matière de rapports familiaux. Il est même facile d'identifier des équivalences entre, d'une part, certaines catégories normatives tirées du droit religieux et, d'autre part, les normes canadiennes, québécoises et internationales en matière de droit familial²⁶¹. Toutefois, le caractère pluriel des interprétations doctrinales et des applications législatives du droit religieux – qui peuvent aller des plus progressistes aux plus conservatrices –, contribue à rendre toute forme de régulation religieuse des rapports familiaux imprévisible, et donc possiblement préjudiciable pour les parties vulnérables.

Au-delà du seul cas du droit islamique, il semblerait que la pénétration du droit étatique par la religion tende à tirer les normes législatives d'égalité des sexes vers le bas, soit en deçà des standards que commande un régime de droits civils universels de type républicain. Comme on l'a vu, le Québec ne fait pas exception à la règle. En effet, filtrées à travers le prisme idéologique du catholicisme, les normes légales québécoises en matière de mariage et de divorce se sont en effet appuyées, jusqu'à la Révolution tranquille, sur une vision ségréguée et inégalitaire des rôles et des obligations qui incombent aux époux dans les sphères publique et privée.

13. L'INTERVENTION ÉTATIQUE DANS LA RÉGULATION DES RAPPORTS FAMILIAUX

S'il est vrai que les pouvoirs religieux ont contribué, dans beaucoup de sociétés, à la reproduction de modèles inégalitaires de rapports de sexe, la perte d'influence du clergé et de la religion n'a pas été suffisante, ici comme ailleurs, pour éradiquer les modèles, les pratiques, les discours et les attitudes sexistes qui prévalent dans la sphère privée, notamment dans la famille. C'est pourquoi il importe de voir en quoi le principe même d'un droit familial privatisé échappant au contrôle judiciaire pourrait menacer les droits des femmes suite à une rupture du lien conjugal.

13.1 La frontière « public / privé » revue et corrigée

Les théories et les analyses féministes ont largement démontré que la sphère du privé est de l'ordre du politique. Elles ont souligné que plusieurs des inégalités fondées sur le sexe trouvent leur origine dans l'institution familiale. C'est d'ailleurs pour cette raison que les mouvements féministes luttent depuis les années 1960 pour que les rapports familiaux qui prennent forme dans la sphère privée deviennent juridiquement imputables au regard du droit étatique. Certains gains sont relativement récents. Ainsi, au Canada, avant les années 1980, les agressions sexuelles entre conjoints n'étaient pas encore prohibées en vertu du *Code criminel*. Ce n'est qu'en 1983 que ce dernier a été modifié afin que les auteurs de viols conjugaux puissent être poursuivis au criminel²⁶².

²⁶¹ Par exemple, les concepts de droit islamique que sont le *Mahr* et le *Mata'a* sont comparables, de par leurs objectifs, à l'obligation qui peut incomber à l'un des conjoints, en droit canadien, de verser une pension alimentaire ou une prestation compensatoire au conjoint le plus vulnérable économiquement suite à la rupture. Voir P. FOURNIER, *loc. cit.*, note 175.

²⁶² *Code criminel*, L.R.C., 1985, c. C-46, art. 278 : « Un conjoint peut être inculpé en vertu des articles 271 [agressions sexuelles], 272 [agressions sexuelles armées], ou 273 [agressions sexuelles graves] pour une infraction contre l'autre conjoint, peu importe s'ils cohabitaient ou non au moment où a eu lieu l'activité qui est à l'origine de l'inculpation ».

Afin de faire reconnaître que la sphère privée, non seulement n'est pas exempte de rapports sexués de domination, mais concourt même à leur émergence, les mouvements féministes ont dû démonter l'idéologie dominante selon laquelle la famille constitue nécessairement un havre de paix à l'abri des inégalités et des injustices propres à l'espace public et au marché du travail. Le postulat qui sous-tend ce discours est que, au sein du noyau familial, le père ou le mari constitue un protecteur et un chef dont toutes les décisions sont forcément prises dans le meilleur intérêt de la femme et des enfants. Cette idéologie tend à rendre la discrimination sexuelle dans la famille socialement invisible, bien que le féminisme ait démontré que les rapports familiaux à la fois produisent et re-produisent les rapports sexués de domination qui ont cours dans la sphère publique. La privatisation du droit familial s'inscrit en quelque sorte dans la même logique discursive, selon laquelle la justice de l'État n'a pas à se substituer à la « justice naturelle » de la famille²⁶³.

Ce type de discours a pour effet de naturaliser la frontière qui sépare les sphères publique et privée et, en conséquence, fait oublier que ce qui, il y a quelques décennies, était considéré comme relevant d'une sphère privée inviolable, est aujourd'hui soumis à la régulation politique et juridique de l'État²⁶⁴. Ainsi en est-il du concept de « négligence parentale » qui autorise, depuis le XX^e siècle, l'État à retirer un enfant à sa famille lorsque celle-ci est jugée inapte à s'en occuper. À partir du moment où l'on occulte le caractère socialement construit et historiquement variable de la frontière publique/privée, il devient facile de considérer comme « contre-nature » toute forme d'intervention de l'État dans la sphère privée.

Il faut dire aussi que, dans le contexte idéologique néo-libéral actuel, les projets de dérégulation étatique sont de plus en plus courants. Dans cette perspective, l'État doit se départir le plus possible de son pouvoir régulateur au profit des individus afin de favoriser les libertés et les initiatives personnelles. Le discours néo-libéral attribue donc à l'État un rôle régulateur minimal, préconisant plutôt l'auto-régulation des rapports sociaux au sein de la sphère privée. La Loi sur l'arbitrage de l'Ontario s'accorde parfaitement avec ce cadre discursif. Les arguments avancés par Marion Boyd pour défendre la privatisation du droit familial illustrent bien cette filiation idéologique :

« Les particuliers, les personnes morales et les autres institutions du secteur privé peuvent établir des relations juridiques privées [...]. Suggérer que l'État devrait exercer une surveillance sur chacune des relations établies à titre privé serait présumer que personne n'est capable de prendre des décisions pour son propre compte. Cela dénote un degré de paternalisme que j'estime non approprié et qui constituerait une forme d'intrusion inacceptable. »²⁶⁵

Dans une optique résolument néo-libérale, Marion Boyd soutient, dans l'extrait précité, que tout rapport contractuel librement consenti doit être à l'abri du contrôle « paternaliste » de l'État. Elle reconnaît toutefois, au détour d'une phrase, que « *la distinction entre "public" et "privé" revêt une importance particulière pour les juristes féministes* ». Elle n'approfondit cependant pas la question et s'empresse de réaffirmer la primauté du droit des particuliers à « *établir des liens juridiques de leur propre chef* »²⁶⁶. Selon cette logique, les individus en quête d'une solution judiciaire à leur litige familial sont réduits à n'être plus que des consommateurs appelés à choisir à la carte le type de droits qui convient le mieux à leurs besoins dans un « marché des droits », où le droit civil est en concurrence égale avec le droit religieux.

²⁶³ Susan BOYD « Challenging the Public/Private Divide : an Overview », dans S. BOYD (dir.), *Challenging the Public/Private Divide : Feminism, Law, and Public Policy*, Toronto, University of Toronto Press, 1997, pp. 3-33; Susan MOLLER OKIN "Is Multiculturalism Bad for Women", dans J. COHEN, M. HOWARD et N. NUSSBAUM (dir.), *Is Multiculturalism Bad for Women? Susan Moller Okin with respondents*, Princeton, Princeton University Press, 1999, pp. 1-24.

²⁶⁴ S. BOYD, *loc. cit.*, note 263, 19.

²⁶⁵ M. BOYD, *op. cit.*, note 176, p. 85.

²⁶⁶ *Id.*, p. 81.

Ce discours est problématique car il suppose que les parties engagées dans le processus d'arbitrage, ou encore de médiation familiale, sont sur un pied d'égalité, et donc à armes égales. Or, les contractants sont inscrits dans des rapports sociaux de domination (symboliques, culturels, et socio-économiques) dont le caractère systémique instaure un rapport de force inégal qui défavorise les membres des groupes vulnérables tels que les femmes, les minorités visibles et les démunis. En conséquence, la privatisation du droit familial et son corollaire, le déficit de contrôle judiciaire, risquent d'avoir des répercussions négatives sur les femmes et les enfants. En particulier, suite à une rupture conjugale, les préjugés et les attitudes sexistes inscrits dans les représentations sociales dominantes risquent de teinter autant les décisions arbitrales que les ententes de séparation conclues par le biais de la médiation. Nous verrons précisément, dans les lignes qui suivent, que le laisser-faire étatique en matière de divorce peut contribuer à renforcer certains mécanismes discriminatoires qui jouent en défaveur des femmes.

13.2 La nécessaire régulation étatique des mesures accessoires du divorce

Rappelons que la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* dispose que les États ont l'obligation positive de prendre « toutes les mesures appropriées pour [...] modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes »²⁶⁷. Or avec la privatisation du droit familial, l'État risque non seulement de faillir à son obligation de modifier les schémas et les modèles culturels sexistes, mais il risque même de renforcer ces derniers par son inaction.

Dans les lignes qui suivent, nous illustrerons cette idée à l'aide de deux exemples : les ententes de séparation négociées hors cour et le divorce religieux judaïque. Dans les deux cas, on le verra, l'État a dû intervenir, tantôt par son bras judiciaire (13.2.1), tantôt par son bras législatif (13.2.2), pour contrer les effets délétères sur les femmes de la régulation extrajudiciaire des conséquences du divorce.

13.2.1 Les ententes de séparation négociées hors cour et la pension alimentaire

En 1988, soit deux ans après l'entrée en vigueur de la plus récente mouture de la *Loi sur le divorce*, le ministère canadien de la Justice a procédé à l'analyse de 1478 dossiers judiciaires de divorce recueillis dans quatre villes canadiennes, soit Saint-John's, Montréal, Ottawa et Saskatoon. L'étude démontre, entre autres, que les arrangements privés négociés hors cour entre conjoints désavantagent fortement les femmes²⁶⁸. Craig Martin, se référant aux résultats de cette étude, remarque :

« Les femmes, dans des proportions anormalement élevées, ne reçoivent aucune pension alimentaire dans le cadre d'ententes de séparation négociées hors cour. Cela laisse à penser que les femmes reçoivent en pension alimentaire des sommes moins élevées que celles qu'elles auraient obtenues par décision d'un tribunal. »²⁶⁹ (Notre traduction)

Mais un des résultats les plus surprenants de l'étude est, aux yeux de ses auteurs, que la pension alimentaire pour époux est rarement demandée par les femmes elles-mêmes dans le cadre des procédures de divorce. Ainsi, la phase qualitative de l'étude – basée sur des entretiens en profondeur auprès de 599 personnes divorcées ou en instance de divorce – a révélé que 78 % des femmes interviewées avaient renoncé à demander une pension alimentaire pour époux. Les auteurs ont voulu connaître les raisons qui poussaient une si forte majorité des femmes interviewées à renoncer à faire une telle demande : 24 % d'entre elles ont justifié leur décision au motif qu'elles étaient contre le principe même de la pension alimentaire pour époux ou qu'elles voulaient couper définitivement les ponts avec leur ex-mari; 11 % consi-

²⁶⁷ Précitée, note 86, art. 5a).

²⁶⁸ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Évaluation de la Loi sur le divorce – Étape II : Contrôle et évaluation*, 1990, p. 85.

²⁶⁹ Craig MARTIN, « Negotiation Theory and Spousal Support Under Canadian Divorce Law », (1998) 56 (1) *University of Toronto Faculty of Law Review*, 135, 155.

déraient que leur ex-mari n'avait pas la capacité de payer ou qu'une demande d'aliments pour époux était vouée à l'échec; enfin 63 %, la majorité, ont déclaré ne pas avoir besoin d'une pension alimentaire, estimant qu'elles étaient autosuffisantes²⁷⁰. Selon les auteurs de l'étude, ce dernier type de motif – l'auto-suffisance économique – contraste de manière tranchée avec la situation financière des femmes interviewées. Ainsi, non seulement 46 % d'entre elles avaient un revenu inférieur au seuil de faible revenu (et ce même en comptant les sommes tirées des pensions alimentaires pour enfants et pour époux²⁷¹), mais l'écart de revenu moyen entre les femmes qui ont fait une demande d'aliments pour époux et celles qui y ont renoncé est négligeable, les premières ayant un revenu mensuel moyen de 1 855 \$, contre 1 947 \$ pour les secondes, une différence de 92 \$²⁷².

Des données plus récentes indiquent aussi que la monoparentalité – qui est le lot d'une majorité de mères divorcées – est davantage un facteur d'appauvrissement pour les femmes que pour les hommes. Par exemple, d'après Statistique Canada, en 2001, 36,4 % des mères monoparentales au Canada avaient un revenu après impôts inférieur au seuil de faible revenu, contre 17,9 % chez les pères monoparentaux. De plus, 32,8 % des ménages monoparentaux dirigés par une femme consacraient plus de 30 % aux dépenses de logement, contre 19,1 % des ménages monoparentaux dirigés par un homme²⁷³.

Dans ces conditions, comment expliquer cette propension marquée des femmes divorcées à renoncer de leur plein gré à la pension alimentaire pour époux? Craig Martin²⁷⁴ fait valoir, entre autres explications, que la pension alimentaire pour époux est encore considérée culturellement comme une faveur que l'homme accorde à la femme suite à un divorce, et non comme une obligation juridique. L'ex-juge de la Cour suprême du Canada, Claire L'Heureux-Dubé, abondait dans le même sens dans un article de doctrine :

« Le fait que [...] la pension alimentaire soit perçue comme une forme dégradante d'assistance sociale pour femmes à charge, au lieu d'une compensation bien méritée pour le travail domestique et l'éducation des enfants, contribue très probablement à expliquer ces statistiques. »²⁷⁵ (Notre traduction)

Autrement dit, puisque dans le discours dominant le travail domestique et l'éducation des enfants n'ont pas de valeur économique socialement reconnue, certaines femmes au foyer peuvent en venir à ne pas se croire autorisées à réclamer une pension alimentaire, ou à se contenter de compensations financières largement en deçà de ce à quoi elles pourraient avoir droit selon la loi. Ce type de préjugés, souvent intériorisés par les femmes elles-mêmes, a pu être mis partiellement en échec par le biais d'un contrôle judiciaire, imparfait certes, mais largement nourri par les revendications féministes des cinquante dernières années. Ainsi, dans l'arrêt *Moge*²⁷⁶, la plus haute cour du pays soulignait les insuffisances d'une conception restrictive de l'obligation alimentaire perçue comme « *une simple mesure temporaire devant viser uniquement l'accession par le créancier à l'autonomie économique* »²⁷⁷. Dans cet arrêt qui a largement fait jurisprudence, la Cour suprême, sous la plume de l'honorable Claire L'Heureux-Dubé, soulignait l'importance pour les tribunaux de prendre en considération le travail non rémunéré des femmes au foyer dans leur décision d'attribuer ou de reconduire une pension alimentaire :

²⁷⁰ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 268, pp. 83-84.

²⁷¹ *Id.*, p. 103.

²⁷² *Id.*, p. 84.

²⁷³ Secrétariat à la condition féminine, *L'avenir des Québécoises. Les suites des consultations de mars 2003*, 2003, pp. 69 et 72.

²⁷⁴ C. MARTIN, *loc. cit.*, note 269, 155.

²⁷⁵ Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « Economic Consequences of Divorce : A View from Canada », (1994) *Houston Law Review*, 325, 364.

²⁷⁶ *Moge c. Moge*, précité, note 244.

²⁷⁷ B. MOORE, *loc. cit.*, note 193, 277.

« Les femmes ont eu tendance à subir les inconvénients économiques qui découlent du mariage ou de son échec en raison de la répartition traditionnelle des tâches qu'on y retrouve. Dans l'histoire, ou du moins l'histoire récente, les femmes apportaient une contribution non monétaire à l'union conjugale sous forme de travail au foyer, notamment les soins du ménage et l'éducation des enfants. De nos jours, bien que de plus en plus de femmes travaillent à l'extérieur du foyer, leur emploi continue de jouer un rôle secondaire et des sacrifices doivent encore être faits pour des motifs d'ordre domestique. Ces sacrifices empêchent souvent la personne qui les fait [habituellement l'épouse] de maximiser sa capacité de gain parce qu'elle risque de renoncer à des chances de formation et de développement professionnel. Ces sacrifices peuvent aussi permettre à l'autre conjoint [habituellement l'époux] d'accroître sa capacité de gagner sa vie puisque, ainsi libéré des tâches assumées par l'autre, il peut envisager des avantages économiques. Cette situation peut entraîner une certaine iniquité. »²⁷⁸

La Cour suprême part donc du constat que les chances d'une femme divorcée de recouvrer son autonomie économique suite à un divorce peuvent avoir été durablement compromises en raison de son retrait prolongé du marché du travail. Partant, la Cour consacre le modèle de la pension alimentaire à vocation compensatoire (ou indemnitaire). Il s'agit alors, dans cette perspective, d'une « pension-redevance » que les femmes divorcées ou séparées sont en droit d'exiger en compensation du désavantage économique que leur absence prolongée du marché du travail leur a occasionné pendant les années qu'elles ont consacrées à l'éducation des enfants et à l'entretien domestique du ménage, contribuant ainsi à l'avancement professionnel et à l'enrichissement de leur époux. Ce modèle compensatoire de la pension pour époux, qui prend naissance dans la jurisprudence, part du même principe que la notion de prestation compensatoire consacrée à l'article 427 du *Code civil*²⁷⁹.

Une telle approche s'inscrit résolument dans un cadre d'analyse féministe qui souligne la responsabilité de l'État d'opérer la régulation juridique et judiciaire des rapports familiaux afin d'enrayer la reproduction, et même le renforcement, des inégalités fondées sur le sexe déjà en place dans la sphère privée, et dans la société en générale²⁸⁰. Ainsi, si l'État autorisait l'arbitrage privé à effets légalement contraignants en matière de droit familial, un tel désengagement laisserait craindre que les femmes se voient priver, derrière des portes closes, de droits fondamentaux et de garanties juridiques obtenus au prix de dures luttes féministes²⁸¹. L'étude précitée du ministère de la Justice tend à accréditer l'hypothèse selon laquelle la régulation « privée » des divorces, même sur une base consensuelle, peut constituer un facteur contre-productif dans la lutte pour l'avancement et la préservation des droits des femmes si elle n'est pas soumise à un contrôle judiciaire serré.

²⁷⁸ *Moge c. Moge*, précité, note 244, 861.

²⁷⁹ C.c.Q., art. 427 : « Au moment où il prononce la séparation de corps, le divorce ou la nullité du mariage, le tribunal peut, lors du prononcé du divorce ou de la séparation de corps, ordonner à l'un époux de verser à l'autre, en compensation de l'apport de ce dernier, en biens ou en services, à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint, une prestation payable au comptant ou par versements, en tenant compte, notamment, des avantages que procurent le régime matrimonial et le contrat de mariage [...] ». Notons cependant que la prestation compensatoire a longtemps été interprétée de manière restrictive par les tribunaux, qui étaient peu portés à considérer l'apport de la femme au foyer comme une contribution au mariage méritant compensation en cas de divorce. La Cour suprême du Canada est intervenue dans les années 1990 afin de corriger cette situation. Voir par exemple : *M. (M.E.) c. L.(P.)* [1992] 1 R.C.S. 183, 207.

²⁸⁰ S. BOYD, *loc. cit.*, note 263, 13.

²⁸¹ N. BAKHT, *op. cit.*, note 219, p. 33.

13.2.2 Le divorce religieux juïfique et les mesures accessoires²⁸²

Dans cette section, nous verrons comment le législateur canadien a jugé nécessaire d'intervenir indirectement dans le processus du divorce juïfique afin de préserver un principe directeur à la base de la réglementation étatique des conséquences du divorce, soit celui de l'égalité des sexes.

Dans la religion juive, contrairement à la religion catholique, le mariage n'est pas un sacrement ordonné par les autorités religieuses, mais plutôt une entente contractuelle passée entre deux partenaires. Conséquemment, le divorce juif résulte lui aussi d'un accord contractuel entre les deux parties, qui doivent convenir mutuellement de « résilier » leur contrat de mariage. Mais pour que le divorce soit valide, c'est l'époux qui doit remettre un acte de divorce – appelé *Guet* – à son épouse, qui elle, doit l'accepter (le rôle du rabbin demeure limité à superviser et à entériner les procédures). Le divorce juif repose donc sur un accord mutuel dont chacune des parties détient la clef.

Cependant, un examen des rapports sociaux de sexe dans lequel s'inscrit le divorce juif révèle un déséquilibre des forces qui joue à l'avantage des hommes. En effet, suite à une rupture *de facto* du lien conjugal, le refus d'un homme d'accorder le *Guet* à sa femme peut avoir des conséquences dramatiques pour cette dernière. En effet, une femme séparée sans être divorcée, c'est-à-dire sans avoir obtenu le *Guet*, devient une *agunah* – qui signifie littéralement en hébreu « femme enchaînée » –, et sera alors dans l'impossibilité de se remarier religieusement. De plus, si cette femme entre ultérieurement dans une relation de concubinage avec un autre homme, elle sera reconnue coupable d'adultère par les autorités religieuses, et les enfants qui résulteront de cette union, ainsi que toutes les futures générations issue de sa lignée, seront considérés comme des *mamzerim*, c'est-à-dire des bâtards. Au regard du droit religieux, les descendants d'une *agunah* ne peuvent se marier religieusement, sauf avec un converti ou avec un autre *mamzerim*²⁸³.

L'importance capitale que revêt socialement le *Guet* pour les femmes juives²⁸⁴ conduit certains hommes à l'utiliser comme monnaie d'échange afin d'obtenir de la part de leur ex-femme des concessions indues et abusives lors des procédures de divorce civil. En effet, il arrive que le mari pose comme condition à l'octroi du *Guet* que son ex-épouse renonce, dans le cadre de l'entente négociée qui fixera les mesures accessoires du divorce civil, à certains de ses droits en matière de garde des enfants, de pension alimentaire, de prestation compensatoire et de séparation des biens²⁸⁵. Cette forme de chantage, qui affecte surtout les femmes, a été portée à l'attention du gouvernement canadien dans les années 1980 par des rabbins et des ONG juives – dont plusieurs groupes de défense des droits des femmes²⁸⁶. Pour remédier à ce problème, en juin 1990, le législateur fédéral a fait ajouter l'article 21.1 à la *Loi sur le divorce* afin de donner aux tribunaux un moyen d'éviter que le *Guet* ne soit utilisé comme instrument de chantage par l'un des époux. Cette disposition permet au tribunal de rejeter « toute demande, affidavit ou autre

²⁸² Cette section est tirée presque intégralement, avec la permission des auteurs et de l'éditeur, de P. BOSSET et P. EID, *loc. cit.*, note 114, 87-93.

²⁸³ John T. SIRTASH, *Religion and Culture in Canadian Family Law*, Toronto, Butterworths, 1992; Michelle GREENBERG-KOBRIN, "Civil Enforceability of Religious Prenuptial Agreements", (1999) 32 (4) *Columbia Journal of Law and Social Problems*, p. 359-399; Adrienne BARNETT, "Getting a 'Get' – The Limits of Law's Authority?" N. v. N. (Jurisdiction : Pre-Nuptial Agreement) [1999] 2 F.L.R. 745 », 8 (2) *Feminist Legal Studies*, pp. 241-254.

²⁸⁴ Inversement, un mari séparé qui est dépourvu de *Guet* (soit parce qu'il a refusé de l'accorder ou parce que sa femme ne l'a pas accepté) peut refaire sa vie avec une autre femme sans subir des inconvénients de la même ampleur. Ainsi, si un mari séparé, mais non divorcé, cohabite avec une nouvelle femme, sa relation ne sera pas considérée comme adultérine (bien que certains rabbins orthodoxes puissent refuser de célébrer son remariage), et les enfants issus de cette nouvelle union pourront se marier dans la religion juive, n'étant pas considérés comme *Mamzerim*. Voir A. BARNETT, *id.*, 243.

²⁸⁵ J. SIRTASH, *op. cit.*, note 283; M. GREENBERG-KOBRIN, *loc. cit.*, note 283; A. BARNETT, *loc. cit.*, note 283.

²⁸⁶ J. SIRTASH, *op. cit.*, note 283, p. 121; Joseph, NORMA (2001). "Jewish Women in Canada: an Evolving Role", dans R. KLEIN et F. DIMANT (dir.), *From Immigration to Integration. The Canadian Jewish Experience. A Millenium Edition*, pp. 188-189.

acte de procédure déposé par un époux » tant que celui-ci refuse de supprimer « *tout obstacle, dont la suppression dépend de lui, au remariage de l'autre époux au sein de sa religion* »²⁸⁷. Cet article a en fait été expressément adopté par le législateur dans le but de permettre au tribunal de suspendre les procédures de divorce civil tant que le *Guét* n'aura pas été octroyé par l'époux, ou encore accepté par l'épouse²⁸⁸.

Depuis son adoption en 1990, l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce* – dont les seuls équivalents se retrouveraient dans la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario²⁸⁹ et dans le *Domestic Relations Law* de l'État de New York²⁹⁰ – a été appliqué et interprété à quelques reprises par les tribunaux canadiens. Dans une décision de 1995²⁹¹, le juge Tannenbaum de la Cour supérieure du Québec refusait, en vertu de l'article 21.1, d'accueillir la demande en divorce d'un homme de confession juive. Après avoir rappelé que les femmes de confession juive ne peuvent se remarier religieusement sans avoir obtenu un *Guét* de la part de leur ex-mari, le juge Tannenbaum écrit :

"It is not too difficult to imagine that the above situation has, over the years, led to many instances where the treat of withholding consent has forced many women into accepting unfair agreements with respect to either custody, access, or financial arrangements in the civil divorce. With respect to people of the Jewish faith who are divorcing, section 21.1 of the Divorce Act is a way of levelling the playing field. The Jewish husband who threatens to withhold consent is subject to being denied the right to petition for corollary relief or even a civil divorce itself." ²⁹²

En l'espèce, le juge, estimant que le refus du mari d'accorder le divorce religieux à sa femme constituait une forme de chantage en vue d'obtenir des concessions avantageuses en matière de garde, d'accès ou d'aliments, décida, en vertu de l'article 21.1, de suspendre les procédures tant que le *Guét* n'aurait pas été octroyé. Cet arrêt semble avoir rapidement fait jurisprudence, tant dans son argumentation que dans ses conclusions, comme en témoignent deux jugements rendus ultérieurement par la Cour supérieure du Québec, soit *H. (K.) c. S. (J.)*²⁹³ et *A.D. c. J.P.*²⁹⁴. Dans ces deux affaires, le tribunal a rejeté les actes de procédure déposés par le mari en vue d'obtenir un divorce civil tant que ce dernier n'aurait pas supprimé les obstacles au remariage de son épouse dans sa religion.

Toutefois, il importe de souligner que, ne serait-ce de l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce*, le refus d'un époux d'accorder le divorce religieux à son épouse aurait sûrement été considéré par les tribunaux comme étranger au champ des conséquences du divorce qui relèvent de leur compétence. L'affaire *Mar-*

²⁸⁷ *Loi sur le divorce*, précitée, note 14, art. 21.1 (2)(d).

²⁸⁸ Voir à ce sujet : Benoît MOORE, (2003-4), « Le droit de la famille et les minorités », 34 (2) *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, pp. 238-239.

²⁸⁹ La loi ontarienne va encore plus loin que la loi fédérale. Il y est prévu, à l'article 56(5), que le tribunal a le pouvoir, suite à une *requête*, « d'annuler en tout ou en partie l'accord de séparation [...] s'il est convaincu que le retrait par l'un des conjoints d'obstacles qui empêcheraient le remariage de l'autre conjoint au sein de la religion de ce dernier était un motif dans la conclusion de l'accord. » *Loi sur le droit de la famille*, précitée, note 7, art. 56 (5).

²⁹⁰ Adoptée en 1980, la première « loi du *Guét* » new-yorkaise permet au tribunal de suspendre les procédures de divorce tant qu'un époux n'a pas levé les obstacles au remariage religieux de l'autre époux (voir N.Y. Dom. Rel. Law, art. 253). En 1992, une seconde « loi du *Guét* » fut adoptée, permettant cette fois au tribunal d'augmenter, à titre punitif, les montants de la pension alimentaire versé par l'époux qui refuse de supprimer les obstacles au remariage religieux de son ex-conjoint. Voir : N.Y. Dom. Rel. Law, art. 236 B5 (5) (h) et 6 (d). Pour plus de détails, voir : M. GREENBERG-KORBIN, *loc. cit.*, note 283.

²⁹¹ *Droit de la famille* – 2296, [1995] R.D.F. (C.S.), 728.

²⁹² *Id.*, 730.

²⁹³ *H. (K.) c. S. (J.)*, REJB 2000-17013 (C.S.).

²⁹⁴ *A.D. c. J.P.*, C.S. Montréal, n° 500-12-25913-017, 5 février 2004.

*covitz*²⁹⁵ évoquée plus haut – dans laquelle la Cour d'appel avait déclaré en l'espèce l'article 21.1 inopérant pour des raisons procédurales²⁹⁶ – illustre bien la réticence que les juges peuvent avoir à tenir compte des normes religieuses des parties dans la fixation des mesures accessoires du divorce civil.

Les deux exemples abordés dans cette section nous rappellent que la régulation extrajudiciaire des mesures accessoires du divorce, si elle ne fait pas l'objet d'un contrôle étatique adéquat, risque de favoriser la reproduction de rapports inégalitaires fondés sur le sexe qui ont cours au sein de la communauté conjugale.

CONCLUSION

La liberté religieuse garantie par les chartes canadienne et québécoise est très large, mais elle n'est certes pas sans bornes. Il arrive que son exercice doive être restreint lorsque l'ordre public ou les droits et les libertés d'autrui sont menacés. Dans la mesure où les principes de l'égalité des sexes et de l'intérêt supérieur de l'enfant constituent des pièces maîtresses du système de valeurs fondamentales et du cadre juridique de la société québécoise, l'État est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires pour veiller au respect des droits découlant de ces principes. Précisons d'emblée que, compte tenu de ces obligations qui incombent à l'État, nous estimons, au terme de la présente analyse, que l'arbitrage des matières familiales à caractère religieux doit demeurer interdit au Québec. Nous en sommes venus à cette conclusion pour des raisons à la fois politiques, juridiques et sociologiques.

Nous avons vu d'abord que rien dans les politiques canadienne et québécoise d'intégration ne pourrait justifier que l'État garantisse aux groupes ethnoculturels minoritaires le droit de recourir à des tribunaux religieux dont l'autorité se substituerait à celle de l'appareil judiciaire. Au contraire, un tel scénario s'inscrirait même en faux à la fois avec l'esprit de la politique canadienne du multiculturalisme et avec la lettre de la politique québécoise de l'interculturalisme.

Nous avons vu ensuite que l'arbitrage religieux des matières familiales comporte certains risques pour les parties vulnérables que l'on ne peut ignorer. Plusieurs facteurs d'ordre sociologique, telles que les pressions sociales, la précarité économique, et le manque d'information, pourraient entraver la capacité des immigrantes – particulièrement les immigrantes récentes – de faire le choix libre et éclairé de soumettre leurs litiges familiaux à l'arbitrage religieux. Cette capacité de choisir librement risque d'être restreinte davantage encore dans le cas des immigrantes parrainées par leur époux.

Même en présence d'un consentement libre et éclairé des parties, le débat sur l'arbitrage religieux ne serait pas épuisé pour autant. La discrimination systémique à l'endroit des femmes qui a prévalu et prévaut encore au sein de la cellule familiale, oblige les États à exercer une régulation juridique et judiciaire serrée des rapports familiaux. Historiquement, au Québec, l'Église catholique a contribué au renforcement de rapports de sexe inégalitaires au sein de la famille. Compte tenu de cet héritage historique, une loi rendant les matières familiales arbitrables dans un forum à caractère religieux ne manquerait pas de soulever des inquiétudes.

Jusqu'à présent, en Ontario et au Québec, les prises de positions publiques en faveur de l'arbitrage religieux des matières familiales ont surtout été le fait d'autorités religieuses qui prétendaient s'exprimer au nom de leur communauté. Or, nous avons démontré que les traditions religieuses et culturelles invoquées par ces porte-parole communautaires pour appuyer leurs revendications masquent des voix divergentes au sein du groupe, notamment celles des femmes, qui sont nombreuses à proposer une relecture plus égalitaire des textes sacrés.

²⁹⁵ *Marcovitz c. Bruker*, précité, note 169, au par. 76.

²⁹⁶ *Id.*, au par. 24.

Cela dit, toutes les interprétations du droit religieux n'ont pas le même poids social et politique. Ainsi, l'analyse comparative de la Charia que nous avons menée suggère que, bien qu'il existe une variété possible d'interprétations du droit familial islamique, dont certaines égalitaires, les codifications législatives de ce droit dans divers pays consacrent trop souvent des normes différenciées selon le sexe faisant entorse aux standards internationaux en la matière.

Il est apparu, enfin, que indépendamment du facteur religieux, toute méthode de résolution extrajudiciaire des litiges familiaux risquerait d'être préjudiciable aux femmes en l'absence d'une régulation étatique adéquate. On l'a vu à travers l'exemple des ententes de séparation négociées hors cour et le cas du divorce judaïque, les rapports de domination fondés sur le sexe qui ont cours dans la sphère privée rendent le contrôle étatique des différends familiaux nécessaire pour assurer la protection des droits des femmes.

Tel qu'il existe actuellement, le régime d'arbitrage civil québécois ne permettrait pas aux tribunaux d'exercer une régulation sur le fond des sentences arbitrales. L'imperméabilité de ces sentences aux modes d'intervention judiciaire, ainsi que leur caractère final et légalement contraignant, sont autant de facteurs qui, dans le contexte juridique actuel, militent en faveur du maintien de la prohibition de l'arbitrage des matières familiales au Québec. À cet égard, la médiation familiale constitue, par rapport au régime d'arbitrage en vigueur, un mode de résolution des différends familiaux beaucoup moins risqué pour les parties vulnérables. En effet, la médiation permet aux parties de rechercher des solutions à leurs conflits qui intègrent leurs préférences normatives – y compris religieuses –, lesquelles solutions seront soumises à un tribunal.

Pour toutes ces raisons, même en considérant que le droit de pratiquer sa religion puisse inclure le droit de recourir à des tribunaux religieux en matière de droit familial, il est clair que les décisions de ces tribunaux ne doivent pas se voir accorder une force légale par l'État.

PE/KM/ra