

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

Les tribunaux religieux dans les contextes canadien et québécois

Anne SARIS*

Résumé

Quel rôle l'État doit-il assumer lorsqu'il est confronté au phénomène des mécanismes religieux de prévention et de résolution de conflits familiaux, c'est-à-dire à ce que les médias dénomment improprement les « tribunaux religieux » ? Quel régime doit-il choisir pour les encadrer ? Comment peut-il s'assurer du respect des droits fondamentaux des parties ? Ces questions ont déchaîné l'opinion publique au Canada de 2003 à 2005, une opinion dont l'attention s'est focalisée sur les « tribunaux musulmans ». Pourtant, d'autres « tribunaux religieux » existent au Canada depuis fort longtemps. Pour mieux comprendre les

Abstract

What role must the State undertake when confronted with religious mechanisms to prevent and resolve of family conflicts, that is, what the media improperly calls "religious courts"? What regime should it select to incorporate them? How can it ensure the parties' fundamental rights are respected? These questions raged in Canadian public opinion from 2003 to 2005. Attention focused on "Islamic tribunals", although other "religious tribunals" have long existed in Canada. To better understand the ins and outs of these questions, the functioning of certain "religious tribunals" is presented. Possible legal bases for

* Professeure au Département des sciences juridiques de l'UQAM depuis juillet 2005. L'auteure a consacré sa thèse de doctorat au pluralisme juridique et tout particulièrement aux relations entre les ordres normatifs étatiques et religieux, avec quelques mentions des ordres normatifs autochtones: Anne SARIS, *La compénétration des ordres normatifs. Étude des rapports entre les ordres normatifs religieux et étatiques en France et au Québec* (sous la supervision de Nicholas Kasirer, Faculté de droit, Université McGill, soutenue avec succès en mai 2005 et déposée en juin 2005). *Nota bene*: Différentes versions de ce travail qui a été soumis en tant qu'article à la *Revue juridique Thémis* en juin 2004 ont donné lieu à des conférences, dont une lors du congrès du Barreau du Québec en mai 2005. Nous l'avons depuis repris pour refléter l'actualité.

tenants et aboutissants de ces questions, nous avons choisi de présenter le fonctionnement de certains «tribunaux religieux» pour ensuite nous intéresser aux fondements juridiques possibles de leur existence en terre canadienne et québécoise tout en recensant les principales craintes que leur existence suscite, du point de vue juridique. Finalement, nous nous sommes interrogées sur les différents régimes d'encadrement étatique possibles de ces tribunaux et avons analysé de façon critique le choix posé par le législateur ontarien d'ignorer l'existence de ces derniers, un choix qui ne répond pas à toutes les inquiétudes et revendications énoncées dans ce débat. Selon nous, une piste est à explorer au sein même du droit étatique au Canada car ce dernier possède en lui, de nombreuses poches de dialogue qui permettent aux individus de se prévaloir tant de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle, que de leur sentiment d'identité dans d'autres domaines du droit de la famille, ce bien sûr dans les limites des droits fondamentaux telles que posées par les Chartes québécoise et canadienne. Il est donc possible, du point de vue normatif, d'envisager au sein même des tribunaux étatiques, un dialogue constructif et inclusif.

their existence in Canada and Quebec are then examined, while noting the principle fears their existence creates from a legal point of view. Finally, the various possible state regimes to incorporate these courts are examined and the Ontario legislator's choice to ignore the existence of these courts is critically analyzed, a choice that does not respond to all the concerns and claims raised in the debate. An exploration within Canadian state law is posited, as it already contains several pockets of dialogue permitting individuals to prevail both in terms of autonomy of will through contract as well as through their feeling of identity in other areas of family law, within the limits of fundamental Canadian and Quebec Charter rights. It is therefore possible, from a normative perspective, to envisage even within state courts, a constructive and inclusive dialogue.

Plan de l'article

Introduction	357
I. Les tribunaux religieux – Le point de vue de l'ordre normatif religieux	363
A. Les rapports des ordres normatifs religieux avec l'ordre normatif étatique : respect de l'ordre juridique de l'État d'accueil	363
B. Qu'entend-on par tribunal religieux?.....	367
1. L'office du juge.....	368
2. La compétence <i>rationae materiae</i> : des compétences limitées, voire auto-limitées.....	370
3. La compétence <i>rationae personae</i> : qui peut saisir ou être attiré devant les juridictions religieuses? ..	374
4. La procédure – qu'en est-il des droits de la défense : droit d'être informé des procédures en cours, droit aux services d'un avocat et droit de consulter son dossier?	376
5. La procédure – la question de l'appel.....	379
II. Les tribunaux religieux – Le point de vue de l'ordre juridique étatique	382
A. Les fondements juridiques de l'existence des tribunaux religieux	384
1. La liberté de religion.....	384
2. Le multiculturalisme.....	389
B. Les craintes suscitées par l'existence des tribunaux religieux sur le territoire canadien	393
1. La liberté de conscience dans la religion et la pression des pairs	394

- 2. La question du consentement libre et éclairé 395
- 3. L'incertitude quant au droit qui sera appliqué 396
- 4. La question des droits de la défense 399

III. Quel statut pour les tribunaux religieux ?

Quelle protection pour les parties

religieuses ? 399

A. Les régimes possibles 399

1. Le régime de l'interdiction pure et simple
des « tribunaux religieux » 399

2. Le régime de la complémentarité 400

3. Le régime de l'ignorance 401

B. Le choix de l'ignorance protège-t-il bien les citoyens
canadiens? 402

C. Une alternative à approfondir : la prise en
considération des normativités religieuses
par le juge québécois 407

Conclusion 425

La *shari'a* oui, ma liberté de conscience oui, mais non à la soumission à un statut personnel musulman¹ imposé! Voici ce que s'exclamaient en 2005 certaines musulmanes au Canada face au projet de création du tribunal arbitral musulman en Ontario, tribunal dont les sentences auraient pu être invoquées devant les tribunaux étatiques.

C'est au nom de la liberté de religion et du multiculturalisme que M. Sayed Mumtaz Ali, de la Société canadienne des musulmans, avait voulu créer une institution, le Darul Quada, qui permette de régler les litiges entre musulmans selon les spécificités de leur « droit ». Bénéficiant de l'ancienne version de la *Loi sur l'arbitrage* de l'Ontario adoptée en 1991² pour désengorger les cours de justice, cette institution aurait pu rendre des sentences qui auraient eu force de droit. Le droit musulman, tout comme l'était le droit juif en Ontario, serait alors sorti du non-droit, espace où il était cantonné du fait de sa non-applicabilité par les tribunaux étatiques, pour entrer dans la sphère publique.

Le principe de l'inapplicabilité d'office, tel quel, du droit religieux par le juge est la conséquence de la séparation, ou plutôt de la distinction, entre l'État et les « Églises », principe non consacré explicitement

¹ La notion de statut personnel est un terme juridique récent en arabe. Ainsi, dans la loi de 1880, *Sharia Court Bill*, le législateur égyptien utilisait la phrase « *matters of the sharia* » *Al-Mawaad-dul-Shariyya* pour se référer à la question du statut personnel. La définition suivante fut donnée par la Cour de cassation égyptienne en 1934 :

Personal status is the sum total of the physical or family descriptions of a known person which distinguish him from the others, and gives legal effects under the law in his social life, such as being male or female, married, widowed or divorced, a parent or a legitimate child, being of full legal capacity or defective capacity due to minority, imbecility or insanity, being of absolute or limited legal capacity. As for matters related to property, they are all by nature real status questions. But the Egyptian legislator, finding that waqf, gift and will, all being contracts without consideration are based on the religious concept of charity, and includes them in the personal status issues.

« Civil cassation on 21/6/1934, Appeal No. 40J. Year 3, Published in *Al Muhammat*, year 13, p. 87 », tel que cité dans Jamal J. NASIR, *The Islamic Law of Personal Status*, 3rd ed., La Haye, Kluwer Law International, 2002, p. 34 et 35.

² *Loi sur l'arbitrage*, L.O. 1991, c. 17, en ligne : [<http://www.canlii.org/on/legis/loi/1991c.17/20040802/tout.html>].

en droit canadien³, mais que certains juges de la Cour fédérale se sont chargés de formuler en déclarant que l'État canadien est un État laïque mais non athée⁴. Dans tous les cas, on peut noter que, si l'État canadien ne saurait ignorer la religion, les normes des

³ Le Préambule de la *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) qui dispose : « Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit », a tout une histoire. Il faut ainsi noter que les propositions constitutionnelles de Pierre Trudeau ne contenaient aucun élément concernant la religion en 1969. Ce dernier avait d'ailleurs prôné une société fondée sur la souveraineté d'un individu rationnel possédant des droits inaliénables, « *over and above capital, the nation, tradition, the Church and even the state* » : Pierre TRUDEAU, *Approaches to Politics*, Toronto, Oxford University Press, 1969, p. 205. Ce serait en fait lors des audiences du comité Hays/Joyal que la question religieuse revint à l'agenda. En effet, les leaders catholiques et évangéliques étaient inquiets que l'accent mis par la Charte sur les droits individuels n'atteignent les droits des groupes et, plus particulièrement, les droits concernant les écoles confessionnelles, droits qui pourraient alors se voir enlever toute protection constitutionnelle par une simple majorité dans un référendum sur la constitution et ont fait pression pour la version présente de ce préambule. Quant à Pierre Trudeau, il a dit au *Globe and Mail* qu'il trouvait « *strange, so long after the Middle Ages that some politicians felt obliged to mention God in a constitution which is, after all, a secular and not a spiritual document* » : *Globe and Mail*, 25 avril 1981, 12. H. Patrick GLENN, « Quebec: Mixite and Monism », dans Esin ÖRÜCÜ, Elspeth ATWUOLL et Sean COYLE (dir.), *Studies in Legal System, Mixed and Mixing*, La Haye/Boston, Kluwer, 1996, p. 1, à la page 7. Voir sur la question : John S. MOIR (dir.), *Church and State in Canada, 1627-1867*, Toronto, University of Toronto, 1967, p. xii ; Louis-Philippe PIGEON, « Statut juridique de l'Église catholique dans la province du Québec », (1936-37) 39 *R. du N.* 253 ; Ernest CAPARROS, « La « *civilizatio* » du droit canonique : une problématique du droit québécois », (1977) 18 *C. de D.* 711.

⁴ Le juge Muldoon de la Cour fédérale du Canada écrit ainsi :

La reconnaissance de la suprématie de Dieu dans le préambule de la Charte empêche le Canada de devenir un État officiellement athée ; elle ne l'empêche pas d'être un État laïque. *Un État laïque ne s'occupe pas de religion, à une exception près : il est obligé d'intervenir pour empêcher des pratiques fondées sur des croyances religieuses qui font du tort à autrui physiquement ou mentalement, ou portent atteinte aux droits garantis à autrui par la Constitution. L'histoire des brutalités commises au nom de la religion montre que le caractère résolument laïque de l'État est l'assise solide de la sécurité de chacun, y compris de la protection des croyances religieuses. L'État laïque n'est pas tenu de favoriser toutes les expressions de la liberté de conscience ou de religion, ni autorisé à le faire. La liberté de religion qui est garantie par l'alinéa 2a) de la Charte signifie non seulement que l'État ne peut y porter atteinte, mais aussi qu'il doit la protéger.* (Nos non-italiques).

O'Sullivan c. Ministre du Revenu national du Canada, (1991) 84 D.L.R. (4th) 124 (C.F.).

ordres normatifs religieux ne sont pas applicables d'office, en tant que « lois religieuses » devant les juges, à l'inverse de ce qui se passe dans les États confessionnels ou multiconfessionnels⁵. En effet, au Canada, les normes religieuses, pour être appliquées par les juridictions étatiques, doivent être véhiculées par les normes étatiques. On peut penser ici au renvoi au Code de droit canonique par la loi québécoise sur les fabriques⁶, ou encore à la jurisprudence ontarienne qui vérifie si le « Manuel », code de normes protestant, intégré dans l'ordre juridique étatique en raison de son incorporation à titre de règlement intérieur d'une société⁷, a bel et bien été appliqué. Chaque fois, donc, la norme religieuse n'est applicable que parce qu'elle a été au préalable intégrée dans l'ordre juridique étatique, ce qui

⁵ Selon nous, un État confessionnel est un État dans lequel une loi religieuse est applicable par les juges et non, comme certains l'ont écrit, un État dont le droit aurait pris historiquement ses sources dans les valeurs d'une religion. Voir, par exemple : Geneviève KOUBI, « Vers une évolution des rapports entre ordre juridique et système religieux? », J.C.P. éd. G. 1987.I-3292, qui écrit que « [l]a non-confessionnalité de l'État est absolument irréaliste car le droit français est imprégné de valeurs chrétiennes inhérentes à notre culture sociale ». Ainsi, la législation canadienne sur le mariage, si elle a pris ses sources dans la religion chrétienne, est désormais interprétée à la lumière des différentes valeurs présentes au Canada. Il en est résulté la possibilité, quoique contraire aux valeurs de la chrétienté selon certains représentants religieux, du mariage homosexuel. Dans l'affaire *Hendricks c. Procureur général du Québec*, [2002] R.J.Q. 2506, par. 164 (C.S.), la juge Lemelin a ainsi bien mis en avant la sécularisation de l'institution :

Nul ne conteste que les religions ont joué un rôle important dans le mariage, leurs croyances et leurs rites ont présidé à l'encadrement de l'institution. La sécularisation du mariage oblige le législateur à tenir compte que l'institution est civile et ne peut être définie que par la religion. Nous ne vivons plus dans la communauté homogène du siècle dernier. Le multiculturalisme, les croyances religieuses diverses, la laïcisation de plusieurs institutions témoignent de l'ouverture de la société canadienne. L'État doit s'assurer du respect de chaque citoyen mais aucun groupe ne peut imposer ses valeurs ou définir une institution civile. (Nos non-italiques).

⁶ Voir : *Loi sur les fabriques* (avant *Loi des paroisses et des fabriques*), L.R.Q., c. F-1, art. 9 : « La fabrique est constituée pour chaque paroisse érigée canoniquement [...] » ; voir aussi : *Loi sur les compagnies de cimetières catholiques romains*, S.R.Q. 1964, c. C-40.1. L'article 1f) énonce : « "curé" : le clerc qui est préposé à l'administration d'une paroisse selon les dispositions du droit ecclésial de l'Église catholique romaine ». Pour aller plus loin sur ces questions, voir : Anne SARIS, *La compénétration des ordres normatifs*, thèse de doctorat, Montréal, Université McGill, 2005, p. 304, 305 et 311.

⁷ Voir, par exemple : *Brewer c. Incorporated Synod of Diocese of Ottawa of the Anglican Church of Canada*, [1996] O.J. (Quicklaw) n° 634 (Gen. Div.).

s'explique, selon nous, en vertu du principe de l'autopoïèse sur lequel nous reviendrons dans notre troisième partie. Par ailleurs, du point de vue institutionnel, le Canada ne possède ni d'Églises établies, ni de personnes siégeant à titre de représentants d'Églises au Parlement du Canada et, enfin, il ne saurait contrôler la doctrine de ces Églises, comme c'est le cas en Grande-Bretagne⁸. En fait, au Canada, le principe clef est la neutralité. Ainsi, selon la juge McLachlin :

[D]epuis [1867], *l'apparition et l'influence croissante de nouvelles conceptions philosophiques, politiques et juridiques sur l'organisation et les bases de la société civile* ont graduellement dissocié les fonctions des Églises et de l'État [...] Sans exclure les religions et les Églises de la sphère des débats publics, *cette évolution nous a amenés à situer davantage la vie religieuse et les choix qu'elle implique dans le domaine de la vie privée des individus ou des associations volontaires* [...] Ces changements sociaux tendent à créer une distinction nette entre les Églises et les autorités publiques, qui impose à celles-ci une obligation de neutralité. *Sans faire abstraction des héritages historiques de notre pays, la jurisprudence de notre Cour reconnaît cet aspect de la liberté de religion. Cette conception de la neutralité laisse une place importante aux Églises et à leurs membres dans l'espace public où se déroulent les débats sociaux, mais voit dans l'État un acteur essentiellement neutre dans les rapports entre les diverses confessions et entre celles-ci et la société civile.*⁹

⁸ En Grande-Bretagne, l'Église établie est l'Église anglicane. L'épiscopat anglican est représenté à la Chambre des Lords par 26 évêques ; les assemblées de l'Église font parties des organes législatifs du pays. Un contrôle sur cette dernière est opéré par l'État : le souverain est le chef de l'Église anglicane, et cette dernière est sous contrôle parlementaire en ce qui concerne sa doctrine, son culte et la nomination de son personnel dirigeant.

⁹ Voir : *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Village de Lafontaine*, [2004] 2 R.C.S. 650, par. 67 (nos non-italiques). Dans cette affaire, les Témoins de Jéhovah estimaient que le refus de la municipalité de modifier son règlement de zonage afin de permettre à un groupe religieux de construire son lieu de culte sur le terrain qu'ils avaient acheté violait leur liberté de religion. La juge en chef McLachlin a alors mentionné que la « neutralité est apparue au terme d'une longue évolution historique ». Elle a aussi précisé qu'au « moment de la Confédération, en 1867, le concept de neutralité religieuse impliquait principalement le respect des confessions chrétiennes. Les règles constitutionnelles que l'on retrouvait notamment, à l'origine, dans l'art. 93 de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique de 1867 au sujet des droits scolaires illustrent cette réalité ».

Il en résulte que, contrairement à la France où la neutralité semble indiquer le refoulement de la religion dans le domaine privé et le postulat que l'ignorance est la mieux à même de servir une neutralité, au Canada, la neutralité, pour la juge McLachlin consiste en ce que l'État ne donne plus « un appui actif à une religion particulière, ne serait-ce que pour éviter de s'ingérer dans la vie religieuse de ses membres » et qu'il soit « tenu au respect de confessions diverses dont les valeurs ne se concilient pas toujours aisément »¹⁰. S'ajoutent à cette valeur celles de la tolérance, du respect de la diversité, ce qui implique l'absence de sens donné *a priori* à un signe religieux¹¹,

¹⁰ Sur la notion de neutralité et de laïcité, voir les différents écrits de Micheline Milot, tout particulièrement : Micheline MILOT, *Laïcité dans le Nouveau Monde. Le cas du Québec*, coll. « Bibliothèque de l'École des hautes études, Section des sciences religieuses », n° 115, Turnhout, Brepols, 2002.

¹¹ Pour trois exemples, voir l'avis sur le foulard du 21 décembre 1994 de la Commission québécoise des droits de la personne, dans lequel il avait été énoncé que donner une signification d'aliénation au foulard serait un manque de respect pour les femmes musulmanes : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Le port du foulard islamique dans les écoles publiques. Aspects juridiques*, par Pierre BOSSET, 1994 ; voir également, concernant le port du kirpan dans une école, l'arrêt : *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] R.C.S. 6, par. 71 :

L'argument selon lequel le port du kirpan devrait être interdit parce qu'il représente un symbole de violence et envoie le message que le recours à la force est nécessaire pour faire valoir ses droits et régler les conflits doit être rejeté. Cette prétention est non seulement contraire à la preuve concernant la nature symbolique du kirpan, mais elle est également irrespectueuse envers les fidèles de la religion sikhe et ne tient pas compte des valeurs canadiennes fondées sur le multiculturalisme. (Nos non-italiques).

Voir aussi l'argument d'irrespect développé par le Dr Rachael Turkienicz, membre du conseil exécutif du congrès juif canadien qui mentionnait, lors des audiences concernant l'amendement de la loi ontarienne sur l'arbitrage :

In fact, it is insulting to faith-based communities to suggest that their ethical principles and the wisdom they have accumulated over the ages is inherently unfair or incompatible with the just resolution of disputes. It is insulting to women, and especially to women of faith, to suggest that women can never freely, openly and genuinely consent to a resolution of their disputes that is consistent not only with their faith but with their community values, consistent with their standards of decency, importantly consistent with their standards of modesty and importantly consistent with their standards of privacy. (Nos non-italiques).

Débats dans le cadre du Standing Committee sur le Projet de loi 27, *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*

voire même en cas d'alliance avec le droit subjectif à la liberté de religion, l'octroi de certains droits¹².

Même s'il n'a pas été clairement démontré que la possibilité pour des tribunaux religieux de rendre des sentences arbitrales reconnues en droit étatique était contraire à ce principe de séparation, toujours est-il que, face au tollé suscité en Ontario, les autorités de cette province ont choisi, certes après bien des tergiversations, d'entériner la possibilité d'arbitrage en matière familiale, mais uniquement s'il est soumis aux lois étatiques canadiennes. Rappelons qu'au Québec, non seulement seuls le droit québécois et le droit canadien s'appliquent en matière de famille, mais qui plus est, le monopole du contentieux du droit de la famille est détenu par les tribunaux étatiques.

En raison du caractère souvent général des débats concernant les rapports entre les tribunaux religieux et le droit étatique, il nous a semblé qu'il serait intéressant – une fois n'est pas coutume – de partir des ordres normatifs religieux pour décrire leur manière de concevoir leurs rapports avec l'ordre juridique étatique du pays d'accueil et, plus particulièrement, la façon dont ils gèrent l'impact des normes étatiques en matière de dissolution du lien conjugal, pour ensuite nous pencher sur le déroulement des litiges devant les autorités compétentes religieuses (I). Dans un deuxième temps, nous porterons notre attention sur l'ordre juridique étatique, en l'occurrence québécois, voire canadien, afin d'analyser les arguments mis de l'avant lors de la polémique concernant les tribunaux religieux (II). Enfin, dans une troisième et dernière partie, nous nous interrogerons sur la question de savoir si les choix législatifs posés par l'Ontario et le Québec permettent bel et bien de protéger les droits des personnes dites vulnérables et s'il ne serait pas possible de faire une place aux normativités religieuses invoquées par les individus, au sein même de l'ordre juridique étatique (III).

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 [ci-après cité « Débats »], 16 janvier 2006, 11h20 : [http://www.ontla.on.ca/hansard/committee_debates/38_parl/session2/GenGov/G011.htm#PARA32].

¹² « La Charte n'est pas qu'une incitation à la tolérance, elle est génératrice de droits. Une conséquence logique de la reconnaissance d'un droit emporte l'obligation de le respecter et de prendre des mesures afin de protéger l'exercice de ce droit » : *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys c. Multani*, [2004] R.J.Q. 824, AZ-50224059, J.E. 2004-721, par. 67 (C.A.) (J. Lemelin).

I. Les tribunaux religieux – Le point de vue de l'ordre normatif religieux

En raison de la présence de communautés religieuses catholiques romaines (83 % des québécois se disaient catholiques romains en 2001), juives (3 %) et musulmanes (3 % et en hausse constante), notre analyse portera sur ces trois ordres normatifs. Il existe au moins un tribunal rabbinique au Québec (le *beit din* de Montréal¹³) et deux tribunaux ecclésiastiques, l'un à Montréal, l'autre à Québec¹⁴. Quant aux différentes organisations musulmanes qui existent sur le territoire québécois, il semble que leurs activités concernent essentiellement la conciliation/médiation ; à notre connaissance, seul le Conseil de conciliation et d'arbitrage Ismaili, mouvement musulman très organisé, au droit propre, rend des décisions arbitrales à Montréal¹⁵.

A. Les rapports des ordres normatifs religieux avec l'ordre normatif étatique : respect de l'ordre juridique de l'État d'accueil

De part et d'autre, les ordres normatifs canonique et judaïque opèrent une distinction entre le champ de compétence de leur ordre normatif et celui de l'État. Dans les deux cas, des dispositions précisent que les personnes appartenant à leur ordre normatif doivent respecter les normes de l'État sur le territoire duquel elles vivent.

¹³ [<http://www.mk.ca/page7a.php>]. Pour l'Ontario, voir tout particulièrement : Lynne COHEN, « Inside the Beis Din », *Canadian Lawyer*, 27 mai 2000 ; Harvey J. KIRSH, « Conflict Resolution and the Legal Culture: a Study of the Rabbinical Court », (1971) 9 *Osgoode Hall L.J.* 335.

¹⁴ Le Tribunal ecclésiastique de Montréal s'occupe de régler les problèmes canoniques. Parmi les demandes les plus fréquentes se trouvent les causes en nullité de mariage pour les diocèses suivants : Montréal, Valleyfield, St-Jean-Longueuil, St-Hyacinthe, Sherbrooke, St-Jérôme, Joliette, Nicolet, Mont-Laurier, Rouyn-Noranda et Gatineau-Hull – et le Tribunal ecclésiastique de Québec qui étudie toutes les demandes venant des diocèses du nord-est de la province de Québec. De 300 à 325 jugements sont rendus par année par le Tribunal régional de Montréal, qui regroupe les 11 diocèses de l'ouest du Québec, soit la moitié de la population de la province : [<http://www.mokasofa.ca/famille/theme/faire/02juillet01a.asp>].

¹⁵ Sur la question, voir : Louis-Philippe LÉPINE, *Les tribunaux d'arbitrage basés sur les lois religieuses, Étude exploratoire*, Québec, Ministère des Affaires internationales, de l'Immigration et des Communautés culturelles, Direction des politiques et programmes de relations interculturelles, mars 1995.

Ainsi, l'ordre normatif catholique avec sa doctrine du « dualisme chrétien », prône que l'Église et l'État ont un pouvoir souverain chacun dans son ordre¹⁶. Cette dualité implique non seulement l'existence d'une répartition des compétences entre l'Église et l'État¹⁷ (l'Église ayant par exemple juridiction exclusive sur la violation des lois ecclésiastiques), mais aussi une articulation de ces compétences. Ainsi, le canon 1671 affirme-t-il la compétence de l'Église sur les contentieux matrimoniaux entre personnes baptisées¹⁸ et ne reconnaît la compétence de l'État que pour les « causes relatives aux effets purement civils du mariage¹⁹ » (canon 1672)²⁰.

¹⁶ Matthieu 22.21. Ils répondent : « De César ». Alors il leur dit : « Rendez donc à César ce qui est à César, et à Dieu ce qui est à Dieu », Jean 18:36. Jésus répondit : « Ma royauté n'est pas de ce monde. Si ma royauté était de ce monde, les miens auraient combattu pour que je ne sois pas livré aux Juifs. Mais ma royauté, maintenant, n'est pas d'ici ». – Ancien testament – autres écrits – Livre d'Esdras : 8:22. « Car j'avais honte de demander au roi une force de cavalerie pour nous protéger de l'ennemi en cours de route ; en effet, nous avons dit au roi : "Bonne est la main de notre Dieu sur tous ceux qui le recherchent ; mais forte est sa colère sur tous ceux qui l'abandonnent" ».

¹⁷ Ainsi, le canon 1401 du *Code de droit canonique* de 1983 prévoit :

De droit propre et exclusif, l'Église connaît :

1° des causes qui regardent les choses spirituelles et celles qui leur sont connexes ;

2° de la violation des lois ecclésiastiques et de tous les actes qui ont un caractère de péché, en ce qui concerne la détermination de la faute et l'infliction de peines ecclésiastiques.

Ce Code est disponible à l'adresse suivante : [http://www.vatican.va/archive/FRA0037/_INDEX.HTM].

¹⁸ Can. 1671 : « Les causes matrimoniales des baptisés relèvent de droit propre du juge ecclésiastique ».

¹⁹ Can. 1059 : « Le mariage des catholiques, même si une partie seulement est catholique, est régi non seulement par le droit divin, mais aussi par le droit canonique, restant sauve la compétence du pouvoir civil pour *les effets purement civils* de ce même mariage ». (Nos italiques)

²⁰ Can. 1672 : « Les causes relatives aux effets purement civils du mariage concernent le magistrat civil, à moins que le droit particulier n'établisse que ces mêmes causes, si elles sont traitées de façon incidente et accessoire, puissent être examinées et réglées par le juge ecclésiastique ». Voir aussi le texte émis le 20 janvier 2005 par le Conseil pontifical pour les textes législatifs, « DIGNITAS CONNUBII – Instruction à observer par les tribunaux diocésains et interdiocésains dans les procédures de nullité de mariage : [<http://users.contactonline.net/canogcf/txtgcf1/dignitasconnubiigcf.pdf>]. Sur la question de la contradiction entre ce texte et les travaux du Synode de l'eucharistie de 2005, voir le discours de Benoît XVI adressé au Tribunal de la Rote romaine, le samedi 28 janvier

Pour ce qui est du mariage civil, il n'est pas reconnu comme mariage par les autorités religieuses²¹ : on ne parle alors que de mariage naturel. En effet, « en matière de mariage, l'État ne reconnaît pas les décisions des tribunaux ecclésiastiques et l'Église ne reconnaît pas les décisions des tribunaux civils », d'où la nécessité des deux démarches, commentait le père Jean Trudeau, alors responsable des demandes d'enquête préliminaire au diocèse de Saint-Jean-Longueuil, à savoir un divorce civil, d'une part, et une annulation du mariage devant les juridictions ecclésiastiques, d'autre part.

Concernant l'ordre normatif judaïque, la même exclusivité semble de mise. Ainsi, devant le rabbin, seule la loi mosaïque sera applicable, loi qui, à notre connaissance, n'opère pas de renvoi au droit étatique même si, selon John Syrtash, elle peut se référer aux mêmes principes²². Quant aux situations créées sous l'empire de la loi étatique, telles le mariage civil ou encore le divorce, elles ne se voient reconnaître aucun effet dans l'ordre juridique religieux. Il est donc nécessaire pour la femme qui ne veut pas devenir *agunah*²³ de réclamer à son mari son *guet*, la lettre de divorce juive.

2006, à l'occasion de l'inauguration de l'année judiciaire, disponible en français sur les sites [<http://www.zenit.org/french/visualizza.phtml?sid=83911>] ou [<http://perso.wanadoo.fr/officialite-dijon/DOC%20ROTE.htm>].

²¹ Pierre SCHOUPPE, *Le droit canonique. Introduction générale et droit matrimonial*, Bruxelles, Story Scientia, 1990, n° 128, p. 119 :

²² *The rabbinical courts apply the principles behind the concept of equalization of family property, the child support guidelines, the best interest tests in custody/access cases and spousal support, and they apply them fairly, with all the trappings of due process. In fact, we'd like to say the Torah invented them. However, they use the process and principles of Jewish law and the tradition guaranteed by article 27 of our Charter in accordance with the principles of family law, but do they apply these principles exactly in the same way that the Superior Court judge does? No, of course not. That would be like saying that secular arbitrators act exactly the same way that judges do in all cases [...] When it comes to the child support guidelines, they look at them very carefully. When it comes to a child's best interests, they often send a couple and their child for parenting assessments, the same way that the courts do. When it comes to property distribution, women are treated with the same community of property rules as the Ontario courts, but the method of calculation may not be exactly the same. However, financial disclosure is always required.*

Débats, précités, note 11, 17 janvier 2006 [http://www.ontla.on.ca/hansard/committee_debates/38_parl/session2/GenGov/G012.htm#PARA32].

²³ En effet, la menace par le mari de ne pas donner la lettre de divorce juif, le *guet*, était terrible car la femme *agunah* n'avait pas le droit de se remarier religieusement.

Plus difficile est la question de l'ordre normatif musulman car ce dernier n'a pas, à notre connaissance, élaboré en profondeur de doctrine concernant des musulmans en position de minorité dans un pays²⁴. En effet, « l'éventualité de l'existence de minorités musulmanes et leurs rapports à un pouvoir non musulman n'a pas été prise en considération » par les autorités doctrinales islamiques « pour des raisons historiques tenant au fait que la pensée juridique s'est construite et fixée au moment de la domination musulmane, c'est-à-dire du temps des Empires Umayyade et abasside »²⁵. Selon le Cheikh Fayçal Maoulawi, consultant auprès du tribunal shari de Beyrouth²⁶, le musulman qui vit dans un État non-musulman, à savoir dans un État qui fait partie non de la Maison de la Guerre (*Dar-al-Harb*) mais de la Maison du Pacte (les musulmans étant venus y vivre sur la base d'accords avec leur État d'origine), doit respecter les lois de l'État d'accueil tant qu'elles ne sont pas en contradiction avec sa foi. Le musulman doit se montrer conciliant car il habite dans un État qui est une « terre de prédication » (*Dar-al-Dawa*). Tout comme dans l'ordre normatif judaïque, le musulman se doit d'être pieux et de respecter la justice²⁷. Ceci donne lieu à des

Qui plus est, si la *agunah* décidait de se remarier civilement, ses enfants seraient des *Mamzer*, des bâtards et ne pourraient se marier qu'avec leurs semblables.

²⁴ À notre connaissance, l'une des doctrines les plus poussées qui existe est celle concernant les musulmans en Andalousie ou encore la question des Tatars : Raphael KHAKIMOV, « L'expérience des Tatars musulmans pourrait être utile à leurs coreligionnaires européens », disponible sur Internet : [http://www.oumma.com/article.php3?id_article=1036] (site visité le 31 mars 2004) :

Dans le milieu tatar, il existe une forme spécifique de modernisation de l'islam. Ses adeptes sont les Tatars de Russie, d'Asie centrale, de Pologne et des Républiques baltes (Estonie, Lettonie et Lituanie). Au XIX^e siècle, les théologiens tatars Koursavi et Mardjani récusèrent la tradition consistant à suivre la hiérarchie et proposèrent aux lettrés d'interpréter eux-mêmes le Coran. Peu à peu, l'islam devint une affaire privée, ne relevant pas de la communauté. La réforme de l'islam (jadidisme) toucha le système d'enseignement, la pensée sociale et les normes éthiques ; elle dynamisa tous les processus sociaux chez les Tatars.

²⁵ Jocelyn CESARI, *Être musulman en France – associations, militants et mosquées*, Paris, Karthala-Iremam, 1994, p. 39, qui cite, en note 13, Bernard LEWIS, « La situation des populations musulmanes dans un régime non musulman », dans Dominique SCHNAPPER et Bernard LEWIS (dir.), *Musulmans en Europe*, Poitiers, Actes Sud, 1992, p. 11.

²⁶ Auteur dont l'interprétation est très répandue en France. Voir : J. CESARI, *op. cit.*, note 25, p. 43, note 17.

²⁷ *Id.*, p. 43 et 44.

évolutions intéressantes de l'Islam, notamment en Europe²⁸. Concernant le mariage, ce dernier étant avant tout un contrat, il pourrait sembler possible que mariages et divorces civils soient reconnus dans l'ordre religieux. Toutefois, si du fait de l'évolution de certaines coutumes, la présence de l'élément religieux devient importante dans le mariage, en l'occurrence la présence d'un imam, ceci ne sera pas le cas. Il semblerait même que parfois le droit de certains États musulmans ne reconnaîtrait pas le divorce civil canadien²⁹.

Si donc en général, les membres des communautés catholiques romaines, juives et musulmanes se doivent de vivre en harmonie avec le droit du pays de résidence, cela ne les empêche pas en soi de se soumettre aux prescriptions religieuses et au besoin de soumettre leurs différends aux autorités religieuses.

B. Qu'entend-on par tribunal religieux ?

La dénomination de tribunal est empreinte de conceptions provenant du droit étatique, ce qui fait qu'elle n'est pas forcément adéquate pour décrire les autorités des ordres normatifs religieux qui se prononcent sur une question de droit religieux opposant ou non des croyants. En effet, les mécanismes de résolution, voire de prévention de conflit peuvent être constitués par une personne seule, par exemple un prêtre, un rabbin ou un imam, ou par un groupe de personnes, ou encore, par un organisme siégeant de façon permanente ou non³⁰ avec des règles de procédure particulières. Ces mécanismes gèrent différents contentieux qui sont essentiellement de type administratif ou de type privé. Ainsi, concernant le contentieux

²⁸ Voir à ce sujet les travaux de l'équipe dirigée par Martin van Bruinessen sur la production de connaissances islamiques dans l'Europe de l'Ouest, Institut international de l'étude de l'Islam dans le monde moderne.

²⁹ Par ailleurs, on ne saurait oublier que, dans certains pays musulmans, l'État ne dispose parfois pas des moyens de s'assurer que la loi étatique soit appliquée dans tout le territoire, ce qui fait que bien souvent de nombreuses coutumes subsistent.

³⁰ Par exemple, au Québec, selon Louis-Philippe Lépine, le *beth din* du Grand Rabbinate du Québec constitue le *beth din* permanent de la communauté sépharade de Montréal. Quant à la communauté ashkénaze, elle aurait aussi son *beth din* permanent. Toutefois concernant la communauté ashkénaze de Ville Saint-Laurent, le *beth din* existerait *ad hoc*, le rabbin de la communauté s'adjoignant alors les services de deux autres rabbins venus d'autres communautés. Voir : L.-P. LÉPINE, *op. cit.*, note 15, p. 7.

administratif, il existe dans certaines communautés religieuses des organes qui sont chargés de prendre des mesures d'expulsion de membres (comité judiciaire des témoins de Jéhovah par exemple) ou des sanctions disciplinaires (application du Manuel chez les protestants). Quant au contentieux de droit privé, il comprend en général les questions commerciales et familiales.

Ceci noté, nous tenterons dans les passages suivants de cerner le fonctionnement de ces «juridictions» en décrivant leur office (mandat), leurs compétences quant aux personnes (*rationae personae*) et au domaine (*rationae materiae*) et les dispositions concernant ce que l'on appelle en droit étatique «les droits de la défense» et le bon processus de la justice.

1. L'office du juge

En droit positif, l'on entend par tribunal, un organe qui est chargé de rendre la justice au nom du droit. Cette justice consiste à trancher un litige, c'est-à-dire à choisir entre deux prétentions opposées, en respectant les droits de la défense dont le principe du contradictoire. Appliquer cette définition sans adaptation aucune aux tribunaux religieux serait une erreur. En effet, la spécificité de leur mandat et de leur procédure les éloigne plus ou moins fortement de cette dernière définition.

Ainsi, le tribunal ecclésiastique doit se prononcer sur la validité du sacrement du mariage de façon objective, peu lui importe les prétentions des parties. C'est d'ailleurs pour cette raison que procureur et avocat sont dénommés, d'une part, «le promoteur de justice» et, d'autre part, le défenseur du lien (qui présentera tout ce qui peut être raisonnablement avancé contre la nullité du mariage ou de l'ordination ou la dissolution du mariage et qui est nommé d'office³¹), lesquels interviennent à l'instance comme des parties. Tous deux sont nommés par l'évêque.

³¹ Can. 1481 § 1. *Les parties peuvent librement se constituer un avocat et un procureur; mais en dehors des cas prévus aux §§ 2 et 3, elles peuvent aussi agir et répondre par elles-mêmes, à moins que le juge n'estime nécessaire le ministère d'un procureur ou d'un avocat.*

[...]

§ 3. *Dans un procès contentieux, s'il s'agit de mineurs ou d'une cause où le bien public est en jeu, à l'exception des causes matrimoniales, le juge doit constituer d'office un défenseur à la partie qui n'en a pas.*

Dans les ordres normatifs judaïques et musulmans, en matière de dissolution du lien conjugal, bien souvent les tribunaux religieux ne « prononcent » pas la dissolution unilatérale du lien conjugal mais se contentent de l'entériner en l'officialisant, en l'homologuant³².

Enfin, il faut noter que les autorités religieuses rendent de multiples services allant des services de conseil³³, voire de consultations juridiques (droit religieux) aux services de conciliation et de médiation, voire d'arbitrage en passant par l'émission d'avis juridiques (*responsa* pour le droit judaïque, *fatwa* pour le droit musulman³⁴). Précisons ici que, d'un point de vue sociologique, il est très difficile de savoir si ces fatwas émises soit par des individus ou par des con-

³² La répudiation unilatérale par le mari n'est pas le seul mode de dissolution du lien conjugal connu du droit musulman. Il est possible de dissoudre l'union conjugale en raison de vices affectant le mari (école hanbalite), de manquement aux obligations contractuelles (école hanbalite et chaféite), ou encore de préjudice (*darar*) (école malékite). D'autre part, la femme peut provoquer la répudiation de deux façons : elle peut offrir ou accepter de remettre à son mari un bien en échange de la répudiation (*khûl*) ; elle peut mettre en œuvre une « clause adjointe » dans le contrat de mariage. Dans le cadre du *khûl*, il s'agit là de la répudiation, qualifiée par Yvon Linant de Bellefonds, de répudiation « moyennant compensation ». Prononcée par le mari, elle est irrévocable, contrairement à la « répudiation par trois », répudiation qui existe dans les législations d'obédience malékite et hanafite. Enfin, on peut noter la possibilité d'insérer dans un contrat de mariage ce qui est appelé des clauses adjointes, telles la clause de monogamie ou encore la clause par laquelle le mari donne à sa femme le mandat spécial ordinaire de répudier (*tawkiîl*). Voir, sur ce point : Roula EL-HUSSEINI BEGDACHE, « Le rôle de la volonté en droit musulman de la famille », [http://www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/drreli/Husseini.pdf].

³³ « *It is hoped that the Islamic Centre of England can operate as an advisory for Muslim households so as to assist them in resolving any family difficulties which may exist* » [http://www.ic-el.org/english/].

³⁴ On peut citer la *fatwa* sur les prêts bancaires pour les musulmans du Conseil européen pour la *fatwa* et la recherche, une entité académique, islamique, spécialisée et indépendante qui est composée de nombreux savants. Inauguré en 1997 à Londres, ce conseil a pour mandat entre autres de

[r]éaliser le rassemblement des savants qui vivent en Europe et essayer d'unifier les avis juridiques à propos des principales questions de jurisprudence. Émettre des fatwas collectives qui répondent aux besoins des Musulmans en Europe, qui résolvent leurs problèmes, conformément aux règles et aux objectifs de la Charia. Publier des études et des recherches juridiques qui résolvent les problèmes qui se présentent aux Musulmans en Europe, d'une manière qui rejoigne les objectifs de la Charia et les intérêts des Musulmans. Guider les Musulmans en Europe en général et ceux qui travaillent pour l'Islam en particulier, en propageant des concepts islamiques corrects et des fatwas juridiques tranchantes.

seils (tels le conseil du *fiqh* d'Amérique du Nord) et dont la circulation est facilitée par Internet, touchent réellement les musulmans dans leur vie quotidienne.

Pour les fins de notre étude, nous entendrons donc par « tribunaux religieux », les mécanismes de justice usités dans une communauté pour prévenir ou résoudre des conflits en application de normes ou de principes religieux.

2. La compétence *rationae materiae*: des compétences limitées, voire auto-limitées

En matière de droit de la famille, les tribunaux ecclésiastiques ne sont compétents qu'en matière d'annulation de mariage religieux, tandis que les tribunaux judaïques (*beth din*) exercent leur juridiction sur la totalité des matières familiales couvrant ainsi la dissolution du lien conjugal (procédure du *guet*), le paiement de la dot (*ketouba*), la détermination de la pension alimentaire due aux enfants et les questions de garde et de visite. Ils peuvent aussi régler des litiges en matière de droit des contrats³⁵.

Concernant les tribunaux musulmans, il faut noter que, le droit musulman a été très lié à la montée de l'État, les tribunaux musulmans dans les États confessionnels émanant de ce dernier. Pour les pays dans lesquels la population musulmane était minoritaire, il ne semble pas, comme nous l'avons mentionné plus haut, qu'une doctrine très importante ait été développée. Il en résulte que, contrairement aux deux autres ordres normatifs religieux ici étudiés, l'ordre normatif musulman, mis à part certains courants tels l'ismaélisme

[<http://www.aceiweb.org/cefr.htm>]: source et conditions des *fatwas*. Voir aussi la publication toute récente du CONSEIL EUROPÉEN DES FATWAS ET DE LA RECHERCHE, *Recueil de fatwas. Avis juridiques concernant les musulmans d'Europe*, série n° 1, Éditions Tawhid, 2002, avec une préface de Tariq Ramadan.

³⁵ Voir, pour Montréal :

The Beth Din of Montreal consists of well experienced Rabbis in the field of Beth Din matters, which include commercial disputes related to partnerships, corporate disputes and employment disputes. In addition issues resulting in congregational issues, businesses, contracts, inheritance and child support are also adjudicated. It has earned an international reputation for integrity, competence, and fairness. It is a forum which acts in a professional, efficient and user-friendly manner.

[<http://www.mk.ca/page7a.php>].

qui, lui, dispose de tribunaux bien organisés³⁶, ne semble pas encore avoir pensé dans les détails le mode de fonctionnement de la justice musulmane dans des pays où la population d'obédience musulmane est minoritaire. Dans ce processus obligé d'acculturation aux normes du pays d'accueil, les tribunaux musulmans n'en sont qu'à leurs premiers pas. En tant qu'organes n'offrant pas que des services de conciliation, ils n'ont en effet commencé à exister que récemment (20 dernières années) dans les pays occidentaux et d'Amérique du Nord. Ainsi, en Grande-Bretagne, un Conseil musulman de la *shari'a* a été établi en 1982 sous le régime associatif³⁷. Composé de docteurs de la loi et représentant une dizaine d'organisations

³⁶ Ces tribunaux ont été mis en place par Aga Khan, leader de la communauté religieuse en 1986/1987. Selon Kellie Johnston, Gus Camelino et Roger Rizzo, il existe un bureau régional au Canada, composé d'au moins deux femmes membres et d'un avocat et il y aurait un droit d'appel au bureau national puis international. L'article 12.1 de la Constitution des musulmans shia imami ismailien prévoit ainsi la création d'un organe d'arbitrage :

12.1 *There shall be an International Conciliation and Arbitration Board to be known as «His Highness Prince Aga Khan Shia Imami Ismaili International Conciliation and Arbitration Board»: (a) to assist in the conciliation process between parties in differences or disputes arising from commercial, business and other civil liability matters, domestic and family matters, including those relating to matrimony, children of a marriage, matrimonial property, and testate and intestate succession; and (b) to act as an arbitration and judicial body and accordingly to hear and adjudicate upon: (i) commercial, business and other civil liability matters; (ii) domestic and family matters including those relating to matrimony, children of a marriage, matrimonial property, and testate and intestate succession; and (iii) disciplinary action to be taken under this Constitution and any Rules and Regulations.* (Nos non-italiques).

Les auteurs cités ci-dessus poursuivent en écrivant que « [t]he majority of cases dealt with by Canadian Boards to date have been in the field of conciliation with approximately 60% matrimonial and 40% commercial matters. In their first nine years, the Boards handled close to 800 cases across Canada with over 70% handled to the satisfaction of the parties : Kellie JOHNSTON, Gus CAMELINO, Roger RIZZO, *A Return to «Traditional» Dispute Resolution. An Examination of Religious Dispute Resolution Systems*, 2000 [http://www.cfcj-fcjc.org/full-text/traditional.htm]. Voir aussi : His Highness Prince Aga Khan Shia IMAMI ISMAILI, National Conciliation and Arbitration Board for Canada, *Submission to Ontario Arbitration Review*, Sept 10, 2004, qui indique que les conseils d'arbitrage et de conciliation sont régionalement au nombre de 5 : Calgary, Edmonton, Montréal, Toronto et Vancouver.

³⁷ [http://www.islamic-sharia.co.uk/whoitrepresent.htm]. Voir aussi : Samia BANO, *Shariah Councils, Pakistani Muslim Women, and Communal Autonomy in the UK: Feminist Dilemmas in Multicultural Research*, thèse de doctorat, Coventry, Faculté de droit, Université de Warwick, UK, 2005.

musulmanes, il assiste les parties dans les procédures de répudiation, aidant notamment les femmes à obtenir le *talak* et se prononce entre autres sur les questions d'accords pré-nuptiaux et de dot (*mahr*)³⁸. Au Canada, la question de la dot pourrait être tout particulièrement sensible puisque, dépendamment des provinces, les tribunaux se déclarent soit compétents, analysant la dot comme un élément du contrat de mariage³⁹ et la qualifiant alors bien souvent de donation, soit incompétents, analysant la dot alors comme une institution qui, de par son fondement religieux, est hors du champ de leur juridiction⁴⁰. Notions ici qu'au Québec, la situation se complique du fait que la dot sera bien souvent intégrée non pas dans un contrat de mariage, mais dans un acte de mariage religieux dont la

³⁸ La *mahr* est une compensation matrimoniale à la charge du mari et destinée à sa femme conformément au verset : « Remettez à vos femmes leur dot en toute propriété » (V, 4). Cette disposition a pour but de venir pallier au désavantage du régime matrimonial qui est celui de la séparation des biens. Dépendamment des écoles, la dot est une condition de validité du mariage (imam Malik) ou un simple effet du mariage (école hanéfite par exemple).

³⁹ *N.M.M. c. N.S.M.*, [2004] B.C.J. (Quicklaw) n° 642 (S.C.); *Nathoo c. Nathoo*, [1996] B.C.J. (Quicklaw) n° 2720, par. 23 (S.C.); *Amlani c. Hirani*, [2000] B.C.J. (Quicklaw) n° 2357 (S.C.). Dans ces décisions, le fondement de la dot est la volonté des parties de s'y soumettre. Voir ainsi dans *Nathoo* :

Our law continues to evolve in a manner which acknowledges cultural diversity. Attempts are made to be respectful of traditions which define various groups who live in a multi-cultural community. Nothing in the evidence before me satisfies me that it would be unfair to uphold provisions of an agreement entered into by these parties in contemplation of their marriage, which agreement specifically provides that it does not oust the provisions of the applicable law. (Nos non-italiques).

⁴⁰ Voir en ce sens : *Kaddoura c. Hammoud*, [1998] O.J. (Quicklaw) n° 5054, par. 25 :

The Mahr and the extent to which it obligates a husband to make payment to his wife is essentially and fundamentally an Islamic religious matter. Because Mahr is a religious matter, the resolution of any dispute relating to it or the consequences of failing to honour the obligation are also religious in their content and context [...] They are derived from and are dependent upon doctrine and faith. They bind the conscience as a matter of religious principle but not necessarily as a matter of enforceable civil law. (Nos non-italiques).

Le raisonnement employé pour qualifier la *mahr* est un raisonnement typique de droit international privé. Il est dommage selon nous que le juge ait refusé d'adapter les catégories de son droit (en l'occurrence le contrat de mariage), estimant que par son fondement religieux, la *mahr* n'était pas « traduisible » en droit ontarien et fondant son raisonnement ainsi sur une absence de communauté de droit entre le droit musulman et le droit ontarien. L'incommensurabilité est consacrée. Sur cette notion de commensurabilité, voir : A. SARIS, *op. cit.*, note 6, p. 908 et suiv.

validité dépendra de l'insertion de la clause indiquant la dot⁴¹. Concernant la « traduction »⁴² de la *mahr* dans les catégories du droit québécois, on pourrait imaginer que la dot musulmane soit qualifiée de donation entre vifs⁴³, le paiement d'une somme déterminable pouvant être prévu dans un engagement sous condition suspensive. La cause d'éligibilité serait alors le divorce ou la séparation de corps⁴⁴. L'*imperium* de la *mahr* viendrait alors de la volonté des parties, la donation étant un contrat⁴⁵. Sa nature mixte, touchant les

⁴¹ Au Québec, si la dot est prise en considération, le mari ne sera pas obligé de la payer si le juge estime que d'une manière ou d'une autre il s'en est déjà acquitté. Voir : MF c. M.A.A., C.S. Québec, n° 500-12-254264-009, 11 mars 2002, par. 32 :

La réclamation d'un Mahr inclus dans le certificat de mariage religieux

[...] *La seule preuve sur l'interprétation à donner au Mahr islamique ci-haut cité [une espèce particulière de dot selon le témoin expert] consiste dans la transcription de l'interrogatoire de monsieur Nabil Abbas, ministre du culte musulman [...] Le message est clair : compte tenu de ce que l'époux a déjà versé à l'épouse il n'est plus obligé de lui en offrir davantage. Il s'est acquitté de son engagement. Vu le témoignage non contredit de l'Imam, expert en la matière, cette réclamation est rejetée.* (Nos non-italiques).

⁴² Sur la notion de « traduction » des concepts de droit étranger en droit local et, plus particulièrement, sur les concepts de commensurabilité et de communicabilité, voir : H. Patrick GLENN, « Are Legal Traditions Incommensurable? », 49 *Am. J. Comp. L.* 133 (2001) ; A. SARIS, *op. cit.*, note 6, p. 127, 152, 1108 et surtout aux pages 972 et suiv.

⁴³ Cette dernière étant constituée par une « transmission de valeurs d'un patrimoine à l'autre, s'accompagnant d'une intention libérale, et dessaisissement actuel du donateur » : *Droit de la famille – 504*, [1990] R.J.Q. 302, 305 (C.A.).

⁴⁴ Voir : Jacques AUGER, « La “clause de divorce” dans les donations par contrat de mariage », (1976) 79 *R. du N.* 80.

La question à se poser lorsqu'une des parties invoque la *mahr* contenue dans un contrat de mariage serait de savoir si la clause contenant la donation entre vifs, conditionnelle à l'arrivée du divorce/séparation de corps entre les parties, est licite, car avec l'entrée en vigueur du divorce sans faute, la créancière de la dot pourrait provoquer le divorce pour l'obtenir, la condition devenant alors purement potestative. Sur cette question, voir : *Droit de la famille – 1739*, [1993] R.J.Q. 663.

⁴⁵ L'article 1806 C.c.Q. range la donation parmi les contrats :

1806. *La donation est le contrat par lequel une personne, le donateur, transfère la propriété d'un bien à titre gratuit à une autre personne, le donataire ; le transfert peut aussi porter sur un démembrement du droit de propriété ou sur tout autre droit dont on est titulaire.*

Voir l'article 1807 :

1807. *La donation entre vifs est celle qui emporte le dessaisissement actuel du donateur, en ce sens que celui-ci se constitue actuellement débiteur envers le donataire. Le fait que le transfert du bien ou sa délivrance soient assortis d'un*

droits civils et religieux pourrait, à la demande de l'une des parties, être prise en considération par le juge dans son seul aspect civil. Cette nature mixte quant à son contenu obligationnel distingue donc la *mahr* du *guet* dont la nature est intrinsèquement religieuse. Il demeure toutefois qu'en cas d'incompétence déclarée du juge étatique, la canadienne musulmane, si son mari refuse de lui payer la *mahr*, n'aura d'autre choix que d'en saisir les institutions religieuses, si elles existent.

3. La compétence *rationae personae* : qui peut saisir ou être attiré devant les juridictions religieuses ?

En matière familiale, la compétence s'exerçant en raison de la matière soumise, il semble logique d'en déduire que la compétence *rationae personae* ainsi que l'accès à la justice du tribunal religieux dépendra de la validité dans l'ordre normatif religieux des mariages mixtes.

Dans l'ordre canonique, de tels mariages mixtes étant possibles, l'un ou l'autre des deux membres du couple mixte pourra saisir le tribunal d'une requête en annulation du lien matrimonial.

Pour ce qui est des tribunaux musulmans, si le mariage entre un musulman et une non-musulmane est possible, l'inverse n'est pas vrai⁴⁶ : le mariage n'est pas un sacrement mais un con-

terme, ou que le transfert porte sur un bien individualisé que le donateur s'engage à acquérir, ou sur un bien déterminé quant à son espèce seulement que le donateur s'engage à délivrer, n'empêche pas le dessaisissement du donateur d'être actuel.

⁴⁶ En matière de mariages interreligieux, la *shari'a* prévoit qu'un musulman ne peut épouser une femme non musulmane que si elle est juive ou nazaréenne (chrétienne), c'est-à-dire qu'elle appartient à une religion du Livre, mais non une femme idolâtre, païenne, athée, associatrice, hindoue, bouddhiste (voir les versets 2.221 : « N'épousez pas de femmes polythéistes avant qu'elles ne croient » et ensuite « le verset permissif » et 5.5 : « L'union [...] avec les femmes de bonne condition, faisant partie du peuple auquel le Livre a été donné avant vous, vous est permise »). Toutefois, si le mariage est permis, il est considéré comme *makrûh*, répréhensible, par les quatre écoles sunnites. (Les écoles juridiques shaf'ite, malékite et hanbalite limitent cette liberté en déclarant qu'un tel mariage n'est possible qu'avec une femme « libre »). Les quatre écoles juridiques sunnites sont d'accord pour considérer un tel mariage comme *makrûh*, répréhensible donc à éviter, surtout lorsque la femme vit dans un pays non musulman. Les écoles juridiques diffèrent également dans leurs positions lorsqu'on en vient à la question de l'appartenance religieuse des parents de la femme.

trat⁴⁷. Concernant la dissolution du lien conjugal, on pourrait donc imaginer que la conjointe non musulmane puisse saisir le tribunal musulman.

Enfin, concernant l'ordre normatif judaïque, le mariage mixte étant impossible, en matière de dissolution du lien conjugal et autres questions familiales, seules des personnes juives pourront saisir le tribunal judaïque. Il faut ici noter une particularité de l'ordre normatif mosaïque dans ses prétentions à l'exclusivité sur ses membres. En effet, selon la *halachah*, les juifs doivent soumettre les litiges les opposant à d'autres juifs aux tribunaux rabbiniques avant de recourir aux tribunaux séculiers⁴⁸. Pour pouvoir se pourvoir devant les tribunaux séculiers, il leur faut traditionnellement l'autorisation (*heter arkaot*) d'une autorité rabbinique⁴⁹; cette autorisation est donnée presque automatiquement lorsque le défendeur ne se présente pas devant le *beit din*. Le *beit din* peut aussi prononcer une décision appelée «*Ksav Seruv*» qui établit que le défendeur, par exemple un mari qui, ayant refusé le *guet*, est attiré par sa femme devant le *beit din*, a refusé de se présenter devant lui. Cette déclaration est censée susciter l'opprobre par la communauté de vie du défendeur. En pratique, les communautés sont souvent inactives. Une telle disposition n'existe pas à notre connaissance de façon aussi large dans les ordres normatifs catholiques et musulmans. Enfin, il est à noter qu'il semblerait qu'en Ontario, la principale motivation des juives orthodoxes de porter leurs problèmes familiaux devant le tribunal rabbinique, selon John Syrtash, est la

⁴⁷ L'une des caractéristiques du mariage musulman est qu'il est un simple contrat civil consensuel dont la célébration est d'un formalisme minimal (présence de deux témoins masculins ou, le cas échéant, d'un homme et de deux femmes, musulmans, libres, pubères et sains d'esprit). Certains auteurs hanéfites considèrent que la conclusion d'un mariage requiert toutefois la présence obligatoire d'un tuteur matrimonial (*wali*). La présence d'un religieux (imam ou autre) n'est pas nécessaire pour la validité d'un tel mariage qui se concrétise rituellement par le simple échange des consentements en présence de témoins. Toutefois, un usage s'est répandu d'associer une telle personne religieuse à la célébration du mariage. Enfin, selon certaines coutumes «culturelles», le mariage musulman serait religieux et ne pourrait donc être dissous que par le biais du *talak*.

⁴⁸ Shulchan Aruch, Choshen Mishpat 26. Voir aussi la Gemara le pasuk «*asher tasim lifneihem*».

⁴⁹ Certains estiment toutefois que si l'une des parties est une personne juive sécularisée, ce fait même prouve qu'elle refusera la compétence du *beit din* et justifie la saisine des juridictions étatiques sans avoir à demander l'autorisation.

notion de modestie qui les pousserait à demander la résolution de leurs conflits familiaux, conflits de l'intimité, dans un contexte qui les soustrairait au regard du public⁵⁰. Cette notion pourrait aussi être applicable à certaines femmes musulmanes⁵¹.

4. La procédure – qu'en est-il des droits de la défense : droit d'être informé des procédures en cours, droit aux services d'un avocat et droit de consulter son dossier ?

Ici aussi de grandes différences existent entre les tribunaux religieux et les tribunaux étatiques.

Sans doute à cet égard, l'ordre canonique est-il le plus original par rapport à l'ordre étatique. La particularité de la procédure canonique en matière d'annulation du mariage est que ce qui est jugé, c'est le mariage; le juge ne s'intéresse qu'à la validité de ce dernier, peu lui importe les prétentions ou les intérêts des parties. Il en résulte donc qu'« avocat » et « procureur » ont pour mandat de protéger non pas les intérêts des parties et de l'État, mais ceux du

⁵⁰ Voir John Syrtash s'exprimant au nom de la Cour rabbinique orthodoxe de Toronto (Va'ad Ha-Rabonim), et de l'organisation B'nai Brith qui a précisé que :

To Orthodox women especially, there's a concept of modesty. In our language, it's called "tzinyos" – modesty – and this demands privacy about such delicate family matters, especially when the topic involves matters of intimacy, particularly on occasion when these problems can lead to the resurrection of the marriage, what we call "shalom bayis," or peace in the marriage. Alternatively, it may demand a divorce on terms, but the requirement of privacy when dealing with domestic and possibly intimate matters is crucial to a Jewish woman's spiritual makeup, something secular people sometimes forget or cannot easily understand.

Débats, précités, note 11, 11h10.

⁵¹ Par ailleurs, n'oublions pas ici que, comme le rapporte la professeure Annie Bunting, certaines femmes musulmanes n'auraient pas recours aux médiations effectuées dans le cadre des mosquées car la perspective religieuse selon laquelle il est de la responsabilité des femmes de garder la famille ensemble à tout prix même dans les cas de violence conjugale, ne leur convient pas : Annie BUNTING, « Mediating Cultures, Arbitrating Family Disputes: Institute for Civil Justice and Ontario Muslim Communities », texte distribué le 19 novembre 2004 lors de la tenue d'un atelier dans le cadre des « Diversity Workshop Series » de la Faculté de droit de l'Université de Toronto et, en avril 2005, au Canadian Chapter International Association of Women Judges National Judicial Institute, Faculté de droit, Université de Victoria : « Judging Across Borders: Canadian Judges and International Law », et mis en ligne [http://www.nji.ca/nji/CCIAWJ/papers/new/53_Bunting_Arbitrating_.pdf], à la page 11.

mariage et de l'Église. Les époux n'ont pas le droit à un avocat chargé de les défendre, ni même celui de consulter leur dossier.

En droit mosaïque, si dans la procédure du *guet*, le rabbin n'a qu'un rôle très limité, dans les autres types de litiges, il a un rôle bien plus actif comprenant la conciliation, la médiation, l'arbitrage et le jugement. En effet, pour résoudre un différend, la personne juive peut opter entre deux types de recours : une procédure informelle (c'est alors le *mazkir*, l'administrateur qui, après avoir écouté la plainte enverra la *hazmana*, assignation, au défendeur et règlera la question), soit une procédure formelle qui peut aboutir à un compromis (*p'shara* ou *peshara*), ce qui fait penser à un arbitrage, ou recourra à un jugement (*din*), le premier ayant la faveur de la communauté orthodoxe⁵². Lorsque le défendeur reçoit l'assignation, il peut décider soit de se présenter devant le *beit din*, soit d'identifier un autre *beit din* ou encore demander un *Zablah*⁵³, chaque partie choisissant un *Dayan*, le troisième étant choisi par les deux premiers, les *Dayan* peuvent être disqualifiés par les parties pour certains motifs précisés. Lors d'accord d'arbitrage, c'est en général la formule du *Zablah* qui est retenue. Il est important de remarquer que lorsque les parties ont recours à un accord d'arbitrage (*shtar briurin*), elles peuvent choisir le droit applicable : *Minhag* (usage établi) ou *Minhag hamakom* (usages de l'endroit acceptés). Selon les écrits du rabbin Mosche Isserles⁵⁴ (aussi appelé REMA), l'autorité du *beit din* tient au fait de son établissement selon les règles et de son acceptation par la communauté et cette autorité s'impose aux défendeurs locaux. Si des avocats peuvent être présents lors du processus, leur rôle en général est plutôt de conseiller les rabbins quant au droit étatique⁵⁵. La procédure est en général rapide et

⁵² Voir le site du Conseil rabbinique de Californie sur lequel est énoncé : « *Choulhan Aroukh tells us we should make every effort to institute p'shara (C.M. 12:2), we are further admonished (C.M. 12:20) "Dayanim are required to distance themselves as much as possible from judging cases on the basis of Din alone"* » : [http://www.rccvaad.org/cases.htm].

⁵³ *Zablah* est un acronyme de la phrase du talmud décrivant ce forum. « *Zeh Borer Lo Echad*, etc. », ce qui veut littéralement dire « cette partie en choisit un, cette autre partie en choisit un ».

⁵⁴ Rema, Rabbi Moché Isserles, grand décisionnaire qui a ajouté au *Choul'han Arou'h* rédigé par le rabbin *Yosef Caro* l'opinion des sages Ashkénaze, Cracovie, 1525-1572.

⁵⁵ Voir : L. COHEN, *loc. cit.*, note 13, 32. Il est à noter que si l'avocat de droit canadien donne son avis sur le droit juif, il n'est pas couvert par son assurance. Voir,

relativement peu coûteuse⁵⁶. Il faut par ailleurs noter la compénétration des ordres normatifs judaïques et étatiques en Ontario. John Syrtash a ainsi insisté sur cette spécificité lors des discussions concernant l'amendement de la loi ontarienne sur l'arbitrage. En effet, selon lui, les rabbins ont un levier sur les couples en raison du fait que l'arbitrage juif aura valeur de droit, ce qui, alors, leur permet de régler les questions familiales par la voie de la conciliation, voire de la médiation, les parties sachant que si elles ne s'entendent pas, un arbitrage aux effets de droit pourra avoir lieu⁵⁷.

sur ce point : Natasha BAKHT, *Arbitrage, religion et droit de la famille : la privatisation du droit au détriment des femmes*, mai 2005, document rédigé pour l'Association nationale de la femme et du droit, disponible sur leur site [<http://www.anfd.ca/Documents/FINAL-ARB-FR-Mar05.doc>], p. 28 : « [...] arbitrage qui applique un droit religieux parce qu'à l'heure actuelle, l'assurance-responsabilité offerte par la Lawyers' Professional Indemnity Company, la compagnie d'assurance qui dessert les membres du Barreau du Haut-Canada (le Barreau de l'Ontario) ne s'étend pas aux avocats exerçant dans un domaine autre que le droit ontarien/canadien ».

⁵⁶ En 1995, il était rapporté que les parties étaient entendues devant le *Beth din* du Grand Rabbinate du Québec dans la semaine qui suivait la demande, l'audience durant en général une journée et la décision était rendue dans les jours suivant l'audition. Quant aux coûts pour un divorce, ils auraient été d'environ 400 \$. Voir l'Étude exploratoire de L.P. LÉPINE, *op. cit.*, note 15, p. 9 et 10. Dans la convention d'arbitrage modèle (Epstein Cole LLP) insérée à l'annexe VI du Rapport de Marion Boyd, le coût prévu est de 500 \$: Marion BOYD, *Résolution des différends en droit de la famille : pour protéger le choix, pour promouvoir l'inclusion*, déc. 2004, disponible à l'adresse Internet suivante : [<http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/about/pubs/boyd/>].

⁵⁷ Voir, sur ce point, John SYRTASH :

I need you to understand that to take away the power of the Jewish courts is to interfere with marriage counselling, because before they get to the arbitration step, the rabbis first attempt marriage counselling. Then they go to mediation. If that fails, then they take the step of arbitration. This is a process known as Jewish mediation-arbitration. Moses invented it thousands of years ago, well before it became popular as an alternative form of dispute resolution in this jurisdiction. The rabbis ensure that their arbitration agreement specifically excludes section 35 of the Arbitration Act to permit such mediation. Then, those issues that cannot be resolved through mediation are arbitrated in the rare case where the threat of arbitration does not work. This method is so successful that only a handful of cases are actually arbitrated in the Jewish courts. But if you take away the threat of arbitration in this process, the Jewish court and its powers will be hindered. If rabbis are restricted to employing only Ontario law and not Jewish law and tradition in their deliberations, then their decisions can never be enforced because they are not Ontario lawyers, nor should they be expected to be Ontario lawyers. (Nos non-italiques).

La procédure devant les tribunaux musulmans est encore d'une certaine manière à ses débuts⁵⁸. Bien que des procédures de conciliation et de médiation existent, nous n'avons pas trouvé, mis à part pour les tribunaux ismaéliens⁵⁹, des règles de procédures en ces matières applicables par une autorité musulmane⁶⁰.

5. La procédure – la question de l'appel

Concernant la présence de plusieurs degrés de juridictions, il semble que l'ordre normatif canonique soit le plus « poussé » avec trois ordres de juridictions. Les tribunaux judaïques semblent eux prendre les décisions en premier et dernier ressorts⁶¹. Qui plus est, dans le cadre des tribunaux rabbiniques ontariens, il semble être coutumier que la convention d'arbitrage prévoit un article précisant qu'il n'y a pas de droit d'appel⁶². Quant aux tribunaux musulmans,

Débats, précités, note 11, 17 janvier 2006 [http://www.ontla.on.ca/hansard/committee_debates/38_parl/session2/GenGov/G012.htm#PARA32].

⁵⁸ Les efforts d'organisation des imams à Montréal avec, en 1995, la création d'un Conseil de la Charia ne semblent pas avoir été productifs et, à notre connaissance, ce conseil n'existe plus ou à tout le moins plus sous la forme sous laquelle il avait été créé : François BERGER, « Québec enquête sur un tribunal islamique », *Le Devoir*, 24 février 1995. Ce conseil, créé sur le modèle du conseil de la Grande-Bretagne, aurait essentiellement agi en matière de divorce confessionnel. En auraient été membres 6 imams.

⁵⁹ Voir, sur ces points : L.P. LÉPINE, *op. cit.*, note 15, p. 15-17.

⁶⁰ Nous sommes présentement en train d'analyser cette question par le biais d'un projet : « Les divers modes de prévention et de résolution de conflits familiaux : le cas des canadiennes musulmanes ». Ce projet, qui est une étude empirique qualitative, a pour objectif, entre autres, de comprendre quelles sont les options dont disposent les canadiennes musulmanes à Montréal en matière de prévention et de résolution de leurs conflits familiaux, comment s'opèrent les choix entre ces dernières, leurs rapports entre elles et leurs modes de fonctionnement. Environ 70 personnes seront interviewées, dont des imams. Le projet est réalisé avec l'aide des chercheurs Wendy Ayotte, Naïma Bendriss et Jean-Mathieu Potvin. Il sera terminé vers la fin de 2006.

⁶¹ Qui plus est, on peut trouver fréquemment, dans les conventions d'arbitrage apparaissant sur les sites Internet américains, des clauses de renonciation à l'appel devant les tribunaux étatiques.

⁶² Voir, sur ce point, la convention d'arbitrage modèle (Epstein Cole LLP) insérée à l'annexe VI du Rapport de Marion Boyd, *op. cit.*, note 56. La clause 16 prévoit ainsi : « [T]he parties hereby waive all rights to appeal the Award of the Arbitrator and the parties' rights will be restricted to applications for judicial review » : [<http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/about/pubs/boyd/appendix-vi.pdf>].

cela dépend des cas. En effet, dans le cadre de l'arbitrage, les tribunaux ismaéliens⁶³ disposent de degrés d'appel alors qu'il ne semble pas y avoir de telles possibilités lorsqu'il s'agit de décisions d'imams.

Concernant le droit canonique, il existe trois degrés de juridictions. Le premier est le tribunal de première instance⁶⁴, dont les juges, des clercs, sont nommés par l'évêque⁶⁵ du diocèse. La procédure est clairement établie par le Code canonique⁶⁶. Concernant la demande d'annulation du mariage canonique, il est nécessaire de

⁶³ Ces tribunaux font de la conciliation et de l'arbitrage. Il est possible de trouver les règles concernant les procédures de conciliation et d'arbitrage aux annexes IV et V du Rapport de Marion Boyd, *id.* : [<http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/about/pubs/boyd/appendix-iv.pdf>] et [<http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/about/pubs/boyd/appendix-v.pdf>].

⁶⁴ Voir, sur la question : Annie STAUDT, *Un tribunal d'Église : approche méthodologique*, Strasbourg, Cerdic Publications, 1984.

⁶⁵ Can. 1419 : « § 1. Dans chaque diocèse et pour toutes les causes non expressément exceptées par le droit, le juge de première instance est l'Évêque diocésain, qui peut exercer le pouvoir judiciaire par lui-même ou par autrui, selon les canons suivants ».

Can. 1421 : « § 1. Dans son diocèse, l'Évêque constituera des juges diocésains qui seront clercs. § 2. La conférence des Évêques peut permettre que des laïcs soient également constitués juges et que, en cas de nécessité, l'un d'entre eux puisse être choisi pour former le collège. § 3. Les juges jouiront d'une réputation intacte et seront docteurs ou au moins licenciés en droit canonique ».

⁶⁶ La procédure se déroule en 4 étapes : 1° Envoi de la requête – Le demandeur adresse un libellé (lettre ou mémoire) où il expose les raisons de sa demande ; 2° Instruction de l'affaire – Lorsque la requête est acceptée et le motif de nullité retenu, un des auditeurs de l'Officialité procède à l'audition du demandeur, de la partie défenderesse (ultérieurement) ainsi que de leurs témoins ; 3° Discussion – Au vu du dossier ainsi constitué, l'avocat (s'il y en a un) rédige la plaidoirie, donnant les arguments en faveur de la nullité du mariage. Parallèlement, ou sitôt après la clôture de l'instruction (en l'absence d'avocat), le défenseur du lien fait ses observations en faveur du lien matrimonial ; 4° Décision – Le dossier est alors remis aux juges qui, après l'avoir étudié individuellement et donné leur avis, se réunissent pour prendre ensemble la décision. Cette décision, même si elle est affirmative, doit être confirmée ou infirmée par l'Officialité de 2^e instance. La sentence ainsi ratifiée devient alors définitive. Si les parties s'estiment lésées par la décision, elles peuvent faire appel.

passer par deux instances⁶⁷, l'une étant l'appel⁶⁸ auquel participent notamment⁶⁹ trois juges nommés par l'Évêque, ainsi que des « avocats ecclésiastiques ». La procédure dure environ un an à un an et demi⁷⁰. Si l'appel renverse le premier jugement, il est possible de se pourvoir devant la Rote romaine⁷¹.

⁶⁷ Can. 1643: *Ne passent jamais à l'état de chose jugée les causes concernant l'état des personnes, y compris les causes de séparation des époux.*

Can. 1644: § 1. *Si, dans une cause concernant l'état des personnes, une double sentence conforme a été rendue, on peut, en tout temps, se pourvoir auprès du tribunal d'appel, en apportant de nouvelles preuves ou de nouveaux arguments sérieux, fournis dans un délai péremptoire de trente jours à compter de la formulation de l'appel. Le tribunal d'appel, dans le mois qui suit la remise des nouveaux arguments et preuves, doit décider par décret si une nouvelle introduction de la cause doit être admise ou non.*

⁶⁸ La procédure en appel est obligatoire car, pour qu'un mariage soit déclaré nul, deux sentences affirmatives sont nécessaires. L'inscription en appel doit être faite dans les 15 jours de la première sentence. Si les deux parties sont d'accord avec l'annulation, aucune démarche n'est requise: le dossier suivra son cours et l'annulation sera confirmée par décret. Par contre, s'il y a contestation, le dossier sera étudié à nouveau.

⁶⁹ En plus des juges diocésains, participent aux procédures 1^o le vicaire judiciaire – un prêtre représentant l'Évêque, chargé d'examiner les demandes et de faire respecter le droit des personnes dans le diocèse; 2^o les défenseurs du lien – ils exercent le ministère public et sont chargés d'apporter les arguments en faveur du mariage. 3^o les auditeurs – ils ont pour mission d'instruire les causes et reçoivent les dépositions des personnes concernées et de leurs témoins; 4^o les avocats ecclésiastiques: ils peuvent guider et accompagner les parties dans leur démarche tout au long de la procédure; 5^o le notaire – il est responsable de la forme de la procédure, atteste de l'authenticité des documents et de la conformité des dossiers. En dehors de l'Official, qui est nécessairement prêtre, les autres intervenants peuvent être prêtres ou laïcs, ayant la formation requise et reconnus par l'Évêque.

⁷⁰ La procédure dure de 12 à 18 mois, en deux instances obligatoires. En Europe, tous les frais forfaitaires (l'avocat compris) sont fixés à 300 € en première instance et 100 € en appel. Au Québec, il semblerait que les délais soient similaires, la procédure coûtant autour de 1 500 \$.

⁷¹ Il est rare que les personnes se rendent jusque-là, car les dépenses encourues sont énormes, puisqu'il faut embaucher un avocat de droit civil à Rome. En 1998, le tribunal Apostolique a examiné 1 496 causes et rendu 174 décisions, dont 74 déclaraient les mariages nuls.

II. Les tribunaux religieux – Le point de vue de l'ordre juridique étatique

Au Québec et au Canada, il n'y pas de reconnaissance officielle des ordres normatifs religieux, telle que celle posée par les concordats dans des pays comme l'Italie, le Portugal et autres⁷². Dans ces conditions, le domaine du religieux est un domaine du non-droit, expression chère au doyen Carbonnier⁷³, un espace dans lequel le droit de l'État se retire pour faire place à la normativité religieuse et dont il n'applique pas directement les normes même s'il peut les prendre en considération pour déterminer si la liberté de religion a été restreinte par une règle de droit. En effet, l'obligatorité des normativités religieuses ne tient qu'à la conscience desdits individus et surtout pas à la mobilisation de la force de l'État. Il en résulte que les décisions de ces tribunaux ne peuvent avoir d'effet juridique direct dans l'ordre étatique, sauf à prendre une forme autorisée par l'État telle que l'arbitrage par exemple, ou encore à voir leurs éléments incorporés implicitement, sans référence aucune aux normes religieuses, par exemple dans un projet d'accord sur les mesures accessoires dans le cadre d'une demande conjointe en divorce.

Cette possibilité d'intégration dans l'ordre juridique étatique *via* l'arbitrage a fait couler beaucoup d'encre lorsqu'il a été question en Ontario de la création d'un tribunal musulman qui bénéficierait alors de ce régime. Contrairement à ce qui s'était passé pour les tribunaux rabbiniques, la possibilité que des tribunaux musulmans usent de cette loi a suscité une forte opposition parmi les femmes et les hommes musulmans et non musulmans. C'est cette mobilisation qui a conduit à la nomination de Marion Boyd, ancienne ministre de la Condition féminine, que le gouvernement ontarien a chargée d'étudier la situation pour décider si oui ou non il y avait lieu d'amender la *Loi sur l'arbitrage*. Après avoir rencontré un certain nombre d'organisations et d'individus au cours de l'été 2004, Marion Boyd a remis son rapport le 20 décembre 2004⁷⁴. Elle y affirma que l'arbitrage en matière familiale devait demeurer, que cet arbitrage pou-

⁷² Ceci donne lieu à ce que nous appelons des situations de pluralisme institutionnalisé. Pour plus de détails, voir : A. SARIS, *op. cit.*, note 6, p. 48 et suiv. et 246 et suiv.

⁷³ Jean CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001.

⁷⁴ M. BOYD, *op. cit.*, note 56.

vait recourir à des normes religieuses, que le principe de l'égalité homme/femme n'était pas un principe d'ordre public, et donc, qu'une sentence arbitrale consacrant un droit inégalitaire serait valide et que, pour faire face aux risques de pression sur les femmes, des garde-fous devaient être proposés et la *Loi d'arbitrage* amendée à cet effet. Ce rapport ne mit pas fin à la polémique et suite à une nouvelle mobilisation de la société civile, la *Loi sur l'arbitrage* fut finalement amendée en plusieurs points, dont l'article 1 qui se lit désormais ainsi : « [l'arbitrage familial est un arbitrage qui] est effectué exclusivement en conformité avec le droit de l'Ontario ou d'une autre autorité législative canadienne (« *family arbitration* ») »⁷⁵. Le régime de complémentarité en matière de droit de la famille n'existe donc plus en Ontario. Les décisions des tribunaux religieux en matière familiale, lorsqu'ils appliquent leur droit religieux, n'ont plus aucun effet de droit étatique⁷⁶.

Au cours de ces débats, de nombreuses craintes ont été invoquées à l'égard des tribunaux religieux. Pour mieux comprendre les enjeux soulevés par ces débats, il nous a semblé de bon aloi que de nous interroger tout d'abord sur le ou les fondements possibles de l'existence des tribunaux religieux, pour ensuite analyser les craintes évoquées plus haut.

⁷⁵ *Loi sur l'arbitrage*, précitée, note 2.

⁷⁶ Il est à noter que les tribunaux religieux peuvent toujours faire de l'arbitrage en matière familiale s'ils appliquent le droit ontarien ou le droit de l'une quelconque des provinces canadiennes. M. Freiman, s'exprimant au nom du Congrès juif canadien à cet égard, a fait remarquer qu'un révérend pourrait ainsi utiliser son droit religieux de façon implicite tout en appliquant explicitement le droit étatique :

Let me not be invidious about it. Let us say that Reverend X conducts a faith-based arbitration, and this reverend is from an unknown sect that believes that men should always get custody and women should never get custody. If Reverend X conducts the arbitration and says, "The law of the province of Ontario provides that I must look only to the best interests of the child. I've looked only to the best interests of the child, and I find that the father should get 100% access and the mother should not," that's not challengeable. It's been conducted exclusively in accordance with the law of Ontario and has not been conducted in accordance with any other law. If Reverend X were to say, "I have listened to everything, and my holy scripture says that only a father can have custody. Therefore, I interpret the words 'the best interests of the child' in light of my religious beliefs. I'm giving it to the father," that isn't enforceable. It's the same arbitration. It's a question of learning what the language is.

Débats, précités, note 11.

A. Les fondements juridiques de l'existence des tribunaux religieux

Lorsqu'est invoquée la possibilité pour les individus de se soumettre à un tribunal religieux, deux fondements sont invoqués : la liberté de religion d'une part, et plus récemment le multiculturalisme, d'autre part.

1. La liberté de religion

Il y a quelques années, il a été plaidé que la liberté de religion était un droit fondamental non seulement de la personne qui se soumet à la juridiction du tribunal, mais aussi en faveur du tribunal lui-même, personne morale au Québec⁷⁷. Ainsi, la Commission d'accès à l'information, un tribunal administratif québécois dont le mandat est, entre autres, de trancher les mésententes découlant de l'exercice des droits reconnus par la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* (L.R.Q., c. P-39.1), a retenu cet argument estimant qu'intervenir directement, par l'application de cette loi « dans les relations d'un membre d'une confession religieuse ou d'une Église avec les instances de cette confession religieuse ou de cette Église, serait aller à l'encontre des dispositions des Chartes canadienne et québécoise garantissant la liberté de religion »⁷⁸. Cette décision se fondait sur l'arrêt *Mailly*⁷⁹ dans lequel il

⁷⁷ La question de savoir si une personne morale peut invoquer la liberté de religion s'était posée dans l'affaire *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 313 et 314. Le procureur général de l'Alberta avait contesté entre autres, la qualité de Big M pour soulever la question de la possibilité d'un empiètement sur la liberté de conscience et de religion garantie par la Charte. Il a fait valoir « que la liberté de religion est une liberté individuelle et qu'on ne peut pas dire qu'une personne morale, en tant qu'entité créée par la loi, a une conscience ou des croyances religieuses. Elle ne peut donc pas jouir de la protection de l'al. 2a) de la Charte ». Le juge Dickson répondit qu'il n'était pas nécessaire d'avoir des croyances religieuses pour pouvoir invoquer la liberté de religion, une personne athée pouvant l'invoquer par exemple. Il conclut que « [l]a loi qui porte atteinte à la liberté de religion est, de ce seul fait, incompatible avec l'al. 2a) de la Charte et il n'importe pas de savoir si l'accusé est chrétien, juif, musulman, hindou, bouddhiste, athée ou agnostique, ou s'il s'agit d'une personne physique ou morale. C'est la nature de la loi, et non pas le statut de l'accusé, qui est en question ».

⁷⁸ *Rochette c. Tribunal ecclésiastique de Québec*, C.A.I. Québec, n° 03 01 1, AZ-50216897, A.I.E. 2004AC-2, par. 28.

⁷⁹ *Congrégation des Témoins de Jéhovah d'Issoudun-Sud c. Mailly*, [2000] C.A.I. 427 (C.Q.); voir aussi : *Église de scientologie c. Office de la protection du consommateur*, [1997] R.J.Q. 2233, 2241-2246 (C.S.).

avait été précisé que la liberté de religion avait notamment pour but d'« empêcher que l'État ne s'immisce dans la relation privilégiée entre les membres d'un organisme religieux et cet organisme religieux ou n'interfère législativement dans les règles qui régissent ces relations, malgré le droit fondamental de ce membre à sa réputation et à la vie privée ». Toutefois, il est à noter ici que le tribunal administratif avait mis l'accent sur le fait qu'aucun droit civil n'était en cause⁸⁰, s'agissant en l'occurrence de la procédure d'annulation du mariage religieux.

⁸⁰ *Rochette c. Tribunal ecclésiastique de Québec*, précité, note 78, par. 27 : « La preuve démontre que la sentence prononçant l'annulation du mariage du demandeur n'a aucun effet civil ». Sur cette question, Margaret H. Ogilvie précise que « *the courts have stated that they will not consider matters that are strictly spiritual or narrowly doctrinal in nature, but will intervene when civil rights or property rights have been invaded* » : Margaret H. OGILVIE, *Religious Institutions and the Law in Canada*, Toronto, Irwin Law, 2003, p. 218. Dans ces cas, qui sont restreints aux questions de droit de propriété ou de discipline, le juge traitera l'ordre normatif religieux comme un ordre juridique étranger et s'assurera que les tribunaux religieux dans leur décision ont bien appliqué le droit substantif et procédural religieux ainsi que les règles de justice naturelle. Ce n'est que lors de ce processus de vérification que le juge étatique se référera au droit religieux (voir ici *Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer*, [1992] 3 S.C.R. 165, par. 6 en matière de droit à la propriété). Si le juge canadien n'ignore donc pas les ordres normatifs religieux, il n'agit en fait que pour s'assurer que les valeurs de son droit sont bien respectées. Il n'applique donc jamais directement les normes religieuses. Qui plus est, dans les litiges touchant à des questions intrinsèquement religieuses, les tribunaux canadiens se déclarent incompetents en vertu du principe de la séparation de l'Église et de l'État. Ainsi, la Cour supérieure d'Ontario, dans *Levitts Kosher Foods Inc. c. Levin*, [1999] O.R. (3d) 147, s'est déclarée incompetente pour résoudre le litige qui opposait une société fabriquant de la viande cacher à un conseil de rabbins orthodoxes, Va'ad Hakashruth, qui refusait de lui délivrer un certificat de viande kasher. Le juge Benotto a considéré que l'affaire devait être renvoyée devant le Beis Din : « *Although couched in property and civil rights terms, the essence of the plaintiff's claim is an attack on the [religious] policies. Therefore, the matter should go before a religious court* » (nos non-italiques). Pour ces raisons, selon nous, il existe bien une séparation entre les ordres normatifs religieux et l'État au Canada. À titre d'information, au Québec, les relations de travail, quel que soit l'employeur, fut-il une institution religieuse, sont régies par la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1 (art. 39.0.1.9). Au Québec, la Cour d'appel dans l'affaire *Marcovitz c. Bruker*, 2005 QCCA 835 (C.A. Montréal, n° 500-09-013353-032, 20 septembre 2005), a reconnu clairement son incompetente en matière de *guet*. Cette décision est regrettable, car nous croyons qu'il aurait été possible de mettre en œuvre la responsabilité de monsieur, responsabilité non pas contractuelle mais extracontractuelle en raison de sa mauvaise foi patente, voire de son intention de nuire à madame, la question n'étant pas de demander l'exécution forcée du *guet*. Une demande d'autorisation d'appel de cette décision été déposée en mars 2006 devant la Cour suprême.

En accord avec le principe de la liberté de religion, l'État canadien et les gouvernements provinciaux ne sauraient donc soumettre à leur autorisation la création de tels tribunaux, ni même leur demander de changer leurs règles de procédure ou de fond. Si certaines lois en prévoient l'enregistrement, c'est en vue de leur donner un régime foncier ou fiscal intéressant. Ainsi, en 2003 au Québec, des lettres patentes constituant en personne morale le Tribunal ecclésiastique de Québec ont été émises à Québec par l'inspecteur général des institutions financières⁸¹, le tribunal ayant « comme fin, la religion, et plus spécifiquement le traitement, selon le droit de l'Église catholique romaine, des causes en nullité de mariage en première instance ».

Répetons-le, aucune autorisation n'est requise pour créer un tribunal religieux au Québec, ou plus généralement, au Canada. Qui plus est, est ici entérinée l'idée que la liberté de religion peut dépasser le for intérieur pour toucher au droit des groupes. En effet, ce n'est pas parce que la Cour suprême, par souci d'éviter tout enfermement de l'individu dans un groupe⁸², ne prend en compte que la normativité religieuse subjective telle que définie par l'individu qui l'invoque, que cette norme ne dépasse pas ce seul individu pour trouver un ancrage dans une communauté, prenant ainsi une enveloppe objective⁸³. Plus précisément, si la Cour suprême reconnaît qu'un individu peut définir son appartenance à une religion

⁸¹ En application de l'article 19 de la *Loi sur les évêques catholiques romains*, L.R.Q., c. E-17.

⁸² Voir : R. c. *Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 761 :

Dans l'arrêt de cette Cour Big M Drug Mart Ltd., les juges formant la majorité prennent soin, dans leur définition de la liberté de ne pas se conformer à des dogmes religieux, de restreindre son applicabilité aux cas où la loi attaquée a été motivée par un objet religieux :

« Une majorité religieuse, où l'état à sa demande, ne peut, pour des motifs religieux, imposer sa propre conception de ce qui est bon et vrai aux citoyens qui ne partagent pas le même point de vue. [à la p. 337] ».

Voir aussi, au niveau provincial : R. c. *Videoflicks Ltd.*, (1984) 48 O.R. (2d) 395, 420-422, 14 D.L.R. (4th) 10, 35-37, 15 C.C.C. (3d) 353. Le juge Tarnopolsky s'exprime ainsi : « *In my view, freedom of religion also includes the right to observe the essential practices demanded by the tenets of one's religion and, in determining what those essential practices are in any given case, the analysis must proceed not from the majority's perspective of the concept of religion but in terms of the role that the practices and beliefs assume in the religion of the individual or group concerned* ». (Nos non-italiques).

⁸³ Voir : A. SARIS, *op. cit.*, note 6, p. 281 et suiv.

(autoréférentialité), sans avoir à prouver la présence d'un rite d'initiation donné ou l'existence d'une pratique religieuse sans faille, et qu'il peut interpréter à sa guise un précepte religieux ce qui fait que « c'est le caractère religieux ou spirituel d'un acte qui entraîne la protection, non le fait que son observance soit obligatoire ou perçue comme telle »⁸⁴, cela n'empêche pas que, dans l'appréciation de la sincérité de la croyance⁸⁵, alors qu'elle touche en fait plus à l'appréciation de la bonne foi avec laquelle l'individu excipe de sa religion pour demander une exception au droit commun, les tribunaux mentionnent presque toujours l'existence objective de ladite religion, que ce soit par des considérations historiques, sociologiques ou autres. En effet, lorsque vient le temps de présenter la religion des parties, les tribunaux canadiens procèdent généralement ainsi : 1° si la religion n'est pas connue, ils établiront sa relation avec une transcendance (un sens du sacré, c'est-à-dire une relation de transcendance avec un principe supérieur); puis, 2° ils procéderont à la qualification ou effectueront une sorte de descriptif de la religion en indiquant 3° son origine et son historique (il faut une certaine pérennité, une existence depuis une certaine période; plus cette période sera courte, plus le juge s'efforcera de trouver un rattachement avec une religion plus ancienne), présentant 4° ses normes (un système de croyances complet avec la présence d'un corps de normes, doctrine, dogme) en décrivant 5° au besoin, les rites et pratiques qui impliquent donc une extériorisation en groupe et de façon plus ou moins explicite et insistant sur 6° la présence d'une communauté de croyants, tout en prenant note 7° que ses membres la qualifient

⁸⁴ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

⁸⁵ L'arrêt le plus cité sur ce point est *Re Funk and Manitoba Labour Board*, (1976) 66 D.L.R. (3d) 35 (J. Freedman). M. Funk, de religion mennonite, avait objecté de sa conscience pour ne pas avoir à adhérer à un syndicat. Or, dans les formulaires, il était demandé non seulement de préciser les motifs de l'objection mais, qui plus est, qu'un officiel de la religion vienne confirmer l'existence des règles religieuses. En l'occurrence, l'objection de conscience de M. Funk avait été rejetée car on estimait que les règles mennonites ne s'opposaient pas à l'adhésion à un syndicat. Le juge Freedman estima que la question n'était pas tant de savoir quelles étaient les règles posées par les autorités mennonites, mais plutôt quelles étaient les croyances de M. Funk. Il conclut que la partie du formulaire demandant l'aval religieux n'avait pas lieu d'être : « *The Board asked itself the wrong question – not, what are the religious beliefs of Funk concerning the joining of a union, but what are the religious beliefs of the Mennonite Brethren Church concerning that matter? In so proceeding it stepped outside its jurisdiction* ». Pour le Québec, on peut se référer à la décision *Autobus Legault inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [1998] R.J.Q. 3022 (C.A.).

de religion (autoréférentialité qui joue aussi en matière d'appartenance religieuse). En matière de liberté de religion, si les tribunaux canadiens reconnaissent bien que l'interprétation de la normativité religieuse, à savoir la détermination de son domaine d'application, de son degré d'obligatorité, etc. peut être entièrement subjective, ils posent néanmoins que son existence même demeure objective.

Ceci ne veut pas dire que les tribunaux étatiques définiront la religion. En effet, il est important de souligner ici que le Canada refuse non seulement de définir le terme « religion », mais également ce qui entre précisément dans la liberté de religion⁸⁶, et se distancie ainsi de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Rappelons ici que cette dernière avait établi « que la liberté de religion, y inclus la liberté de la manifester par le culte et l'accomplissement des rites, *relève d'abord du for intérieur* » et souligné que « le domaine du for intérieur est tout à fait différent de celui du droit privé, ce dernier concernant l'organisation et le fonctionnement de la société toute entière »⁸⁷. En ce sens, l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem* en est une belle illustration⁸⁸.

⁸⁶ À notre connaissance, seul le juge Pigeon dans une dissidence, avait insisté en sens inverse posant que « en droit, ce qu'est la religion, ce qu'est une Église, ne saurait dépendre de la croyance religieuse d'aucune dénomination particulière, du moins dans un régime de liberté religieuse » (par. 56) et avait ajouté :

En d'autres mots, la décision du tribunal de première instance et celle de la Cour d'appel partent du principe que la religion porte sur tout ce qu'une communion particulière choisit d'y inclure et que le pouvoir religieux s'étend à tout ce contenu. Ce principe est contraire à la véritable définition juridique de la religion, laquelle définit en limite le champ en ce qui est généralement accepté comme en faisant partie et restreint le pouvoir ecclésiastique à ce qui est conciliable avec la liberté religieuse bien comprise, c'est-à-dire la liberté individuelle non seulement d'embrasser une religion mais de l'abandonner à volonté.

Hofer c. Interlake Colony of Hutterian Brethren, [1970] R.C.S. 958. Il se référait par ailleurs au juge Martland qui, dans l'affaire *Walter c. Procureur général de l'Alberta*, [1969] R.C.S. 383, 392 et 393, a estimé que « la religion, en tant qu'objet de la législation [...] doit signifier la religion au sens où on l'entend généralement au Canada. Elle implique les questions de foi et de culte et la liberté religieuse implique la liberté de professer et de propager une foi religieuse et de pratiquer un culte ».

⁸⁷ Un premier arrêt avait été rendu en 2001 par la troisième section de la Cour européenne des droits de l'Homme : *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, (2003) II Cour Eur. D.H.

⁸⁸ Précité, note 84 :

[L]a liberté de religion garantie par la Charte des droits et libertés de la personne du Québec (et la Charte canadienne des droits et libertés) s'entend de la

2. Le multiculturalisme

Cette directive d'interprétation contenue à l'article 27 de la *Charte canadienne des droits et libertés* a déjà été appliquée à plusieurs reprises par la Cour suprême dans son interprétation de la liberté de religion⁸⁹ afin d'établir l'obligation de l'État d'accommo-

liberté de se livrer à des pratiques et d'entretenir des croyances ayant un lien avec une religion, pratiques et croyances que l'intéressé exerce ou manifeste sincèrement, selon le cas, dans le but de communiquer avec une entité divine ou dans le cadre de sa foi spirituelle, indépendamment de la question de savoir si la pratique ou la croyance est prescrite par un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux. Cette interprétation est compatible avec une conception personnelle ou subjective de la liberté de religion. Par conséquent, le demandeur qui invoque cette liberté n'est pas tenu de prouver l'existence de quelque obligation, exigence ou précepte religieux objectif. C'est le caractère religieux ou spirituel d'un acte qui entraîne la protection, non le fait que son observance soit obligatoire ou perçue comme telle. L'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des dogmes religieux, et il ne devrait pas le devenir. Bien qu'un tribunal judiciaire ne soit pas qualifié pour interpréter et déterminer le contenu d'une conception subjective d'une exigence religieuse, il l'est pour statuer sur la sincérité de la croyance du demandeur, lorsque cette sincérité est effectivement une question litigieuse. Une croyance sincère s'entend simplement d'une croyance honnête et le tribunal doit s'assurer que la croyance religieuse invoquée est avancée de bonne foi, qu'elle n'est ni fictive ni arbitraire et qu'elle ne constitue pas un artifice. L'appréciation de la sincérité est une question de fait qui repose sur des critères, notamment la crédibilité du témoignage du demandeur et la question de savoir si la croyance invoquée par le demandeur est en accord avec les autres pratiques religieuses courantes de celui-ci. Comme l'examen ne porte pas sur la perception qu'ont les autres des obligations religieuses du demandeur, mais sur ce que ce dernier considère subjectivement comme étant ces « obligations » religieuses, il ne convient pas d'exiger qu'il produise des opinions d'expert. (Nos non-italiques).

⁸⁹ Voir les arrêts *Big M Drug Mart Ltd.* et *Edwards Books and Art Ltd.*, dans lesquels le juge en chef Dickson a statué que la religion faisait partie intégrante du patrimoine multiculturel des Canadiens et a estimé que l'article 27, tout particulièrement le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens, impliquait d'avoir une interprétation très large de la notion de coercition indirecte aboutissant à une discrimination sur la base de la religion : *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, note 77, 337 et 338 ; *Edwards Books and Art Ltd.*, précité, note 82, 758, par. 96 :

*La première question est de savoir si les entraves indirectes à la pratique religieuse sont prohibées en vertu de la liberté de religion garantie par la Constitution. À mon avis, la coercition indirecte par l'État fait partie des maux contre lesquels l'al. 2a) peut accorder une protection. La Cour est allée jusque là dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.* et toute interprétation plus restrictive serait, à mon avis, incompatible avec l'obligation qui incombe à la Cour, en vertu de l'art. 27, de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.*

der les minorités religieuses. Il ne s'agissait donc pas de création d'un droit nouveau, mais bien d'accommodement, d'adaptation de la règle de droit commune à tous aux spécificités de certains, voire d'éviction de façon encadrée de cette règle, pour permettre un égal accès aux droits reconnus par la Charte, dont le droit à la liberté de religion.

Concernant les tribunaux religieux, le multiculturalisme a, à notre connaissance, été tout d'abord invoqué par Ali Sayed Mumtaz de la Société canadienne des musulmans. Ce dernier, qui œuvrait depuis 1987 à la création d'un institut musulman de justice civile, «*Darul Quada*» en Ontario, avait en effet invoqué ce principe afin de justifier la soumission de «*tous bons musulmans*» résidant au Canada à un statut personnel musulman et la soumission de leur litige à cet institut⁹⁰, aujourd'hui dûment incorporé en droit onta-

⁹⁰ À titre d'illustration, ci-après un certain nombre d'extraits de ses écrits disponibles sur Internet et concernant la question de l'arbitrage :

Family and Personal Law – Another example of how Muslims are being prevented from being able to realize the promise of religious freedom concerns the area of Muslim family and personal law. This area covers issues such as marriage, divorce, separation, maintenance, child support and inheritance [...] Muslim personal/family law is an integral part of such Islamic practices. Nevertheless, the likelihood of consenting Muslim adults being permitted to arrange things in accordance with the Islamic principles underlying Muslim personal/family law is beset by a variety of problems. Chief among the difficulties which any attempt to establish Muslim Personal/family law in Canada is the unilateral resistance from the legal and political community. After all, the argument might go, there are already programs, laws, procedures and policies in place of handling matters of marriage, divorce, separation, maintenance, child support and inheritance. These programs, laws, and so on, have evolved over a period of time and represent the way things are done in this society. Muslims who live in this society, therefore, are obliged to accommodate themselves to the existing way of handling these issues. The bottom line of all this is as follows. If Muslims were permitted to govern their own affairs in the realm of personal/family law, then a win-win situation would have been granted for Muslims and non-Muslims alike. Muslims would have the opportunity to realize more of their religious freedom than previously had been the case, and non-Muslims would have a more efficient, less costly, and less burdened system for dealing with their own approach to family/personal law. In addition, by permitting alternative methods of dispute resolution in matters of family/personal law, one would be providing Muslims with a way of doing things that reflects fundamental aspects of their own sense of justice. As a result, Muslims would be shown that the promise of multiculturalism, when properly implemented, is capable of creating conditions conducive to the generation of peace of mind and happiness that come with true autonomy. Rather than feeling alienated within

rien⁹¹. Le multiculturalisme a aussi été invoqué par John Syrtash en ce qui concerne les tribunaux rabbiniques, ce dernier estimant que les traditions juives devaient être protégées par l'article 27 de la Charte⁹².

Canada, Muslims would become integrated, active participants in the Canadian mosaic. (Nos non-italiques).

Ali Syed MUMTAZ et Anab WHITEHOUSE, *The Reconstruction of the Constitution and the Case for Muslim Personal Law in Canada*, disponible sur Internet à l'adresse : [http://muslim-canada.org/caseforpl.pdf]. Ces déclarations ont suscité des réactions. Voir notamment : Shoilee KHAN, « Canadian Muslim Women and Shari'a Law: a Feminist Response to "Oh! Canada!" », (1993) 6 *C.J.W.L.* 52. Dans cet article, cette professeure d'études sur les femmes et sur la globalisation à l'Université Wilfrid Laurier regrette que, pour les musulmans, le fait de le reconnaître fait qu'ils sont alors appréhendés par autrui *via* le prisme de la religion (64). Elle s'oppose aussi au concept d'éducation séparée et suggère de reformuler un concept de multiculturalisme qui analyse les dynamiques de pouvoir entre soi et les autres, les exclus et les inclus, les femmes et les hommes, les musulmans et les non-musulmans (65).

⁹¹ Cet organisme a été dûment incorporé par lettres patentes le 15 janvier 2004 et son nom « Darul Qada-Muslim Court of Arbitration » enregistré selon les modalités de la *Loi sur les noms commerciaux* de l'Ontario. Le but du tribunal est précisé à la clause 5 des lettres patentes :

(i) d'inculquer aux canadiens et aux nouveaux immigrants, et plus particulièrement aux membres de la communauté musulmane, la juste compréhension et appréciation des principes, valeurs et droits juridiques (« legal rights ») enchâssés dans la constitution canadienne et la Charte des droits et libertés canadienne, y compris le préambule qui déclare que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit, et qui constituent également les fondements du système canadien de justice civile (ii) de favoriser et encourager et enseigner et imprégner (« impress ») par la répétition fréquente ou par des avertissements tous les principes de justice civile ci-haut mentionnés dans la vie de tous les jours des Canadiens, en se référant tout particulièrement à leur adoption tant par le système judiciaire canadien que par le système alternatif de résolution de conflit, de procédures de médiation et d'arbitrage légalement reconnues par le droit étatique (« lawfully sanctioned mediation »). Traduction de l'auteure.

[http://muslim-canada.org/news04.html].

⁹² Selon l'avocat torontois, John Syrtash, parlant au nom du tribunal rabbinique de Toronto :

Multiculturalism is not just going down to the Danforth and having sowlaki, dancing waltzes and enjoying ourselves at city hall on July 1. Multiculturalism is all about recognizing our differences, our rights. [...] That's what article 27 is all about. This is a significant section of our Charter, which imposes on the Ontario government that it has legal respect for the rights not only of Jews but of all Canadians for their respective traditions. I don't think, even without this particular article, that any United States or British government would even consider

Comme nous le mentionnions plus haut, il nous semble pourtant que si l'article 27 de la Charte canadienne et la *Loi sur le maintien et la valorisation du multiculturalisme au Canada* de 1985⁹³ prévoient le respect de la diversité culturelle et la *liberté*⁹⁴ des personnes de partager et de maintenir leur patrimoine culturel, on ne saurait en déduire la possibilité d'ériger des régimes particuliers pour autant. Répétons-le, ces dispositions, nous semble-t-il, ne font en fait que prévoir la possibilité d'un régime d'adaptation des politi-

interfering in the rights of a citizen to contract for private arbitration of any kind so long as both parties freely consent to contract for it, unless there is existing historical evidence of harm to the public, of which Ms. Boyd found none.

C'est donc en vertu de ce principe que, toujours selon John Syrtash, les tribunaux juifs peuvent utiliser leurs traditions : « *they use the process and principles of Jewish law and the tradition guaranteed by article 27 of our Charter* ». Débats, précités, note 11 : [http://www.ontla.on.ca/hansard/committee_debates/38_parl/session2/GenGov/G012.htm#PARA32]

⁹³ L.R.C. (1985), c. 24 (4^e supp.), art. 3 :

3. (1) *La politique du gouvernement fédéral en matière de multiculturalisme consiste :*

a) *à reconnaître le fait que le multiculturalisme reflète la diversité culturelle et raciale de la société canadienne et se traduit par la liberté, pour tous ses membres, de maintenir, de valoriser et de partager leur patrimoine culturel, ainsi qu'à sensibiliser la population à ce fait ;*

[...]

e) *à faire en sorte que la loi s'applique également et procure à tous la même protection, tout en faisant cas des particularités de chacun ; [...]*

⁹⁴ Sur la distinction entre le droit subjectif et la liberté, voir : Wesley Newcomb HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, New Haven, Yale University Press (1919), aussi publié dans 23 *Yale L.J.* 16 (1913) et 26 *Yale L.J.* 710 (1917). La définition classique de la notion de droit subjectif peut être reprise des travaux des professeurs Léon, Henri et Jean Mazeaud selon qui « la règle de droit, ou droit objectif confère aux individus des prérogatives, appelées droits individuels ou droits subjectifs, parce qu'ils ont un sujet : le titulaire de ces prérogatives ». Ce qui distingue le droit subjectif de la liberté civile, c'est que, dans le cas de la liberté civile, il s'agit d'une prérogative inconditionnée dont le contenu n'est pas déterminé (liberté de contracter ou de ne pas contracter que ce soit une vente, un bail, etc.). Qui plus est, selon Wesley Newcomb Hohfeld, la situation *Privilege/No right*, que de nombreux commentateurs ont dénommé *liberté civile*, est l'équivalent d'une situation où la personne peut poser un acte (*exercer une liberté*) sans qu'autrui n'ait le droit de l'en empêcher (*no right*). À l'inverse, dans la relation *Right/Duty*, la personne qui a un droit peut imposer un devoir à une autre. C'est donc l'impact sur autrui qui distingue notamment la situation : dans le premier cas, celui de la liberté civile, le seul droit de l'individu est finalement que personne ne puisse réclamer qu'il s'abstienne d'exercer sa liberté avec les facultés d'option qui en découlent.

ques et législations pour intégrer la diversité culturelle bien plus que celle d'un système de renvoi à un autre ordre normatif. Il pourrait en être différemment de l'article 43⁹⁵ de la Charte québécoise qui, lui, prévoit que les personnes appartenant à des minorités ethniques ont le *droit* de maintenir leur vie culturelle. Toutefois, selon José Woehrling, cet article ne peut lui aussi servir que de clause d'interprétation. En effet, selon lui, la clause de primauté prévue à l'article 52 de la Charte québécoise ne s'appliquant qu'aux articles 1 à 38, l'article 43 sera dépourvu de toute utilité, tout au plus pourrait-il servir lui aussi de directive d'interprétation⁹⁶. Dans le contexte de l'interculturalisme⁹⁷ québécois, il ne semble donc pas que cette disposition puisse être invoquée pour revendiquer un statut spécifique qui primerait sur le statut de droit commun établi par le *Code civil du Québec*.

B. Les craintes suscitées par l'existence des tribunaux religieux sur le territoire canadien

Les débats en Ontario et au Québec ont jeté la lumière sur les craintes que peuvent susciter l'existence des tribunaux religieux

⁹⁵ « 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 » : A. SARIS, *op. cit.*, note 6, p. 97 et suiv.

⁹⁶ José WOEHLING, « Les droits des minorités linguistiques et culturelles en cas d'éventuelle accession du Québec à la souveraineté », (1994) 28 *R.J.T.* 1033, en ligne à : [http://www.themis.umontreal.ca/revue/rjtvol28num2_3/woehrling.html#fn80] :

Concernant son statut, il faut faire remarquer que l'article 43 fait partie du Chapitre IV de la Charte québécoise (articles 39 à 48) qui contient les droits économiques et sociaux. Or, ces derniers ne font l'objet d'aucune primauté sur la législation ordinaire, dans la mesure où l'article 52 de la Charte québécoise (la clause de primauté) ne s'applique qu'aux articles 1 à 38. Par conséquent, les droits économiques et sociaux ne sont pas sanctionnables par les tribunaux à l'encontre du législateur et ne peuvent donc pas servir à rendre inopérante une loi qui serait considérée comme incompatible avec ces droits. Ils peuvent cependant servir à interpréter les lois, comme l'énonce l'article 53 de la Charte québécoise. Si un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte. Mais en présence d'une loi incompatible rédigée sans ambiguïté, l'article 43 de la Charte québécoise sera dépourvu de toute utilité.

⁹⁷ Alors que le multiculturalisme renvoie à une mosaïque de cultures non hiérarchisées et non assimilables, l'interculturalisme pose la primauté de la culture québécoise et vise la production d'une culture syncrétique avec une interfécondation des cultures dans une société reconnue comme métissée.

sur le territoire canadien et leur impact. Ces craintes ont porté tant sur la possibilité de restreindre la liberté de conscience dans les ordres religieux que sur le déroulement des « procès » eux-mêmes⁹⁸.

1. La liberté de conscience dans la religion et la pression des pairs

Lors des discussions concernant la possibilité d'arbitrage musulman en Ontario, l'une des questions principales fut celle de savoir si le consentement des parties à l'arbitrage serait bel et bien libre. En effet, il a été écrit que la liberté de la personne pourrait être entravée par la pression de ses pairs, ce qui la pousserait à accepter de se voir attirer devant un tribunal religieux qui pourrait potentiellement appliquer une loi moins favorable à sa condition que les lois fédérales ou provinciales canadiennes. Cette crainte s'est trouvée accrue par le fait que, contrairement à ce qui se passe devant les juridictions de l'ordre étatique devant lesquelles les parties peuvent dépecer l'ordre normatif religieux et n'invoquer que certaines normes de leurs choix, teintées de leur propre interprétation, devant les tribunaux religieux cette possibilité ne sera sans doute pas admise. Il fut dénoncé que les parties, de part leur convention d'arbitrage, pourraient limiter leur liberté de religion, droit reconnu par les Chartes canadienne et québécoise comme fondamental⁹⁹, car il ne serait plus alors question du « droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse »¹⁰⁰, mais plutôt du droit de se soumettre à un

⁹⁸ Pour une analyse féministe très fouillée de la question des tribunaux arbitraux musulmans en Ontario, voir : N. BAKHT, *op. cit.*, note 55.

⁹⁹ Cette liberté est consacrée par les articles 2a) et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 3, et par l'article 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., c. C-12.

¹⁰⁰ R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, note 77, par. 94, p. 336 et 337 :

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. [...] 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 mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.

ordre normatif religieux. Dans cette hypothèse précise, le « concept religion » de la notion de liberté de religion renverrait alors non plus à la possibilité pour l'individu de se construire sa représentation métaphysique de l'existence, en puisant au besoin dans les référents des communautés religieuses mais aux préceptes posés par un ordre normatif religieux, et notamment ses « tribunaux », c'est-à-dire les autorités religieuses chargées de trancher des questions en application d'un droit religieux. Ajoutons ici que la présence de différents rites et écoles dépend de la richesse de la communauté et qu'à cet effet, En effet, à cet égard, l'aval indirect *via* la *Loi sur l'arbitrage* apporté à un tribunal religieux qui proposerait une version donnée du droit religieux pourrait avoir pour effet de nuire à la possibilité de dissidence ou d'élaboration d'autres interprétations dans la communauté. Il est intéressant, à ce sujet, de se référer à la Grande-Bretagne dont la nouvelle loi sur les obstacles au remariage religieux qui met sur un même pied *guet* et *talak* a, selon Lucy Carroll, consacré une vision conservatrice du *talak* et nuit à l'élaboration d'une version plus progressiste de ce dernier dans les communautés musulmanes britanniques¹⁰¹.

L'attrait devant les tribunaux religieux pourraient donc constituer une atteinte à la liberté de conscience de certaines personnes en ce qu'elles n'ont pas accepté librement de soumettre leur litige au droit de l'ordre normatif religieux et de se voir ainsi imposer des préceptes et leur interprétation quant à leur façon de vivre leur religion.

2. La question du consentement libre et éclairé

Dans le cadre des tribunaux religieux, la crainte de la pression par les pairs s'applique tout particulièrement au cas des femmes qui viennent d'immigrer et ne sont pas encore bien au fait de règles juridiques canadiennes, notamment en droit de la famille, leur socialisation juridique dépendant notamment de leur type de vie (autarcique ou non), de leur présence ou non sur le marché du travail, de leur possibilité d'interagir avec des travailleurs sociaux, ou des

¹⁰¹ Lucy CARROLL, « Muslim Women and "Islamic Divorce" in England », *Femmes sous lois musulmanes* (WLUML), 1998. L'auteure y regrette l'analogie faite par les milieux juridiques anglais entre le divorce musulman et le *guet*, et énonce les efforts qu'elle a déployés sans succès de démontrer à ces juristes qu'une femme en droit musulman peut obtenir le divorce malgré l'opposition de son mari.

membres d'associations promouvant les droits de la personne et autres. Cette question était épineuse car la preuve de la contrainte est fort difficile. Nous reviendrons sur cette dernière dans notre troisième partie.

3. L'incertitude quant au droit qui sera appliqué

La présence de différents courants d'interprétation dans les ordres normatifs religieux, notamment l'ordre normatif musulman, a entraîné aussi une grande incertitude quant au droit appliqué.

En effet, si les religions étudiées ici trouvent leur assise dans le « livre sacré », de grandes divergences existent entre les différents courants d'interprétations. Ainsi, même au sein de la religion la plus centralisée, à savoir la religion catholique dont le Code canon de 1983 contient la majorité des règles, certaines divergences existent d'un continent à l'autre. Il semblerait ainsi que l'interprétation soit beaucoup plus formaliste en Europe qu'elle ne l'est en Amérique du Nord.

Pour ce qui est du droit judaïque, on retrouve certes des textes écrits, mais aussi une tradition orale fort importante. La littérature concernant le droit mosaïque se subdivise en trois branches : les commentaires du Talmud, les codes halachiques (législatifs) et les *responsa*, recueils de la correspondance des décisionnaires consultés par les particuliers et les tribunaux locaux pour trancher les litiges. Distingués selon leurs origines ashkénazes (de langue yiddish) et sépharades, les juifs se répartissent en différents courants allant des ultra-orthodoxes tels les hassidiques dont les loubavitch, aux courants libéraux tel le judaïsme libéral et le judaïsme reconstructionniste, en passant par des courants médians, tel le mouvement Conservateur ou Assorti. Tous ces courants prônent évidemment des interprétations différentes du droit mosaïque.

Enfin, en ce qui concerne l'ordre normatif musulman, il faut tout d'abord noter que le terme même de droit musulman est une construction des juristes occidentaux qui se réfère parfois au *fikh*, savoir développé par les oulémas ou jurisprudence islamique¹⁰²,

¹⁰² Bernard BOTIVEAU, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Paris, Karthala-Iremam, 1993, p. 16 et 17.

soit à la *shari'a*. Tandis que le *fikh* est la connaissance des normes tirées de la *shari'a* par les savants, les juges et les gouvernants, la *shari'a*, encore appelée loi sacrée¹⁰³, inclut les normes contenues dans le Coran et la *Sunna* (tradition prophétique). Il en résulte que, selon El Husseini¹⁰⁴, la théorie classique de l'Islam orthodoxe enseigne que le *fikh*, le droit islamique, repose sur deux sources matérielles : le Coran (dont seuls 500 versets sont légaux) complété par la *Sunna* (tradition du prophète Mohammed rapportée par des *hadîts*), encore appelées sources légales originelles¹⁰⁵ ; une autorité (le consensus des savants *ijmâ'*) et une méthode de raisonnement : la déduction analogique (*kiyâs*)¹⁰⁶. Enfin, il existe des recueils de *fatwa* (consultations juridiques des docteurs, le *mufti* est le consultant). Concernant l'Islam orthodoxe (sunnite) qui représente environ 90 % de la population musulmane¹⁰⁷ et est pratiqué au Maghreb

¹⁰³ *Id.*, p. 26.

¹⁰⁴ Roula El-Husseini BEGDACHE, *Le droit international privé français et la réputation islamique*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 4.

¹⁰⁵ Louis MILLIOT et François-Paul BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Dalloz, 2001, p. 83.

¹⁰⁶ Il est à noter que, pour Louis Milliot et François-Paul Blanc, ces deux dernières sont des sources légales dérivées, de caractère rationnel, *id.*, p. 103. La situation pose plus de problème lorsque la *shari'a* devient source de droit. Ainsi, en Égypte, l'interprétation et l'application de l'article 2 de la constitution, qui prévoyait que « les principes de la shari'a sont la source principale de la législation », a soulevé de difficiles questions comme le démontre l'arrêt du 26 mars 1994 de la Haute Cour constitutionnelle de l'Égypte (séance publique du samedi 15 mai 1993). Sur cette question, voir : Baudouin DUPRET, « À propos de la constitutionnalité de la shari'a », (1997) 4 *Islamic Law and Society* 91. L'auteur dénote ainsi que, « dans un premier temps [la haute juridiction] a eu tendance, quand elle était saisie d'un recours en inconstitutionnalité [pour manque d'islamité], à ne pas s'engager sur le terrain de l'interprétation de la shari'a pour davantage s'en tenir à une stricte technique juridique ». Puis, il explique, à la page 93 de son article, que la Cour constitutionnelle s'est ensuite engagée sur ce terrain et a estimé qu'un effort interprétatif dans le cadre de la *shari'a* devrait appuyer « les règles pratiques sur la déduction des préceptes tirés de la shari'a (Légaux) [et visé] au travers d'elles, la réalisation des buts généraux de la shari'a dans son principe de préservation de la religion (din), de l'intégrité physique (niafs), de la raison ('aql), de la vertu ('ird) et des biens (mal) » (Haute Cour constitutionnelle, séance publique du samedi 15 mai 1993 – traduit par B. Dupret, à la note 11).

¹⁰⁷ <http://atheisme.free.fr/Religion/Lexique5.htm#sunnisme>].

par exemple, quatre écoles ont vu le jour : hanafite¹⁰⁸, malékite¹⁰⁹, shaféite¹¹⁰ et hanbalite¹¹¹. Une autre doctrine de droit musulman, le chiisme¹¹², a donné lieu au zeydisme (Yémen), à l'ismaélisme et au chiisme duodécimain (Iran, Liban, Irak)¹¹³. L'Institut islamique de justice civile en Ontario avait annoncé qu'il disposerait d'arbitres en provenance des quatre écoles sunnites¹¹⁴. Enfin, on ne saurait oublier que, dans le cadre de conciliation et de médiation informelle, bien souvent la culture joue autant que la religion. De plus, le phénomène de l'acculturation¹¹⁵, à savoir la prise en compte de la spécificité de la situation dans le pays d'accueil, peut varier d'une autorité religieuse à une autre.

¹⁰⁸ C'est l'école dite de la libre opinion (ou RA'Y) fondée par le persan Abû Hanîfa, qui mourut en 150 de l'Hégire. Ce rite se caractérise par une relative rationalité dans la méthode de recherche des solutions au cas d'espèce, et par une grande prudence dans l'utilisation de la tradition. Aujourd'hui, on trouve ce rite en Turquie, dans les républiques musulmanes de l'ex-U.R.S.S., en Jordanie, en Syrie, dans le sous-continent indien, en Irak, en Égypte, au Liban, en Chine, ce qui fait dire que c'est l'école non arabe. Cette école fait une grande place à l'interprétation.

¹⁰⁹ C'est l'école du Hadith fondée par Malek Ben Anos, juge à Médine, mort en 179 de l'Hégire. C'est le plus respectueux de la coutume de Médine. On trouve ce rite en Égypte, au Maghreb, au Soudan, dans les Émirats, en Afrique occidentale, et dans la péninsule arabique.

¹¹⁰ Elle a été fondée par El-Chaféï, palestinien mort en 204 de l'Hégire. Ce rite tente de faire la synthèse des 2 écoles précédentes. On le trouve en Palestine, à Aden, au Pakistan, au Kurdistan, en Égypte, en Asie du sud-est et en Afrique de l'Est. Les Kurdes sont chaféïtes.

¹¹¹ Fondée par Ibn Hanbal, mort en 240 de l'Hégire. C'est un rite exclusivement attaché à la tradition. On le trouve essentiellement en Arabie saoudite et au Qatar. Cette école recourt peu à la Sunna, et préfère le respect intégral du Coran. Ibn Hanbal soutenait que les règles juridiques n'avaient besoin, pour fonder leur autorité, que de la révélation du Coran et de la pratique ou de l'exemple du Prophète.

¹¹² Ce dernier diverge fortement du sunnisme sur de nombreuses questions du statut personnel. Ainsi, ils reconnaissent le mariage temporaire. C'est pourquoi l'Islam sunnite rejette toute forme de mariage temporaire – *mut'a* – néanmoins accepté par les écoles juridiques chi'ites : pour elles, un homme est autorisé à contracter un mariage pour une période déterminée : Yann RICHARD, *L'Islam chi'ite. Croyances et idéologies*, Paris, Fayard, 1991, p. 189-212.

¹¹³ Voir : François THUAL, *Géopolitique du chiisme*, Paris, Arléa, 1995, p. 13.

¹¹⁴ Sur cette question, voir : *The Muslim Marriage Mediation and Arbitration Service*, disponible sur Internet : [<http://muslim-canada.org/brochure.htm>].

¹¹⁵ Henri Lévy-Bruhl définit l'acculturation juridique comme le phénomène de transformation globale d'un système juridique dû au contact d'un système différent.

4. La question des droits de la défense

Concernant les droits de la défense, nous avons vu que la présence de règles de procédure spécifiques, ainsi que l'absence ou la renonciation à des mécanismes d'appel posent un certain nombre de problèmes à cet égard et alertent encore plus l'attention quant au statut qui doit être reconnu à ces tribunaux.

III. Quel statut pour les tribunaux religieux ? Quelle protection pour les parties religieuses ?

A. Les régimes possibles

Dans les pays occidentaux où la séparation entre l'Église et l'État est de mise, trois types de régimes étatiques des « tribunaux religieux » sont envisageables : l'interdiction, la complémentarité voire la délégation, et l'ignorance.

1. Le régime de l'interdiction pure et simple des « tribunaux religieux »

Le régime de l'interdiction pure et simple des « tribunaux religieux » semble contradictoire avec la liberté de religion qui permet aux individus membres de communautés religieuses de s'organiser et, pour ce faire, de créer des institutions religieuses. Pourtant, le Québec a flirté avec cette idée. En effet, sans doute inquiétés par les propos de certains musulmans qui menaçaient d'intenter un recours en inconstitutionnalité de l'article 2639 C.c.Q. qui interdit l'arbitrage en matière familiale, recours qui aurait sans doute échoué, les membres de l'Assemblée nationale, sous la houlette de la députée Fatima Houda-Pépin, ont voté à l'unanimité une motion indiquant qu'ils s'opposaient à « l'implantation des tribunaux islamiques au Québec et au Canada »¹¹⁶. Cette motion, présentée par la députée comme constituant la « réponse que les parlementaires souhaitent donner à la revendication de certains groupes qui tentent de soustraire les musulmans aux lois canadiennes et québécoises » est discriminatoire, car elle cible une seule religion et restreint la liberté de

¹¹⁶ Motion en date du 26 mai 2005. Voir les débats : [<http://www.assnat.qc.ca/fra/37legislature1/Debats/journal/ch/050526.html>].

religion des seules communautés musulmanes, allant ainsi à l'encontre du principe de la liberté de religion et du droit à l'égalité. Qui plus est, le libellé de la motion est d'autant plus choquant qu'il méconnaît les situations canadienne et québécoise, territoires sur lesquels, comme c'est le cas dans bon nombre des pays occidentaux libéraux, les « tribunaux religieux » existent depuis fort longtemps en marge du droit.

Quoi qu'il en soit, au Canada, la liberté de religion est une liberté individuelle qui peut être revendiquée par une personne physique ou une personne morale. En effet, à notre connaissance, seule la question des écoles confessionnelles a abouti à la reconnaissance de droit des groupes. En tant que personne morale, un tribunal religieux qui aurait un statut de société, donc une personnalité juridique, pourrait revendiquer cette liberté de religion pour justifier son existence. Pour interdire de façon générale les tribunaux religieux, il faudrait pouvoir prouver que tous les tribunaux religieux, tribunaux dont les décisions n'auraient aucune force juridique, constitueraient néanmoins une menace sérieuse contre l'ordre public. Jusqu'à présent, aucun État occidental ne s'est aventuré sur cette pente glissante.

2. Le régime de la complémentarité

Le deuxième régime possible est celui de la complémentarité. Il s'agit ici du régime qu'avait choisi l'Ontario avec la mise en œuvre d'une privatisation du contentieux de droit privé qui dénotait un effritement de ses compétences régaliennes, selon certains, ou encore le fait que le droit de la famille n'avait jamais été soumis au monopole du droit ontarien, selon d'autres. Plus précisément, dans le cadre de ce régime, les décisions des tribunaux religieux n'étaient prises directement en considération que si elles étaient revêtues du sceau du droit juridique, c'est-à-dire si les parties s'étaient soumises au tribunal religieux en vertu d'une convention d'arbitrage passée en accord avec la *Loi sur l'arbitrage* de l'Ontario. Ce régime en matière de droit de la famille n'est plus de mise. Il ne perdure qu'en ce qui concerne les autres matières du droit dont le droit commercial¹¹⁷.

¹¹⁷ Au Québec, le tribunal rabbinique peut rendre des sentences arbitrales reconnues par le droit québécois en matière commerciale et ces sentences peuvent

3. Le régime de l'ignorance

Enfin, le troisième régime, le régime de l'ignorance, est le régime pour lequel a opté le Québec¹¹⁸. Les « tribunaux religieux » peuvent y exister mais leurs décisions n'ont aucune valeur juridique.

Comme nous le mentionnions au début de cet article, *a priori*, les décisions des tribunaux religieux n'ont aucun effet en droit étatique, l'exemple classique étant les décisions rabbiniques de dissolution du lien conjugal. Cette solution est ancienne et a été énoncée, entre autres, dans deux arrêts. Ainsi, dès 1921, le Conseil privé, suivi en 1959 par les juridictions québécoises, déclarait, à propos de l'article 127 du *Code civil du Bas Canada* :

*La loi n'a jamais porté atteinte d'aucune façon à la juridiction des tribunaux ecclésiastiques de l'Église catholique romaine sur les fidèles de cette communion en ce qui a trait aux questions de conscience. Mais elle n'y a jamais donné aucun effet civil. Pour les personnes visées, choisir de se conformer à leurs sentences ou de les méconnaître était une question laissée à la liberté de chacune d'elles et susceptibles ou non d'entraîner leur expulsion de cette communion religieuse.*¹¹⁹

C'est en 1949 que la Cour supérieure du Québec a clairement appliqué ce principe au Québec en ce qui concerne non plus les normes religieuses, mais les décisions des autorités religieuses. En

être exécutées de force. Sur ce point, voir : *Grunbaum c Grunbaum*, C.S. Montréal, n° 500-05-062801-012, 11 janvier 2002. Il s'agissait en l'occurrence d'une demande d'homologation de l'une des trois décisions du tribunal rabbinique du Grand Montréal sur la question de l'usage et la propriété d'un appartement situé à Jérusalem. La Cour supérieure refusa car, selon elle, la sentence arbitrale ne mettait pas fin au litige.

¹¹⁸ *Despatie c. Tremblay*, [1921] 1 A.C. 702, 704 (sur la situation en 1774). Cet arrêt portait entre autres, sur l'article 127 C.c.B.C. En l'espèce, il fut estimé que l'article 127, loin d'inclure les empêchements religieux posés par les différents ordres normatifs religieux dans le Code civil, avait en fait pour simple but de reconnaître à ces ordres normatifs la possibilité d'énoncer de tels empêchements, sachant que ces derniers n'auraient aucune pertinence en droit civil. C'est en raison d'un problème de souveraineté et à cause du principe de la liberté individuelle de religion que le Conseil privé a refusé de tenir compte des empêchements religieux, lord Moulton semblant déduire de cette liberté individuelle une indépendance vis-à-vis des ordres normatifs religieux. Il fallut en fait attendre quelques années pour que cette position soit suivie par les tribunaux québécois qui l'avaient jusque-là ignorée pour diverses raisons. Pour une analyse approfondie de la question, voir : A. SARIS, *op. cit.*, note 6, p. 526 et suiv.

¹¹⁹ *Despatie c. Tremblay*, précité, note 118, 704 (sur la situation en 1774).

l'occurrence, un remariage devant le rabbin avait été déclaré nul car la dissolution du premier lien conjugal prononcé par un rabbin à Toronto était nulle et sans effet en vertu du droit civil¹²⁰.

B. Le choix de l'ignorance protège-t-il bien les citoyens canadiens ?

La difficulté ici tient, nous semble-t-il, au fait que certains « tribunaux religieux », à l'inverse des tribunaux ecclésiastiques, ont compétence sur des questions qui touchent aux droits civils des personnes (pension alimentaire, dot, répartition des biens familiaux, garde d'enfant, etc.). Il en résulte que la distinction élaborée par les États occidentaux dans leur gestion du partage de leur compétence avec celle des institutions de la chrétienté, à savoir la notion d'un for intérieur qui désignerait la sphère privée englobant les activités culturelles et qui serait à distinguer des droits civils (le droit étatique ayant repris les principes et valeurs, voire les normes du droit canon) semble de peu de secours. Il y a bel et bien empiètement par les tribunaux religieux sur les compétences exercées par les tribunaux étatiques, ce qui peut avoir pour effet d'amoindrir la force réelle de leur décision judiciaire ou encore l'impact de certaines lois, comme la *Loi sur le divorce*¹²¹ et son objectif d'égalité.

Puisque l'interdiction des tribunaux religieux n'est pas possible et qu'il ne semble pas non plus possible de restreindre leurs compétences en leur interdisant de se positionner sur des questions d'ordre familial, reste à savoir si les tribunaux étatiques peuvent exercer un contrôle sur les décisions des tribunaux religieux. Se pose ici la question de savoir que faire en cas de *clandestinité* des

¹²⁰ *Somberg c. Zaracoff*, [1949] C.S. 301. La Cour supérieure a décidé que le divorce obtenu d'un rabbin n'avait aucune force juridique. En l'espèce, deux juifs, après s'être mariés en Pologne, s'étaient établis au Canada où ils avaient divorcé devant le rabbin de Toronto. L'ex-mari se remaria à Montréal devant un rabbin. Ce mariage fut jugé nul *ab initio* en raison de l'invalidité du divorce religieux en application de la loi canadienne, loi désignée par le domicile des parties. Le divorce religieux était donc nul et sans effet civil. Ceci ne signifie pas, cependant, que les décisions des autorités religieuses n'aient aucune pertinence en droit québécois. Ainsi, en matière commerciale, les décisions des autorités religieuses peuvent avoir force de loi.

¹²¹ L.R.C. (1985), c. 3 (2^e supp.).

décisions¹²² pour s'assurer que les droits procéduraux et substantiels des parties vulnérables (dont les enfants) sont bel et bien protégés. Nous avons vu que les tribunaux étatiques pouvaient s'estimer compétents lorsque le litige touchait des droits civils. Toutefois, leur saisine dépend du « bon vouloir » et des possibilités, entre autres financières, des parties. Ce point est d'autant plus important que certaines personnes se tournent vers des systèmes informels de justice en raison des différents facteurs d'inaccessibilité de la justice étatique : aide juridique insuffisante, culture différente des différents acteurs du système judiciaire, langue, système confrontationnel, longueur de la procédure¹²³.

La question du contrôle et de la protection des parties vulnérables se pose aussi dans le cas où les parties présentent au juge une entente qui a été obtenue avec l'aide d'une autorité religieuse (que cette dernière ait agi à titre ponctuel en tant que conseiller, qu'elle ait facilité la « négociation entre les parties » agissant ainsi plutôt à

¹²² D'autre part, une médiation informelle, c'est-à-dire hors du cadre des cours de droit de la famille, peut être pratiquée. Selon Annie Bunting, en Ontario, elle est offerte par des imams, des agences musulmanes de services sociaux, des organisations de services sociaux dont une partie de la clientèle est musulmane, des travailleurs sociaux musulmans, des avocats musulmans. Il faut toutefois noter ici que les accords négociés lors de cette médiation peuvent toujours être présentés en cours de justice et seront alors révisés par le juge : Annie BUNTING, « Survey of Treatment of Separation Agreements, Mediation and Arbitration under Canadian Family Law and Arbitration Acts », en ligne [http://www.nji.ca/cciawj/papers/new/52_Bunting_memo.pdf].

¹²³ En ce qui concerne les usagers de justice, voir l'étude de Pierre NOREAU, avec la collaboration de Samia AMOR, Bernard FOURNIER, Myriam JÉZÉQUEL et Katia LEROUX, *Le droit en partage : le monde juridique face à la diversité ethnoculturelle*, Montréal, Éditions Thémis, 2003. Sur « les incidences de la diversité culturelle sur la réalité vécue du droit et de la justice contemporaine » (p. 105) :

Les sources d'incompréhension entre les membres de certains groupes ethnoculturels et les intervenants judiciaires semblent relever de divers ordres qui tiennent 1) à la spécificité de la culture juridique et à l'asymétrie des modes d'interaction et de communication ; 2) aux difficultés associées à la diversité linguistique ; 3) à la faible présence de représentants des groupes ethnoculturels dans la communauté juridique ; 4) à la nécessité d'une formation plus continue des intervenants judiciaires ; 5) à l'absence d'informations juridiques suffisantes au sein des « communautés culturelles » ; 6) à l'absence d'une sensibilité à la nécessité d'une justification continue du droit. (p. 116)

Du côté des intervenants judiciaires, il note la difficulté d'appréhender le fond de culture (p. 142).

titre de médiateur, ou encore, qu'elle ait pris la décision finale, agissant alors plutôt à titre d'arbitre). Les principes ou normes religieux n'y seront sans doute pas expressément ni même explicitement visés mais seront au fondement de l'accord entre les parties. Quels seront alors les outils de contrôle du juge?

Le régime d'encadrement des tribunaux religieux consistant dans l'ignorance ou plutôt dans la non-reconnaissance juridique directe de leur décision ne veut pas dire que le juge étatique ne tiendra pas compte des décisions des parties prises avec l'aide de leaders religieux ou des décisions des « tribunaux religieux ». Dans le cas où des enfants sont en jeu, le juge étatique aura l'obligation de vérifier le contenu de l'accord ainsi négocié en application de l'article 815.5 du *Code de procédure civile*¹²⁴. Toutefois, il faut remarquer que, dans le cadre d'une entente rédigée par les parties sous les auspices de la médiation, l'article 973 al. 3 C.p.c. précise qu'il est possible que ce soit le greffier qui entérine un tel accord¹²⁵. On peut alors se demander si le contrôle prévu à l'article 815.15 C.p.c. s'appliquera dans toute sa plénitude. Qui plus est, la notion de contrainte à laquelle renvoie le *Code de procédure civile* pour apprécier si le consentement est libre et éclairé n'est guère satisfaisante, selon nous, car elle est excessivement difficile à prouver¹²⁶. De plus, la jurisprudence de la Cour suprême démontre une tendance à vouloir laisser la place à l'accord des volontés des parties en présumant que cet accord s'est fait dans les meilleures conditions, comme le

¹²⁴ Art. 815.5 C.p.c. : « Chaque fois qu'il statue sur une entente qui lui est soumise dans le cadre d'une demande régie par le présent titre, le tribunal vérifie notamment si elle préserve suffisamment l'intérêt des enfants, le cas échéant, et s'assure que le consentement de chacune des parties a été donné sans contrainte. Il peut, à ces fins, convoquer et entendre les parties, même séparément, en présence de leurs procureurs le cas échéant ».

¹²⁵ Art. 973 al. 3 C.p.c. : « Si les parties s'entendent, elles rédigent une entente qu'elles signent ; elles déposent au greffe soit une copie de l'entente, soit un avis que la cause a fait l'objet d'un règlement à l'amiable. *Si l'entente est déposée, elle est entérinée par le juge ou le greffier et équivaut alors à jugement* ». (Nos italiques).

¹²⁶ Comme le faisait remarquer la professeure Martine Lachance lors d'une conférence des midis du droit privé à l'UQAM, la notion de contrainte vient de la common law (*duress*) et est fort difficile à prouver puisqu'il faut démontrer que la partie qui l'invoque « n'a pas protesté, avait ou n'avait pas une autre voie ouverte comme celle d'un recours judiciaire au moment de contracter, avait un conseiller indépendant, a fait des démarches pour écarter le contrat dès sa formation ».

démontrent les arrêts *Miglin*¹²⁷ et *Hartshorne*¹²⁸. Par ailleurs, nous souscrivons à l'analyse de Radhika Coomaraswamy¹²⁹, ancienne rapporteure spéciale des Nations Unies sur la question des violences contre les femmes, qui estime que l'analyse en termes d'autonomie

¹²⁷ *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, par. 46. Il s'agissait en l'occurrence d'une clause de renonciation aux aliments entre époux dans l'accord de séparation. Les juges précisent que, dans « l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, les juges de première instance doivent soupeser l'objectif législatif du partage équitable des conséquences économiques du mariage et de son échec, et la liberté des parties de régler leurs affaires comme elles l'entendent ».

¹²⁸ *Hartshorne c. Hartshorne*, [2004] 1 R.C.S. 550, par. 36. Ici, l'épouse avait choisi, malgré les conseils d'un avocat, de signer un contrat de mariage prévoyant la séparation des biens. La question était de savoir si ce contrat était inéquitable :

Pour donner effet à l'intention du législateur, les tribunaux doivent encourager les parties à conclure des contrats de mariage équitables et réagir aux changements de circonstances de leur mariage en procédant, si nécessaire, à l'examen et à la révision de leurs contrats afin d'en assurer l'équité. À l'inverse, lorsqu'il est loisible aux particuliers de veiller eux-mêmes à leur bien-être financier à la dissolution du mariage, les tribunaux doivent hésiter à remettre en question l'arrangement que ces particuliers s'attendaient raisonnablement à invoquer.

Dans cette affaire, il est intéressant de noter que la notion de *duress* ne fut pas retenue alors que les faits rapportés par le juge de première instance étaient à l'effet que :

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

Hartshorne c. Hartshorne, [1999] B.C.J. (Quicklaw) n° 2861, par. 40.

¹²⁹ Radhika COOMARASWAMY, « Identity within: Cultural Relativism, Minority Rights and the Empowerment of Women », 34 *Geo. Wash. Int'l. Rev.* 483 (2002).

est beaucoup plus porteuse que celle en termes de consentement libre et éclairé¹³⁰.

Face à ces difficultés, on peut se demander s'il ne serait pas plus simple de rendre plus inclusive la juridiction des tribunaux étatiques et, pour ce faire, de recourir à la prise en considération de la normativité religieuse, ce d'autant plus qu'elle est déjà pratiquée sur une base *ad hoc* par certains juges canadiens et québécois, créant ainsi un dialogue internormatif. Ce dialogue, déséquilibré en raison de la position de force du droit étatique¹³¹, aboutit bien plus à une prise en considération encadrée des normativités religieuses

¹³⁰ L'ancienne rapporteure puise les sources de son analyse dans le travail de la Commission des lois sud-africaine qui, dans sa mise en équilibre des droits des femmes à l'égalité et des droits des minorités culturelles (en l'occurrence les droits tribaux), avait eu recours à ce concept pour élaborer les instruments de contrôle permettant de s'assurer de la réalité de la liberté de choix des parties entre le droit de la famille national et le droit de la famille coutumier. Elle note aussi qu'un certain nombre de normes ont été imposées par la Commission pour tous les mariages, tels le fait qu'en l'absence de contrat de mariage, le régime de la communauté des biens est le régime supplétif, la compétence exclusive du divorce pour les cours étatiques et la nécessité du consentement libre et éclairé pour le mariage (y compris le consentement de la première femme au second mariage du mari). Selon elle, le fait que le droit sud-africain contienne des dispositions qui favorisent l'indépendance économique des femmes démontre que la Commission des lois sud-africaine a fait le choix de l'autonomie comme principe d'interprétation pour lui permettre de décider quels droits et institutions coutumières pouvaient être reconnus et sous quelles conditions. Ainsi, le choix a été fait de la reconnaissance de la polygamie avec la possibilité pour la première femme, lors de l'homologation obligatoire du second mariage du mari par le juge, de demander que le régime matrimonial soit dissous, le mari ne partageant avec sa seconde femme que sa moitié des biens familiaux. Selon elle, le principe d'autonomie, s'il est lié à la notion de choix, va plus loin que ce dernier car il reconnaît les contraintes économiques, sociales et politiques et s'efforce de maximiser le pouvoir des femmes dans ces conditions :

In some ways the concept is related to choice, but the principle of autonomy recognizes social, economic, and political constraints and attempts to maximize women's power within those realities. In addition, the term autonomy recognizes that it is not only choice in an abstract political sense but choice in terms of economic and social reality that matters. For this reason, the concept of autonomy is also concerned with economic and social rights of women as a way of ensuring meaningful choice in everyday life.

¹³¹ Sur cette question de rapports de force dans l'internormativité, voir : Jeremy WEBBER, « Rapports de force, rapports de justice : la genèse d'une communauté normative entre colonisateurs et colonisés », dans Jean-Guy BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, (1995) 16 *Droit et société* 113, 146.

invoquées par les justiciables qu'à une véritable reconnaissance d'ordres normatifs religieux et ne remet donc pas en cause le principe de la séparation entre l'Église et l'État. Son fondement est le droit à la dignité inhérente¹³², interprété comme le droit à l'épanouissement personnel, ce qui inclut le droit de voir son sentiment d'identité respecté.

C. Une alternative à approfondir : la prise en considération des normativités religieuses par le juge québécois

Une étude approfondie du contentieux québécois nous a permis de constater que la normativité religieuse est bien souvent invoquée devant les tribunaux étatiques par des justiciables qui demandent au juge de la prendre en compte pour appliquer une règle de droit civil, que ce soit pour demander des effets de droit favorables ou

¹³² Le Canada est partie à de nombreux instruments internationaux qui ont consacré ce droit à la dignité. La *Déclaration universelle des droits de l'homme* du 10 décembre 1948 dispose, dans son préambule, que « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde [...] ». (Nos italiques). De son côté, le préambule du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIDCP) et du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (PIDESC) du 16 décembre 1966 énonce :

[...] la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde,

Reconnaissant que ces droits découlent de la dignité inhérente à la personne humaine, [...]. (Nos non-italiques).

Quant à l'article 10.1 du PIDCP, il prévoit que « [t]oute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine ». Enfin, l'article 37 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* du 20 novembre 1989 précise que « [l]es États parties veillent à ce que : [...] c) Tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins d'une personne de son âge. [...] ». Notons aussi, au Canada, l'arrêt de la Cour suprême, *R. c. Van Der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 par. 18 et 19 qui énonce que « [s]elon la philosophie du siècle des lumières, qui a inspiré le Bill of Rights des États-Unis, et plus indirectement la Charte [canadienne des droits et libertés], les droits appartiennent à tous les membres de la société, étant donné que chacun a droit à la dignité et au respect. Les droits sont généraux et universels ; ils constituent la manière dont la « dignité inhérente » à chaque individu dans la société est respectée [...] ». (Nos italiques).

défavorables à cette normativité religieuse. Ces derniers effets sont tantôt accordés par le juge, tantôt refusés.

Ainsi, la mobilisation du droit étatique¹³³ par une personne peut viser à protéger l'efficacité du respect de la normativité religieuse. Il s'agira là de demander au juge **d'accorder des effets de droit favorables à cette dernière**, des effets positifs¹³⁴. Certaines personnes ont ainsi invoqué la normativité religieuse pour demander de changer de prénom en vue d'une meilleure intégration dans leur communauté¹³⁵, des dommages et intérêts pour pénaliser l'époux qui n'a pas donné le *guet* contrairement à ce à quoi il s'était engagé dans une convention sur mesures accessoires au divorce¹³⁶, ou encore la mise en œuvre de l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce*¹³⁷ pour « sanctionner » le refus de lever les obstacles au remariage religieux. La normativité religieuse peut aussi être invoquée dans le but **d'obtenir un régime spécial**, à savoir **l'éviction** de la règle de droit civil estimée contraire ou l'adaptation de ses effets, pour lever les obstacles à la conduite fondée sur une normativité religieuse. Il est possible de trouver ainsi dans la jurisprudence québécoise des décisions dans lesquelles les tribunaux ont eu l'opportunité de prendre en considération les normativités religieuses dans les cas

¹³³ Sur la notion du droit comme pouvant être mobilisé, voir : Pierre NOREAU et Elisabeth VALLET, *Le droit comme ressource des minorités nationales : un modèle de mobilisation politique du droit* 1, en ligne : [www.crdp.umontreal.ca/fr/publications/ouvrages/0001.pdf].

¹³⁴ Pour l'origine de ces distinctions, voir : Anne SARIS et Christelle LANDHEER-CIESLAK, « La réception de la norme religieuse par les juges de droit civil français et québécois : étude du contentieux concernant le choix de la religion, l'éducation et la pratique religieuse des enfants », (2004) 48 *McGill L.J.* 671, 686 :

Soit les parties cherchent à faire reconnaître par le juge la soumission de l'enfant à une normativité religieuse et à permettre l'expression de ses effets à son égard par le biais de l'application de la règle de droit civil : il s'agit là de demander des effets positifs au sein de l'ordre juridique étatique de la soumission de l'enfant à une normativité religieuse (a). Soit elles cherchent à faire reconnaître que l'enfant ne peut être soumis à cette normativité et à évincer ses effets à son égard par l'application de la règle de droit civil : il s'agit de demander des effets négatifs au sein de l'ordre juridique étatique de la soumission de l'enfant à une normativité religieuse. (Nos non-italiques).

¹³⁵ Pour ce faire, elles ont invoqué l'article 58 C.c.Q. Pour un exemple touchant la communauté musulmane, voir : *Imbeault c. Directeur de l'état civil*, C.S. Montréal n° 500-14-019304021, 26 mars 2003.

¹³⁶ *Marcovitz c. Bruker*, précité, note 80.

¹³⁷ Précitée, note 121.

de refus de payer une pension alimentaire à l'enfant¹³⁸ conformément à l'article 585 C.c.Q.¹³⁹, de refus de louer une maison à un couple d'homosexuels en raison de ses croyances religieuses¹⁴⁰, ou encore à la suite d'une demande de dérogation à l'article 393 C.c.Q.¹⁴¹, qui énonce le principe de l'émancipation de la femme mariée en indiquant qu'elle garderait son nom de famille, par une « chrétienne baptiste » dans le but de consacrer sa vision du couple¹⁴². Cette

¹³⁸ *Droit de la famille – 39*, [1983] R.J.Q. 74, 75 (C.S.). Un père catholique refusait de verser une pension alimentaire à sa fille de 18 ans parce qu'elle vivait en concubinage. Selon lui, en raison de ses convictions religieuses et de son attachement au mariage religieux indissoluble, il ne pouvait être contraint de respecter l'obligation légale posée à l'article 585 C.c.Q. Selon lui, le versement d'une pension alimentaire à sa fille revenait à « une acceptation de sa conduite et un reniement de sa foi » et constituait une contrainte imposée à l'exercice de sa liberté de religion. Cet argumentaire ne fut pas reçu par la Cour.

¹³⁹ Art. 585 C.c.Q. : « Les époux de même que les parents en ligne directe au premier degré se doivent des aliments ».

¹⁴⁰ Voir : *C.D.P. c. Martin*, 1997 IJCan 39 (T.D.P. Qué.). Cette affaire opposait, devant le Tribunal des droits de la personne, un couple d'homosexuels qui alléguaient que le refus du propriétaire de louer sa maison portait atteinte à leur droit d'être traités en toute égalité sans distinction ou exclusion fondée sur l'orientation sexuelle (art. 10 et 12 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, précitée, note 99). Le propriétaire a justifié son refus de contracter avec les plaignants par la liberté de religion garantie à l'article 3 la Charte. Il a expliqué « qu'étant chrétien, il doit plaire à Dieu plutôt qu'aux hommes » et que, s'il loue sa maison à des homosexuels, il « pêche contre Dieu ». Il ajoute « avoir agi sur la foi de convictions religieuses sincères et dans l'ignorance que son refus de louer sa maison à des homosexuels était contraire à la loi ». Cet argumentaire fut refusé.

¹⁴¹ Art. 393 C.c.Q. : « Chacun des époux conserve, en mariage, son nom ; il exerce ses droits civils sous ce nom ».

¹⁴² Voir : *Gabriel c. Directeur de l'État civil*, [2005] R.J.Q. 470, [2005] R.D.F. 160 (C.S.). La juge St-Pierre note que « [l]a requérante explique la croyance liée à sa religion et le fait qu'elle requiert une conduite particulière en se fondant sur les écritures » (par. 49) et pose que « le désir de la requérante d'adopter le nom patronymique de son conjoint à la suite de son mariage constitue un motif sérieux » (par. 57). Pour motiver sa demande de changement de nom de famille, la requérante avait eu recours aux textes suivants de la bible, que la juge reprend dans son jugement (par. 17) :

Lettre aux Éphésiens 5, 21-33 « Soumettez-vous les uns aux autres à cause du respect que vous avez pour le Christ. Femmes, soyez soumises à vos maris, comme vous l'êtes au Seigneur. Car le mari est le chef de sa femme, comme le Christ est le chef de l'Église. Le Christ lui-même est le Sauveur de l'Église qui est son corps. Ainsi, les femmes doivent se soumettre en tout à leurs maris de la même façon que l'Église se soumet au Christ. [...] ». Comme le déclare l'Écriture : « À cause de cela, l'homme quittera son père et sa mère pour s'attacher à sa

demande de **dérogation peut aussi porter sur une loi spéciale**, telle que la législation du droit du travail ou encore la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁴³. Elle peut enfin porter sur une **loi contractuelle**¹⁴⁴.

Enfin, la mobilisation du droit étatique peut aussi viser à **donner des effets négatifs, à pénaliser l'autre partie en raison de la soumission de ses actes à la normativité religieuse**. Ce cas de figure se retrouve essentiellement dans le cadre du contentieux du divorce ou encore du contentieux sur l'éducation religieuse de l'enfant dans lequel l'un des conjoints invoquera la soumission à des normativités religieuses de son conjoint pour que le juge en déduise des effets de droits négatifs. Les effets pénalisant ont ainsi été demandés en matière d'autorité parentale, l'un des parents invoquant la religion de l'autre conjoint pour demander au juge d'en déduire des effets pénalisants telle la restriction du droit de visite à

femme, et les deux deviendront un seul être». C'est une vérité secrète, importante, qui est révélée dans ce passage; pour ma part, j'estime qu'elle se rapporte au Christ et à l'Église. Mais elle s'applique aussi à vous: il faut que chaque mari aime sa femme comme lui-même, et que chaque femme respecte son mari. (Nos non-italiques).

¹⁴³ Voir: *Église de scientologie c. Office de la protection du consommateur*, précité, note 79. En l'occurrence, l'Église de scientologie avait conclu des contrats de dianétique avec des particuliers qui lui avaient versé une somme d'argent. Ces derniers avaient demandé la résiliation de leur contrat et le remboursement des sommes versées en dehors des délais requis par les dispositions du droit de la consommation québécois. Face aux demandes de dommages-intérêts des particuliers, l'Église invoquait, comme moyen de défense, le fait que les dispositions du droit de la consommation violaient sa liberté de religion car les 10 jours imposés pour rembourser le client à partir de la résiliation du contrat, ne lui permettait pas de bien faire comprendre au croyant que le contrat de dianétique était nécessaire au salut de sa personne.

¹⁴⁴ Voir: *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [1998] R.J.Q. 1892, [1998] R.D.I. 489 (C.S.). Le syndicat demandait qu'il soit ordonné aux propriétaires de s'abstenir d'ériger des souccahs sur les parties communes à usage exclusif de la copropriété et de démolir celles qui avaient déjà été mises en place. Les propriétaires juifs s'opposaient à cette demande alléguant leur droit subjectif à la liberté de religion tel qu'énoncé par l'article 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Ils estimaient ainsi que la disposition contractuelle (l'article 9.3 de la déclaration de copropriété) portait atteinte à leur liberté de religion. Cette clause qui stipulait que «rien ne peut être placé ou entreposé sur un balcon [...] autre que du mobilier usuel d'extérieur, sans l'approbation écrite préalable des administrateurs», même si elle ne visait pas leur pratique religieuse, les empêchait en définitive de poser un acte conforme à leur religion, c'est-à-dire d'ériger des *souccah* sur leur balcon pour célébrer la fête juive de *Soukot*.

l'égard de leur enfant¹⁴⁵, notamment par une mère catholique¹⁴⁶ pour restreindre les droits de visite de son ex-conjoint devenu Témoin de Jéhovah¹⁴⁷.

Il est à noter que ces normativités peuvent renvoyer à des valeurs, des normes, des actes normatifs ou à des situations normatives et que, concernant les normes, elles peuvent être de types différents¹⁴⁸. Ainsi, à la lecture des décisions tant de droit national qu'international privé, il est possible de distinguer quatre grandes typologies : la normativité religieuse étatique¹⁴⁹, la normativité religieuse non étatique formelle¹⁵⁰, la normativité religieuse non étatique informelle (communautaire)¹⁵¹ et la normativité religieuse non étatique personnelle (éthique)¹⁵², telles que définies par Christine M. Korsgaard¹⁵³.

¹⁴⁵ Voir : *Droit de la famille – 1150*, [1991] R.D.F. 112 (C.A.). Dans cette affaire, une mère catholique invoquait la conversion de son ex-concubin à la religion des Témoins de Jéhovah pour obtenir la restriction et l'encadrement du droit de visite de ce dernier à l'égard de leur enfant commun.

¹⁴⁶ *Droit de la famille – 353*, [1987] R.J.Q. 545, [1987] R.F.L. (3d) 360 (C.A.).

¹⁴⁷ Sur ces questions, voir : A. SARIS et C. LANDHEER-CIESLAK, *loc. cit.*, note 134, 671.

¹⁴⁸ Voir : Edwige RUDE-ANTOINE, *Le mariage maghrébin en France*, Paris, Karthala, 1990, p. 24. Ainsi, concernant le droit musulman, l'auteure distingue 1) les croyances et coutumes ; 2) le droit musulman dans ses langages explicite connu et implicite vécu et 3) les codes juridiques modernes.

¹⁴⁹ Les parties peuvent ainsi invoquer un droit étatique musulman tel que le droit marocain, tunisien ou algérien.

¹⁵⁰ Dans ce cas là, c'est une norme de droit religieux clairement identifiée comme, par un exemple, un canon du Code canon, qui sera invoquée à l'appui des prétentions des parties. Un exemple peut être donné par le contentieux concernant les empêchements religieux au mariage dans le cadre de l'ancien article 127 du Code civil québécois.

¹⁵¹ Il peut s'agir de la non-intégration dans une communauté du fait d'un prénom d'une autre religion.

¹⁵² Une personne peut ainsi invoquer sa normativité religieuse personnelle à laquelle elle estime devoir se plier sous peine de se renier et qui, selon elle, doit être respectée par autrui sous peine de blesser profondément son sentiment d'estime d'elle-même. Notons ici que cette normativité peut parfois se trouver en opposition avec la normativité prônée par la majorité de sa communauté religieuse.

¹⁵³ Christine M. KORSGAARD, *The Sources of Normativity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996. Selon cette auteure, il s'agit là d'une identité pratique. Or, comme elle le met en exergue, ces conceptions de soi, ce sentiment d'identité, entraînent la définition par l'individu d'un certain nombre d'obligations inviolables sous peine de perte d'intégrité. Elle écrit ainsi : « *It is the conceptions*

Bien évidemment, à l'aune de la réalité, cette typologie n'est pas aussi tranchée, et l'on trouve invoquées devant le juge des normativités religieuses qui sont à la fois communautaires et éthiques, par exemple.

Afin de mieux prendre en considération la réalité des individus qui vivent aux confluent d'une variété de normes et qui les mobilisent et les organisent en fonction de leurs besoins et des contraintes qui s'appliquent à eux, l'ordre juridique étatique, s'il veut respecter la diversité, sans toutefois avoir à la reconnaître automatiquement, n'a pas d'autre choix, selon nous, que de s'ouvrir à ces normativités pour élaborer d'une certaine façon un droit commun consensuel¹⁵⁴, témoin d'un certain pluralisme juridique. Nous souscrivons ici aux conclusions du juge Dorgan dans l'affaire *Nathoo* qui, après avoir noté que les parties étaient de foi ismaélienne¹⁵⁵, avait énoncé : « *Our*

of ourselves that are most important to us that give rise to unconditional obligations. For to violate them is to lose your integrity and so your identity, and to no longer be who you are. That is, it is to no longer be able to think of yourself under the description under which you value yourself and find your life to be worth living and your actions to be worth undertaking» (p. 102).

¹⁵⁴ Selon nous, l'élaboration d'un droit commun consensuel au Québec se fait aussi sur le fondement de la reconnaissance de la dignité d'une personne, soit le respect de son sentiment d'identité, dont un élément peut être la soumission à un ordre normatif, soit l'intégration de certaines de ses valeurs. La décision judiciaire qui s'ensuit a alors une plus grande force persuasive, voire plus de légitimité. Pour élaborer ce droit commun consensuel, il est nécessaire d'élaborer un langage commun pour assurer la communication entre les différentes normativités sans les dénaturer. C'est la porosité de la texture de certaines règles de droit civil, notamment celles contenant des standards, associée à l'œuvre des principes généraux du droit qui permettent notamment cette élaboration. Pour aller plus loin, voir : A. SARIS, *op. cit.*, note 6, p. 977 et suiv..

¹⁵⁵ *Nathoo c. Nathoo*, précité, note 39, par. 8 :

[...] Both were raised in and lived within the culture and traditions of the Ismaili community. Both attend Mosque regularly and adhere to the tenets of their faith. They were married within the traditions of the Ismaili community, the most significant of which, for the purposes of this litigation, is the marriage contract or «Maher» signed by the parties on November 6, 1994, the day of their marriage. On the evidence it is clear that the contract was signed because both parties wished to marry within the Ismaili traditions and a condition of so doing was to agree to Maher. According to the evidence, Maher is a sum of money agreed upon by the parties which is to be paid by the husband to the wife in the event of separation. (Nos non-italiques).

Une analyse du contrat suit, dans laquelle le juge s'assure qu'une offre a bien été faite et acceptée par Mme Mawani. Puis, il a vérifié que selon le droit de la Colombie britannique, l'accord a été passé en connaissance de cause (par. 24) et qu'il n'est pas injuste (par. 23 et 27).

*law continues to evolve in a manner which acknowledges cultural diversity. Attempts are made to be respectful of traditions which define various groups who live in a multi-cultural community*¹⁵⁶. Nous ajouterons ici qu'il ne s'agit alors point de droits de groupe ou de droits purement individuels, mais de droits collectifs, soit des droits qui s'expriment collectivement ou, pour nous départir de la définition française de ce concept, des droits qui puisent leurs sens dans des référents communautaires ce qui les fait pencher vers la notion de droits culturels¹⁵⁷.

Or, ce droit commun consensuel¹⁵⁸ existe déjà d'une certaine manière au Québec. En effet, si le Code civil québécois, dans sa version actuelle, ne contient aucune référence à la normativité religieuse si ce n'est celle concernant la compétence des célébrants religieux qui dénote la prise en considération ou tout au moins, la reconnaissance de l'existence d'ordre normatif religieux¹⁵⁹, on peut

¹⁵⁶ *Id.*, par. 25. (Nos non-italiques). Notons ici que le juge vérifie si le contrat prévoyant la *mahr* n'est pas contraire aux valeurs telles que posées par la Charte canadienne : « *Nothing in the evidence before me satisfies me that it would be unfair to uphold provisions of an agreement entered into by these parties in contemplation of their marriage, which agreement specifically provides that it does not oust the provisions of the applicable law* ».

¹⁵⁷ Pour une étude de cette dernière, voir : A. SARIS, *op. cit.*, note 6, p. 95 et suiv.

¹⁵⁸ L'expression nous est venue de la lecture d'Étienne LE ROY, « De la norme à la pratique du droit, construire le droit », *Bulletin de Liaison du LAJP* (Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris), juin 1993, p. 64-67. Selon ce dernier :

Il faut sortir de l'équation: droit égal loi, égal État. [...] En insistant sur les valeurs et la symbolique comme sources du droit, le monopole étatique en matière d'élaboration de normes pourrait être remis en question. Le droit pourrait donc s'annoncer comme le résultat d'une négociation sociale. [...] Ce qui est important aujourd'hui, c'est de multiplier les forums pour dégager des consensus, non de vouloir dégager à tout prix des normes juridiques abstraites et impersonnelles censées asseoir l'uniformité. Nous sommes interpellés par la construction d'un nouveau lien social entre cultures ; nous ne pouvons plus faire de la raison l'unique critère de l'homme créateur. Ceci nous oblige à interpréter la modernité, qui ne pourra plus se déclarer moderne au sens de la « Philosophie des Lumières ».

¹⁵⁹ Il faut bien noter qu'en matière de mariage, seule la forme peut être soumise en partie aux normes religieuses avec l'acceptation, par la plupart des droits provinciaux, de la présence d'un célébrant religieux ; les questions de fond sont, elles, soumises uniquement au droit étatique. C'est pour éviter d'attenter à la liberté de religion des célébrants en les forçant à poser des actes contraires à leur religion que certaines dispositions ont été prises pour leur permettre de refuser de célébrer un mariage qui va à l'encontre des normes de leur ordre normatif religieux sans pour autant encourir de sanctions civiles. Ainsi, au Québec,

néanmoins remarquer que l'internormativité¹⁶⁰ *stricto sensu* est possible en raison de la structure poreuse des présuppositions des règles civiles¹⁶¹, dont les standards permettent parfois d'intégrer la normativité religieuse dans le raisonnement du juge¹⁶². Il est ainsi possible d'observer aussi au Québec le jeu d'un pluralisme *ad hoc*, pluralisme intégré le plus souvent implicite, c'est-à-dire où la prise en compte de la normativité étrangère n'est pas expressément formulée. Ainsi, pour en donner un exemple, en ce qui concerne le changement de prénom, c'est à travers le standard de l'intérêt légitime que sera intégrée la normativité religieuse.

On peut aussi noter la prise en considération de façon explicite de la normativité religieuse par le juge, mais cette fois-ci dans un cadre plus délimité par le législateur¹⁶³. Il en est ainsi de la normativité religieuse visée à l'article 367 C.c.Q. et de celle visée à l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce*¹⁶⁴ concernant les obstacles au rema-

l'article 367 C.c.Q. dispose qu'« [a]ucun ministre du culte ne peut être contraint à célébrer un mariage contre lequel il existe quelque empêchement selon sa religion et la discipline de la société religieuse à laquelle il appartient ». Il est impératif ici de noter que si le célébrant peut opposer ses normes religieuses pour ne pas célébrer le mariage, un mariage dont la forme ne respecterait pas les normes religieuses ne peut être annulé sur ce fondement par le juge de droit civil québécois.

¹⁶⁰ Voir l'internormativité de Carbonnier. Selon lui la norme morale et la norme juridique peuvent se retrouver dans une règle juridique dite internormative car une partie sera gérée par la morale et une autre par le juridique. Il donne ainsi l'exemple de l'article 1235 du *Code civil* français qui dispose que « [l]a répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées ». Selon lui, le juridique régit l'action en paiement de la dette, alors que le moral s'occupe de l'action en restitution de l'indu : Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1994, p. 318. Il reprend ainsi l'idée de la sphère publique soumise au juridique et la sphère privée soumise à la morale. Selon nous, l'internormativité *stricto sensu* existe lorsqu'au sein de la règle de droit coexistent une norme de droit étatique et un concept qui renvoie, pour sa compréhension, à l'ordre normatif religieux (réception formelle) ou à certains de ses éléments (réception matérielle).

¹⁶¹ Sur cette notion, voir : A. SARIS et C. LANDHEER-CIESLAK, *loc. cit.*, note 134, 671, 679 ; A. SARIS, *op. cit.*, note 6, p. 916 et suiv.

¹⁶² On pourrait presque estimer que les droits subjectifs fondés sur ces normes étrangères seront traduits en faits juridiques entrant dans la présupposition des règles de droits étatiques.

¹⁶³ Voir à cet égard : Gérard TIMSIT, *Les figures du jugement*, coll. « Les voies du droit », Paris, P.U.F., 1993, p. 271.

¹⁶⁴ Précitée, note 121.

riage religieux. La célébration du mariage est une bonne illustration de l'idée que le Code civil est un droit qui accepte la subsidiarité des ordres normatifs religieux et ne prétend donc pas régir toutes les facettes d'une institution, laissant la place aux ordres normatifs religieux et reconnaissant implicitement la situation du pluralisme normatif existant au Québec, situation dans laquelle le droit étatique est en position de force. Cette subsidiarité¹⁶⁵ s'articule aux conditions et dans les limites posées par le droit québécois qui se comporte comme droit commun inclusif. Au plan fédéral, la *Loi sur le divorce* illustre bien les limites de l'internormativité. En effet, l'intérêt de la norme métissée qui ressort de la compénétration entre la normativité étatique et la normativité religieuse, qu'elle soit posée par le juge ou par le législateur, n'est qu'en termes de validité, puisqu'elle appartient partiellement à plusieurs ordres juridiques; *a priori*, elle pourrait avoir ses effets parmi eux. Or, en matière de divorce, certains orthodoxes juifs ont avancé que le *guet* donné suite à la mise en œuvre de l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce*¹⁶⁶ serait un *guet* forcé, un divorce non valide¹⁶⁷, et ne serait pas reconnu par

¹⁶⁵ Selon Constantinesco :

Le principe de subsidiarité tel qu'il apparaît dans la doctrine allemande y est d'abord conçu comme un principe d'éthique politique, puisqu'il exprime une vision « communautaire » de la société : celle-ci n'est pas tant formée d'individus que de communautés diverses dans lesquelles l'individu se situe et qui en permettent l'épanouissement. Cette conception organiciste de la société s'accompagne d'une prééminence accordée à la communauté la plus humble qui a vocation à recevoir toutes les tâches qu'elle peut accomplir avec ses propres forces. Il y a du « small is beautiful » dans la subsidiarité !

Vlad CONSTANTINESCO, « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », dans *Mélanges Boulouris*, Paris, Dalloz, 1991, p. 35, aux pages 37 et 38. Selon nous, lorsque la loi spéciale est une loi religieuse, il semblerait que l'on soit plutôt dans l'hypothèse où elle est loi subsidiaire, à savoir qu'elle vient exceptionnellement corriger le jeu du droit commun. Le droit commun verra son champ d'application modifié pour laisser place au droit spécial qu'est le droit religieux. Il pourra de ce fait être évincé par le juge ou voir ses effets pondérés. Voir : A. SARIS, *op. cit.*, note 6, p. 982.

¹⁶⁶ Précitée, note 121.

¹⁶⁷ *K.N.H. c. J.S.*, [2000] Q.J. (Quicklaw) n° 2147, par. 3 (C.S.) :

WHEREAS paragraphs 7, 8, 9 and 10 of Defendant's affidavit read as follows. [...]

8. That I am an Orthodox practitioner of my faith, Judaism, and assert that, at this point in time, I have genuine religious grounds for refusing to remove the barriers to remarriage given that I have every reason to believe that the coercive nature of the request and the conditions under which I am being forced to make

les tribunaux rabbiniques ou les tribunaux israéliens¹⁶⁸. La passerelle posée ainsi par les dispositions juridiques internormatives est donc bien ténue.

Pour revenir à la *Loi sur le divorce*¹⁶⁹, il est à noter qu'originellement, cette loi ne faisait aucune référence à une normativité religieuse. C'est en fait sous la pression des groupes de pression juifs que l'injustice auxquelles étaient confrontées les *agunah*, que la notion de *guet* a été plus ou moins explicitement prise en considération par le législateur fédéral. En effet, les femmes juives qui n'avaient pas obtenu la lettre de divorce juif, le *guet*, étaient potentiellement soumises au chantage de leurs maris qui se prévalaient de leur pouvoir discrétionnaire de donner le *guet* pour négocier à

such a request would result in the refusal of the ghet by any valid Rabbinical Authority or in the alternative, if granted by coercion, would be invalid in any event; [...]

9. That it is an important tenet of our religion, as it relates to the ghet, that a request for same and/or consent to same obtained by coercion is not a valid consent and accordingly, any such ghet would not be a valid instrument authorizing a remarriage under our faith.

¹⁶⁸ Rabbi David SHURE, «A Rabbinical Divorce Ordered By The Civil Court», en ligne [science-halacha.com], plus précisément [http://www.science-halacha.com/getlaw/getlaw_eng_B1.htm]:

All the halachic authorities and Botai Din (Rabbinical courts) of Israel which constitute the vast majority of Rabbinical courts for "gitten", agree with the verdict of their highest halachic authorities Rav S.Y. Eliashev and Rav S.Z. Aurbach that states, "Everyone knows that a GET that is consented to by a husband out of fear of imprisonment or financial loss by secular authority and not from the requirements of our holy Torah, is considered a "GET under duress and is INVALID". I feel that the law is a hazard, and can cause 'chas v'sholom much harm, and therefore it is better that this law be removed from the books [...].

Selon ce rabbin, le *guet* forcé par les cours de justice canadiennes est lui aussi invalide :

In conclusion, today there are two ways for the "Canadian Get Law" to invalidate a "get". The first way is that the client's experienced lawyer will tell him that he knows the judge assigned to his case and from other precedents he feels that there is a good chance that the judge may not grant him exemption from the said law. At this point the client may feel that he cannot afford to take the risk of losing. If due to this situation he changes his mind to give a "get", this is a "get" given against his will and is invalid.

The second way is when he takes the chance and goes before the judge claiming religious exemption. If the judge refuses and gives him a chance to give the "get" before the final verdict and he decides to give the "get", the "get" is invalid.

¹⁶⁹ Précitée, note 121.

leur avantage garde et pension alimentaire. Le chemin avait déjà été pavé par le législateur ontarien qui, en 1986, à la demande de l'avocat John Syrtash, de la Cour rabbinique orthodoxe de Toronto (*Va'ad Ha-Rabonim*), et de l'organisation *B'nai Brith*¹⁷⁰, avait amendé le droit de la famille ontarien¹⁷¹. C'est donc dans le même esprit qu'en 1990, le législateur canadien, après avoir consulté une cinquantaine d'organisations religieuses, dont des organisations catholiques et musulmanes, a modifié la *Loi sur le divorce*¹⁷² pour y intégrer l'article 21.1 afin de régler la question des obstacles au remariage religieux. Le principe était simple : si le juge estimait que le mari n'avait pas levé les obstacles religieux (en l'occurrence donné le *guet*), alors que sa femme le lui avait expressément demandé et n'avait pas de motifs religieux sincères à opposer à l'octroi du *guet* (il était

¹⁷⁰ À la demande du ministre de la Justice, l'organisation fournit une étude statistique B'NAI BRITH CANADA, *The Use of "Get" as a Bargaining Tool in Jewish Divorce Proceedings*, Toronto, mars 1987.

¹⁷¹ Les nouvelles dispositions de la *Loi sur le droit de la famille* (L.R.O. 1990, c. F. 3) prévoient ce qui suit :

Déclaration concernant le retrait des obstacles au remariage

2. (4) La partie à la requête aux termes de l'article 7 (biens familiaux nets), 10 (questions relatives à la propriété), 33 (aliments), 34 (pouvoirs du tribunal) ou 37 (modification) peut signifier à l'autre partie et déposer auprès du tribunal une déclaration appuyée d'un serment ou d'une déclaration solennelle et qui indique :

a) d'une part, que l'auteur de la déclaration a retiré tous les obstacles qui sont de son pouvoir et qui empêcheraient le remariage de l'autre conjoint au sein de la religion de ce dernier ;

b) d'autre part, que l'autre partie n'a pas fait de même, malgré une demande.

(5) Dans les dix jours de la signification de la déclaration, ou dans le délai plus long qu'accorde le tribunal, la partie qui a reçu signification de la déclaration visée au paragraphe (4) signifie à l'autre partie et dépose auprès du tribunal une déclaration appuyée d'un serment ou d'une déclaration solennelle et qui indique que l'auteur de la déclaration a retiré tous les obstacles qui sont de son pouvoir et qui empêcheraient le remariage de l'autre conjoint au sein de la religion de ce dernier.

Rejet

(6) Lorsque la partie ne se conforme pas au paragraphe (5) :

a) si elle est le requérant, l'instance peut être rejetée ;

b) si elle est l'intimé, la défense peut être radiée.

¹⁷² Précitée, note 121.

en effet hors de question de limiter la liberté de religion¹⁷³), le juge pouvait discrétionnairement rejeter tout affidavit¹⁷⁴, demande ou acte de procédure déposé par cet époux. Cet article est donc venu considérablement changer le rapport de force lors des divorces entre juifs orthodoxes. L'article 21.1, qui ne se réfère à aucune religion particulière, peut donc s'appliquer à la question de liberté matrimoniale dans l'ordre normatif judaïque mais aussi dans d'autres ordres normatifs religieux tels que les ordres normatifs musulmans.

Mais c'est surtout par le biais du droit subjectif à la liberté de religion invoqué par les parties en vertu de la mention de la Charte québécoise dans les dispositions préliminaires du Code civil québécois, que le juge peut prendre en considération la normativité religieuse pour interpréter, voire évincer les autres règles de droit applicables en vue d'accorder un accommodement raisonnable¹⁷⁵.

La normativité religieuse s'est donc infiltrée depuis un certains temps dans le contentieux québécois sous ces trois formes : 1^o incorporation dans le présupposé d'une règle de droit, que ce soit implicitement via un standard ou 2^o de façon plus explicite, ou encore 3^o par le biais du droit subjectif à la liberté de religion. Nous sommes en fait en présence de ce que nous avons appelé dans notre thèse¹⁷⁶ le cadre du pluralisme intégré, puisque les ordres normatifs religieux ne sont pas reconnus en tant que tels sur le territoire de l'État et les normes religieuses ne sont pas appliquées directement en tant que normes religieuses. Selon nous, le pluralisme intégré indique une volonté de l'État de conserver un monopole sur un droit qu'il veut « unifié », tout en prenant « plus ou moins » en considération la situation d'hétérogénéité normative existant sur son territoire. Il s'agit de ce fait, d'un pluralisme qui se manifeste au cas par cas, de façon *ad hoc*. Qui plus est, cette gestion de l'hétérogénéité normative, d'après notre analyse, porte alors le plus souvent

¹⁷³ Sur la polémique qu'avait suscité l'ajout de cet article et la question de la liberté de religion, voir : John SYRTASH, *Religion and Culture in Canadian Family Law*, Toronto, Butterworths, 1992, chapitre 3.

¹⁷⁴ Art. 4. C.p.c. : « Dans le présent code, les expressions et termes suivants désignent : a) « affidavit » : une déclaration écrite appuyée du serment du déclarant, reçue et attestée par toute personne autorisée à cette fin par la loi ».

¹⁷⁵ Voir : *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précité, note 84.

¹⁷⁶ A. SARIS, *op. cit.*, note 6.

sur le droit matériel¹⁷⁷, c'est-à-dire le contenu de la normativité étrangère décontextualisée, privée de ses attaches avec l'ordre normatif dont elle est originaire. En effet, dans le cadre du pluralisme intégré, la normativité religieuse n'est pas appliquée en tant que telle à titre de normativité religieuse. Au contraire, elle est incorporée dans le droit étatique. Ce dernier ne renvoie pas à la normativité religieuse pour ensuite l'appliquer comme il le ferait dans le cadre du pluralisme dit institutionnalisé qui reconnaîtrait le pouvoir des ordres normatifs religieux d'édicter du droit. Il en résulte que les normativités religieuses n'ont pas de juridicité propre¹⁷⁸, ne sont pas des droits justiciables, invocables directement devant les tribunaux. Pour être invoquées devant le juge, elles doivent être médiatisées par le support du droit étatique.

¹⁷⁷ « Ensemble des règles de fond de droit positif, à l'exclusion des règles de procédure », définition donnée dans Paul-André CRÉPEAU, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991.

Voir : Gérard CORNU et Jean FOYER, *Procédure civile*, 3^e éd., Paris, P.U.F., 1996, p. 3 : « Pour définir la procédure comme règle de droit, il paraît nécessaire de partir de l'opposition traditionnelle qui est faite entre les règles de procédure (civile, administrative, criminelle) et les règles dites du fond du droit (droit civil, droit administratif, droit pénal), encore nommé droit substantiel ou matériel ». Certains auteurs précisent que le droit substantiel se définit sans aucune référence à un autre droit, par sa seule substance, alors que les droits non substantiels tels le droit pénal, la procédure civile, ont pour fonction la mise en œuvre des premiers.

¹⁷⁸ Le critère de juridicité réside dans le fait que les règles sont édictées par un législateur reconnu et interprétées par une autorité dont on accepte le jugement. Voir : J. CARBONNIER, précité, note 160, p. 318 et suiv., concernant la différence entre la contrainte commune aux mœurs et au droit (p. 322) et celle spécifique au droit (p. 323). Selon lui, la contrainte spécifique au droit procède d'un organe spécialisé et remplit une « fonction consciente » (critère notamment de distinction avec ce qu'il appelle les *folkways*.)

Nous nous trouvons donc ici, d'une certaine manière, face à des cas de transfert¹⁷⁹/emprunt juridique¹⁸⁰. Ces relations peuvent alors, soit prendre la forme du modèle circulaire pur, l'autopoïèse analysé notamment par François Rigaux et Niklas Luhman – c'est-à-dire un va-et-vient constant entre les ordres normatifs –, soit incorporer la notion de « hiérarchies enchevêtrées », c'est-à-dire « l'élaboration symbiotique par échanges mutuels des ordres superposés les uns aux autres » avec, en surplus, la hiérarchie inversée définie par « l'interaction entre des niveaux dans laquelle le niveau supérieur redescend vers le niveau inférieur et l'influence tout en étant en même temps déterminé par le niveau inférieur »¹⁸¹. En ce

¹⁷⁹ Voir : Eric STEIN, « Uses, Misuses and Non-uses of Comparative Law », 72 *Nw. U. L. Rev.* 198 (1977). Selon l'auteur, les transferts juridiques renvoient au mouvement de normes juridiques ou lois spéciales d'un État vers un autre lors d'un processus de réforme ou de création du droit.

Voir aussi : Rodolfo SACCO, « Legal Formants : A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II) », 39 *Am. J. Comp. L.* 1 (1991) ; Rodolfo SACCO, « Legal Formant: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II) », 39 *Am. J. Comp. L.* 343, 395 (1991). Selon lui, le droit est peu innovateur et se nourrit avant tout d'emprunt. La question de la transférabilité des normes juridiques a provoqué moult débats. Certains auteurs tels Alan Watson ont postulé qu'il n'y avait pas de lien inhérent entre le droit et la société dans laquelle il opère ce qui facilite donc le processus de transférabilité : Alan WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974 ; Alan WATSON, « Legal Transplants and Law Reform », 92 *Law. Q. Rev.* 79, 82 (1976) ; voir aussi : Otto KAHN-FREUND, « On Use and Misuse of Comparative Law », 37 *Mod. L. Rev.* 1 (1974). Cet auteur mentionne que « *we cannot take for granted that rules or institutions are transplantable* » (27) et croit que « *there are degrees of transferability* » précisant que, pour s'assurer de la viabilité du transfert, il faut d'une part étudier le lien entre la norme juridique et la structure socio-politique de l'État « donneur » et, d'autre part, comparer les deux États donneur et receveur. Pour Pierre Legrand, le transfert juridique est impossible : Pierre LEGRAND, « The Impossibility of Legal Transplants », (1998) 4 *Maastricht Journal of European and Comp. L.* 111. Sur les liens de la théorie des transferts juridiques avec celle de la réception des droits, voir : Chryssapho TSOUCA, « L'amalgame de systèmes divers et les systèmes en transition. L'importation et l'exportation de modèles juridiques », (1998) *RHDI* 9 ; voir aussi : H. Patrick GLENN, « Reception and Reconciliation of Laws », dans *Monistic or Pluralistic legal culture? Anthropological and Ethnological Foundations of Traditional and Modern Legal System IVR 13th World Congress*, Kobe, 1987, p. 209.

¹⁸⁰ Le professeur Edward M. Wise remarque que le processus d'emprunt juridique est extrêmement sélectif voire même créateur : Edward M. WISE, « The Transplant of Legal Patterns », 38 *Am. J. Comp. L.* 1, 17 (1990).

¹⁸¹ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 213.

sens, l'on trouve l'internormativité, c'est-à-dire l'emprunt par un ordre juridique du contenu normatif de la norme¹⁸², témoin de la porosité du système juridique étatique¹⁸³, et donc, d'une ouverture au dialogue.

Au centre de ce dialogue se trouve le juge, acteur clef, qui joue alors un rôle communicationnel¹⁸⁴, fondé sur une éthique de la reconnaissance¹⁸⁵. Son rôle est moins de punir que de persuader et, pour cela, d'une certaine façon s'opère un dialogue avec, entre autres, la société et les justiciables. Ce point mérite que l'on s'y arrête, parce qu'il touche la question de l'acceptabilité des solutions juridiques. Par ses décisions, il va expliciter les modalités de compénétration desdites normativités et poser les bases d'une grammaire commune, les fondements d'une commensurabilité que nous entendons comme espace de communication, voire espace de négociation¹⁸⁶.

Cette communication qui se fonde notamment sur la politique de multiculturalisme implique que les acteurs du système judiciaire doivent être mieux à même de comprendre les enjeux de la

¹⁸² Jean CARBONNIER, «Internormativité», dans André Jean ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique*; Guy ROCHER, «Les phénomènes d'internormativité: faits et obstacles», dans Jean-Guy BELLEY (dir.), *Le droit soluble, contributions québécoises à l'étude d'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 28.

¹⁸³ François OST, «Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge», dans Pierre BOURETZ (dir.) *La force du droit, panorama des débats contemporains*, Paris, Éditions Esprit, 1991, p. 262. Il présente le droit comme «liquide, interstitiel et informel», la notion de droit liquide renvoyant au concept d'osmose.

¹⁸⁴ Jacques LENOBLE, *Droit et communication – la transformation du droit contemporain*, Paris, Éditions du cerf, 1994, p. 9: «La norme [sociale] se fait fluide et flexible [...] les normativités se révèlent multiples et plurielles [...] La norme fonctionne moins aujourd'hui comme donnée».

¹⁸⁵ Voir l'ouvrage de Xavier DIJON, *Méthodologie juridique. L'application de la norme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, selon qui «seule l'invocation d'une telle éthique de la reconnaissance délivre le droit du mirage positiviste – institutionnaliste ou normativiste – de l'auto-désignation de sa source, instituée [Romano] ou supposée [Kelsen]» (p. 15). Cette éthique de la reconnaissance consiste dans le fait que selon Dijon, «il n'y a pas d'universalité de la norme sans référence intrinsèque à la singularité du soi, pas de singularité du soi sans référence intrinsèque à l'universalité de la norme. C'est que le corps social se découvre d'emblée composé de sujets, à reconnaître dans leur singularité respective, et les sujets se découvrent d'emblée liés les uns aux autres par la norme qui leur enjoint cette reconnaissance mutuelle» (p. 13).

¹⁸⁶ Voir: A. SARIS, *op. cit.*, note 6, p. 908.

culture et de la religion des parties au processus. Ceci peut être fait par des formations, mais l'on pourrait aussi imaginer une reprise adaptée au contexte canadien de l'initiative française appelée « intermédiation culturelle » qui suppose la présence de tiers aux procédures aptes à expliquer les différents enjeux culturels au juge. Il s'agit là d'une initiative expérimentale mise en place depuis 1996 par le Laboratoire d'anthropologie juridique de l'Université de Paris I et le Tribunal pour enfants de Paris. En l'espèce, c'est le juge qui mandate l'intermédiaire culturel à titre de médiateur, et ce, en application de l'article 256 du *Nouveau Code de procédure civile*¹⁸⁷, afin de permettre une meilleure communication avec la famille par l'échange d'informations culturelles ainsi qu'une meilleure compréhension des faits éclairés au besoin par des notions ethniques. L'idée sous-jacente est que le fait de tenir compte de la différence culturelle devant la justice favorise l'intégration¹⁸⁸ en permettant au juge de prendre une mesure plus adéquate, mieux comprise, donc plus effective. Les modalités du projet ne sont toutefois pas sans critique. Il ne faudrait pas en effet qu'elles conduisent à culturaliser à l'excès les comportements. Il nous semble que trois points sont en effet à distinguer¹⁸⁹ : l'appréhension des faits et de leur signification par le juge (voire la construction de la réalité) ; l'argumentation du jugement (pour certains, l'effectivité du jugement a pour préalable l'accord, ou en tout cas, la compréhension des valeurs exprimées par ce dernier¹⁹⁰) ; le jugement en lui-même, la solution du litige. Dans les deux premiers cas, il nous semble clairement opportun de recourir à une intermédiation culturelle pour instaurer un dialogue pertinent. Par contre, la question de savoir si la solution du litige doit refléter la normativité religieuse, question qui se pose par exemple dans les cas de défense culturelle,

¹⁸⁷ Visée à l'article 256 Nouv. C. pr. civ. qui autorise le juge à recourir à une consultation en cas de question technique peu complexe. Ce n'est que si la consultation n'est pas suffisante pour l'éclairer qu'il aura recours à une expertise (art. 263 Nouv. C. pr. civ.).

¹⁸⁸ Voir l'intermédiation culturelle au tribunal pour les enfants, compte rendu du séminaire du 16 décembre 1998 par Jackie Botimela Loteteka, en ligne [<http://www.msh-paris.fr/red&s/dhdi/rapports/rap6-98.htm>] (site visité le 25 oct. 1999).

¹⁸⁹ Sur ces questions, voir : A. BRUEL, « Une expérience en cours au tribunal pour les enfants de Paris », (1995) 40-41 *Migration-Société* 83.

¹⁹⁰ Voir l'article 375-1 du *Code civil* français qui précise que le juge doit s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille à sa décision quant à la mesure d'assistance éducative adéquate.

est d'une dimension toute autre car elle implique la possibilité de modifier l'application d'un droit étatique en fonction de l'appartenance culturelle des individus.

Pour ce qui est du système judiciaire québécois, on peut noter qu'une ouverture est faite pour l'interaction avec les entités religieuses. En effet, dans le cadre de ce système, une personne religieuse peut agir à titre de médiateur du moment qu'elle répond aux conditions d'accréditation¹⁹¹ et suit les règles de déontologie de sa profession ou encore agir à titre d'intervenante à la médiation. Dans ce dernier cas, il s'agit, soit pour le médiateur de faire appel à une personne qui n'est ni un expert ni un conseiller, soit pour les parties de suspendre, de leur propre chef, la séance de médiation pour

¹⁹¹ Ceci est différent de l'Ontario où, mis à part la médiation financée dans le cadre de la Cour du droit de la famille, il est possible au juge de recourir aux services d'un médiateur qui ne répond pas aux exigences.

Loi sur le droit de la famille, précitée, note 171 :

Médiateur

3. (1) *Dans une requête présentée en vertu de la présente loi, le tribunal peut, à la suite d'une motion, nommer comme médiateur chargé de régler une question que le tribunal précise une personne choisie par les parties.*

Consentement du médiateur

(2) *Le tribunal ne nomme, comme médiateur, qu'une personne qui satisfait aux conditions suivantes :*

a) *elle consent à agir en cette qualité ;*

b) *elle accepte de déposer son rapport auprès du tribunal dans les délais que celui-ci impartit.*

C'est sans doute ces dispositions qui couvrent les services de médiation de la mosquée torontoise El Noor (il est précisé dans le rapport Boyd, *op. cit.*, note 56 : « Souvent appelée par les tribunaux de la famille à faire de la médiation et parfois de l'arbitrage, l'organisation a gagné le respect et la confiance de la cour par sa capacité de régler les différends dans le contexte musulman, selon certaines lettres données au groupe d'étude »). À l'inverse, les médiateurs sous contrat avec les cours de droit de la famille eux doivent avoir 60 heures d'expérience. Cinq ordres professionnels sont habilités par le gouvernement du Québec à accréditer leurs membres : le Barreau du Québec, la Chambre des notaires du Québec, l'Ordre des conseillers et conseillères d'orientation et des psychoéducateurs et psychoéducatrices du Québec, l'Ordre des psychologues du Québec et l'Ordre professionnel des travailleurs sociaux du Québec. Pour une analyse de la différence entre le discours et la réalité de la médiation, voir : Myriam SPIEL-VOGEL et Pierre NOREAU, *Régulation étatique du divorce et médiation familiale, Essai d'interprétation à partir du cas québécois*, dossier médiation familiale, en ligne [http://www.caf.fr/web/WebCnaf.nsf/090ba6646193ccc8c125684f005898f3/9dd946d3f1fdf4e2c1256e2a00528062/\$FILE/R%C3%A9gulation%20%C3%A9tatiq %20du%20divorce%20et%20m%C3%A9diatiq %20familiale.pdf].

prendre conseil auprès « de toute personne ». Notons ici que, dans ces deux cas¹⁹², le fait que le médiateur déontologiquement ait l'obligation de s'assurer qu'il n'existe pas d'inégalité dans le pouvoir de négociation des parties¹⁹³ permettrait de s'assurer que la femme ne soit pas contrainte à donner son consentement. Le médiateur ne saurait influencer sur le fond de l'accord des parties. Sur ce point, il doit conseiller et fortement encourager les parties à rechercher des conseils juridiques indépendants avant de conclure tout accord afin de s'assurer qu'ils connaissent leurs droits. Par ailleurs, une autre possibilité qui semble plus improbable serait le fait pour le juge de renvoyer les parties à la conciliation devant une autorité religieuse¹⁹⁴.

Enfin, nous l'avons déjà précisé, une autre pratique semble être celle par laquelle les parties rédigent, en collaboration avec une autorité religieuse, une première ébauche de convention sur les mesures accessoires au divorce (garde, droit de visite, pension alimentaire) puis la finalisent pour la forme avec l'aide d'un avocat et la présentent au juge. Ici encore, le juge pourra réviser au besoin cette convention.

¹⁹² L'article 814.7 C.p.c. prévoit en effet que :

Les séances de médiation [...] peuvent aussi avoir lieu en présence d'autres personnes si les parties y consentent et que le médiateur estime que leur présence serait requise, pourvu que ces personnes ne soient ni experts, ni conseillers.

Les parties peuvent, de leur propre initiative ou à la suggestion du médiateur, suspendre toute séance afin de prendre conseil auprès de leur procureur ou d'une autre personne, selon la nature du conseil recherché.

¹⁹³ M^e Denis MONDOR, bâtonnier du Québec, « *Lettre aux lecteurs* », 1^{er} mars 2005 : « Oui à la diversité culturelle Non à l'arbitrage religieux ». M^e Mondor ajoute : « Qui plus est, le Barreau du Québec réaffirme son appui au système de médiation familiale, puisqu'il s'agit d'un système qui a fait ses preuves. Les professionnels qui agissent à titre de médiateurs reçoivent une formation solide et sont soumis à des normes de pratique » ; voir aussi les Commentaires du Barreau du Québec sur les « tribunaux religieux », vol. 37, n^o 3, 15 février 2005 : « Le Guide des normes de pratique en médiation familiale prévoit l'obligation pour le médiateur de "tout faire en son pouvoir pour que les parties concluent à une entente libre, volontaire, sans abus d'influence et en pleine connaissance de cause", et de "veiller à maintenir l'équilibre et l'égalité dans les négociations" ».

¹⁹⁴ Une autre possibilité dans l'abstrait serait aussi celle où, mettant en application l'article 815.2 C.p.c., le juge renverrait les parties pour conciliation à un imam. Cet article se lit comme suit : « À tout moment avant le jugement et avec le consentement des parties, le tribunal peut, pour une période qu'il détermine, ajourner l'instruction de la demande en vue de favoriser *soit la réconciliation, soit la conciliation* des parties notamment par la médiation ». (Nos italiques).

*
* *

Face aux critiques adressées à la justice religieuse, il nous semble évident que la voie est à trouver dans le dialogue et que s'il peut sembler dangereux de reconnaître juridiquement les tribunaux religieux, les ignorer peut entraîner leur clandestinité ce qui peut être tout aussi dangereux en termes d'accès à la justice pour les personnes dites vulnérables. Face à ces risques, l'élaboration d'une justice étatique mieux adaptée qui prenne en compte pleinement la politique de multiculturalisme, ce qui implique que les acteurs du système judiciaire doivent être mieux à même de comprendre les enjeux de la culture et de la religion des parties au processus, nous semble un prérequis. Reste à savoir comment élaborer un vivre ensemble, comment prendre en considération des normativités religieuses sans affecter la cohésion sociale. Une éventualité serait de réfléchir à la notion de droit en partant du seul individu, pour prendre en considération l'ensemble des communautés dans lesquels ce droit s'exerce.