

LA DIVERSITÉ CULTURELLE, LA LIBERTÉ RELIGIEUSE ET LE DROIT DES FEMMES À L'ÉGALITÉ: TENSIONS À L'HORIZON*

CULTURAL DIVERSITY, RELIGIOUS FREEDOM AND WOMEN'S RIGHT TO EQUALITY : TENSIONS ON THE HORIZON

LOUISE LANGEVIN**

RÉSUMÉ

Au Québec, à la suite d'une immigration récente plus diversifiée, la question de la liberté religieuse et de la diversité culturelle s'est posée avec beaucoup d'acuité. Des groupes religieux minoritaires ont demandé des traitements spéciaux aux autorités étatiques, demandes qui portaient atteinte, dans certains cas, à d'autres droits fondamentaux.

Pour la société québécoise qui s'est progressivement laïcisée depuis les années 1960 et qui s'est éloignée de la pratique religieuse catholique, ces multiples demandes à caractère religieux ont alors été difficiles à comprendre. Interpellé par la population québécoise sur ces questions, le gouvernement est intervenu de différentes façons dans le débat sur le respect de la diversité religieuse.

L'objectif de la réflexion vise à aborder les tensions entre la diversité culturelle, la liberté de religion et le droit des femmes à l'égalité. Je prendrai l'exemple du Québec. Comment concilier l'intérêt public et les intérêts des femmes ? Le droit à l'égalité pour les femmes peut-il être relégué à un second plan au nom du respect de la diversité culturelle et du droit à la liberté de religion ? Comment déclinier le droit des femmes à l'égalité en tenant compte des valeurs culturelles des femmes ? Ce débat soulève des questions au sujet du relativisme culturel, de la protection de droits fondamentaux sur le plan international, des différences, d'ethnocentrisme et d'impérialisme occidental.

MOTS CLÉS: Femme. Droit à l'égalité. Liberté. Religieuse. Liberté culturelle.

ABSTRACT

In Québec, following a recent more diversified immigration, the question of religious freedom and cultural diversity was put to the forefront. Religious minority groups asked the State for special treatments, which in some cases violated other groups' fundamental rights. The Quebec society, who has put aside religious practices since the '60s and has opted for a more secular state, had problems understanding these religious demands. The Quebec government intervened in different ways in the debate on religious diversity.

My paper will deal with tensions between cultural diversity, religious freedom and women's right to equality. Québec will serve as my example. How can we reconcile public interest and women's interests? Can women's right to equality be put aside in order to respect cultural diversity and religious freedom? How can we imagine women's right to equality while taking into account their cultural diversity? This raises questions on cultural relativism, on the protection of fundamental rights, on differences, ethnocentrism and cultural imperialism.

KEYWORDS: Woman. Right to equality. Religious freedom. Cultural diversity.

* Le présent texte est à jour en avril 2011.

** Professeure titulaire de la Faculté de droit de l'Université Laval
E-mail: louise.langevin@fd.ulaval.ca.

INTRODUCTION

Au Québec, à la suite d'une immigration récente plus diversifiée¹, la question du respect de la liberté religieuse et de la diversité culturelle s'est posée avec beaucoup d'acuité. En faisant valoir leur droit à la liberté religieuse protégé par la *Charte canadienne des droits et libertés*², des groupes religieux minoritaires ont demandé des traitements spéciaux aux autorités étatiques et organismes privés, demandes qui dans certains cas portaient atteinte à d'autres droits fondamentaux, entre autres le droit des femmes à l'égalité. On pense ici aux questions de port de signes religieux³ et de pratiques religieuses dans l'espace public⁴.

Pour la société québécoise qui s'est progressivement laïcisée depuis les années 1960 et qui s'est éloignée de la pratique religieuse catholique, ces multiples demandes à caractère religieux auprès d'organismes étatiques et privés ont alors été difficiles à comprendre. Interpellé par la population québécoise sur ces questions, le gouvernement est intervenu de différentes façons dans le débat sur le respect de la diversité religieuse. Ainsi il a mandaté une commission d'étude sur la question des

-
- 1 Voir Gérard Bouchard et Charles Taylor, *Fonder l'avenir, le temps de la réconciliation*, Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, Québec, 2008, chap. 11, Les coordonnées démographiques et économiques de l'immigration, aux p. 222 et s. [ci-après rapport Bouchard - Taylor].
 - 2 Art. 2 a) et 15 (1), *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.
 - 3 Par exemple, le kirpan chez les Sikhs porté à l'école publique, *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S 256, le voile religieux et la burqa chez les femmes musulmanes portés à l'école publique ou lors de demande de service public.
 - 4 Le rapport Bouchard-Taylor résume bien ces cas, *supra* note 1. Par exemple, une demande de lieu de prières pour les musulmans dans les établissements d'enseignement, une demande par des hommes religieux pour l'obtention de services publics rendus exclusivement par des fonctionnaires masculins pour éviter la mixité, la récitation de la prière catholique au début des travaux d'un conseil municipal.

accommodements religieux⁵; il a proposé des projets de loi visant le respect et l'encadrement de la diversité culturelle par l'appareil gouvernemental⁶; il a pris position pour réaffirmer les valeurs fondamentales de la société québécoise, dont l'égalité entre les femmes et les hommes⁷.

Dans le débat sur la laïcité de l'État et le respect de la diversité culturelle, s'est posée la question des tensions entre le droit des femmes à l'égalité, la liberté religieuse et la diversité culturelle. Le droit des femmes à l'égalité peut-il être relégué à un second plan au nom du respect de la diversité culturelle et du droit à la liberté de religion ? Comment décliner le droit des femmes à l'égalité en tenant compte des valeurs culturelles des femmes ? Ce débat soulève des questions au sujet du relativisme culturel, de la protection de droits fondamentaux sur le plan international, des différences, d'ethnocentrisme et d'impérialisme occidental.

Les conflits entre les droits des femmes et certaines pratiques culturelles ne sont pas nouveaux en soi. En première partie, j'aborde des exemples où les tribunaux canadiens ont eu à se pencher sur cette problématique. En seconde partie, je traite de la question de la diversité culturelle et de la hiérarchie entre les droits fondamentaux en cas de conflit. Dans ma présente réflexion, j'adopte un cadre d'analyse féministe. Je dénonce les rapports sociaux de sexe et la position d'inégalité des femmes dans la société, spécialement dans la sphère privée. Le droit

5 *Supra* note 1.

6 Le projet de loi 16, *Loi favorisant l'action de l'administration à l'égard de la diversité culturelle*, 1^{re} sess., 39^e lég., Québec, 2009 (projet mort au feuillet); projet de loi 94, *Loi établissant les balises encadrant les demandes d'accommodement dans l'Administration gouvernementale et dans certains établissements*, 2^e sess., 39^e lég., Québec, 2011 (adoption du principe en février 2011, loi pas encore adoptée en avril 2011).

7 Voir les modifications de la *Charte québécoise des droits et libertés*, L.R.Q. c. C-12, pour rappeler la valeur fondamentale de l'égalité entre les sexes, dans le préambule et l'ajout de l'article 50.1, *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 2008, c. 15.

consacre des inégalités existantes entre hommes et femmes et dans certains cas, il les construit. Il s'agit donc de poser la « question sur les femmes »⁸ : quels sont les effets néfastes sur les femmes des politiques publiques, des lois ou des décisions jurisprudentielles qui semblent neutres à première vue ? Je considère que les militantes et juristes féministes doivent utiliser le droit comme instrument de changement social, même si les résultats ne sont pas toujours prévisibles. Elles doivent critiquer et dénoncer son caractère patriarcal, mais aussi et nécessairement repenser le droit de l'intérieur, ne pas se contenter « d'être contre » le droit. L'objectif ultime de toute critique fondée sur le genre vise à atteindre l'égalité réelle pour les femmes.

Il est important de rappeler que dans une société patriarcale⁹, dont la société québécoise fait partie, la culture et la religion constituent des lieux de pouvoir qui excluent les femmes et qui tentent de les contrôler¹⁰. Les cultures patriarcales, y compris les religions, façonnent donc les rapports sociaux de sexe. De nombreuses pratiques culturelles et religieuses dans toutes les parties du monde servent à dévaloriser les femmes et les filles et portent ainsi atteinte à leur dignité¹¹.

8 Katharine T. Bartlett, « Feminist Legal Methods » (1990) 103 Harv. L. Rev. 829.

9 Voir Hélène Hirata, dir., *Dictionnaire critique du féminisme*, sv. « théories du patriarcat », Paris, PUF, 2000 aux p. 141 et s.

10 Au sujet de l'infériorisation des femmes par les religions, voir Québec, Conseil du Statut de la femme, *Avis – Affirmer la laïcité, un pas de plus vers l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*, Québec, 2011 aux p. 15 et s.

11 Voir The Elders, « Religion and Tradition », en ligne : <[http :www.theelders.org/womens-initiatives/cultural-and-religious-discrimination](http://www.theelders.org/womens-initiatives/cultural-and-religious-discrimination)>. Ce groupe d'ex-leaders mondiaux, comme Jimmy Carter et Nelson Mandela, « represent practicing Protestants, Catholics, Muslims, and Hindus. We are no longer active in politics and are free to express our honest opinions. We decided to draw particular attention to the role of religious and traditional leaders in obstructing the campaign for equality and human rights, and promulgated a statement that declares: “the justification of discrimination against women and girls on grounds of religion or tradition, as if it were prescribed by a Higher Authority, is unacceptable. »

Des précisions sur le droit canadien s'imposent. La *Charte canadienne des droits et libertés*¹² reconnaît le droit à la liberté religieuse (art. 2 a)) et à la non-discrimination fondée sur des motifs religieux (art. 15 (1)). Il est aussi reconnu dans la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec (art. 10)¹³, document quasi constitutionnel provincial. La Cour suprême du Canada a adopté une approche subjective de la croyance religieuse. Par une conception subjective, le plus haut tribunal entend une conviction profonde et sincère de la personne, conviction qui n'a pas besoin d'être reconnue par des experts de la religion¹⁴. Elle reconnaît la possibilité de changer de dogme.

La *Charte canadienne* garantit aussi le droit à l'égalité, entre autres, pour les femmes (art. 15 (1) et 28)¹⁵. La *Charte québécoise* protège aussi ce droit fondamental (art. 10). La Cour suprême a rejeté une approche formelle de l'égalité (traitement identique à des personnes placées dans des situations identiques)¹⁶ et a retenu une approche substantielle de l'égalité, c'est-à-dire le droit à l'égalité reconnaît les différences et il permet des

12 *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra* note 2. La *Charte canadienne* s'applique aux relations entre l'État et les citoyens. Elle donne le pouvoir aux juges d'invalider une loi fédérale ou provinciale qui violerait les droits et libertés protégées dans la Charte.

13 La *Charte québécoise*, *supra* note 7, s'applique aux relations entre l'État et les citoyens, ainsi qu'à celles entre citoyens.

14 *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551. Dans cette affaire des « *succabs* », la Cour suprême a appliqué une conception subjective de la croyance religieuse pour permettre l'installation de petites cabanes sur les balcons des condominiums pendant la célébration de certaines fêtes juives, même si la convention de co-propriété empêchait une telle installation.

15 J'utilise ici l'expression « droit des femmes à l'égalité » et non « égalité entre les femmes et les hommes », pour éviter que les hommes ne soient le modèle de comparaison. En effet, l'égalité est un concept comparatif : une personne subit un traitement désavantageux par rapport à une autre et en vertu de certains critères.

16 Pour des exemples canadiens de dérapage de ce modèle d'égalité dont les femmes ont fait les frais, voir *Bédard et Lavell c. P.G. du Canada*, [1974] R.C.S. 1349 ; *Bliss c. P.G. du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183.

traitements différents¹⁷. En accord avec cette approche, des traitements différents pour les femmes sont donc permis¹⁸.

Le terme « culture » s'ajoute à la longue liste des concepts fluides en constante évolution. En accord avec des documents internationaux, j'inclus les valeurs, les coutumes, les normes, les croyances, les religions, les pratiques, les méthodes d'éducation, les modes de conduite, les biens matériels, les langues, les savoir-faire, les traditions, et les arts¹⁹.

1. LA RÉPONSE DES TRIBUNAUX CANADIENS À LA QUESTION DE LA SPÉCIFICITÉ CULTURELLE

Au cours des années, les tribunaux canadiens et québécois ont abordé la question de la défense de la spécificité culturelle par rapport aux droits des femmes. Les six exemples retenus illustrent bien la complexité du débat, les chercheuses et militantes

17 Voir *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. Pour une analyse du droit des femmes à l'égalité, voir Louise Langevin, « Les dilemmes du concept d'égalité entre les sexes » dans *L'égalité des sexes dans le monde francophone*, J.-P. Théron, dir., Conférence internationale des Facultés de droit ayant en commun l'usage du français (CIFDUF), Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2009, 225 – 240.

18 Voir, par exemple, *Colombie-Britannique (Public Services Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

19 Voir Comité des droits économiques, sociaux et culturels, « Observation générale n° 21. Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a) », du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 43^e sess., Genève, 20 nov. 2009, E/C.12/GC/21 (publié : 21 déc. 2009); *Déclaration de Fribourg sur les droits culturels*, 2007, art. 2 « le terme « culture » recouvre les valeurs, les croyances, les convictions, les langues, les savoirs et les arts, les traditions, institutions et modes de vie par lesquels une personne ou un groupe exprime son humanité et les significations qu'il donne à son existence et à son développement ; [...] »; La *Déclaration universelle sur la diversité culturelle de l'UNESCO*, 2001, donne une définition dans son préambule de la culture : « [...] Réaffirmant que la culture doit être considérée comme l'ensemble des traits distinctifs spirituels et matériels, intellectuels et affectifs qui caractérisent une société ou un groupe social et qu'elle englobe, outre les arts et les lettres, les modes de vie, les façons de vivre ensemble, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances [note omise], [...] »

féministes n'étant pas d'accord entre elles. Dans le premier cas, des femmes autochtones ont réclamé leur droit à la culture qui leur était nié par le caractère discriminatoire de la *Loi sur les Indiens*²⁰. Dans d'autres affaires, elles ont fait valoir leur liberté de religion, comme dans l'arrêt sur le « get » (divorce religieux juif) ou du choix du nom de la femme mariée. C'est aussi la liberté de religion des femmes qui est invoquée dans le projet des tribunaux religieux ou dans le procès sur l'inconstitutionnalité de la disposition du Code criminel qui interdit la polygamie. Enfin, dans d'autres cas, la culture sert à justifier la violence exercée à l'égard des femmes.

Dans l'affaire *Lovelace*²¹, le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies a reconnu en 1981 que l'article 12 (1) de la *Loi sur les Indiens*²² violait le droit des femmes indiennes de vivre sur la réserve, en vertu du *Protocole facultatif du Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (art. 27)²³. Depuis 1869, l'article 12 (1) retirait à une femme indienne, et à ses enfants, son statut d'indienne, et les avantages y afférents, si elle épousait un homme non indien. Par ailleurs, un homme indien qui épousait une femme non indienne ne perdait pas son statut et la nouvelle épouse ainsi que les enfants issus de cette union devenaient indiens. Cette règle discriminatoire à l'égard des femmes de la *Loi sur les Indiens* a été partiellement modifiée en 1985²⁴ par la

20 *Loi pourvoyant à l'émancipation graduelle des Indiens, à la meilleure administration des affaires des Indiens et à l'extension des dispositions de la loi 31*, Victoria, chap. 42, S.C. 1869, c. 6.

21 *Sandra Lovelace v. Canada*, Communication n° R.6/24, N.U. Doc. Supp. n° 40 (A/36/40) (1981). Voir aussi *Bédard et Lavell c. P.G. du Canada*, *supra* note 16, arrêt dans lequel la Cour suprême du Canada avait refusé de reconnaître que la *Loi sur les Indiens* discriminait à l'égard des femmes.

22 *Supra* note 20.

23 10 déc. 1966, 999 RTNU, RT Can 1976 n° 47, 6 ILM 368 (entrée en vigueur 23 mars 1976).

24 *Loi modifiant la loi sur les indiens*, L.C. 1985, ch. 27.

loi C-31, qui redonnait en partie aux femmes indiennes mariées à des hommes non indiens et à leurs enfants leur statut d'indien. À la suite d'une longue bataille judiciaire menée par Mme McIvor pour faire disparaître toute forme de discrimination à l'égard des femmes dans cette loi²⁵, le gouvernement canadien a proposé de corriger la situation²⁶.

En 1990, la *Loi sur le divorce* a été modifiée pour corriger les effets néfastes sur les femmes juives du « get », le divorce religieux juif²⁷. Des ex-maris juifs refusaient d'accorder le divorce religieux à leur ex-épouse comme forme de représailles à leurs égards. En accord avec la communauté juive canadienne²⁸, le législateur canadien est intervenu indirectement contre une pratique religieuse oppressante pour les femmes. Dans l'arrêt *Bruker c. Marcovitz*²⁹, la Cour suprême du Canada s'est prononcée contre le caractère discriminatoire de cette pratique religieuse. Dans ce litige porté devant les tribunaux avant la modification de 1990, l'ex-mari de confession juive refusait d'accorder le get à son ex-épouse en raison de sa liberté religieuse, même s'il s'y était engagé par contrat à la suite du divorce civil. La juge Abella reconnaît le multiculturalisme, mais elle admet

25 Voir *McIvor c. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, 2009 BCCA 153, qui a déclaré que la *Loi sur les Indiens*, telle que modifiée en 1985, portait atteinte au droit à l'égalité des femmes indiennes.

26 *Loi favorisant l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens en donnant suite à la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire McIvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, projet de loi C-3, 40^{ème} législature - 3^{ème} session (3 mars 2010-26 mars 2011). Le projet de loi n'a pas encore été adopté en avril 2011. Voir le Résumé législatif du projet de loi C-3, voir en ligne : <<http://www2.parl.gc.ca/sites/lop/legisinfo/index.asp?Language=F&query=6949&Session=23&List=ls#a7>>.

27 Art. 21.1, *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e suppl.).

28 Voir Lisa Fishbayn, « Gender, Multiculturalism and Dialogue : the Case of the Jewish Divorce » (2008) 21 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 71-96.

29 2007 CSC 54. Voir « L'affaire *Bruker c. Marcovitz*: variation sur un thème » (2008) 49 *Cahiers de Droit* 655-708 (collectif d'auteurs).

qu'il a aussi des limites : il doit respecter les valeurs canadiennes, dont le droit à l'égalité entre les hommes et les femmes. La plus haute magistrate fait ainsi écho à des auteures qui ont dénoncé les effets négatifs du multiculturalisme à l'égard des femmes³⁰. La juge Abella est claire : dans le difficile équilibre entre deux droits concurrents, la liberté de religion de M. Marcovitz cède le pas devant la liberté religieuse, le droit à l'égalité et la liberté de choix de Mme Bruker en matière de mariage et de divorce, engagements protégés dans la Constitution et dans des lois. Bien que chaque affaire soit particulière et que l'équilibre entre les droits demeure « un exercice complexe, nuancé, tributaire des faits propres à chaque espèce »³¹, il est difficile d'imaginer une pratique religieuse, qui porte atteinte au droit à l'égalité et à la dignité des femmes, et qui puisse être protégée en vertu de la liberté religieuse.

En 1981, la réforme du droit de la famille au Québec a mis fin à la coutume du changement de patronyme pour la femme mariée. L'article 393 du Code civil du Québec précise que dans le mariage, les époux conservent leur nom de naissance. Dans une décision de 2005³², un tribunal de première instance a donné raison à une femme de confession protestante qui demandait à la direction de l'état civil de prendre le nom de famille de son mari afin de respecter ses convictions religieuses. La juge a ainsi ignoré totalement le Code civil, qui interdit le changement de nom de la femme mariée. Cette interdiction s'inspirait du principe d'égalité entre les époux à la base de la réforme en droit de la famille.

30 Voir Frances Raday, « Culture, religion and Gender » (2003) 1 (4) *International Journal of Constitutional Law* 663; Ayelet Shachar, « Religion, State and the Problem of Gender: New Modes of Citizenship and Governance in Diverse Societies » (2005) 50 *Revue de droit de McGill* 49; Susan Moller Okin, « Is Multiculturalism Bad for Women ? » dans Susan Moller Okin, *Is Multiculturalism Bad for Women ?*, Princeton, Princeton University Press, 1999, 15.

31 *Supra* note 29 au para 2.

32 *Gabriel c. Directeur de l'état civil*, [2005] R.J.Q. 470 (C.S.).

Cette affaire illustre bien la complexité de la question : la liberté religieuse a eu préséance sur le droit des femmes à l'égalité, mais à la demande d'une femme elle-même.

En 2005, bien que les tribunaux ne se soient pas prononcés sur la question, le gouvernement ontarien a interdit les tribunaux d'arbitrage religieux en matière de litiges familiaux³³, le droit des femmes à l'égalité ayant eu préséance sur la liberté religieuse³⁴. Certains imams de la communauté musulmane de Toronto voulaient appliquer en matière de conflits familiaux la Shari'a, dont certaines interprétations vont à l'encontre du droit de la famille de l'Ontario et de la *Charte canadienne*. Depuis 1981, le Code civil du Québec interdit l'arbitrage religieux en matière de litiges familiaux³⁵.

La question des tribunaux d'arbitrage religieux a soulevé des débats à l'intérieur de la communauté musulmane, entre femmes musulmanes et entre féministes. Certaines chercheuses et groupes de femmes considèrent que ces femmes possèdent une autonomie décisionnelle et qu'on ne peut présumer qu'elles ne peuvent l'exercer. Ces chercheuses ne croient pas que la laïcité de l'État peut vraiment protéger les femmes vulnérables. Elles

33 *Loi modifiant la Loi de 1991 sur l'arbitrage, la Loi sur les services à l'enfance et à la famille et la Loi sur le droit de la famille en ce qui concerne l'arbitrage familial et des questions connexes et modifiant la Loi portant réforme du droit de l'enfance en ce qui concerne les questions que doit prendre en considération le tribunal qui traite des requêtes en vue d'obtenir la garde et le droit de visite*, L.O. 2001, chap. 1.

34 Voir « La justice à huis-clos : Comment l'arbitrage religieux compromet les droits des femmes au Canada et dans le monde », Centre international des droits de la personne et du développement démocratique, Montréal, 2005. En ligne : <<http://www.dd-rd.ca/site/publications/index.php?lang=fr&subsection=catalogue&id=1431&page=1>>. Voir Paul Eid, *Les accommodements raisonnables en matière religieuse et les droits des femmes : la cohabitation est-elle possible?*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2006; Paul Eid et Karine Montminy, *L'intervention d'instances religieuses en matière de droit familial*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2006; Natasha Bakht, *Arbitrage, religion et droit de la famille : la privatisation du droit au détriment des femmes*, Ottawa, Association nationale Femmes et Droit, 2005.

35 Art. 2639 Code civil du Québec.

proposent de permettre les tribunaux d'arbitrage religieux, mais avec des contrôles (pour assurer que les droits des femmes soient respectés). Cette solution éviterait des tribunaux clandestins, permettrait des réformes de l'intérieur de la religion, et donnerait une solution aux femmes croyantes qui n'auraient pas à choisir entre leur culture et leurs droits³⁶. Les tribunaux religieux poursuivent leur travail dans la clandestinité. Il serait intéressant de savoir si les imams respectent le droit commun et les valeurs d'égalité.

Au cours de l'automne 2010 et de l'hiver 2011, la Cour suprême de la Colombie-Britannique (cour de première instance) a entendu une affaire portant sur la constitutionnalité de l'article 293 du Code criminel, qui interdit la pratique de la polygamie. Deux hommes polygames d'un groupe de mormons de la Colombie-Britannique, qui ont été accusés par le gouvernement en vertu de l'article 293 du Code criminel, soulèvent leur liberté religieuse pour invalider cet article. Ici encore les féministes canadiennes ne s'entendent pas. La pratique de la polygamie est dénoncée sur le plan international comme une atteinte aux droits fondamentaux des femmes³⁷. Pour d'autres, la criminalisation n'est pas la bonne voie à suivre. Si l'État veut protéger les enfants contre la violence dans ces communautés, il devrait alors faire

36 Voir Shachar, « Religion, State and the Problem of Gender: New Modes of Citizenship and Governance in Diverse Societies », *supra* note 30; Ayelet Shachar, « Privatizing Diversity : A Cautionary Tale from Religious Arbitration in Family Law » (2008) 9 *Theoretical Inquiries in Law* 573-607; Sherene Razack, « The 'Sharia Law Debate' in Ontario : the Legal Modernity/Premodernity Distinction in Legal Efforts to Protect Women from Culture » (2007) 15 *Feminist Legal Studies* 3; Natasha Bakht, « Religious Arbitration in Canada : Protecting Women by Protecting them from Religion » (2007) 19 *Revue Femmes et Droit* 119.

37 Voir Rebecca J. Cook et Lisa M. Kelly, *La polygynie et les obligations du Canada en vertu du droit international en matière de droits de la personne*, Ottawa, Canada, Section de la famille, des enfants et des adolescents, ministère de la Justice du Canada, septembre 2006. En ligne : <<http://www.justice.gc.ca/fr/dept/pub/poly/index.html#toc>>. Québec, Conseil du Statut de la femme, *Avis - La polygamie au regard du droit des femmes*, Québec, 2010. En ligne : <<http://www.csf.gouv.qc.ca/modules/fichierspublications/fichier-29-1254.pdf>>.

appel à la loi sur la protection de la jeunesse. Si des agressions sexuelles ont été commises à l'égard de mineures, les articles du Code criminel à ce sujet s'appliquent. Si l'État reproche à ces hommes des abus à des lois à caractère social ou des fraudes fiscales, ce sont les lois pertinentes qui s'appliquent et non le Code criminel. Par ailleurs, ces femmes jouissent de la liberté de choix et sont en mesure de l'exercer³⁸. Un jugement est attendu à l'été 2011.

En matière d'agression sexuelle, certaines décisions de tribunaux inférieurs québécois ont soulevé un tollé de protestations. En voulant respecter le multiculturalisme canadien, ils ont fait primer le droit à une certaine culture des agresseurs sur les droits fondamentaux des femmes victimes³⁹. Dans une affaire, la juge avait imposé une peine moins lourde à un homme accusé d'agression sexuelle sur la fille de sa conjointe, puisque celui-ci avait préservé la virginité de cette dernière (acte de sodomie). La juge souligne l'importance pour la communauté musulmane de la virginité des femmes. En appel, une peine de 42 mois d'emprisonnement est substituée à celle de 23 mois⁴⁰. Ou encore dans une affaire de viol collectif d'une femme noire

38 Voir Martha Bailey *et al.*, *La polygamie au Canada : conséquences juridiques et sociales pour les femmes et les enfants – Recueil de rapports de recherche en matière de politiques*, Ottawa, Canada, Condition féminine Canada, 2005. En ligne : < http://www.swc-cfc.gc.ca/pubs/pubspr/0662420683/200511_0662420683_f.html >.

39 Notons que la défense « culturelle » en droit pénal canadien, soit pour réduire l'accusation ou annuler toute responsabilité pénale, par exemple pour les crimes d'honneur, est rejetée par les tribunaux. Voir Marie-Pierre Robert, *La défense culturelle : un moyen de défense non souhaitable en droit pénal canadien*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004.

40 R. c. N. (A.), C.Q. Montréal (Ch. crim. et pén.), n° 500-01-003139-927, 13 janvier 1994, j. Verreault, inf. par R. c. N. (A.), J.E. 94-1185 (C.A.). Voir Sirma Bilge, « La « différence culturelle » et le traitement au pénal de la violence à l'endroit des femmes minoritaires : quelques exemples canadiens », *Journal international de victimologie*, vol. 3 (3), 2005. En ligne : http://www.jidv.com/njidv/index.php?option=com_content&view=article&id=251:la-lndifference-culturellenr-et-le-traitement-au-penal-de-la-violence-a-lendroit-des-femmes-minoritairesn-quelques-exemples-canadiens&catid=126:jdv-10&Itemid=607.

par deux Haïtiens, la juge souligne le contexte culturel des deux violeurs pour leur imposer une sentence très clémente qui sera renversée en Cour d'appel⁴¹. On voit donc ici des manifestations de relativisme culturel au nom du respect du multiculturalisme.

D'autres affaires pourraient être soulignées⁴². Les exemples retenus démontrent la difficile conciliation des droits des femmes à l'égalité et du respect de la diversité culturelle. Se pose ici la question du multiculturalisme et de la hiérarchisation des droits fondamentaux en cas de conflit.

2. LE MULTICULTURALISME ET LE DROIT DES FEMMES À L'ÉGALITÉ : LA RENCONTRE DE LA CULTURE, DE LA RELIGION ET DU GENRE

La communauté internationale s'est prononcée sur les effets très souvent négatifs de la tradition et de la culture sur les droits fondamentaux des femmes⁴³. Par ailleurs, des chercheuses postcoloniales ont remis en question la culture comme source d'oppression des femmes. Elles considèrent que ces femmes souffrent davantage des inégalités dans la répartition des richesses mondiales que de leur culture.

41 R. c. *Sannon et Lucien*, C.Q. Montréal (Ch. crim. & pén.), n° 500-01-029708-960, 26 janvier 1998, j. Dubreuil, inf. par R. c. *Sannon*, J.E. 2000-219 (C.A.) (Les intimés sont condamnés à une peine d'emprisonnement de 18 mois).

42 Par exemple, R. c. *N.S.*, 2010 Can LII 670 (C.A. On.), infirme 2009 CAN Lii 21203 (C.S. On.). Une femme victime d'agression sexuelle par un membre de sa famille a demandé de porter la burka pendant son témoignage devant le tribunal pénal. Le juge à l'enquête préliminaire le lui a refusé. La Cour supérieure a renversé cette décision. La Cour d'appel a élaboré des critères et a retourné l'affaire au juge de l'enquête préliminaire pour qu'il applique ces nouveaux critères.

43 Voir Christina M. Cerna et Jennifer C. Wallace, « Women and Culture » dans Kelly D. Askin et Dorean M. Koenig, dir., *Women's International Human Rights Law*, New York, Transnational Publishers Inc., 1999, 623 ; Ahmed An Na'im Abdullahi, « State Responsibility Under International Human Rights Law to Change Religious and Customary Laws » dans Rebecca J. Cook, dir., *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1994, 167.

La *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* (CEDEF) reconnaît l'importance et l'effet de la culture et des traditions sur le maintien de l'oppression des femmes (art. 5 (a) et 2 (f))⁴⁴. En accord avec leur engagement, les Pays signataires doivent adopter des mesures législatives et autres pour enrayer la discrimination envers les femmes (art. 2, 3, 24).

Bien que 90 % des pays membres de l'ONU aient ratifié la CEDEF, il s'agit de la convention internationale qui connaît le plus de réserves. Celles-ci⁴⁵, qui sont illégales, portent sur les conflits possibles entre l'égalité entre les sexes et la religion étatique qui n'admet pas ce principe⁴⁶. Certains pays refusent donc de reconnaître l'égalité entre les femmes et les hommes pour des raisons religieuses.

Quelle lecture doit-on faire de l'article 5 de la CEDEF qui condamne les pratiques traditionnelles, coutumières, religieuses qui portent atteinte au droit des femmes à l'égalité en regard du droit à la diversité culturelle et à la liberté religieuse, spécialement lorsque ce sont des femmes qui revendiquent leur droit à la liberté religieuse et qui semblent mettre de côté leur droit à l'égalité ?

44 *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, res. A.G. 34/ 180 (18 déc. 1979). Voir en ligne : <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>>; *Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, res. A.G. 54/4 (6 oct. 1999).

45 Afin d'encourager le plus grand nombre de pays à ratifier les conventions, les pays signataires peuvent prévoir par des réserves que certains articles de la convention ne s'appliqueront pas à eux. Dans le cas des réserves à l'égard de la CEDEF, elles sont illégales, car elles vont à l'encontre même de l'objectif de la CEDEF, soit l'égalité réelle entre les femmes et les hommes (art. 28 (2) CEDEF). 59 pays ont déposé des réserves. En ligne : < http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=fr#7>.

46 Ainsi, les réserves concernent des pratiques discriminatoires à l'égard des femmes comme le droit canonique ou coutumier qui limite le droit de propriété ou de succession des femmes; l'État qui veut respecter la Shariah; les lois sur la nationalité qui limitent le droit des femmes à obtenir, changer, garder leur nationalité lors du mariage; ou encore, des lois qui limitent les possibilités économiques des femmes, leur accès à la terre, au crédit, leur liberté de mouvement et le choix de la résidence.

La CEDEF propose-t-elle une vision occidentale de la culture ?

Sur cette question, les chercheuses qui travaillent sur les droits des femmes ne s'entendent pas. Deux écoles de pensée s'affrontent. Un courant a opposé les droits des femmes au multiculturalisme. Selon Susan Moller Okin, la culture est source d'oppression pour les femmes⁴⁷. Elle s'appuie sur des exemples des pays en voie de développement (le port du voile par les femmes musulmanes, les mutilations génitales, mariages précoces ou forcés, etc.). Les femmes des minorités culturelles ou des communautés immigrantes sont victimes de leur culture patriarcale et elles doivent en sortir. Moller Okin donne priorité à l'égalité des sexes sur le droit à la diversité culturelle.

D'autres chercheuses refusent d'opposer droits des femmes et multiculturalisme, ce qui très souvent en fin de compte oppose l'Occident à l'Orient⁴⁸. Elles reprochent à Moller Okin de ne pas voir les manifestations du patriarcat dans sa propre culture, (par exemple la violence conjugale dont sont victimes les femmes aux États-Unis), de cibler essentiellement des pratiques culturelles de pays en développement et d'imposer ses propres valeurs occidentales aux autres femmes. Ces femmes ne veulent pas « sortir » de leur culture, qui est aussi pour elles un rempart

47 Susan Moller Okin, « Is Multiculturalism Bad for Women ? » *supra* note 30.

48 Voir Karen Engle, « International Human Rights and Feminisms : When Discourses Keep Meeting » dans Doris Buss et Ambreena Manji, dir., *International Law, Modern Feminist Approaches*, Oxford, Hart Publishing, 2005, 47; Lucie Lamarche, « Pluralisme juridique, interculturalisme et perspectives féministes du droit : des nouvelles du Québec » dans *Genre, inégalités et religion, Actes du premier colloque inter-réseaux du programme thématique Aspects de l'État de droit et démocratie*, Agence universitaire de la Francophonie, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2007, p. 357-370; Chantal Maillé, « Réception de la théorie postcoloniale dans le féminisme québécois », *Recherches féministes*, vol. 20, n° 2, 2007 : 91-111; Sally Engle Melly, « Constructing a Global Law-Violence against women and the Human Rights System » (2003) *Law and Social Enquiry* 941; Sirma Bilge, « Le dilemme genre/culture ou comment penser la citoyenneté des femmes minoritaires au-delà de la doxa féminisme/multiculturalisme ? » dans *Actes du colloque Diversité de foi, Égalité de droits*, Conseil du Statut de la femme, Montréal, 2006, p. 89; Sherene H. Razack, *La chasse aux musulmans*, Montréal, Lux, 2011.

contre le colonialisme. Selon ces chercheuses, la CEDEF – qui condamne les pratiques coutumières néfastes pour les femmes - maintient l'impérialisme et le colonialisme en tentant de protéger les « brown women from brown men ». Elles considèrent même que l'opposition entre les droits des femmes et la culture mène à du racisme. Pour ces chercheuses, surtout issues du mouvement postcolonial, la plus grande source d'oppression des femmes ne provient pas des rapports sociaux de sexe ou de leur culture, mais plutôt des injustices dans la répartition mondiale des richesses. La solution aux inégalités des femmes se trouve dans l'économie et non dans la culture.

Se pose ici la question des conflits entre les droits fondamentaux et de la non-hiérarchisation des droits fondamentaux. En droit international, la *Déclaration de Vienne*⁴⁹ rappelle que les droits fondamentaux méritent tous la même protection et qu'ils sont inséparables et interdépendants, spécialement les droits sociaux et économiques qui demeurent le parent pauvre sur la scène internationale par rapport aux droits civils et politiques. De même, la *Déclaration de Vienne* (para 18) précise que « Les droits fondamentaux des femmes et des fillettes font inaliénablement, intégralement et indissociablement partie des droits universels de la personne. » En principe, il n'existe aucune hiérarchie entre les droits fondamentaux. Par ailleurs, aucun droit n'est absolu, même le droit à la vie⁵⁰ et la liberté religieuse⁵¹.

Au Canada, les tribunaux se voient confier la tâche de concilier les droits fondamentaux en cas de conflit, comme

49 *Déclaration et Programme d'action de Vienne*, conférence mondiale sur les droits de l'Homme, Vienne, 1993.

50 Le droit à l'avortement est reconnu dans plusieurs pays.

51 Selon l'article 18 (3) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, la liberté religieuse peut être limitée pour protéger, entre autres, les droits fondamentaux d'autrui.

en témoignent les exemples analysés en première partie. Cet équilibre se fait au cas par cas, ce qui laisse beaucoup de discrétion aux juges. Jusqu'à aujourd'hui, la Cour suprême du Canada a refusé d'établir une hiérarchie entre les droits et libertés protégés par la *Charte canadienne*⁵². Elle a aussi déclaré qu'aucun droit n'était absolu et que les droits et libertés protégés dans la *Charte canadienne* devaient être interprétés les uns par rapport aux autres⁵³.

À mon avis, le droit à l'égalité réelle pour les femmes ne peut céder devant un autre droit, par exemple le droit à la liberté religieuse⁵⁴. En cas de conflit entre une pratique culturelle religieuse néfaste pour les femmes et le droit à l'égalité réelle pour celles-ci, la CEDEF crée une hiérarchie de valeur et donne préséance au droit à l'égalité des femmes⁵⁵. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁵⁶ abonde dans le même sens. Selon l'article 18 (3), la liberté religieuse peut être limitée pour protéger, entre autres, les droits fondamentaux d'autrui⁵⁷.

52 Voir *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, para. 72 ; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 R.C.S. 650 para. 69 ; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, *supra* note 3, para. 26 ; *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 238, para. 2.

53 Voir *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, par. 94-95.

54 *Contra* : Pierre Bosset, « Accommodement raisonnable et égalité des sexes : tensions, contradictions et interdépendance » dans Paul Eid *et al.*, dir, *Appartenances religieuses, appartenance citoyenne*, Québec, CDPDJ du Québec et PUL, 2009, 181.

55 Raday, *supra* note 30 à la p. 678.

56 Res. A.G. 2200 A (XXI) 16 décembre 1966 entrée en vigueur : 23 mars 1976.

57 Raday, *supra* note 30 à la p. 678. Voir Comité des droits de l'Homme, *Observation générale n° 28, Égalité des droits entre les hommes et les femmes*. « 5. L'inégalité dont les femmes sont victimes partout dans le monde dans l'exercice de leurs droits est profondément ancrée dans la tradition, l'histoire et la culture, y compris les attitudes religieuses. Le rôle subalterne dévolu aux femmes dans certains pays apparaît dans la fréquence élevée de sélection du fœtus en fonction du sexe et d'avortement quand le fœtus est du sexe féminin. Les États parties doivent faire en sorte que les attitudes traditionnelles, historiques, religieuses ou culturelles ne servent pas à justifier les violations du droit des femmes à l'égalité devant la loi et à la jouissance sur un pied

Je considère que le droit des femmes à l'égalité est une valeur universelle. Il est reconnu, entre autres, par le *Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique*⁵⁸. La CEDEF en condamnant des pratiques et coutumes qui infériorisent les femmes ne fait pas la promotion de la culture occidentale. Certes aucun ensemble de droits fondamentaux ne peut être neutre. Ils sont d'origine et d'influence occidentale et pensés par des hommes. Les chercheuses féministes ont dénoncé leur caractère faussement neutre⁵⁹. Cependant, ils constituent un socle minimal perfectible sur lequel la communauté internationale s'entend⁶⁰. Un système culturel fondé sur la discrimination raciale ne peut être défendu en droit international⁶¹. Alors, pourquoi avancer cet argument à l'encontre de l'égalité entre les sexes?

Le contexte actuel doit aussi être pris en compte. On ne peut ignorer la montée des intégrismes religieux et les effets néfastes sur les femmes, l'instrumentalisation de la liberté religieuse et de la culture pour contrôler les femmes, les limites au multiculturalisme et la position historique, économique et culturelle des femmes. Le débat touche ici à la sphère privée et à la famille. Les femmes sont les gardiennes de la culture et de la religion.

d'égalité de tous les droits énoncés dans le Pacte. [...] »

58 Adopté à Maputo le 11 juillet 2003. Entrée en vigueur : le 25 novembre 2005. En ligne : <http://www.achpr.org/francais/_info/women_fr.html>.

59 Voir Hilary Charlesworth, « What are “Women’s International Human Rights”?» dans Rebecca Cook, dir., *Human Rights of Women, National and International Perspectives*, Penn Press, Philadelphie, 1994, p. 58 ; Hilary Charlesworth, Christine Chinkin et Shelley Wright, « Feminist Approaches to International Law » (1991) 85 *American Journal of International Law* 613.

60 Jean-Bernard Marie, « L’universalité des droits de l’homme revisitée par la diversité culturelle » dans Gilbert Vincent (dir.), *La partition des cultures. Droits culturels et droits de l’homme*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2008, p. 379.

61 *Déclaration universelle des droits de l’Homme*, art. 2 ; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra* note 56, art. 2. Slim Laghmani, « Droit international et diversité culturelle » (2008) 112 *Revue générale de droit international public* 241 à la p. 243.

Et en même temps, il faut tenir compte de l'agentivité de ces femmes et de leur capacité décisionnelle⁶². Que répondre à l'argument de la capacité des femmes de décider pour elles-mêmes, y compris leurs pratiques religieuses qui peuvent sembler attentatoires à leur droit à l'égalité⁶³ ? Doivent-elles choisir entre leur droit à l'égalité ou leur liberté de religion ? Tout en reconnaissant que ces femmes possèdent une capacité d'action et de réflexion, il faut s'interroger sur leur réel pouvoir à l'intérieur des groupes minoritaires qui réclament la diversité culturelle. Qui parle en leur nom ? Comment savoir si ces femmes se font imposer des pratiques culturelles et religieuses oppressantes ?

CONCLUSION

Comment décliner le droit des femmes à l'égalité en tenant compte des valeurs culturelles des femmes ? Comment répondre à la défense culturelle ? Je vois la défense culturelle comme une menace au droit des femmes à l'égalité. La CEDEF impose une limitation importante à la liberté religieuse et au respect de la diversité culturelle : le droit des femmes à l'égalité a préséance sur les pratiques culturelles et religieuses qui portent atteinte à leur pleine citoyenneté. Tout en reconnaissant que les traditions et la culture ne sont pas statiques et qu'elles changent, et que la culture occidentale n'est pas préférable à toute autre, je dénonce l'argumentaire de « défense de la culture », lorsqu'elle contraint

62 Voir Sirma Bilge, « Beyond subordination vs Resistance : an intersectional approach to the agency of veiled Muslim women » (2010) 31 *Journal of Intersectional Studies* 9-28.

63 Au sujet de la renonciation à un droit fondamental : « La renonciation à un droit doit pour être valable avoir un caractère volontaire et avoir été exprimée librement et en pleine connaissance de ses conséquences et effets véritables. » *Syndicat Northcrest c. Amselem*, *supra* note 14 au para 96. Voir aussi l'affaire française du lancé du nain qui est claire à ce sujet : en raison de l'ordre public, une personne ne peut renoncer à l'exercice de sa dignité. Décision du Conseil d'État, Commune de Morsang sur Orge, 27 octobre 1995, n° 136727.

les femmes et les prive de leur autonomie, de leur dignité et limite leur intégrité.

De quelle façon ce débat interpelle-t-il l'État? Dans son respect de la diversité culturelle et des droits fondamentaux des citoyens, comment l'État doit-il réagir aux demandes d'accommodement pour des motifs religieux qui peuvent porter atteinte aux droits des femmes? À mon avis, les droits des femmes à l'égalité font partie des valeurs fondamentales de la société québécoise; ils ont préséance sur les autres droits fondamentaux.