

Pluralisme juridique, inter culturalisme et perspectives féministes du droit : des nouvelles du Québec

Me Lucie Lamarche
Faculté de science politique et de droit
Université du Québec à Montréal
Lamarche.lucie@uqam.ca

Point de départ:

La femme qui s'adresse à vous aujourd'hui est une Québécoise francophone de race blanche. Elle habite un territoire nord américain marqué par l'immigration et l'autochtonie. Elle vit en milieu urbain. Elle est aussi issue d'une vague d'immigration. Elle est arrière arrière petite fille de la Nouvelle France. Le féminisme qui est le mien prend ses racines dans les luttes des féministes occidentales des années '70. C'est pourquoi je peux témoigner du passage de ces luttes locales, contre les violences faites aux femmes, par exemple, vers les luttes internationales. En effet, le réseau féministe québécois, enrichi de ses passerelles avec le réseau du reste du Canada, a significativement contribué à l'élaboration du concept des droits des femmes à titre de droits humains, particulièrement au fil de la décennie '90 et ce dans le sillon de la Conférence de Vienne sur les droits de l'Homme (1993) et de celle de Beijing sur les droits des femmes (1995). On doit reconnaître à cet égard la fructueuse collaboration qui s'est établie entre les gouvernements québécois et canadien et le mouvement des femmes mais aussi, prendre acte des nombreuses activités de coopération que le Canada et le Québec ont soutenu au bénéfice des femmes du monde. Ainsi, et c'est important, le droit canadien et québécois, tant en matière criminelle que privé et familiale, est souvent cité en exemple, voire imposé aux pays bénéficiaires de l'aide internationale, dans la foulée de la réforme du droit, des systèmes judiciaires et de la bonne gouvernance. On considère généralement que le droit québécois est un droit modèle en ce qui concerne les exigences de la CEDEF/CEDAW¹.

¹ Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

Ces courtes notes biographiques ne sont pas tant destinées à servir d'entrée en matière qu'à «situer», au sens où le sociologue du droit Gurvitch² recourait au concept, celle qui réfléchit aujourd'hui devant vous. Car, quoiqu'on en dise, il n'existe pas, devant les enjeux féministes du droit et des droits des femmes, de femme abstraite.

J'estime donc bénéficier d'un poste d'observation privilégié pour réfléchir sur la rencontre entre ce droit modèle et «l'autre» femme, l'immigrée, et ce, dans le contexte d'une terre d'accueil. D'entrée de jeu, certaines contesteront ce choix méthodologique, qui est aussi un choix idéologique. Car le droit international des droits des femmes ne vit-il pas de prétentions universalistes ? Toutes les femmes du monde n'aspirent-elles à la même protection des mêmes droits humains ?

Je souhaite en effet revisiter le débat de l'universalisme et du relativisme culturel en matière de droits des femmes. Cependant, et contrairement aux courants dominants de la littérature féministe, je le ferai à partir d'un point de vue du «Nord», et ce en tentant de traduire ce débat dans le contexte des récents enjeux d'interculturalisme et de droits humains des femmes au Québec, terre d'immigration.

Pour ce faire, je procéderai comme suit : d'abord j'effectuerai un retour sur la situation factuelle et sur l'état du droit québécois en matière d'accommodement religieux afin d'en proposer une lecture critique; ensuite, je me pencherai sur les propositions incomplètes formulées par le droit international des droits de la personne afin de mettre en lumière les a priori et les contradictions qui le rongent, du point de vue de tous les droits des femmes; troisièmement, je ferai état des récentes critiques dites post coloniales ou post constructivistes qui sont énoncées par les féministes à l'égard du droit international pour en conclure que le corps des femmes ne doit pas être perçu comme un lieu d'enfermement politique. Enfin, je ferai le pont entre la nécessité d'un relativisme culturel non subordonné et les droits dits de troisième génération.

Le Québec des droits de la personne à l'heure des enjeux de la diversité culturelle et religieuse : protéger «les» femmes ou promouvoir «des» droits ?

² G. Gurvitch, Traité de sociologie, PUF, 1968.

Au Québec, une femme sur dix est née à l'étranger. Depuis 1976, le visage de l'immigration féminine s'est modifié avec l'arrivée des femmes d'Haïti, d'Afrique et de l'Asie. 20% de ces femmes sont été admises à titre de réfugiées politiques alors que 48% d'entre elles l'ont été dans la catégorie de l'immigration économique. 20% des femmes immigrées se déclarent issues d'une autre religion que des religions dominantes en Amérique du Nord. 10% de ce groupe se déclare de religion musulmane. Fait intéressant, la récente immigration féminine au Québec est scolarisée ou très scolarisée³. Pourtant, une femme immigrée sur 10 est sans revenu comparativement à un homme immigré sur 20 et la moitié des femmes immigrées travaillent dans les quatre secteurs les moins rémunérateurs du marché du travail québécois. Ironique prix de consolation, seules les immigrées monoparentales sont aussi pauvres que les autres femmes monoparentales.

A la lumière de ces données, je me sens incapable de voir mes sœurs immigrantes uniquement comme des corps bafoués, ou encore comme des victimes de valeurs religieuses et culturelles. Les immigrées du Québec évoluent aussi dans un espace économique habité du paradigme de la mondialisation et du néolibéralisme.

Le modèle d'intégration québécois constitue un modèle hybride de gestion du pluralisme culturel. Il tient à la fois du multiculturalisme anglo saxon⁴ et du républicanisme français. La Politique québécoise en matière d'intégration et d'immigration⁵ reconnaît en contrepartie du partage du français comme langue commune, le pluralisme identitaire. Faut-il rappeler que ce postulat est en constante tension avec le référent institutionnel et symbolique de la nation québécoise⁶ ?

Dans un tel contexte, il est assez clair que le Québec ne peut faire l'économie de réaménagements culturels et institutionnels qui reflètent la diversité de la société elle-même. Plaider en faveur d'un idéal républicain qui n'est pas le nôtre ne pourrait avoir pour effet que d'encourager l'émergence d'institutions parallèles et souterraines qui

³ Conseil du statut de la femme du Québec, *Des nouvelles d'elles, portrait des femmes immigrées au Québec, 2005. Données issues du Recensement canadien de 2001.* En ligne à : <http://www.csf.gouv.qc.ca/telechargement/publications/InfoDesNouvellesDEllesJeunesFemmesDuQuebec.pdf>

⁴ Will Kymlicka, *La voie canadienne. Repenser le multiculturalisme*, Boréal, Montréal, 2003.

⁵ MCCI, *Énoncé de politique en matière d'immigration et d'intégration*, Gouvernement du Québec, 1990. En ligne à : http://www.micc.gouv.qc.ca/civiques/fr/286_2.asp

⁶ Voir Jacques Beauchemin, *La société des identités. Éthique et politique dans le monde contemporain*, Athéna, Montréal, 2004 et Jocelyn Maclure, *Entre le culturel et le civique : les voies (accidentées) de l'accommodement raisonnable*, (2005) 23 *Cités* 57.

seraient propices à la subordination et à l'isolement des femmes dans l'espace dit privé : le travail au noir, la justice clanique, religieuse ou tribale, le travail forcé, le trafic des femmes et des fillettes, etc ...

Jusqu'à ce jour, la question de l'interculturalisme a été appréhendée sous l'angle juridique des accommodements⁷, conséquence de la norme constitutionnelle d'égalité: accommodement des horaires de travail en fonction des pratiques religieuses, accommodement des règles de vie de l'école en fonction des exigences vestimentaires posées par les croyances religieuses, etc ... Mais comme le soulignent certains auteurs⁸, cette solution a des limites dans la mesure où elle n'encourage pas l'intégration des valeurs fondamentales protégées par les chartes en expliquant en quoi ces valeurs seraient mieux servies par l'accommodement raisonnable qui ne pose pas de contrainte excessive. Cette question se pose avec acuité dans le cas des femmes et de leurs droits. Car certaines d'entre nous, femmes récemment immigrées ou non, sont portées à conclure que l'accommodement institutionnel est inacceptable. Dans le cas où il serait issu des croyances religieuses, notamment, il porterait atteinte au droit des femmes à l'égalité, la croyance religieuse mise en cause soumettant dans tous les cas les femmes à un rapport de subordination discriminatoire, voire violent.

Ce débat est lancinant et met en lumière les enjeux du pluralisme juridique dans une société où les «demandes de droits», et surtout de droits fondamentaux, se multiplient. Comment appréhender le débat du pluralisme juridique dans une perspective féministe elle-même plurielle ?

Deux exemples récents tirés de l'actualité canadienne et québécoise et qui sont interreliés illustrent notre propos.

En décembre 2004, le Ministère de la justice de l'Ontario a rendu public le désormais célèbre Rapport Boyd intitulé «Résolution des différends en droit de la famille : pour protéger le choix, pour promouvoir l'inclusion»⁹. L'Ontario est une province de common

⁷ Pour une compréhension détaillée de ce concept, voir : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, *Réflexion sur la portée et les limites de l'accommodement raisonnable en matière religieuse*, 1995 et 2005. En ligne à : <http://www.cdpedj.qc.ca/fr/publications/liste.asp?Sujet=3&noeud1=1&noeud2=6&cle=0>

⁸ Voir Pierre Bosset et Paul Eid, *Droit et religion : de l'accommodement raisonnable au dialogue inter normatif* in Actes de la XVII^{ième} conférence des juristes de l'État, 2005, à paraître, à la page 74.

⁹ *Résolution des différends en droit de la famille : pour protéger le choix, pour promouvoir l'inclusion*, 2004, en ligne à : <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/about/pubs/boyd/>

law où l'arbitrage privé en matière de contrats matrimoniaux et de divorce, constitue une pratique centenaire jusqu'à récemment réservée aux élites protestantes fortunées. Discrétion et protection du patrimoine obligent ! En raison de l'arrivée importante de membres des communautés musulmanes, certaines autorités religieuses se sont prévaluées de cette possibilité pour disposer des litiges familiaux au sein de ces communautés. Je crois que le pluriel importe ici car il n'existe pas en Ontario une seule communauté musulmane. La question se posait donc pour le gouvernement de l'Ontario de savoir s'il convenait de modifier la Loi sur l'arbitrage privé¹⁰ afin d'en exclure le recours à l'arbitrage dans le cas des litiges familiaux. Rappelons que les parties liées par l'arbitrage peuvent déterminer le droit de référence utile à ce dernier. Le Rapport Boyd a conclu que cette abolition n'était pas appropriée et qu'il valait mieux baliser la pratique en fonction du respect des droits des parties impliquées les plus vulnérables, dont les femmes. Ce Rapport propose donc une intégration de régimes normatifs différents, dont celui issu du droit religieux musulman. Faut-il ajouter que ce Rapport a soulevé la colère et l'inquiétude du mouvement féministe au Canada et au Québec¹¹. On allait donc confier le sort des femmes vivant sous islam à des Imam fondamentalistes et consacrer ainsi l'oppression des femmes. Deux questions sont toutefois demeurées sans réponse : pourquoi cette attaque spécifique contre le droit musulman? Pourquoi présumer du fait que toutes les femmes musulmanes sont vulnérables et dépourvues de l'exercice effectif d'un libre arbitre spirituel et culturel?

La province voisine, le Québec, est régie par le droit civil à titre de droit commun. L'article 2639 du Code civil prévoit que les matières familiales et les autres questions intéressant l'ordre public ne peuvent être soumises à l'arbitrage. Mais cette sauvegarde n'a pas empêché l'Assemblée nationale d'adopter le 26 mai 2005 une Résolution s'opposant à l'implantation des tribunaux dits islamiques au Québec et au Canada. Cette résolution était proposée par une députée se déclarant elle aussi musulmane.

Cette posture de pouvoir sur l'identité de l'autre n'est toutefois pas partagée par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec qui dans un

¹⁰ Loi qui codifie depuis 1991 la pratique de common law.

¹¹ Voir par exemple : Natasha Bakht, *Arbitration, Religion, and Family Law: Private Justice on the Backs of Women*, Mars 2005, en ligne à: <http://www.nawl.ca/whatsnew.htm>

récent Avis¹² portant sur l'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse réitère le bien fondé de cette pratique issue de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en affirmant ce qui suit : (1) cette obligation est inhérente au droit à l'égalité; (2) elle inspire les pratiques de gestion de la diversité; (3) les accommodements raisonnables se font sur la base de droits individuels et ne constituent pas des droits collectifs reconnus aux groupes religieux.

Cet Avis a soulevé de nombreuses controverses au sein la société québécoise et du mouvement féministe, lesquelles recèlent des dimensions pour le moins inconfortables. D'une part, il est clair que le soi disant contrat social conclu entre l'immigrante et la société québécoise est celui de l'immigrant masculin, car sa femme, nécessairement vulnérable, doit être soumise sans nuance aux bienfaits du droit commun. En d'autres mots, il ne saurait être question d'accommoder sa liberté autonome et individuelle de religion sans mettre à risque le bénéfice de son droit à l'égalité. L'étranger masculin constitue donc une menace à la cohésion sociale et sa femme, par extension, une victime immédiate de cette menace. D'autre part, il est aussi clair que dans ce débat, domine une perception de la femme immigrante dont il convient de se demander par qui elle est construite. Par les féministes non immigrantes, qui forcément portent ainsi un jugement global sur les croyances spirituelles de l'«autre» et de «l'autre femme» et par certaines leaders de la communauté musulmane qui nous instruisent des dangers d'un fondamentalisme musulman, érigé en système unique et oppressif.

D'abord permettez moi d'exprimer une certaine perplexité envers le bienfaits du droit commun, dit droit modèle. Sur le plan formel, il promeut l'égalité. Dans les faits, nous savons que l'accès à la justice devient de plus en plus un luxe pour toutes les femmes et que les gains des années '80 s'estompent devant les réticences des magistrats à disposer des litiges familiaux en prenant en compte la perspective de genre. Sur le plan de la lutte contre les violences faites aux femmes, le Québec expérimente une vague politique qualifiée de *masculiniste* et qui vise à construire socialement un nouveau groupe de victimes : les hommes aux prises avec les politiques publiques de lutte contre les violences faites aux femmes. Il n'y a donc pas, au royaume de la règle de droit, que des menaces de type religieux ou culturel !

¹² Supra, note 7, 2005.

La tension entre la liberté de religion de toutes les femmes et leur droit à l'égalité est telle que nous sommes prêtes à sacraliser les bienfaits d'un système juridique et judiciaire dont on connaît par ailleurs les défaillances afin d'en exclure un autre. Car cette attaque contre la liberté de religion est ciblée et ici, on fait bon usage de l'oppression des femmes musulmanes chez qui la religion semble nous préoccuper bien plus que l'oppression sociétale et économique dont elles font l'objet à titre d'immigrées.

En résumé, ce «débat des bonnes consciences» réifie une conception erronée des droits des femmes à titre de droits humains, en le limitant à la gestion non discriminatoire des libertés fondamentales. L'objection au processus d'hybridation du droit de référence, le droit civil ou la common law, est à vrai dire une objection fondée sur les bienfaits présumés du droit de référence tout comme sur la négation des droits religieux et culturels de l'autre femme, que nous affirmons savoir mieux protéger ... pour mieux nous protéger et protéger ainsi notre pouvoir de dire exclusivement le droit.

A l'heure des sociétés globalisées en mouvement, qui sommes-nous donc, pour définir toutes les femmes en faisant fi selon notre convenance des équilibres proposés par la reconnaissance des droits fondamentaux ? Pour répondre à cette question, nous entendons explorer dans les lignes qui suivent quelques pistes issues de l'analyse de l'évolution du droit international des droits des femmes et du droit québécois: d'une part, celle de l'évolution des propositions tendant à promouvoir l'interdépendance des libertés de religion et des droits culturels positifs et d'autre part, la piste du colonialisme inhérent au développement du droit international des droits des femmes.

Droits culturels, religion et droits des femmes

La Conférence mondiale sur les droits de l'Homme (1993)¹³ a permis l'émergence de deux affirmations fondamentales au chapitre des droits humains : d'une part, tous les droits de la personne sont interdépendants et d'autre part, les droits des femmes sont des droits humains. En contrepartie de ces importantes reconnaissances, deux enjeux sont restés en suspens : d'une part, les droits culturels à l'égard desquels s'entreprind petit à petit un travail de définition positive. D'autre part, les autres droits des femmes que celui

¹³ Déclaration et Programme d'action de Vienne adoptés par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, juin 1993, Doc NU A/CONF.157/24 (1993).

de vivre dans un environnement libre de toute manifestation privée ou publique de violence. Ces travaux inachevés sont aussi teintés d'un préjugé défavorable, dans le cas des femmes, à l'égard des droits culturels. Car la culture est confinée au statut d'outil d'oppression des femmes, tout comme les coutumes, les pratiques et la religion, indistinctement. Cela s'est confirmé dans le cadre de la 4^{ième} Conférence mondiale sur les femmes¹⁴ (Beijing, 1995). Cet amalgame un peu rapide allait faciliter l'émergence d'une littérature féministe contestataire et post coloniale, qualifiée de relativiste, dont il convient de faire état. Nous y reviendrons. Mais avant, attardons nous aux droits culturels.

L'Observatoire de la diversité et des droits culturels fait la promotion d'un projet de déclaration sur les droits culturels¹⁵. Cet Observatoire est rattaché à l'Institut interdisciplinaire d'éthique et des droits de l'homme de l'Université de Fribourg et inscrit ses travaux dans le cadre du Plan d'action de la Déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle¹⁶. Ce projet propose les définitions suivantes de la culture et de l'identité culturelle. La culture concernerait les valeurs, les croyances, les langues, les savoirs et les arts, les traditions, institutions et modes de vie par lesquels une personne ou un groupe exprime les significations qu'il donne à son existence et à son développement (art. 1) alors que l'identité culturelle serait comprise comme l'ensemble des références culturelles par lequel une personne ou un groupe se définit, se manifeste et souhaite être reconnu; l'identité culturelle implique les libertés inhérentes à la dignité de la personne et intègre dans un processus permanent la diversité culturelle, le particulier et l'universel, la mémoire et le projet (art. 1). Toute personne a la liberté de choisir de se référer ou non à une ou à plusieurs communautés culturelles simultanément et ce, sans considération de frontières. Elle a aussi le droit de modifier ce choix (4 (1)). Les droits culturels sont donc des *droits individuels de relation*. Ils comportent une part d'histoire et une part de volontarisme: on doit pouvoir choisir d'adhérer aux valeurs constitutives de l'identité. Par ailleurs, les droits culturels sont des droits qui s'exercent de manière non dogmatique.

¹⁴ Déclaration et Plan d'action issus de la 4^{ième} Conférence mondiale sur les femmes Doc NU A/Conf. 177/20/rev.1 (1996).

¹⁵ Voir <http://www.unifr.ch/iiedh/droits-culturels/dc-documentation/dc-declaration/dc-projet-declaration.htm>

¹⁶ *Plan d'action de la Déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle*, UNESCO Doc 31/C/64 Add. Annexe (2001).

Leur contenu varie dans le temps, dans l'espace et les migrations contribuent à hybrider les contenus culturels.

Qu'en est-il maintenant de la liberté de religion? Dans une récente décision¹⁷, la Cour suprême du Canada définissait la religion comme suit : la religion s'entend typiquement d'un système particulier et complet de dogmes et de pratiques. Une religion comporte généralement une croyance d'une puissance divine, surhumaine ou dominante qui repose sur un précepte religieux. Les croyances religieuses sont la source d'une manifestation personnelle de l'intéressé. Essentiellement, la religion se rattache à la foi spirituelle de l'individu. Ce précepte religieux n'a pas à être partagé par l'autorité religieuse ou par la majorité des croyants. Les croyances religieuses pourront être fluides, subjectives et varier dans le temps¹⁸.

Bref, tant les marqueurs de l'identité culturelle que ceux de la croyance religieuse sont des marqueurs personnels et choisis de manière libre, égalitaire et volontaire dont l'affirmation et l'exercice ne sont limités que par les droits de la personne reconnus et les exigences du respect des droits d'autrui. A la différence toutefois de la liberté fondamentale de religion, les droits culturels positifs n'ont pas acquis, à titre de liberté individuelle, le statut de liberté fondamentale. Faut-il pour autant s'attarder longuement sur cette distinction ? Là n'est pas selon nous la question soulevée au cœur d'un territoire d'immigration.

Le parcours de l'immigrante est un parcours de reconstruction identitaire. Au sein du territoire d'accueil, que certaines ne choisissent pas, elle expérimente une vive tension entre les repères connus (religieux, communautaires et culturels) et les nouveaux repères et entre l'espace privé et public. Dans plusieurs cas, l'immigrante assumera un rôle de passeuse et de relais économique entre la communauté de départ et la communauté d'accueil. Elle devra protéger auprès de la première des valeurs soumises à l'hybridage au sein du territoire d'accueil. Toutes les études révèlent que l'immigrante assume un rôle significatif de leader tant au sein de sa famille que de sa communauté dans ce processus. Elle est LE gage d'intégration. Dans cette dynamique, ne faut-il pas présumer de sa capacité d'action autonome et la protéger, plutôt que de la taire ? Car, a contrario,

¹⁷ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 RCS 551. En ligne à : http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/fr/pub/2004/vol2/html/2004rcs2_0551.html

¹⁸ Paras. 51 et 52.

l'immigrante qui ne peut activement participer à ce processus, sera la plus opprimée. Elle sera réduite au silence et sera la victime d'un violent ressentiment qualifié aussi d'identitaire. Cet enjeu de la reconstruction identitaire, souvent plus névralgique pour la première génération de femmes immigrantes, ne fait pas clairement la part des choses entre la religion et la culture, des valeurs qui de toute façon ne seront plus tout à fait les mêmes.

Comment le territoire d'accueil peut-il alors présumer de l'immobilisme et de la fixité des valeurs religieuses et culturelles initiales, lesquelles comportent, il est certain, une part importante de subordination des femmes ? En vérité, l'immigration suppose le transport dans un autre système de valeurs des facteurs d'oppression des femmes, mais aussi la construction de valeurs culturelles personnelles et positives issues du métissage. Tant au Nord qu'au Sud, ou encore tant à l'Ouest qu'à l'Est, les femmes sont opprimées et revendiquent leur libre arbitre spirituel et culturel. C'est donc une contradiction dans les termes que de nier le droit d'épanouissement à ce libre arbitre au nom de valeurs dites universelles et égalitaires.

C'est aussi hautement hypocrite de valoriser au sein du territoire d'accueil des valeurs d'égalité abstraite sans prendre en compte les nouveaux enjeux économiques liés à la globalisation et aux migrations. Or, à cet égard, les avancées de Beijing ont lamentablement échoué. Le modèle de la femme digne et non violentée par la main visible du patriarcat ne révèle qu'une partie de l'histoire. Car il laisse dans l'ombre la contribution à cette catastrophe de la main invisible du marché globalisé et du pouvoir. La mondialisation asservit aussi les femmes, tant au Nord qu'au Sud¹⁹.

Ce parti pris des pays d'accueil «contre» les valeurs culturelles et religieuses des «autres» femmes n'est par ailleurs pas celui de la CEDEF/CEDAW. Ainsi, l'article 2(f) prévoit que les États signataires s'engagent à prendre toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire, coutume ou pratique *qui constituent une discrimination* à l'égard des femmes. L'article 5(a) prévoit pour sa part que les États membres s'engagent à modifier

¹⁹ Voir Lucie Lamarche, juillet 2005, Université d'Ottawa, Conférence Francophonie et Réseaux féministes, Conférence de plénière, *De Beijing à l'OMC : à quelle gouvernance mondiale les femmes participent-elles aujourd'hui ?* à paraître, 2006, Éditions Remue Ménage.

les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à *l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières*, ou de tout autre type, *qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes*. La Recommandation 14 (1990) portant sur le caractère inacceptable de l'excision a été adoptée par le Comité d'expertes de la CEDEF et condamne cette pratique traditionnelle et culturelle parce qu'elle porte atteinte au droit à la vie, à la sécurité, à la dignité et à la santé des femmes. La Recommandation 19 (1992) portant sur les violences faites aux femmes stipule que ces violences, notamment issues des attitudes traditionnelles (mariages forcés, meurtres pour non paiement de dot, attaques à l'acide, excisions, mutilations génitales) constituent de la discrimination illégale. Elle prévoit aussi que de telles violences peuvent émerger de pratiques économiques et conflictuelles du mal développement (chômage, trafic, prostitution, guerres, conflits). Enfin, la Recommandation 21 (1994) portant sur l'égalité dans le mariage et les rapports familiaux prévoit au paragraphe 50 que les États parties devraient prendre des mesures pour encourager le respect intégral des principes de la Convention, notamment lorsque les lois et pratiques réglementaires, coutumières ou religieuses *vont à leur rencontre*. De même, la précédente Rapporteuse spéciale sur les violences faites aux femmes, Madame R. Coomaraswamy, dans son Rapport de 2002, dénonçait ²⁰ les pratiques culturelles des mutilations génitales, des crimes d'honneur, de la vente d'enfants fillettes, de la chasse aux sorcières, de la préférence des garçons, des exclusions du travail fondées sur l'appartenance à la caste et du viol en affirmant que ces pratiques ne sont en aucun cas justifiables au nom de la coutume ou de la tradition.

En résumé, les enseignements de la CEDEF enjoignent les États à l'examen et à la condamnation des pratiques traditionnelles, religieuses et culturelles qui portent atteinte aux droits des femmes. Mais en aucun cas, la CEDEF ne fait-elle la promotion de la seule culture occidentale, voire de la culture du territoire d'accueil des femmes immigrantes. Son exigence est bien plus grande et par extension, nous enjoint à la promotion de tous les droits des femmes, y compris celle de leurs libertés et de leur liberté fondamentale de religion tout comme la protection de leurs droits culturels. Enfin, cet examen serait

²⁰ Doc NU E/CN.4/2002/83, janvier 2002.

incomplet sans une méthodologie destinée à promouvoir les droits économiques des femmes immigrantes et à dénoncer les violations dont ils font l'objet.

Le concept clé est donc celui de la subordination de femmes, lieu d'ancrage des pires discriminations et violences dont elle fait l'objet, tant de la part des hommes que de l'État ou du marché. C'est ce que les plus récentes études portant sur le culturalisme et le droit international des droits des femmes proposent, en s'inspirant des avancées du droit international des droits de la personne.

Droits de femmes et culture: quel combat ?

Au sein du mouvement féministe, la Conférence mondiale des femmes de Beijing en 1995 a ravivé le débat entre universalisme et relativisme culturel eu égard aux droits des femmes. Ce débat a été d'autant nourri que les féministes refusent dorénavant d'envisager la question sans tenir compte des conséquences pour les femmes d'un monde globalisé et marchandisé. Elles prennent en compte la mobilité contrainte et volontaire des femmes et les conséquences de cette mobilité sur la culture, facteur potentiellement contributif aux violations des droits des femmes. Au risque de sur simplifier, disons que les thèses se départagent entre celle de l'universalisme et celle du culturalisme différencié. Au Nord, nombreuses sont celles qui, comme Susan Moller Okin²¹, défendent la position universaliste du droit international des droits des femmes. Okin sacralise la *Rule of law* et le mono juridisme comme remède libérateur au caractère opprimant des pratiques culturelles que les femmes immigrantes emportent avec elles dans leurs bagages, parfois fort légers. Les immigrantes sont nécessairement des femmes à risque en demande de protection. Cette thèse est fort populaire au Québec. Okin ne remet pas en cause les prémisses libérales du droit occidental non plus que les formes spécifiques d'oppression et de subordination qu'il condamne ou qu'il entérine et qui sont issues des rapports de pouvoir et de propriété. La culture ici évoquée est statique et n'est pas confrontée aux réalités des migrations ou de la globalisation.

²¹ S. Moller Okin, *Is Multiculturalism Bad for women ?* in J. Cohen, M. Howard et M. Nussbaum, Princeton U. Press, 1999.

Des auteurs telles Orford²² et Spivak²³ critiquent cette position en examinant les récentes prémisses du droit humanitaire et plus particulièrement de la Résolution 1325 du Conseil de sécurité adoptée en 2000. Pour Orford, le droit international humanitaire se destine à une audience (les décideurs) en leur soumettant un objet de préoccupation (les femmes) et ce afin d'assurer la promotion d'un objectif (le respect de la Rule of law). Une verte critique des travaux de Simma²⁴ s'en suit. Orford s'approprie à cette fin le mot d'humour de Rosemary Coombe, ci souvent cité et qui qualifie selon elle l'action internationale : *It's about white men saving brown women from brown men*²⁵.

Les travaux post colonialistes de Coombe ont démontré qu'il n'y a pas de relation unique entre le droit et la culture et que la culture occidentale n'est pas une «non culture». Elle s'oppose, se compare et se fonde à la coutume et aux traditions des «autres». Coombe insiste aussi sur le fait que la culture n'est pas un ensemble fixe de valeurs fondant la revendication culturelle. La culture s'inscrit ainsi dans le politique et il ne faut pas perdre de vue le fait que la nouvelle droite des puissances émergentes pêche elle-même par essentialisme nationaliste et culturel afin de légitimer son pouvoir. Nier le caractère mobile et fluide des pratiques culturelles et traditionnelles des communautés immigrantes revient ainsi à entériner l'essentialisme des nouvelles élites du Sud. En réplique, Sunder propose plutôt l'objection culturelle, c'est-à-dire la dénonciation universelle du phénomène de la captation par les élites de la culture et qui la figent afin de maintenir l'oppression des groupes les plus vulnérables, partout dans le monde²⁶.

L'école différentialiste propose que le droit étatique²⁷ prenne au sérieux les revendications culturelles dans la mesure où elles n'entérinent pas de liens de subordination entre les cultures minoritaires ou à l'intérieur de ces cultures. Pour les différentialistes, l'intersectorialité et la déconstruction culturelle est anti essentialiste et la

²² Anne Orford, *Feminism, Imperialism and the Mission of International Law*, 17 (2002) *Nordic Journal of International Law*, 275

²³ Gayatri Spivak, *A Critique of Postcolonial Reason: Toward an History of Vanishing Present*, Harvard University Press, 1999.

²⁴ B. Simma et L. Paulus, *The responsibility of individuals for human rights abuses in internal conflicts*, 1999 93 *American Journal of International Law* 302.

²⁵ In Rosemary Coombe, *New Directions: Critical Cultural Legal Studies*, (1998) 10 *Yale Journal of Law and Humanities* 463.

²⁶ Madhavi Sunder, *Intellectual Property and Identity Politics: Playing with fire* (2000) 4 *Journal of Gender, Race and Justice* 69.

²⁷ On entend par l'expression «droit étatique» soit les régimes de droit commun des pays d'accueil ou donateurs, soit l'imposition de ce droit aux pays soumis à l'exigence de la bonne gouvernance.

revendication culturelle s'arrête là où la revendication de justice commune le lui impose. Cela pose trois conditions :

1. la transformation d'une revendication culturelle en droit culturel nécessite une aspiration de justice;
2. L'essentialisme n'est recevable que s'il n'entretient pas de rapport de subordination;
3. La sécurité physique et psychologique doit être prise en compte dans l'appréciation de cette subordination²⁸.

Le potentiel transformateur du pluralisme juridique et de l'interculturalisme doit, selon Deckha, être gouverné par les principes d'autonomie, de justice et d'égalité au sein des sociétés d'accueil comme au sein des sociétés de départ²⁹.

La méthodologie différencialiste et le droit international des droits de la personne

Les travaux des féministes post colonialistes révèlent le potentiel humain et constructeur d'un en-commun respectueux des droits des femmes inhérent au pluralisme juridique. Il s'agit toutefois d'une proposition qui remet en cause les a priori du droit blanc, qualifié de «non culturel» alors qu'il s'agit en fait du droit dominant. Comme le propose Dianne Otto³⁰ :

Human rights system or regime legitimizes a hierarchy or true and false. International Law is not about the foundations (sources) but the relation between law and power. Understanding law in a way that does not rely on the assumption that knowledge has absolute foundations.

Ainsi, le droit, tout comme la culture, ne sont pas des phénomènes neutres et figés dans le temps et dans l'espace physique. La fixité des prémisses d'un droit et d'une culture limite les bénéfices des droits de la personne aux élites. Si tout comme les droits de la personne, le droit comporte une proposition révolutionnaire, il faut savoir le décliner de manière plurielle au bénéfice des exclus et ce au nom des principes d'égalité, de justice et

²⁸ Voir Ayelet Shachar, *Multicultural Jurisdictions: Cultural differences and women's rights*, Cambridge U. Press, 2001; Seyla Benhabib, *The claims of culture: Equality and diversity in a global Era*, Princeton U. Press, 2002; Uma Narayan, *Dislocating cultures: Identities, Traditions and Third World Feminism*, New York, Routledge, 1997.

²⁹ Maneesha Deckha, *Is Culture Taboo ? Feminism, Intersectoriality and Culture Talk in Law*, *Revue Femmes et Droit*, (2004) vol. 16, no 1, 14, 52.

d'autonomie. Or, à ce jour, le droit international des droits des femmes tout comme le mono juridisme promu par la Rule of law, entérinent les rapports de pouvoirs à l'heure de la mondialisation, tant dans les sociétés de départ que dans les sociétés d'accueil. Le potentiel transformateur de la diversité culturelle repose donc sur une prise en compte «ouverte» du principe des générations de droits et des systèmes de droits.

Peut-on, par exemple, parler des droits des femmes sans dénoncer leur évidente subordination aux règles de la mondialisation et ainsi isoler l'intégrité physique et psychologique des atteintes du marché ³¹?

Peut-on tenter d'extraire de la Déclaration universelle des droits de l'Homme un noyau dur et universel de droits et de libertés sans chercher ailleurs des réponses au principe de solidarité entre les communautés et le village global ? A quoi bon habiliter les femmes par le droit unique si l'objectif est de dépolitiser leur rapport de subordination ?

A cet effet, les intéressants travaux de Jason G. Morgan Foster³² sur la perspective islamique du droit et des devoirs de l'humanité, tout comme ceux de Makau wa Matua³³ portant sur la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, suscitent de l'espoir. Ces auteurs proposent de tirer de ces droits de référence un enrichissement du corpus des droits humains en prenant appui sur une énonciation plus précise des devoirs de la personne³⁴ et des collectivités d'une part, et d'autre part, sur un enchâssement plus précis des droits dits de troisième génération. Pour Morgan Foster, l'idée (contestée) des générations de droits exprime en réalité les équilibres requis entre les droits individuels et collectifs et les droits et devoirs de l'homme. Pour Matua, La Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples³⁵ n'évoque pas un autre système de droits humains, plus essentialiste ou traditionaliste, mais bien la condition essentielle de la concrétisation des

³⁰ Dianne Otto, Everything is Dangerous: Some Post-Structural Tools for Rethinking the Universal Knowledge Claims of Human Rights Law, *Australian Journal of Human Rights*, 1999 vol. 5 no 1.

³¹ Voir Krysti Justine Guest, Exploitation under erasure: Economic social and Cultural Rights engage Economic Globalization, (1997) 19 *Adelaide Law Review* 73 et Anne Orford, Contenting Globalisation: A Feminist Perspective on the Future of Human Rights, (1998) 8 *Transnational Law and Contemporary Problems* 171.

³² Jason G. Morgan Foster. *Reverse Moderate Relativism applied: 3rd Generation International Human rights from an Islamic Perspective*, 2004. En ligne à: <http://law.bepress.com/expresso/eps/235>

³³ Makau wa Mutua, the Banjul Charter and the African cultural fingerprint: An Evaluation of the language of Duties, 35 *Va. J. Int'l L* 339 (1995)

³⁴ Morgan Foster prétend en cela raffiner les travaux de l'éminent professeur Ahmed An-Na'im. Voir Ahmed An-Na'im, Human Rights in Muslim World, 3 *Harvard Human Rights Law Journal* 13 (1990).

libertés fondamentales et de tous les droits de la personne et des femmes. Morgan Fraser propose une lecture comparable de la Charte arabe des droits de l'homme (1994).³⁶

Otto traduit dans une perspective féministe cet espoir en affirmant que les deux premières générations de droits occultent les exigences du potentiel transformateur des droits humains: les liens entre les besoins humains et la communauté, l'empowerment des femmes, l'équité matérielle entre les communautés et l'exigence éthique de justice font partie de la formule.

Point d'arrivée

A l'heure des migrations globales, il ne nous semble pas que l'hégémonie du droit dit «non culturel» soit à la hauteur des aspirations culturelles et des libertés religieuses des femmes de ce monde. Au nom de la protection de femmes victimes que d'erreurs ne commettons nous pas ? Que de pouvoir choisissons nous d'exercer.

Cela ne signifie pas que nous soyons tout à fait en mesure de décliner les exigences du pluralisme juridique dans l'espace public au sein d'un territoire d'immigration. Mais la proposition est à la mesure des exigences de la CEDEF. Elle repose sur une méthodologie de non subordination à l'analyse de laquelle les décideurs, le mouvement citoyen et les tribunaux devront prendre goût. Ce n'est pas la religion de l'autre mais l'oppression vécue par l'autre qu'il faut dénoncer et combattre. Nous ne pouvons le faire en niant les racines profondes de sa culture et de sa religion, au risque de l'exclure encore plus. Bosset et Eid³⁷ ont donc selon moi tout à fait raison d'affirmer que les stratégies d'accommodement doivent encourager l'intégration des valeurs fondamentales protégées par les chartes dans une perspective plurielle et inter normative et non se contenter d'aménagements issus de l'affirmation du droit à l'égalité.

On aurait tort toutefois de limiter cette analyse au corps des femmes comme espace politique privilégié par le féminisme international. Car un meilleur partage de la richesse, au sein des pays d'accueil, est aussi gage d'équité sociale. A quoi bon des femmes «libres et autrement asservies » ?

³⁵ En ligne à : http://www.aidh.org/Biblio/Txt_Afr/instr_81.htm . Voir aussi le *Protocole relatif aux droits des femmes en Afrique* (2003). En ligne à : http://www.aidh.org/Biblio/Txt_Afr/instr_prot_fem_03.htm

³⁶ En ligne à : http://www.aidh.org/Biblio/Txt_Arabe/inst_1-chart94.htm

³⁷ Supra, note 8.

Enfin, ce qui vaut pour le Nord qui accueille vaut aussi pour ce même Nord dans l'exercice de ses devoirs de solidarité. A l'heure des transferts de droit, il faudra prendre garde d'exporter notre peur de l'autre au nom de la bonne gouvernance. Car le droit de l'autre est aussi porteur de valeurs de solidarité et de communautarisme que l'on aurait tort de réduire à leurs attributs essentialistes.

Le Québec d'aujourd'hui pourrait être un formidable laboratoire de pluralisme juridique issu de son incontestable réalité multiculturelle. Et je dis cela sans évoquer les cultures autochtones qui participent de la même réalité. Hélas, là comme ailleurs, la mondialisation produit de regrettables effets d'enfermement qui, ne pourront avoir pour effet que de reléguer le secret identitaire des femmes dans un espace invisible, marginal et subordonné non seulement à leur culture, mais aussi à la nôtre.