

L'autonomie de la volonté en droit international privé québécois

[Autonomy of the will in Quebec private international law]

Kamal Yassine and Rajaa Naji

Département du droit privé,
Université Mohammed V de Rabat,
Rabat, Maroc

Copyright © 2015 ISSR Journals. This is an open access article distributed under the *Creative Commons Attribution License*, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

ABSTRACT: The relationship between the western private international law and the institutions of the Islamic law constitutes a marked out course of tensions and more than one half-century of jurisprudence did not succeed in alleviating them. The study of the relations of the private international law deprived between the Muslim legal systems and the Quebec legal system illustrates the difficulties between the systems when the involved civilizations appear very different. Consequently, the great difference between the Muslim civilization and the Quebec civilization invite to seek a better coordination between these legal systems in order to achieve the objectives of private international law. In this research, one can only deplore the existence of two designs which are opposed today in the relations of the Muslim legal system: that of the laic right and that of the religious right. It is indeed the main obstacle to the reception of the Muslim personal status in Quebec. By analyzing this last point of the reception of the institutions of the Islamic right in Quebec it proved that the Quebec law enjoys a supremacy compared to the foreign law as regards personal status of the Muslims established in Quebec. This is explained by the desire to protect the cohesion of the national legal system. However, can this concern go until blaming the international harmony of the solutions? In Muslim countries, the private international law situation is not better than that of Quebec. Despite the creation of states in the modern sense of the term and the adoption of the Nationality factor, the private international law of Muslim countries remains always a system of privileges. The practice reveals that the solutions adopted today are still captive of the privilege of religion and the privilege of nationality. However, we are persuaded that the reasoning adopted by the two legal orders can only aggravate the problems of the private international law raised by the presence of a Muslim community in Quebec and in no case reconcile the goals of the private international law. Such a statement has prompted us to look for other solutions that can replace the classical method. Several solutions have been proposed including autonomy of the will. The solution proposed by J.Yves Carlier, to replace the bilateral conflict rule (considered to be inadequate) has certain advantages. However, his confrontation with the practice and its evaluation under the angle of the objectives of the private international law reveal the insufficiency of this solution. It appears inadequate to solve the problems of personal status of the immigrant Muslims in Quebec. It can provide a solution only if all the legal orders accept it. On the contrary, the problem persists when the States are not ready to accept the option of the law in the imperative matters of the family law.

KEYWORDS: Personal status, Muslims, conflict of norms, secular law, religious law, coordination, the law option.

RÉSUMÉ: Les rapports entre le droit international privé occidental et les institutions du droit musulman constituent un parcours jalonné de tensions et plus d'un demi-siècle de jurisprudence n'a pas réussi les apaiser. L'étude des relations du droit international privé entre les systèmes juridiques musulmans et le système juridique québécois illustre les difficultés entre les systèmes lorsque les civilisations en présence se révèlent très différentes. Par conséquent, la grande différence entre la civilisation musulmane et la civilisation québécoise invite à chercher une meilleure coordination entre ces systèmes juridiques dans le but de réaliser les objectifs du droit international privé. Dans cette recherche, on ne peut que déplorer

l'existence de deux conceptions qui s'opposent aujourd'hui dans les relations du système juridique musulman: celui du droit laïc et celui du droit religieux. Il s'agit en effet du principal obstacle à la réception du statut personnel musulman au Québec. En analysant ce dernier point de la réception des institutions du droit islamique au Québec il s'est avéré que le droit québécois jouit d'une suprématie par rapport au droit étranger en matière de statut personnel des musulmans établis au Québec. Cela s'explique par le souci de protéger la cohésion du système juridique interne. Toutefois, cette préoccupation peut-elle aller jusqu'à mettre en cause l'harmonie internationale des solutions ? Dans les pays musulman, la situation du DIP n'est pas meilleure que celle du Québec. Malgré la création des États au sens moderne du terme et l'adoption du facteur de rattachement de la nationalité, le DIP des pays musulmans reste toujours un système de privilèges. La pratique révèle que les solutions adoptées aujourd'hui sont encore prisonnières du privilège de religion et du privilège de nationalité. Or, nous sommes persuadés que le raisonnement adopté par les deux ordres juridiques ne peut qu'aggraver les problèmes du DIP suscités par la présence d'une communauté musulmane au Québec et ne peut en aucun cas concilier les objectifs du DIP. Une telle affirmation nous a poussés à chercher d'autres solutions qui peuvent se substituer à la méthode classique. Plusieurs solutions ont été proposées y compris l'autonomie de la volonté. Cette solution proposée par J.Yves Carlier, pour se substituer à la règle de conflit bilatérale (jugée inadéquate) présente certains avantages. Toutefois, sa confrontation à la pratique et son évaluation sous l'angle des objectifs du DIP révèlent l'insuffisance de cette solution. Elle paraît inadéquate pour résoudre les problèmes de statut personnel des musulmans immigrés au Québec. Elle ne peut fournir une solution que si tous les ordres juridiques l'acceptent. Au contraire, le problème persiste quand les États ne sont pas prêts à accepter l'option du droit dans les matières impératives du droit de la famille.

MOTS-CLEFS: Statut personnel, musulmans, conflit de normes, droit laïc, droit religieux, coordination, option du droit.

1 INTRODUCTION

Les règles du droit international privé québécois régissant le statut personnel musulman témoignent de l'insuffisance de la règle de conflit. Cette insuffisance se manifeste dans l'incapacité de celle-ci à soulever les défis issus de la présence d'une communauté musulmane sur le territoire québécois. Quelles sont donc les nouvelles perspectives ? Y a-t-il d'autres solutions pouvant concilier le système juridique québécois et le système juridique des pays musulmans ? Si on arrive à cette conciliation, peut-on, par conséquent, réaliser la stabilité de la communauté musulmane sans briser la cohésion fondamentale de la société québécoise ? L'autonomie de la volonté a été proposée en Europe pour résoudre les problèmes que présente le statut personnel musulman dans les pays européens. L'option du droit se définit comme « le choix entre deux ou plusieurs législations désignées par des rattachements objectifs » [1]. La spécificité de l'autonomie de la volonté en droit international privé est de permettre aux individus le choix d'un droit applicable à un rapport qui présente un élément d'extranéité. L'expression vient du moyen âge dans les régions connaissant des conflits interpersonnels comme l'Afrique. L'option du droit permet le choix entre le droit coutumier et le droit écrit [1]. La technique de l'option du droit ou l'autonomie de la volonté a été également utilisée par les systèmes coloniaux (surtout la France et la grande Bretagne) de façon unilatérale pour permettre l'option du droit de la métropole et non l'inverse. Des auteurs contemporains envisagent à peu près la même technique en proposant l'application de la *lex fori* (la loi du for) à défaut d'option en faveur d'un autre droit. Grâce à l'opposition habituelle entre la résidence habituelle et la nationalité, ce sont les lois désignées par ces deux facteurs qui sont généralement retenues comme possibles dans l'option de droit. Ce qui est visé c'est d'une part le pays d'accueil, d'autre part le pays d'origine. Le principe de l'autonomie de la volonté a été proposé par le belge Jean Yves Carlier comme une solution aux problèmes de statut personnel de la communauté musulmane établie en Occident [1].

À l'exception des cas où la loi choisie le permet, l'autonomie de la volonté n'a pas pour rôle de permettre aux époux de déterminer contractuellement quelles seront leurs obligations réciproques durant le mariage ou les modalités de mettre fin à leur relation conjugale. Elle a pour rôle de permettre la désignation de la loi applicable à tout ou partie de leur statut personnel. Elle se présente sous forme d'une solution médiane qui permet donc de concilier entre la loi nationale de l'immigrant qui cherche à conserver les valeurs et la culture du pays d'origine et la loi de sa résidence habituelle qui ignore ces valeurs et cette culture. En tant que facteur de rattachement, l'autonomie de la volonté se réalise en deux phases : la première phase internationale permet aux parties au litige de choisir entre la loi nationale et la loi de la résidence habituelle. Ce choix se fait lors de la conclusion du mariage. À défaut de ce choix, on applique la loi de la résidence habituelle (*lex fori*) en tant que règle de conflit subsidiaire. La deuxième phase interne, peu réalisable, permet la liberté contractuelle en offrant la possibilité d'ajouter des dispositions si la loi choisie le permet [2]. Pour comprendre la théorie de l'autonomie de la volonté, Jean Yves Carlier a donné l'exemple du schéma suivant : L'image de la boussole comme principe de proximité et de l'aimant comme autonomie de la volonté. La flèche de la boussole indique en principe le nord comme ordre juridique dont la loi est applicable. L'aimant (volonté en possession de la personne) permet de dévier la direction de la flèche, de désigner une

autre loi applicable ; l'aimant ne pourra dévier la flèche à l'infini car l'ordre public ou les règles d'application nécessaires impose leur prédominance. Toutefois, l'aimant peut jouer son rôle, dévier à l'infini et perdre la direction du nord au cas où la matière objet du choix ne serait pas d'ordre public.

L'application de l'autonomie de la volonté dans les matières du statut personnel est fondée sur des aspects sociologiques, sur l'élément privé et sur des aspects du droit international privé : L'élément étranger est opposé au national, l'élément privé est opposé au public. Ces deux éléments éclairent bien l'aspect sociologique du statut personnel et de l'autonomie de la volonté. En ce qui concerne l'élément privé, l'importance accordée à l'individu dans les analyses sociologiques et politiques contemporaines est certaine. La religion (domaine privé) est un facteur d'identification important pour la communauté musulmane immigrées en Occident [1], étant parfois la seule chose qui lui appartienne vraiment. Il ne faut pas perdre de vue cette réalité sociale nouvelle qu'est la présence de cette minorité musulmane en Europe. Selon le professeur Jean Yves Carlier, la prise en charge de cette réalité sera facilitée par la mise en œuvre de moyens de nature à permettre, écouter et à réaliser la volonté exprimée par les intéressés eux-mêmes [1]

Théoriquement, rien n'empêche l'utilisation de l'autonomie de la volonté en matière de statut personnel (domaine privé) tant que celle-ci ne met pas en cause l'intérêt général. En ce qui concerne les aspects du droit international privé Il s'agit là des objectifs du droit international privé. Comme le soulignent Wengler et Yntema, le droit international privé a un objectif central: permettre de rendre justice et favoriser les relations transfrontières dans le respect des personnes et des ordres juridiques existants. [3] Le droit international privé doit donc intervenir dans le respect des auteurs en présence, à savoir les parties au litige et les systèmes juridiques intéressés à ce litige. Il s'agit de la force exécutoire du jugement. Cette dernière sera déterminée en fonction de l'adhésion des parties au litige aux principes mis en œuvre par le juge saisi de ce litige. D'après Jean Yves Carlier, l'adhésion au jugement peut être renforcée par la désignation par les intéressés du droit qui leur est applicable. En acceptant de soumettre leurs relations personnelles à un droit, les parties prennent l'engagement d'y adhérer [1] Les parties doivent pouvoir prévoir la loi qui leur sera appliquée en cas de litige. Ce principe de prévisibilité, qui a été un des arguments clés en faveur de l'autonomie de la volonté des parties dans les matières contractuelles, est également de nature à favoriser l'adhésion des parties au système judiciaire et à renforcer le principe de justice effective.

En doctrine, plusieurs auteurs ont proposé l'extension du principe d'autonomie de la volonté aux matières de statut personnel. Nous devons la formule pour caractériser le fondement de l'autonomie de la volonté des parties en DIP à Pasqual Mancini. Selon lui, l'action du pouvoir s'arrête là où elle rencontre la liberté inoffensive et dès lors légitime des particuliers. En conséquence, l'autorité sociale ne peut, sans commettre un injuste excès, envahir la sphère inaccessible et inviolable dans laquelle se répand et s'exerce cette liberté inoffensive [4].

Avant de confronter la théorie d'autonomie de la volonté à la pratique ainsi que son évaluation, il nous semble utile de traiter d'abord le fondement de cette théorie dans la sphère québécoise.

2 RESULTATS ET DISCUSSIONS

2.1 LE FONDEMENT DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE EN DROIT QUEBECOIS

En droit québécois, l'autonomie de la volonté est fondée sur les concepts suivants : les droits de l'homme, la philosophie postmoderne, les rapports mixtes et la dualité des facteurs de rattachement.

2.1.1 LES DROITS DE L'HOMME

Le fondement de l'autonomie de la volonté reste la liberté de l'individu reconnue par les diverses chartes et déclarations qui énoncent les droits fondamentaux de l'homme.

- La déclaration universelle des droits de l'homme dans son article 18.
- La charte canadienne des droits et libertés dans son article 2.
- La charte québécoise des droits et libertés dans son article 3.

Le droit à la pleine expression de la personnalité comprend également la sphère du statut personnel. Le libre choix de la loi applicable au statut personnel n'est pas seulement un facteur objectif localisateur auquel les États attribuent un rôle primordial pour la détermination de la loi applicable. Il s'agit aujourd'hui d'un principe fondé sur les droits de l'homme [4].

Sur le plan international, l'institut du droit international a adopté lors de sa session de Bâle de 1991 une résolution concernant l'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées. L'article 2 paragraphe 1 de cette résolution prévoit que : « les parties ont le libre choix de la loi applicable à leur contrat..... ». Le

fondement de cette autonomie, selon le préambule de la résolution, reste la liberté de l'individu reconnu par les divers chartes et déclarations qui énoncent les droits fondamentaux de l'homme.

Comme le prétend le professeur Erik Jayme si l'on accepte ce fondement, l'autonomie ne concerne pas seulement les contrats mais aussi les actes juridiques concernant les questions personnelles comme le mariage, testament....etc. [4].

D'après Charles Taylor, la reconnaissance consiste fondamentalement à respecter la capacité de chacun à prendre une part active dans le processus qui détermine les conditions de sa propre vie [5]. Le libre choix de la loi applicable en DIP se recoupe avec les idées de Charles Taylor dans la mesure où les individus auront la capacité de prendre une part active dans le processus juridique qui s'applique à leur jardin (le statut personnel). En outre, ce qui est en jeu en matière de l'autonomie de la volonté, c'est le droit de la liberté qui fait partie des droits de l'homme. Cette liberté n'est plus pensée seulement comme protection face aux empiètements possibles mais comme le pouvoir, garanti par la loi, de prendre part au processus juridique surtout dans les matières qui touchent de près comme le statut personnel. Sous la plume de l'espagnol Daniel Innerarity « la responsabilité des États ne se limite pas à garantir les libertés personnelles dans les textes relatifs aux droits de l'homme, elle doit donner au citoyen le pouvoir de configurer les lois qui protègent sa liberté » [6].

Peut-on qualifier le principe de l'autonomie de la volonté sous la rubrique de la liberté de religion ? Si l'on accepte une telle interprétation, quels sont les éléments constitutifs de la liberté de religion ?

Dans R. c Big M. Drug Mart [7] le juge Dickson a reconnu que la liberté de religion possède deux composantes. En premier lieu, une liberté positive et négative d'exercice de la religion. En second lieu la neutralité de l'État en matière religieuse.

Le contenu positif de la liberté de religion correspond à la liberté d'avoir des croyances religieuses et de les manifester par leur mise en pratique. Alors que le contenu négatif, celui qui nous intéresse, correspond au droit de ne pas être forcé directement ou indirectement d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience. Le fait de ne pas permettre aux individus étrangers de choisir la loi conciliable avec les règles de leur propre religion nous semble correspondre à forcer indirectement ces individus à accepter la loi du pays d'accueil et à agir contrairement à leurs croyances ou leur conscience. De plus lorsque l'État du for applique la loi du domicile fondée sur les principes du christianisme semble mettre en cause la neutralité de l'État en matière religieuse.

Cependant, cette thèse est loin d'être majoritaire. Prenant pour acquis l'autonomie de la volonté est fondée sur le droit de la liberté de religion. Que se passe-t-il si ce droit de la liberté de religion se contredit avec d'autres droits fondamentaux : Le principe d'égalité des époux, le droit à la succession, le droit au mariage, le droit à la défense.... etc.

L'autonomie de la volonté est donc restreinte par d'autres droit fondamentaux qui peuvent varier dans les systèmes juridiques différents. À titre d'exemple, l'autonomie de la volonté trouve une limite importante en matière de succession. L'exemple se trouve dans le droit international privé du Québec. L'article 3099 al.1 du C.c.Q énonce que : « la désignation d'une loi applicable à la succession est sans effet dans la mesure où la loi désignée prive, dans une proportion importante, l'époux ou le conjoint uni civilement ou un enfant du défunt d'un droit de nature successorale auquel il aurait eu droit en l'absence d'une telle désignation ».

La loi d'autonomie n'a pas donc le dernier mot même dans le cas où l'on accepte que le fondement de cette autonomie reste la liberté de l'individu reconnu par les chartes et déclarations qui énoncent les droits de l'homme.

Cette liberté de l'individu n'est pas illimitée puisque l'article 29 paragraphe 1 de la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 précise que " l'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seul le libre et plein développement de sa personnalité est possible". Cela signifie que la légitimation de l'autonomie de la volonté des parties est donc la liberté des individus dans leurs affaires personnelles et familiales reconnues par l'État.

2.1.2 LA PHILOSOPHIE POSTMODERNE

Le statut personnel était autrefois considéré comme une forteresse de l'ordre public où la liberté individuelle ne pourrait pratiquement jouer aucun rôle, tandis qu'en droit postmoderne, à l'exception de certaines matières tel que le patrimoine familial du droit québécois est une question d'ordre public. , l'idée est en train de céder la place à une nouvelle philosophie qui vise un équilibre entre la liberté de l'individu de choisir la loi applicable et la protection nécessaire par l'État des personnes dites faibles.

Même si depuis 1980 le droit de la famille québécois s'est grandement impérativisé, pourtant en droit québécois postmoderne, il y a une place à l'autonomie de la volonté, cela nous mène à citer par exemple, l'union civile, la médiation, les ententes homologuées en matière de garde, l'arbitrageetc.

En droit comparé, la loi sur l'arbitrage de l'Ontario [8] par exemple, a permis aux parties de régler les différends en dehors du système judiciaire traditionnel pour quelque temps. Il s'agit là d'une forme de règlement extrajudiciaire des différends par lequel les gens reçoivent une alternative volontaire qui leur permet de régler leurs différends par un arbitre accepté par les deux parties [9]. En fait, l'idée de permettre aux parties privées de faire résoudre leurs différends par un arbitre en utilisant un système juridique étranger n'est pas nouveau. La loi sur l'arbitrage de l'Ontario a permis aux parties de résoudre leurs litiges en dehors du système judiciaire traditionnel pour quelque temps. D'autres groupes religieux à savoir la communauté juive a créé des tribunaux d'arbitrages juifs, afin de résoudre les affaires civiles entre personnes en utilisant la Loi sur l'arbitrage. Certains de ces tribunaux ont été établis dans les régions du Canada depuis 1982, ce qui a créé un précédent pour la communauté musulmane.

Monsieur Rigaux a récemment observé que la loi de l'autonomie est une méthode significative dans la perspective du pluralisme juridique : les parties insèrent leur convention dans l'ordre juridique qu'ils ont librement choisi. Ainsi, la volonté des parties constitue un point de référence absolu de nature à vaincre la diversité des législations"[10]

Le droit postmoderne est également marqué par le multiculturalisme qui constitue un fondement de l'autonomie de la volonté en droit québécois. Avant d'étayer cette question du multiculturalisme permettez-nous d'abord de distinguer deux conceptions du multiculturalisme. Nous les nommerons respectivement le multiculturalisme libéral et le multiculturalisme postmoderne.

Le multiculturalisme libéral sous-tend des principes fondamentaux de la modernité qui ont encadré l'élaboration du libéralisme, tels que l'universalisme, la séparation de l'État et de l'église, la primauté de la raison sur les traditions et l'objectivité. Alors que le multiculturalisme postmoderne trouve ses origines dans d'autres principes tels que le pluralisme juridique, le relativisme, le maintien, la valorisation et l'épanouissement des identités sociales de chaque groupe social indépendamment de toute forme d'oppression [11].

Les multiculturalistes postmodernes remettent en question un des principes libéraux fondamentaux, en substituant aux droits individuels ceux des groupes qui se définissent essentiellement en termes de race, d'appartenance ethnique, religieuse....etc.

La démocratie libérale quant à elle prétend être neutre et traiter chacun d'une manière égale, mais en réalité elle ne l'est pas. Elle découle du christianisme et promeut un mode de vie, que ne partagent pas tous les groupes culturels et religieux minoritaires y compris les musulmans. En outre une société pluraliste comme le Québec qui adopte les principes et les valeurs de la démocratie libérale standard fait preuve d'impérialisme culturel [11].

Peut-être la raison pour laquelle la cour suprême du Canada est actuellement engagée dans un processus de déconstruction de certains principes fondamentaux de la démocratie libérale, car dans certaines sphères du droit, la cour a pris le tournant du multiculturalisme postmoderne précisément en matière d'interprétation de l'article 27 de la charte canadienne des droits et libertés qui stipule que « toute interprétation de la charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des canadiens ».

Selon la cour suprême du Canada, l'article 27 de la charte signifie que toutes les dispositions doivent être interprétées de manière à promouvoir le multiculturalisme. Toutefois, l'interprétation de cet article est très contestable.

En revanche, en matière d'arbitrage la cour suprême du Canada a adopté une conception libérale du multiculturalisme. La haute cour a souligné qu'il y a une certaine notion de l'ordre public fondamentale que les parties privées sont tenues de respecter dans le droit familial [9].

Dans *Miglin c. Miglin* [12], une affaire impliquant l'interprétation d'un accord de séparation des époux, la cour suprême du Canada a conclu que les juges doivent soupeser l'objectif législatif du partage équitable des effets du mariage. En conséquence, le tribunal devrait hésiter à intervenir avec un accord préexistant à moins qu'il soit convaincu que l'accord n'est pas nettement conforme aux objectifs globaux de la loi sur le divorce[9]. Dans une autre décision de *Murdoch c. Murdoch*[13] les questions de droit familial sont devenues une question de droit public[9]. D'ailleurs, la Loi sur l'arbitrage prévoit une procédure par laquelle une partie peut faire appel à une révision judiciaire d'une sentence arbitrale dans certaines circonstances. Le mécanisme d'appel est la plus forte protection contre les sentences qui sont contraires au droit du for.

Selon la conception postmoderne, M. Faisal Bhabha affirme que l'article 27 de la charte qui insiste sur le fait que la charte doit être interprétée d'une manière consistante en respectant l'héritage des canadiens, avec l'article 15, elle assure un double objectif contre la discrimination et l'assurance de l'amélioration des différents groupes [14].

Selon cet auteur, l'article 27 de la charte suggère que la diversité et le pluralisme culturels font partie de l'héritage partagé de tous les canadiens. Le multiculturalisme crée deux types d'intérêts, individuel et collectif. Ce qui conduit à un droit d'accommodation pour les individus et un autre d'autonomie pour les groupes culturels [14].

Cependant, le terme autonomie culturelle des groupes, selon l'auteur, doit être partiel sans une auto-gouvernance des minorités ethnoculturelle, et que les membres qui forment ces minorités doivent s'intégrer totalement dans les activités publiques en toute égalité avec les autres citoyens. Les groupes culturels doivent avoir leur propre autonomie sans leur donner le pouvoir de restriction des libertés. Le but de création d'un modèle de l'égalité culturelle est d'assurer l'intégration et non pas la ségrégation du groupe. Pour cela, l'autonomie citée dans l'article 27 ne doit pas être comprise comme un droit d'auto-gouvernance mais doit être assuré par d'autres garanties institutionnelles [14].

Les principaux outils d'une autonomie culturelle selon Faisal Bhabha, sont en premier lieu la capacité qu'à un groupe de déterminer son orientation culturelle, de choisir les pratiques propres à sa culture, et d'avoir les conditions optimales pour un débat créatif sur le futur de la communauté [14]. Cette autonomie requiert une reconnaissance officielle des pratiques et des rituels distinctifs et un soutien publique des institutions culturelles des minorités.

Toujours selon Faisal Bhabha, dans la conception libérale classique, la liberté d'expression de la culture tant individuelle que collective est garantie et inclue la libre expression, la libre association et la religion. Toutefois, les approches contemporaines vont au-delà et nécessitent une reconnaissance du statut des groupes collectifs culturels plus une facilitation et un soutien financier de l'État. La seule obligation de l'État est de garder la neutralité par rapport à la vie privée des gens [14].

Selon la conception postmoderne du multiculturalisme, l'article 27 a pour conséquence de conférer aux tribunaux canadiens, y compris les tribunaux québécois, le pouvoir discrétionnaire d'élaborer une politique sur le multiculturalisme [11].

En revanche, dans le cadre d'une démocratie libérale comme en France par exemple, La politique actuelle de la France s'attache à la conception néo-républicaine de l'identité française selon laquelle l'appartenance à la communauté nationale implique un rattachement inconditionnel à la république et ses valeurs fondamentales d'égalité et de laïcité [15]. Dans le cadre de la reconnaissance de la spécificité religieuse des musulmans, les pouvoirs publics français sont partis du postulat fondamental que les musulmans doivent admettre les règles qui régissent les cultes dans le cadre de tradition laïque nationale [15]. C'est peut-être la raison pour laquelle la France a émis une réserve à l'article 27 du pacte international relatif aux droits civils et politiques. Cet article énonce : « dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue ».

Le Canada a ratifié le pacte en 1976, et se trouve donc dans l'obligation de mettre son ordre juridique interne en conformité avec les normes contenues dans cet instrument international.

Cependant, Selon Natasha Bakht, le Canada a un engagement de respecter à la fois une politique de multiculturalisme et d'une obligation internationale envers les droits des femmes (le respect du principe d'égalité des sexes). La constitution du Canada, protège à la fois la liberté de religion et le principe d'égalité. Ces valeurs doivent être conciliées [9]

En s'attachant à la conception libérale du multiculturalisme Mathias Rohe déclare que seul l'État a le droit de décider comment et dans quelle mesure peut-on appliquer toute loi étrangère sur son territoire. L'application des termes de toute loi étrangère y compris la loi islamique est l'exception mais, cela ne signifie pas l'exclusion des principes de la loi islamique et son influence culturelle sur le système du for [16]. Selon ce spécialiste du droit musulman en Europe, Les composants de base qui permettent de préserver la dignité humaine, la démocratie, l'application de la constitution comme loi suprême, l'égalité des sexes, la liberté d'expression, sont tous des éléments importants et des principes fondamentaux auxquelles les pays européens ne peuvent renoncer [16].

Dans le cadre d'une démocratie libérale, il n'appartient pas aux juges d'élaborer des politiques sociales ce qui heurte le principe de la séparation des pouvoirs. C'est le rôle du parlement. En outre il n'existe aucun cadre juridique permettant aux juges de déterminer ce que constitue le patrimoine multiculturel des canadiens[11]. Pourtant, la conception que se fait la cour suprême du Canada de la fonction de l'article 27 de la charte est conciliable avec le multiculturalisme postmoderne. Mais, heurte certains principes du multiculturalisme libéral. Cela se manifeste clairement en matière de liberté de religion garantie à l'article 2(a) de la charte canadienne des droits et libertés. La cour suprême du Canada a reconnu depuis les années 80 que les religions constituent un aspect essentiel du patrimoine multiculturel aux fins de l'article 27 de la charte[7]. Ainsi, l'interprétation des droits et libertés garantis par la charte doit concorder, non seulement avec l'objectif de maintien et

de valorisation du patrimoine multiculturel, mais aussi avec le patrimoine multireligieux des canadiens. L'affaire Big M. Drug Mart illustre bien cette proposition. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si une loi laïque qui imposait l'observance du dimanche sous peine de sanctions pour des motifs religieux contrevenait à la liberté de religion garantie par l'article 2(a) de la charte. La cour suprême du Canada a répondu par l'affirmative. L'un des arguments avancés par la cour ; l'observation du jour religieux préféré par une religion donnée ne concordait pas avec l'objectif de promouvoir et de valoriser le patrimoine multiculturel des canadiens au sens de l'article 27 de la charte. Une loi dont l'objet est purement religieux qui prive les groupes religieux qui n'observent pas le dimanche de leur droit de travailler le dimanche porte atteinte à leur liberté de religion garantie par la charte.

Dans une autre affaire *Amsalem*, [17] les juges majoritaires ont soutenus que certaines valeurs, dont la tolérance religieuse rendait inacceptables les demandes des copropriétaires d'un immeuble luxueux selon lesquelles des intérêts esthétiques pourraient justifier l'interdiction d'installer des souccahs sur le balcon d'un juif. La conception de la tolérance religieuse que se fait la cour suprême ne convient pas à la tradition libérale. Par contre, elle est conciliable avec le multiculturalisme postmoderne.

Pour la même raison, les juges ont soutenus que la prohibition totale du Kirpan des sikhs à l'école était incompatible avec la tolérance religieuse [18].

Dès que la cour suprême a pris le tournant du multiculturalisme postmoderne dans sa jurisprudence relative aux questions religieuses [11] et que les principes qui sous-tendent le multiculturalisme postmoderne sont appuyés par un ensemble de travaux très sérieux on peut imaginer que tôt ou tard, le multiculturalisme aura une vie propre indépendamment de l'article 27 de la charte. Cependant, l'interprétation de la cour suprême de l'article 27 de la charte ainsi que les travaux susmentionnés qui se sont jusqu'à maintenant inscrits dans le paradigme postmoderne, peuvent-ils aller jusqu'à réaliser les appropriations communautaristes qui viseraient à faire avaliser des revendications d'un droit collectif à la culture musulmane ?

Pour être réel, actuellement la réponse est non. Peut-être dans le future en jouant sur la règle démographique : « la quantité fait la qualité ».

Malgré tout, nous adhérons à la conception postmoderne du multiculturalisme et ce pour les motifs suivants :

- Le multiculturalisme postmoderne est conciliable avec le pluralisme juridique.
- Les objectifs du droit international privé de tendance internationale ne peuvent se réaliser que par l'adoption d'un multiculturalisme postmoderne et non par l'adoption du multiculturalisme libéral qui sous-tend le principe de généralité et de l'universalité des normes juridiques.
- La conception postmoderne convient très bien avec les idées de la méthode de reconnaissance solution proposée par certains auteurs pour le statut personnel des musulmans au Québec.

2.1.3 L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ ET LES RAPPORTS MIXTES

Dans une province multiculturelle comme le Québec, où les mariages mixtes, principalement des femmes québécoises avec des ressortissants des pays musulmans, l'autonomie de la volonté peut assurer un rôle de plus en plus important pour résoudre les conflits de lois concernant les rapports mixtes.

L'élément privé milite également en faveur de l'autonomie. L'importance accordée à l'individualisme dans des recherches sociologiques contemporaines au Québec est certaine [19].

La présence des musulmans sur le territoire québécois les soumet à plusieurs ordres juridiques ; l'ordre juridique du for n'a pas le monopole de régir leur statut personnel, les ordres juridiques des pays d'origine peuvent l'appréhender sur le principe. L'autonomie de la volonté a influencé le droit québécois. Le système juridique du Québec a introduit dans son code civil l'autonomie de la volonté des personnes dans le choix de la loi applicable dans les matières suivantes :

- les successions : l'article 3098 paragraphe 2 précise qu'« une personne peut désigner par testament la loi applicable à sa succession à la condition que cette loi soit celle de l'État de sa nationalité ou de son domicile au moment de la désignation ou de son décès, ou encore celle de la situation d'un immeuble qu'elle possède ».
- le fond des actes juridiques : l'article 3111 énonce que : « l'acte juridique qu'il présente ou non un élément d'extranéité est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ».
- le régime matrimonial : l'article 3122 dispose que : « la loi applicable au régime matrimonial ou d'union civile conventionnelle est déterminée par les règles applicables au fond des actes juridiques », c'est-à-dire la loi désignée expressément dans l'acte.

Les régimes matrimoniaux ont en effet de tout temps été l'objet classique d'un choix de la loi applicable par les époux. À cet égard on peut se référer à l'article 3123 du code civil du Québec qui se réfère à la loi du domicile des époux au moment de leur union en l'absence de toute désignation par les parties.

- En matière d'arbitrage : l'article 3121 dispose : « en l'absence de désignation par les parties, la convention d'arbitrage est régie par la loi applicable au contrat principal ».
- La célébration du mariage : L'autonomie des époux retrouve sa force pour ce qui est de la célébration du mariage, puisqu'ils peuvent au niveau interne choisir entre plusieurs formes. Au Canada, en tant que pays qui ne connaît que la forme civile du mariage, le législateur a introduit la faculté de célébrer un mariage religieux.
- En matière de divorce : précisément en matière de compétence. L'article 5 de la loi sur le divorce prévoit que dans le cas d'une action en modification, a compétence pour instruire l'affaire et en décider le tribunal dont la compétence est reconnue par les deux ex-époux.

Néanmoins, le principe de l'autonomie n'est pas allé jusqu'à embrasser les questions personnelles des époux comme conditions de fond du mariage, effets du mariage, filiation, ...etc.

2.1.4 AUTONOMIE DE LA VOLONTE ET DUALITE DES FACTEURS DE RATTACHEMENT

Le Québec est une province d'immigration par excellence. La communauté musulmane est la dernière vague d'immigration au Québec. L'état des personnes et les rapports de la famille sont régis dans les pays musulmans par le facteur de la nationalité alors qu'au Québec on a adopté le facteur du domicile, par conséquent on trouve une dualité des facteurs de nationalité et de domicile. Il faut donc trouver une solution à ce dualisme qui influence négativement le statut personnel des musulmans au Québec.

L'institut de droit international privé a adopté, lors de sa session du Caire en 1978, une résolution sur la dualité des facteurs de rattachement de nationalité et de domicile en DIP. La solution proposée est l'option de droit pour l'un ou l'autre facteur de rattachement. De cette façon, l'autonomie de la volonté apparaît comme une solution médiane et instrument de coordination des différents systèmes [20], voire les systèmes juridiques antagonistes.

Des raisons pratiques favorisent encore l'autonomie de la volonté des parties en DIP québécois. Le choix d'une loi applicable par les parties peut garantir une meilleure sécurité juridique puisque les parties seront capables d'évaluer les circonstances importantes qui ont motivé leur choix leur permettant ainsi de mieux prévoir le résultat d'un éventuel litige [4].

Plusieurs motivations viennent donc militer en faveur de l'introduction du principe de l'autonomie de la volonté proposé par le professeur J. Yves Carlier en DIP québécois. Ce principe est théoriquement possible en droit québécois tandis que sur le plan pratique, cette théorie est difficile à mettre en œuvre sauf dans les domaines touchant à la question des régimes matrimoniaux. Quant aux autres questions purement personnelles des époux, l'autonomie de la volonté est loin d'être adoptée au Québec.

2.2 APPLICATION PRATIQUE DE L'AUTONOMIE DE VOLONTE AU STATUT PERSONNEL DES MUSULMANS DOMICILIES AU QUEBEC

Nous allons appliquer successivement le principe d'autonomie aux matières suivantes : le mariage (section1), la filiation (section2) les effets du mariage (section3), le divorce (Section 4) et les successions (section 5).

2.2.1 LE MARIAGE

Contrairement à leurs voisins aux Etats-Unis, la distinction entre la forme et le fond du mariage existe encore chez les québécois.

2.2.1.1 LA FORME

Peut-on appliquer l'autonomie de la volonté proposée par J.Y.Carlier en matière de forme du mariage des musulmans domiciliés au Québec et dire que les futurs époux peuvent opter entre la forme du pays d'accueil et la loi nationale de l'un des époux ? La réponse est oui. En droit québécois par exemple, on admet que les époux peuvent respecter une loi prévue par l'article 3188 al.2 du C.c.Q et le mariage sera valide en la forme même s'il n'est pas valide par rapport au lieu de célébration car on considère unilatéralement la loi de l'officier célébrant le mariage. Par conséquent, les mariages religieux

du droit musulman célébrés au Québec seront valides en la forme. La même chose s'applique aux mariages célébrés à l'étranger même en violation du droit local.

2.2.1.2 LE FOND

Selon monsieur Carlier l'option du droit se fait lors du mariage et figurera sur l'acte de mariage. Cette dernière se fait entre la loi nationale et la loi du domicile des futurs époux. À titre d'exemple, si le couple maroco-québécois s'est référé à la loi du domicile et a eu son domicile au Québec, c'est la loi québécoise qui s'applique. C'est cette dernière qui doit servir à l'examen de la validité au fond du mariage. Si par contre les époux ont fait choix de la loi marocaine, la loi nationale de l'un des époux, la validité du mariage est déterminée en fonction de la loi marocaine quel que soit la *lex fori* (la loi québécoise). Or, certaines conditions pourraient soulever une question d'ordre public ; c'est le cas par exemple des empêchements religieux.

Exemple :

Une marocaine musulmane résidente au Québec se marie avec un québécois non musulman. Les époux célèbrent le mariage à Montréal et désignent la loi québécoise. Néanmoins, le code de statut personnel marocain prohibe le mariage d'un non musulman avec une musulmane. À défaut de conversion du mari à l'islam, le mariage sera vraisemblablement boiteux. Le tribunal marocain invoquera l'exception de l'ordre public même dans l'hypothèse où le système juridique marocain accepterait le principe de l'autonomie de la volonté.

Qu'en est-il si les époux choisissent la loi marocaine, la loi nationale de l'épouse ?

Selon le raisonnement de monsieur Carlier, l'ordre public international du Québec ne devra pas être invoqué par le tribunal québécois pour rejeter l'empêchement religieux [1]. Le mariage est invalide par absence d'une condition de fond selon la *lege causae* (la loi marocaine). Il serait donc inutile de recourir à l'exception de l'ordre public. Cependant, le problème qui se pose est : comment régler les conflits mobiles et les conflits transitoires de droit étranger applicable ?

2.2.1.3 APPLICATION DU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DANS LE TEMPS

C'est là où réside l'objection majeur du principe de l'autonomie. Il s'agit là de deux circonstances : mutabilité de la loi soit par la volonté des parties (mutabilité volontaire), soit par le changement du facteur de rattachement : domicile, nationalité, résidence habituelle (mutabilité automatique).

Supposons que notre couple maroco-québécois ait choisi, lors de la conclusion du mariage, l'application de la loi québécoise en tant que loi du domicile de l'épouse et que par la suite, quel que soit la raison, l'épouse retourne au Maroc, il y a donc mutabilité automatique par le changement du domicile de l'épouse. La loi marocaine vient donc remplacer la loi québécoise qui était normalement compétente. Le mariage qui était valide sous l'empire de la loi québécoise est devenu invalide sous le règne de la loi marocaine, et ce pour la raison de l'empêchement religieux car l'époux n'est pas musulman. Si les époux n'interviennent pas pour remédier à cette situation, le mariage est boiteux. On peut alors reprocher à la théorie de monsieur Carlier son inaptitude à répondre aux problèmes causés par le conflit mobile et le conflit transitoire. Cela signifie tout simplement que le principe de l'autonomie met en cause la sécurité et la stabilité juridique des individus.

2.2.1.4 LE MARIAGE POLYGAMIQUE

La seconde épouse québécoise accepte l'option en faveur du droit saoudien en tant que loi nationale de son mari. Brièvement, ce mariage ne peut être validée car la monogamie est considérée par le système juridique québécois in abstracto comme un principe fondamental à l'ordre juridique, social, économique et politique du Québec « selon le principe de proximité (épouse québécoise) ». La limite de l'ordre public va donc intervenir afin de préserver la cohérence et la cohésion du système juridique du for même dans l'hypothèse où le DIP québécois intégrerait le principe de l'autonomie de la volonté.

2.2.2 LA FILIATION

L'autonomie de la volonté se conçoit plus facilement dans l'adoption (paragraphe 2) que dans la filiation par le sang (paragraphe 1) eu égard à l'aspect contractuel de l'adoption.

2.2.2.1 LA FILIATION PAR LE SANG

Selon le raisonnement de Carlier, puisque l'enfant n'a pas été en mesure de faire entendre sa volonté dans le rapport de vie qui a précédé sa naissance, c'est la loi personnelle des parents qui doit établir le lien de filiation. Cette loi personnelle est elle-même soumise à la loi d'autonomie par option entre la loi nationale et la loi du domicile.

2.2.2.1.1 LE COUPLE NON MARIÉ

D'après la théorie de l'autonomie, l'union civile par exemple peut faire l'objet d'une option de droit entre les partenaires déterminant la loi applicable aux effets de leur union. Selon Carlier c'est cette loi applicable aux effets de l'union qui déterminera le lien de filiation. Supposons que le l'union civile unisse un québécois et une marocaine et que les deux époux aient opté pour la loi québécoise pour régir les effets de leur union, donc c'est la loi québécoise qui déterminera le lien de filiation. Ce dernier sera établi sans difficultés et sera mentionné dans l'acte de naissance de l'enfant : né de madame x et monsieur y de statut personnel québécois. Le problème se pose toutefois si les partenaires de cette union cherchent à reconnaître cette filiation au Maroc (pays national de l'épouse). Une telle filiation ne sera pas reconnue car le Maroc pays musulman ignore l'institution de l'union civile du droit québécois et toute autre institution hors mariage. Par conséquent, il y a situation boiteuse. La filiation établie au Québec ne sera pas reconnue au Maroc. C'est ça le danger de l'autonomie de la volonté.

À défaut d'option en faveur d'une loi personnelle aux effets de l'union libre, c'est la loi commune de résidence habituelle des partenaires, la plus proche dans le temps, qui s'applique pour régir l'établissement de la filiation de l'enfant. Supposant que cette résidence habituelle se trouve aux Québec, on arrivera au même résultat boiteux : la filiation est établie aux Québec et non établie au Maroc.

2.2.2.1.2 LE COUPLE MARIÉ

Le principe de l'autonomie de la volonté proposé par J.Y.Carlier énonce que l'établissement de la filiation soit régi par la loi choisie par les époux au moment du mariage. À défaut de choix, c'est la résidence habituelle commune des époux qui s'applique. Toutefois, au Québec il nous semble que l'intérêt de l'enfant l'emporte sur celui des parents. Imaginons un couple constitué d'un québécois musulman encore lié par son premier mariage et une algérienne. Les époux ont opté pour la loi algérienne et ont eu par la suite un enfant. Ce dernier est considéré légitime par la loi algérienne. La filiation sera établie même si elle est issue d'un mariage polygamique car le droit algérien reconnaît la polygamie. Pour reconnaître cette filiation au Québec, cela ne dépend pas du mariage, mais de l'article 3091 du C.c.Q ce qui montre clairement les limites de la théorie de Carlier.

2.2.2.2 LA FILIATION ADOPTIVE

Selon J.Y.carlier, l'option de la loi applicable à l'adoption se fait par les adoptants ainsi que par l'adopté s'il est en âge de donner son consentement.

Supposons maintenant qu'un couple québécois décide d'adopter un enfant mauritanien et ayant choisi la loi québécoise pour régir tant l'adoption que ses effets. Au Québec, la filiation adoptive sera établie comme s'il s'agissait d'une adoption interne tandis que l'adoption est prohibée en Mauritanie. Ceci a pour conséquence la création d'une adoption boiteuse.

Il est à noter que le professeur J.Y.Carlier est convaincu que l'option du droit ou l'autonomie de la volonté joue un rôle certain de faveur à l'adoption en permettant d'écarter les lois refusant l'adoption (le droit musulman). Cependant, Monsieur Carlier a oublié le côté négatif d'un tel raisonnement qui se manifeste dans l'atteinte à l'harmonie internationale des solutions, l'une des raisons pour lesquelles on lui reproche que sa solution n'est pas neutre et qu'elle vient juste pour favoriser la lex fori.

2.2.3 LES EFFETS DU MARIAGE

Les effets extrapatrimoniaux se distinguent des effets patrimoniaux :

2.2.3.1 LES EFFETS EXTRAPATRIMONIAUX DU MARIAGE

On se contente de citer l'exemple de l'introduction du principe d'autonomie de la volonté en matière des droits et devoirs des époux. Supposons que les époux aient opté pour la loi saoudienne par exemple : cette loi prévoit que l'épouse doit obéir à son mari et que ce dernier n'a pas à obéir à sa femme. Là, se présentent deux limites :

D'abord, la question de l'ordre public va intervenir pour exclure toute règle prévue par le système juridique du pays musulman règle que l'Occident considère discriminatoire et porte atteinte au principe d'égalité des sexes. Ensuite, le problème de mutabilité de la loi choisie combinée au conflit mobile ou au conflit de droit transitoire.

2.2.3.2 LES EFFETS PATRIMONIAUX DU MARIAGE : LE REGIME MATRIMONIAL ET EFFETS IMPERATIFS

Selon la théorie de l'autonomie de la volonté, l'option de droit se fait entre la loi nationale et la loi du domicile de l'immigrant musulman. Deux difficultés peuvent se présenter :

La première difficulté concerne la question délicate de mutabilité des régimes matrimoniaux combinée au conflit mobile ou au conflit de droit transitoire car la loi choisie peut se modifier soit par la volonté des parties, soit par la concrétisation du changement du facteur de rattachement (conflit mobile). De même, le droit matériel applicable peut également être modifié soit par la volonté des parties, soit par la volonté étatique (conflit de droit transitoire).

La seconde difficulté concerne la question de l'ordre public : d'une part certains effets du mariage du droit québécois sont d'ordre public où la volonté des parties est exclue, à titre d'exemple le patrimoine familiale. D'autre part, certains effets du mariage prévus par le droit québécois sont ignorés par les systèmes juridiques des pays musulmans, notamment la prestation compensatoire, la protection de la résidence familiale, la fiducie par interprétation, le patrimoine familial....etc.

En contrepartie, les effets du mariage prévus par le droit musulman demeurent insuffisants aux yeux du droit québécois. C'est la raison pour laquelle le choix d'un tel ou tel ordre juridique ne peut que mener vers la création des situations boiteuses. L'ordre public sera donc en action et ne s'attardera pas à intervenir pour protéger les principes fondamentaux de l'ordre juridique non choisi par les intéressés.

2.2.4 LE DIVORCE

D'après le principe de l'autonomie, la loi applicable au divorce est la loi choisie par les époux lors de la conclusion du mariage.

Exemple 1 :

Imaginons un couple saoudien, domicilié au Québec : lors du mariage, les époux ont opté pour leur loi nationale. Par la suite, l'époux répudie unilatéralement son épouse. Que la répudiation soit intervenue au Québec ou en Arabie Saoudite, les tribunaux québécois refuseront d'appliquer cette répudiation même si les époux ont expressément souscrit à l'autonomie de la volonté car la répudiation est discriminatoire selon l'auditoire québécois et porte atteinte à l'ordre public matériel du Québec. Sauf si les tribunaux adoptent le raisonnement du tribunal québécois dans la décision droit de la famille-072464 [21].

En droit comparé, même si le principe de l'autonomie de la volonté n'est pas encore assez développé en DIP des autres provinces du Canada, leurs tribunaux sont allés jusqu'à reconnaître la répudiation islamique en se fondant sur le principe du lien le plus étroit [22] et non sur la base du principe de l'autonomie de la volonté comme l'a fait la cour de cassation française en 1983 dans l'affaire Rohbi [23].

En appliquant l'autonomie de la volonté au divorce des musulmans domiciliés au Québec, ceci pose un problème surtout lorsque la loi applicable au divorce n'est pas celle qui a permis la conclusion du mariage. Ce qui risque de créer des mariages boiteux.

Exemple 2 :

Un couple jordanien résidant en Arabie saoudite a opté pour la loi de la résidence habituelle (la loi saoudienne) lors de la conclusion du mariage. Ce dernier est un mariage polygamique valide aux yeux de la loi saoudienne. Par modification de la résidence habituelle des époux au Québec, c'est la loi québécoise qui va s'appliquer à leur divorce. Si les époux ne corrigent pas cette situation, leur mariage ne sera pas reconnu par le droit québécois. La difficulté réelle réside donc dans la mutabilité automatique en raison du conflit mobile n'ayant pas été corrigé par une nouvelle option. Ceci soumettrait ces deux époux musulmans à la loi québécoise niant l'existence même de leur mariage.

2.2.5 LES SUCCESSIONS

Selon le principe de l'autonomie, les successions sont régies par la loi désignée par le défunt ayant opté pour la loi nationale ou la loi du domicile actuel. Au Québec par exemple, l'application du principe de l'autonomie ne devrait poser de difficultés car l'article 3098 C.c.Q prévoit dans son paragraphe 2 la possibilité de désigner par testament la loi applicable à la succession.

En principe, le choix par un immigrant musulman, marié avec une québécoise non musulmane, d'appliquer la loi nationale à sa succession ne devrait pas poser problème, tandis que dans la pratique des tribunaux québécois, cette désignation est sans effet dans la mesure où elle prohibe dans une proportion importante l'épouse d'un droit de nature successoral auquel elle aurait eu droit en l'absence d'une telle désignation [24]. Dans ce cas, l'article 3099 du C.c.Q est prévu pour remédier à ce genre de situations et exclure la loi d'autonomie.

2.3 ÉVALUATION DU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE

Avant de traiter les côtés négatifs du principe de l'autonomie (section 1), nous allons d'abord recenser quelques côtés positifs de ce principe (section 2).

2.3.1 LES CÔTES POSITIFS DU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE

Les avantages du principe de l'autonomie peuvent être résumés comme suit :

- Si l'option du droit n'est pas retenue comme facteur de rattachement en DIP québécois, c'est la loi de la résidence habituelle et la loi du domicile actuel de l'immigrant musulman qui va triompher dans la plupart des matières de statut personnel dans le cas où ce dernier ne serait pas encore domicilié dans son pays d'origine. Le rejet de la loi nationale sera alors total et l'immigrant musulman n'aura même pas la possibilité d'opter pour sa loi nationale [1].
- L'autonomie de la volonté n'est pas un rattachement aveugle : l'option de droit maintient le rattachement à un ordre juridique en la combinant avec la possibilité pour les intéressés de prendre en compte les résultats concrets découlant de ce rattachement.
- Le principe d'autonomie permet aux immigrés de se réapproprier pour partie leur statut personnel qui demeure leur jardin privé. L'autonomie de la volonté est conciliable avec l'idée voulant privatiser le DIP.

2.3.2 LES CÔTES NÉGATIFS DU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE

Voici les côtés négatifs du principe de l'autonomie :

- La première objection qu'on reproche à l'introduction du principe de l'autonomie en DIP, québécois c'est l'utilisation fréquente de l'ordre public. Ce dernier intervient pour exclure la loi choisie, jugée contraire aux principes fondamentaux du for. À l'instar de la loi nationale, la loi d'autonomie augmente les possibilités d'utilisation de l'arme de l'ordre public.
- La seconde objection est le problème de mutabilité de la volonté combinée au conflit mobile ou au conflit de droit transitoire.
- L'autonomie de la volonté a été proposée en Europe pour affaiblir le rôle de la loi nationale de l'immigrant musulman alors que le Québec n'a pas besoin d'une telle démarche car la loi du domicile joue déjà ce rôle.
- La non permanence du statut personnel des individus est une objection majeure avancée contre l'introduction de l'autonomie de la volonté en matière de statut personnel des immigrés musulmans domiciliés au Québec. L'autonomie de la volonté crée des situations boiteuses.
- Cette solution est ineffective au regard du droit musulman classique. Ce principe est radicalement rejeté par le droit musulman voulant que les personnes restent soumises à Dieu, à l'Islam et non à leur propre choix. Pour se convaincre il suffit de regarder les quatres versets coraniques suivants:

« N'as-tu pas vu ceux (les hypocrites) qui prétendent croire à ce qu'on a fait descendre vers toi (ô Mohammed) et à ce qu'on a fait descendre avant toi? Ils veulent prendre pour juge (dans leurs différends) le tâghout ». [25].

« Non ! Par ton seigneur ! Ils ne seront pas croyants aussi longtemps qu'ils ne t'auront demandé (à toi Mohammed) de juger de leurs disputes (litiges) et qu'ils n'auront éprouvé nulle angoisse pour ce que tu auras décidé, et qu'ils se soumettent complètement [à ta sentence] » [26].

« Juge alors (ô Mohammed) parmi eux d'après ce qu'Allah (Dieu) a fait descendre. Ne suit pas leur passions, et prends garde qu'ils ne tentent de t'éloigner d'une partie de ce qu'Allah t'a révélé » [27].

« Est-ce donc le jugement du temps de l'ignorance (avant l'avènement de l'islam) qu'ils cherchent? Qu'y a-t-il de meilleur qu'Allah, en matière de jugement pour des gens qui ont une foi ferme? » [28].

- L'adoption du principe de l'autonomie augmente les risques de fraudes. Les parties peuvent volontairement, dans le but d'écartier les lois québécoises auxquelles elles ne désirent pas soumettre leurs litiges, choisir la loi applicable grâce aux éléments d'extranéité qu'ils ont frauduleusement créés.
- Le problème d'expression de la volonté : est-ce que le choix a été librement effectué ? La recherche de volontés tacites, de volonté présumée est également une difficulté que peuvent rencontrer les juges québécois.
- La dernière objection est celle relative à la réalisation des objectifs du DIP. L'autonomie de la volonté est inapte à concilier les objectifs du DIP de tendance interne et les objectifs du DIP de tendance internationale.

3 CONCLUSION

Dans le contexte québécois, le principe de l'autonomie de la volonté puise son fondement aussi bien de la liberté de l'individu reconnue par les chartes canadienne et québécoise des droits et libertés que de la dualité des facteurs de rattachement provoquée par le phénomène migratoire. L'autonomie de la volonté est davantage appréciable dans une province multiculturelle comme le Québec. Toutefois, la pratique révèle que cette solution ne garantit pas la permanence du statut personnel de l'immigré domicilié au Québec et augmente le risque des fraudes à la loi. L'objection majeure qu'on reproche à l'intégration du principe de l'autonomie en DIP québécois est son inaptitude à concilier les objectifs du DIP de tendance interne et les objectifs du DIP de tendance internationale. Le principe de l'autonomie nous semble insuffisant pour remédier aux situations boiteuses causées par la règle de conflit bilatérale, plus précisément par le facteur du domicile adopté au Québec. On a reproché à cette solution qu'elle encourage l'utilisation de l'ordre public dans la mesure où l'ordre public des pays intéressés au litige intervient pour exclure l'application des dispositions de la loi choisie. Si la loi choisie est la loi nationale de la partie musulmane, l'ordre public international du pays d'accueil n'hésitera pas à intervenir afin d'exclure les dispositions du droit musulman contraire aux principes fondamentaux du for occidental. En contrepartie, si la loi choisie est la loi de la résidence habituelle, il est indéniable que l'ordre public musulman refusera d'appliquer aux musulmans les dispositions d'un droit laïc, et par conséquent, refusera la reconnaissance des situations créées et les jugements rendus dans les pays d'émigration.

On reproche également à la théorie de l'autonomie de la volonté sa perte de vue de la probabilité de retour de la communauté musulmane au pays d'origine. Si l'idée de retour des ressortissants des pays musulmans a disparu pour une longue durée pour des raisons politiques, économique et sociales, les politiques d'assimilations adoptées dans les pays occidentaux viennent renforcer l'idée de retour chez les musulmans domiciliés en Occident. On accuse aussi à l'autonomie de la volonté son manque de neutralité : la solution proposée par Jean Yves Carlier, vient affaiblir le rôle de la loi nationale adoptée à l'époque en Europe. L'option du droit vient donc favoriser la loi de la résidence habituelle. Certes, l'autonomie de la volonté permet aux époux de choisir entre la loi nationale de l'immigrant et la loi de la résidence habituelle, mais Monsieur Carlier ne cesse pas de mentionner que les problèmes de statut personnel dont souffrent les musulmans résidant en Europe sont intimement liés aux dispositions de la leur loi nationale. Ce qui influence implicitement les musulmans établis en Occident à opter pour la loi du for. Et même dans l'hypothèse où le musulman immigré en Occident exprimerait sa volonté d'une façon libre et réelle, la position des pays musulmans ne sera pas changée vis à vis du refus d'appliquer un droit laïc à un de leurs ressortissants. Car une telle application ignore les dispositions du droit musulman. Devant ce déséquilibre économique entre les pays du nord et les pays du sud, la théorie de l'autonomie de la volonté semble favoriser le droit interne de la résidence habituelle de l'immigrant. Ce qui est loin de la théorie des objectifs du droit international privé.

REFERENCES

- [1] CARLIER Jean Yves, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992
- [2] Jamila OUHIDA, le statut personnel des marocains aux pays Bas, mémoire de DESA, Rabat, faculté de droit, Université Mohammed V.
- [3] Wilhelm WENGLER, les principes généraux du droit et leurs conflits, R.1952.595, 1953.37 et YENTEMA Hessel, *les objectifs du droit international privé*, R.1959.1
- [4] JAYME Erik, « Identité culturelle et intégration : le DIP postmoderne », *Recueil des cours*, Volume 251, 1995, pp. 9-267
- [5] TAYLOR Charles, *the politics of recognition, philosophical Arguments*, Cambridge, Harvard, University Press, 1995
- [6] INNERARITY Daniel, « politiques de reconnaissance », publiée dans *raison publique*, N°9, octobre 2008
- [7] R. c. Big M. Drug Mart, [1985] 1.R.C.S.295
- [8] Arbitration Act, S.O. 1991, c.17

- [9] BAKHT Natasha, «Family Arbitration Using Shari'a Law: Examining Ontario's Arbitration Act and its Impact on Women», in *Muslim World Journal of Human Rights*, Volume 1, 2004, Article 7
- [10] RIGAUX François, « Le pluralisme juridique en DIP », in *hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Diez de velasco*, Madrid, 1993.
- [11] TREMBLAY Luc, « religion, tolérance et laïcité, le tournant multiculturel de la cour suprême », dans Jean François Gaudreault- Des Biens, (dir.), *le droit, la religion et le raisonnable : le fait religieux entre monisme et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009
- [12] Miglin v. Miglin [2003] 1 S.C.R. 303
- [13] Murdoch v. Murdoch [1975] 1 S.C.R. 423
- [14] BHABBHA Faisal, « between exclusion and assimilation: Experimentalizing Multiculturalism », (2009) 54 *Mc Gill L.J.* 45
- [15] FOURNIER Pascale, « le traitement réservé au droit musulman de la famille dans les États libéraux occidentaux », dans *femmes sous lois musulmanes*, Dossier 27 (2006), 65-79
- [16] ROHE Mathias, «Shari'a in European context», dans *Legal Practice and cultural Diversity*, Burlington, Editions ASHGATE, 2009, p. 93-111
- [17] Syndicat Northcrest c. Amselem; [2004] 2R.C.S.551
- [18] Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, [2006]1 R.C.S.256
- [19] GUY Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) *les cahiers du droit* 91-120.
NOREAU Pierre, « Le droit en pratique : le monde juridique face à la diversité ethnoculturelle », *Recueil de cours DRT 7003 (l'analyse critique du droit)*, Montréal, Coop Droit, 2004, p.69.
LAJOIE Andrée, BRISSON J.M, NORMAND S., BISSONNETTE A., « Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme juridique », *Coll., le droit aussi*, Cowansville, Yvon Blais, 1997.
- [20] Institution du DIP, tableau de résolutions adoptées en 1957-1991. Paris 1992.
- [21] *droit de la famille-072464*
- [22] *Indyka v. Indyka*, [1969] 1.A-C 33 (H.L), *Powall v. Cockburn* [1976], 68 D.L.R (3d) 700 (S.C.C), *Bhatti v. Canada*, [2003] I.A.D.D. No. 519, *Amjad v. Canada*, [2005] I.A.D.D. No. 21
- [23] *Rohbi*, Civ.1, 3 novembre 1983, *Rev. Crit. DIP* 1984
- [24] L'article 3099 al. 1 du code civile du Québec
- [25] Sourate 4 n° 60
- [26] Sourate 4 n° 65
- [27] Sourate 5 n° 49
- [28] Sourate 5 n° 50