

Section 1 : Introduction et plan du rapport

La présente étude découle d'une suite d'évènements portés à l'attention du public à l'automne 2003¹. Monsieur Syed Mumtaz Ali, un avocat ontarien à la retraite, est déterminé à garantir que les principes islamiques relatifs au droit de la famille et au droit successoral puissent être utilisés pour résoudre les litiges qui surviennent au sein de la communauté musulmane au Canada. Au terme de plus de vingt ans d'efforts, il a annoncé la création d'un nouvel organisme : l'Institut islamique de justice civile (IIJC). Cet Institut serait chargé d'arbitrer des litiges conformément au droit privé islamique. Selon M. Ali, ces services seraient offerts à la communauté musulmane de l'Ontario sous la forme d'un « Tribunal de la charia », tel que l'autorise la *Loi sur l'arbitrage de 1991*.

À la fin de 2003, dans ses premiers commentaires aux médias, M. Ali, président de l'IIJC, a affirmé que « désormais, dès lors qu'un arbitre tranche un litige, sa décision est finale et elle lie les parties, qui peuvent s'adresser au tribunal séculier canadien local pour la faire exécuter. La cour ne jouit d'aucune discrétion en la matière. L' [...] interdiction [d'appliquer la charia] a été levée. Pour régler les litiges, il n'y a d'autre choix que celui de faire appel à un tribunal d'arbitrage »². La suite de son commentaire laissait sous-entendre qu'aussitôt le « Tribunal de la charia » mis sur pied, les musulmans auraient l'obligation, en vertu de leur foi, de ne s'adresser qu'à cette instance pour régler leurs différends. Cela s'imposerait s'ils souhaitent être considérés comme de « bons musulmans ». L'Institut a proposé d'offrir que les musulmans deviennent membres. Ils seraient dès lors contraints de régler leurs litiges personnels devant ce tribunal, sans pouvoir invoquer les lois canadiennes et ontariennes. En revanche, la déclaration de M. Ali soulignait également que le « Tribunal de la charia » serait régi par les lois du Canada et de l'Ontario puisque les musulmans qui vivent dans des pays non islamiques ont l'obligation de se conformer aux lois du pays où ils résident.

Ces déclarations, de même que les interviews subséquents dans les médias où les discussions ont porté sur la question de l'arbitrage en droit de la famille et en droit successoral, ont suscité de vives inquiétudes partout en Ontario et au Canada. Cela a notamment suscité une crainte aiguë que ne soit importé au Canada le type d'abus, surtout à l'endroit des femmes, mis au jour dans d'autres pays où prévaut la « loi de la charia » comme en Afghanistan, au Pakistan, en Iran et au Nigeria³. De nombreux groupes entendus dans le cadre de la présente étude ont également exprimé une crainte de même nature, à savoir que le fruit de nombreuses années de travail acharné pour établir fermement le droit à l'égalité au Canada ne soit anéanti par le recours à l'arbitrage privé, au détriment des femmes, des enfants et d'autres personnes vulnérables.

¹ Judy Van Rhijn, « *First steps taken for Islamic arbitration board* » *Law Times* (24 novembre 2003).

² [Traduction] Cité dans Judy Van Rhijn, « *First steps taken for Islamic arbitration board* », *Toronto Star*, (25 novembre 2004), en ligne: <www.thestar.com>.

³ Joanne Lichman (*The National*, à la télévision de la CBC) (8 mars 2004).

Introduction et plan du rapport

Ces premiers commentaires émis par l'IJJC ont donné naissance à certains mythes tenaces quant à l'arbitrage en Ontario. Nombreux sont ceux qui n'avaient pas réalisé que la *Loi sur l'arbitrage* autorisait à régler à l'amiable les litiges de droits familial et successoral. De même, ils n'avaient pas conscience du fait qu'une sentence arbitrale rendue conformément à la Loi pouvait être exécutée par les tribunaux canadiens. Les déclarations de M. Ali, de même que celles de membres de la communauté musulmane qui se sont prononcés en faveur de la proposition de l'IJJC, laissaient sous-entendre que le gouvernement avait en quelque sorte accordé une permission exceptionnelle à l'IJJC pour qu'il mène à bien son projet. La perception que le gouvernement avait approuvé l'utilisation de la charia a commencé à se répandre dans la population. La croyance erronée selon laquelle le gouvernement avait modifié récemment la *Loi sur l'arbitrage* était largement répandue tant par la presse écrite que par les médias électroniques⁴.

L'idée que l'IJJC détenait légitimement un quelconque pouvoir coercitif qui l'autoriserait à contraindre les musulmans de l'Ontario à régler leurs différends conformément au droit privé islamique plutôt que par le biais des tribunaux traditionnels découle directement des déclarations des représentants de cet organisme. Il est particulièrement troublant que ces déclarations aient été tenues pour avérées tant par la communauté musulmane que par l'ensemble de la communauté. En outre, la thèse erronée de l'IJJC selon laquelle les décisions arbitrales ne sont pas sujettes au contrôle judiciaire a été propagée sur la foi d'une mauvaise compréhension de la Loi de la part de la communauté, des médias et bien entendu de l'IJJC lui-même. Finalement, il est possible que la position de l'IJJC selon laquelle les [Traduction] « bons musulmans » s'en remettraient exclusivement aux services d'arbitrage musulmans ait muselé l'opposition de ceux qui se considèrent être dévots.

Les reportages médiatiques qui ont tenu ces malentendus pour avérés sans fouiller le sujet davantage n'ont rien fait pour clarifier le débat⁵. Les reportages plus justes et moins alarmistes étaient nettement minoritaires par rapport au courant majoritaire canadien⁶. En fait, aucun gouvernement n'avait apporté de modifications à la *Loi sur l'arbitrage* depuis son adoption en 1992. Avant cette année-là, l'arbitrage privé était légal en Ontario en vertu de la *Loi sur l'arbitrage*⁷ antérieure. Ainsi, les litiges familiaux ont été soumis à l'arbitrage en raison de croyances religieuses depuis de nombreuses années dans des contextes juifs, musulmans et chrétiens.

⁴ Voir à titre d'exemple : Lynda Hurst « *Ontario Shariah tribunals assailed* » *Toronto Star* (22 mai 2004), en ligne : < www.thestar.com >.

⁵ Lynda Hurst « *Ontario Shariah tribunals assailed* » *Toronto Star* (22 mai 2004), en ligne: <www.thestar.com>; Lynda Hurst « *Protest rises over Islamic law in Toronto* » *Toronto Star* (8 juin 2004), en ligne: <www.thestar.com>.

⁶ Laura Trevelyan « *Will Canada introduce Shariah law?* » *BBC News*, en ligne : <<http://newsvote.bbc.co.uk>>; Clifford Krauss « *When the Koran speaks, will Canadian law bend?* » *The New York Times* (4 août 2004) A4; Faisal Kutty et Ahmad Kutty « *Shriah courts in Canada: myth and reality* » *Law Times*, (31 mai 2004) p.7; « *Some Canadians may use Shariah law* » *AlJazeera.ne*, en ligne: < <http://english.aljazeera.net> >.

⁷ *Loi sur l'arbitrage*, L.R.O. 1990, c. 17.

Introduction et plan du rapport

Alarmés par leur perception des conséquences de l'annonce de l'IJIC, un nombre d'Ontariens ont cherché à sensibiliser le gouvernement à la question. En mars et avril 2004, des membres du Conseil canadien des femmes musulmanes (CCFM) et de la International Campaign Against Sharia Court in Canada ont rencontré des représentants du gouvernement pour discuter de leurs préoccupations. Selon ces représentants gouvernementaux, comme l'IJIC se fondait sur la *Loi sur l'arbitrage* pour encadrer l'arbitrage volontaire privé, le gouvernement n'avait pas le mandat d'intervenir pour empêcher le projet de suivre son cours.

Le Barreau du Haut-Canada (BHC), à la fois à titre d'organisme de contrôle de la profession juridique en Ontario et à titre de groupe susceptible de se prononcer sur la nécessité qu'il existe un contrôle judiciaire des décisions arbitrales, a également été informé des préoccupations que suscitait le projet de l'IJIC. Le Comité d'accès à la justice du BHC s'est penché sur l'information à sa disposition et sur les questions que soulevait ce projet. Le Comité sur l'équité et les affaires autochtones du BHC a alors débattu de la question de façon à déterminer quelle mesure, le cas échéant, pourrait être mise en oeuvre par le Barreau, pour que le gouvernement soit informé des préoccupations de la profession juridique. Des groupes tels le Conseil national des femmes du Canada, l'Association nationale de la femme et du droit, et la Fédération canadienne des femmes diplômées des universités ont fait part de leurs inquiétudes d'une multitude de façons. Pendant ce temps, des citoyens mis au fait des nouveaux rapports et inquiétés par eux, ont commencé à communiquer avec leurs députés, avec le Procureur général, et la ministre déléguée à la Condition féminine.

Il n'est pas inutile de répéter qu'en dépit de la perception à l'effet contraire, le gouvernement n'avait ni modifié la législation ni adopté de nouvelle loi ou de nouveau règlement autorisant l'IJIC à mener des arbitrages conformément au droit islamique privé. C'est plutôt le libellé lui-même de la *Loi sur l'arbitrage* qui l'autorisait. En fait, le gouvernement n'avait jamais eu de contact avec l'IJIC avant le début de 2004 et n'avait jamais entendu parler de lui avant cette date. Etant donné que l'IJIC se contentait d'utiliser la *Loi sur l'arbitrage* tel qu'il avait été prévu qu'elle le soit, c'est-à-dire comme outil pour encadrer l'offre de services d'arbitrage privé, il n'était pas requis qu'il informe le gouvernement de son intention de mettre sur pied une entreprise en Ontario. L'IJIC proposait d'utiliser la *Loi sur l'arbitrage* comme le font plusieurs autres entreprises et organismes en Ontario pour trancher leurs litiges privés.

Il n'en demeure pas moins que des groupes de femmes musulmanes, des défenseurs des femmes et des intervenants du domaine juridique ont exprimé des préoccupations de plus en plus vives à l'égard des conséquences de l'utilisation de la *Loi sur l'arbitrage* pour trancher les litiges en droits familial et successoral, soit notamment d'autoriser que les principes du droit religieux prévalent dans ce type d'arbitrages. C'est pourquoi le Premier ministre a formellement demandé l'avis du Procureur général, Michael Bryant, et de la ministre déléguée à la Condition féminine, Sandra Pupatello (les ministres), quant à cette question. Peu après, les ministres ont sollicité mon aide pour discuter avec les communautés concernées.

Introduction et plan du rapport

En juin 2004, les ministres m'ont confié le mandat d'étudier l'utilisation de l'arbitrage privé pour trancher des causes en matière familiale et successorale. Je devais également me pencher sur l'impact que pourrait avoir le recours à l'arbitrage sur les personnes vulnérables. Selon mon mandat, je devais procéder à des consultations approfondies auprès des parties intéressées. Mon étude devait notamment comprendre un examen de la fréquence du recours à l'arbitrage pour trancher les litiges familiaux et successoraux, un exposé de la propension des parties à recourir aux tribunaux pour exécuter les sentences arbitrales et une évaluation de l'impact de l'arbitrage, le cas échéant, sur les femmes, les personnes âgées, les personnes handicapées, ou tout autre groupe vulnérable. Finalement, j'ai reçu le mandat de faire des recommandations, suite à mes consultations, pour répondre à certaines des préoccupations principales soulevées par l'arbitrage des litiges familiaux et successoraux en Ontario. (Voir l'annexe I)

En conséquence, j'ai donc cherché à rencontrer autant de personnes intéressées que possible. J'espérais ainsi examiner un large éventail de points de vue. Dans le cadre de mon étude, j'ai rencontré près de 50 groupes et j'ai parlé à un grand nombre d'individus, tant en personne qu'au téléphone. (Voir annexe II) De juillet à septembre 2004, j'ai rencontré des représentants d'un grand nombre d'organisations féminines dont des groupes d'immigrants et d'autres qui s'occupent de violence conjugale, des représentants et des organismes musulmans, juifs et chrétiens évangéliques, des représentants d'organismes juridiques, des avocats spécialisés en droit familial, des représentants d'organismes publics chargés de faire de la formation juridique, des universitaires, des chefs religieux et de simples citoyens. En outre, j'ai reçu d'innombrables lettres et propositions de citoyens préoccupés de l'ensemble de l'Ontario et d'ailleurs. J'ai pris soin de les lire attentivement. Le degré d'inquiétude suscité par l'utilisation des principes religieux pour arbitrer des causes de droits familial et successoral en Ontario, de même que l'attention accordée à cette question en Ontario, au Canada et partout sur la planète, n'ont fait que me convaincre du besoin de traiter cette question de manière entière et constructive. Le présent rapport est le fruit de tous les efforts que j'ai déployés afin d'atteindre cet objectif. Je suis profondément reconnaissante du temps, des efforts et du sérieux que m'ont accordés de si nombreuses personnes à qui je me suis adressées. Je tenterais de faire justice aux préoccupations qu'elles ont fait valoir, de même qu'au grand nombre de suggestions qu'elles ont formulées pour y faire face.

Je suis tout aussi reconnaissante de l'aide inestimable que m'ont apportée certains individus sans qui cette étude n'aurait pu être menée à terme. John Gregory, Juliette Nicolet, Anne Marie Predko, et d'autres membres du personnel du procureur général ont apporté leur expertise, leurs conseils et leurs sagesses sans réserve. Ils m'ont renseignée sur le droit de la famille et le droit successoral, sur les dispositions de la *Loi sur l'arbitrage* elle-même et sur son évolution. De plus, ils m'ont conseillé quant aux consultations qu'il était appropriées de mener auprès de la communauté juridique et quant aux moyens susceptibles de pallier à certaines des préoccupations sérieuses mises au jour tout au long de la présente étude. Shari Golberg, Payal Kapur, et d'autres collègues de la Direction générale de la condition

Introduction et plan du rapport

féminine de l'Ontario ont facilité les rencontres avec les groupes de femmes préoccupés. Elles ont offert leur expertise quant à des questions précises comme celle de la violence faite aux femmes et elles ont exprimé leurs perceptions à l'égard des besoins de formation publique et professionnelle quant aux questions de l'arbitrage et du droit de la famille. Bien que je sois profondément redevable à ces collègues de leur patience inébranlable, des défis redoutables qu'ils ont relevés et de leur travail acharné, je suis seule responsable du présent rapport et de quelque erreur ou omission qu'il pourrait contenir.

Plan du rapport

J'ai divisé le présent rapport en plusieurs sections, de manière à traiter adéquatement des diverses questions soulevées durant l'étude. La première section comprend l'introduction de même que le plan du rapport. La deuxième section traite de la *Loi sur l'arbitrage* elle-même, puisqu'il s'agit clairement d'un élément central de l'étude. En effet, il s'agit de la loi qui autorise le recours à l'arbitrage pour trancher les litiges privés. D'abord, je discuterai de l'historique de l'arbitrage en Ontario et de l'élaboration de la *Loi sur l'arbitrage* en tant que telle. Puis, cette deuxième section tracera les limites du processus d'arbitrage, énoncera les mesures de protection de base prévues dans la *Loi sur l'arbitrage* et expliquera les principes de base qui régissent l'arbitrage en Ontario. Finalement, cette section traitera des limites légales, procédurales et substantives du recours à l'arbitrage, soit notamment du contrôle judiciaire auquel sont soumises les sentences arbitrales.

Le présent rapport serait incomplet s'il n'y était pas question des droits familial et successoral en Ontario et au Canada. La section trois brossera ainsi un tableau d'ensemble de ces domaines. Tout d'abord, j'y explique le partage des responsabilités en matière de droit familial entre les gouvernements fédéral et provinciaux. Comme le préambule de la *Loi sur le droit de la famille* énonce clairement qu'il y a égalité des sexes lors du règlement d'une séparation, cette question mérite d'être traitée. Mais encore, le rapport se penchera sur les droits individuels au moment d'une séparation ou d'un divorce, sur la garde des enfants et les droits d'accès, sur la détermination du meilleur intérêt de l'enfant, sur l'enlèvement international d'enfants, sur la polygamie, sur les contrats familiaux conclus en vertu de la partie IV de la *Loi sur le droit de la famille* de même que sur le droit des successions applicable avec ou sans testament. Il est nécessaire de couvrir tous et chacun de ces sujets pour comprendre les implications de l'utilisation de principes religieux dans le cadre d'arbitrage en droits familial et successoral.

La quatrième section établira un compte rendu du large éventail d'opinions et de préoccupations exprimées par les groupes et les individus qui ont fait valoir leurs points de vue durant l'étude. Je résumerai les arguments présentés puisqu'il serait beaucoup trop long de fournir les versions intégrales des contributions de chaque participant dans le cadre d'un rapport comme celui-ci. Je regrouperai les présentations dans cette section en fonction de thèmes ou de préoccupations communes. Le rapport contiendra

Introduction et plan du rapport

également un examen des considérations constitutionnelles pertinentes découlant des soumissions de contributeurs.

Dans la cinquième section, je tenterais d'expliquer qu'elles sont les limites de la portée de la *Charte* et les considérations politiques relatives à la liberté de religion, des clauses relatives au multiculturalisme et à l'égalité puisque les participants à l'étude y ont fait référence. Je traiterai également de l'interprétation qu'en ont donnée les tribunaux et le gouvernement.

Pour bien comprendre le sujet, il est également nécessaire d'analyser en profondeur certaines des questions de fond mises au jour durant l'étude. Ces questions relèvent de l'essence même de ce que nous sommes comme société. Ainsi, la sixième section du rapport porte sur l'examen des sujets suivants :

- a) un survol historique du droit personnel fondé sur la religion;
- b) la notion de la séparation de l'église et de l'état, ce qu'elle signifie au Canada tant sur le plan légal que sur le plan social;
- c) le rôle potentiel et les impacts de la politique identitaire quant à ces questions;
- d) les tensions entre le multiculturalisme et les droits à l'égalité dont notamment les droits des individus au sein des minorités;
- e) le lien entre les priorités ontariennes en matière de politiques publiques quant à la violence faite aux femmes et aux enfants et l'utilisation de l'arbitrage privé pour traiter de questions de droit familial;
- f) l'impact potentiel de sentences arbitrales sur l'appauvrissement des femmes et des enfants;
- g) les questions d'accès à la justice inhérentes au droit de recourir à des processus judiciaires privés.

La septième section rapportera des suggestions concrètes de politiques et de réformes législatives et réglementaires formulées par des participants. De plus, j'y traite de la nécessité d'offrir de la formation au public quant aux questions soulevées par le présent rapport, au sein de groupes religieux et politiques spécifiques de même que dans la communauté en général. Je me penche sur les responsabilités qui devraient incomber au gouvernement et à divers groupes d'intérêts pour que les questions soient comprises et que les intérêts des personnes vulnérables soient adéquatement protégés.

La dernière section énoncera les recommandations à l'intention du Procureur général, Michael Bryant, et de la ministre déléguée à la Condition féminine, Sandra Pupatello, pour faire face aux difficultés soulevées par l'utilisation du processus d'arbitrage pour trancher les litiges en droits familial et successoral. Ces recommandations portent notamment sur des modifications législatives et réglementaires qui devraient être adoptées, de même que sur des mesures non législatives qui devraient être mises en place, tel l'accroissement de la formation juridique du public et des professionnels.

Introduction et plan du rapport

Un bref commentaire sur le style et l'orthographe s'impose sans doute. Bien que le texte du rapport respecte des règles d'orthographe et de style homogènes, plusieurs des documents soumis à l'étude ne le faisaient pas. Dans un effort pour que la voix de chacun des intervenants y soit reconnaissable, je n'ai modifié ni le style ni l'orthographe des citations extraites des documents qui ont été soumis. Je les ai plutôt laissées intactes.