

Section 4 : Résumé des consultations

Méthodologie

La phase de consultation de l'Étude a débuté à la fin de juin 2004 et s'est poursuivie jusqu'à la fin de septembre 2004. Même si le délai était court et que la démarche a eu lieu au cours de l'été, le groupe d'étude a reçu de nombreuses observations, tant verbalement que par écrit [voir l'annexe II]. Le personnel du ministère du Procureur général et de la Direction générale de la condition féminine de l'Ontario a fourni le nom de personnes-ressources chez les groupes d'intéressés et a organisé des rencontres avec les personnes qui ont manifesté le désir de participer à la consultation. De plus, j'ai eu accès à la correspondance et aux mémoires qui avaient été rédigés avant le début de la consultation ainsi qu'aux réponses fournies par les ministères. Lorsque les consultations ont été engagées, d'autres groupes ont communiqué avec moi et m'ont également fait part de leur désir de participer à la démarche.

Au fur et à mesure que la consultation se déroulait, un certain nombre de thèmes revenaient constamment au cours de la discussion. Compte tenu du volume d'observations et de la répétition de préoccupations similaires, j'ai décidé de résumer ces documents par thème en citant directement des extraits des uns et en paraphrasant des parties des autres. Lorsque des suggestions uniques ou particulières ont été formulées, elles sont incluses, de même que le nom de leurs auteurs. Cependant, dans bien des cas, les préoccupations formulées et les solutions proposées étaient tellement générales qu'elles n'ont pas été attribuées à une personne en particulier.

Thème : **Il n'y a pas lieu d'utiliser l'arbitrage pour trancher les questions relevant du droit de la famille**

Le groupe d'étude a entendu de nombreux intervenants s'opposer vivement à l'utilisation de l'arbitrage pour régler les différends relevant du droit de la famille. Jusqu'à ce que la question soit portée à l'attention du public par les déclarations de l'Institut islamique de justice civile, bon nombre de ces intervenants ignoraient que l'arbitrage était l'un des mécanismes de rechange disponibles pour régler les différends relevant du droit de la famille. Nombreux sont ceux qui avaient déjà exprimé des préoccupations au sujet de l'effet de la médiation sur les personnes vulnérables; de l'avis de certains, l'arbitrage est encore plus problématique, puisqu'il n'exige aucune supervision de la part des tribunaux pour lier les parties.

La contestation la plus directe est venue du Muslim Canadian Congress, organisation nationale qui [Traduction] « offre une voix aux musulmans progressistes qui ne sont pas représentés par une organisation existante ». En plus de s'opposer farouchement à l'arbitrage fondé sur les croyances religieuses, le Muslim Canadian Congress a vivement contesté, par l'entremise de son représentant juridique, Rocco Galati, la légalité de l'utilisation de la *Loi sur l'arbitrage* pour l'examen des différends d'ordre familial.

Résumé des consultations

Le Muslim Canadian Congress soutient ce qui suit :

1. La *Loi sur l'arbitrage* ne couvre pas les différends d'ordre familial tranchés en application de cette Loi. De plus, la *Loi sur le droit de la famille* et les autres textes législatifs concernant le droit de la famille constituent les seuls mécanismes permettant de trancher les différends relevant du droit de la famille et touchant les liens entre les conjoints et leurs enfants, y compris les questions relatives au patrimoine et à l'héritage. Nous sommes donc d'avis qu'aucune de ces questions ne peut être réglée par le mécanisme que prévoit la *Loi sur l'arbitrage*.
2. Si le gouvernement estime, comme cela semble être le cas, que la *Loi sur l'arbitrage* peut s'appliquer à ces questions, le MCC affirme que, dans cette mesure, la *Loi sur l'arbitrage* est inconstitutionnelle et est nulle et inopérante pour les raisons suivantes :
 - a. elle porte atteinte aux droits énoncés aux articles 2, 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* que la Cour suprême du Canada a reconnu relativement à tout traitement différentiel non précisé dans la *Loi constitutionnelle de 1867*;
 - b. elle va à l'encontre des normes constitutionnelles non écrites que la Cour suprême du Canada a énoncées dans le Renvoi sur la sécession du Québec, soit la règle de droit, le constitutionnalisme, le fédéralisme et le respect des minorités;
 - c. elle va même à l'encontre des droits à l'égalité de la citoyenneté qui sont reconnus en common law et que la Cour suprême du Canada a énoncés dans l'arrêt *Winner*;
 - d. elle va par ailleurs à l'encontre de l'ordre public en privatisant la fonction législative du Parlement, ce qui a été déclaré comme une mesure inconstitutionnelle, parce qu'elle équivaut à un abandon de cette fonction, comme la Cour suprême du Canada l'a dit dans *Re Gray* et répété dans *Hallett et Carey*.
 - i. Étant donné que cette Loi est en vigueur et que le gouvernement affirme que cette compétence législative et constitutionnelle existe, ce que le MCC nie avec véhémence, nous demandons, non seulement au nom des Canadiens musulmans, mais également pour tous les autres Canadiens qui défendent la règle de droit ainsi que le constitutionnalisme et l'égalité, que l'affaire soit soumise à la Cour d'appel de l'Ontario dans le cadre d'un renvoi conformément à l'article 8 de la *Loi sur*

Résumé des consultations

les tribunaux judiciaires, afin que la Cour d'appel tranche les questions suivantes :

- a) la question de savoir si la *Loi sur l'arbitrage* confère une juridiction autre que la juridiction découlant de la *Loi sur le droit de la famille* et d'autres lois connexes pour trancher les différends relatifs aux biens, aux enfants, aux successions et au patrimoine dans le contexte familial;
- b) la question de savoir si la *Loi sur l'arbitrage* est constitutionnelle, dans la mesure où elle confère cette juridiction⁹⁷.

L'Association nationale de la femme et du droit (ANFD), le Conseil canadien des femmes musulmanes (CCFM) et l'Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible du Canada ont également contesté ensemble la constitutionnalité de l'utilisation de la *Loi sur l'arbitrage* pour trancher les questions d'ordre familial, citant l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et soutenant qu'il est foncièrement discriminatoire de permettre l'application d'autres types de loi, comme les lois religieuses, plutôt que les règles de droit canadiennes :

[Traduction] ...il est nécessaire de faire un pas en arrière et de contester la loi habilitante, la *Loi sur l'arbitrage*... En effet, pour invoquer un droit reconnu par la *Charte*, il faut démontrer une forme d'intervention gouvernementale. L'argument juridique général serait l'absence de restrictions dans la *Loi sur l'arbitrage* qui permet l'utilisation de tout mécanisme juridique pour trancher les différends relevant du droit de la famille, ce qui est discriminatoire à l'endroit des femmes.

La *Loi sur l'arbitrage* ne fait aucune distinction directe entre les personnes. C'est une loi que tout adulte peut invoquer. À ce stade de l'évaluation fondée sur l'article 15, l'argument est le fait que la loi a des incidences différentes sur les femmes parce qu'elle ne prévoit aucune limite explicite quant au type de règle de droit civil qu'elle couvre. Plus précisément, la Loi permet l'utilisation de l'arbitrage pour les différends relevant du droit de la famille, ce qui risque de léser les femmes, en raison de la possibilité que tout mécanisme soit employé à cette fin, même les mécanismes qui n'intègrent aucun principe d'égalité ou critère fondé sur la *Loi sur le droit de la famille* ou la *Loi sur le divorce*⁹⁸.

⁹⁷ Soumission, Muslim Canadian Congress (26 août 2004).

⁹⁸ Soumission, l'Association nationale de la femme et du droit, Conseil canadien des femmes musulmanes et Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible du Canada, Natasha Bakht, « Family Arbitration Using Sharia Law : Examining Ontario's Arbitration Act and its impact on women » (13 septembre 2004).

Résumé des consultations

Le Conseil national des femmes du Canada (CNFC) a adopté une longue résolution réprouvant l'utilisation de l'arbitrage pour trancher les questions d'ordre familial; voici une partie de cette résolution :

[Traduction] Que le Conseil national des femmes du Canada (CNFC) adopte la politique suivante :

- a) que l'égalité des femmes, qui est inscrite dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, soit respectée en droit de la famille;
- b) que l'arbitrage avec sentence obligatoire soit rejeté pour les différends relevant du droit de la famille;
- c) qu'il ne soit pas permis d'utiliser de systèmes de rechange pour trancher les différends relevant du droit de la famille de manière à compromettre les droits des femmes et des enfants qui existent en vertu des règles de droit fédérales, provinciales et territoriales;
- d) qu'il ne soit pas permis d'invoquer la nécessité d'économiser les ressources judiciaires de manière à compromettre les droits des femmes et des enfants⁹⁹.

Dans cette même résolution, le CNFC prie instamment le gouvernement du Canada et les provinces d'adopter la même position politique.

Depuis plusieurs années, l'ANFD exprime son inquiétude devant le déséquilibre des forces entre les hommes et les femmes, notamment dans les cas où il y a violence conjugale, et soutient que, dans ce contexte, l'utilisation de mécanismes de règlement extrajudiciaire des différends risque de compromettre les droits à l'égalité des femmes. Dans son mémoire, l'Association souligne que le problème est encore plus inquiétant lorsque des questions relevant du droit de la famille sont tranchées par voie d'arbitrage :

[Traduction] L'arbitrage est différent de la médiation en ce que les parties conviennent qu'une tierce personne tranche le différend qui les oppose de façon semblable à celle que le juge adopterait... Une sentence arbitrale peut être déposée auprès d'un tribunal et exécutée de la même manière qu'une ordonnance judiciaire. Le dépôt d'une ordonnance d'arbitrage auprès d'un tribunal n'est pas obligatoire ni n'indique que le tribunal surveille nécessairement l'exécution d'une sentence arbitrale. Il signifie simplement qu'une partie à l'entente d'arbitrage peut demander l'exécution forcée de la sentence de l'arbitre si une autre partie ne se conforme pas à celle-ci. Une fois qu'une entente d'arbitrage est signée, les parties ne peuvent décider de se soustraire à l'arbitrage. Cette situation peut devenir particulièrement problématique lorsqu'une entente

⁹⁹ Conseil national des femmes du Canada, « Protecting Family Law Resolution 04.01EI (2004) », en ligne : <http://www.nwfc.ca/pdf/policies_2004.pdf>.

Résumé des consultations

d'arbitrage est signée à la date du mariage, mais que l'arbitrage lui-même a lieu des années plus tard, alors qu'une des deux parties a changé d'avis et ne veut plus soumettre le différend à l'arbitrage¹⁰⁰.

Tant l'ANFD que le Conseil canadien des femmes musulmanes (CCFM) soutiennent que l'Ontario devrait suivre l'exemple du Québec et interdire que l'arbitrage soit utilisé comme mode de règlement des litiges relevant du droit de la famille. Le *Code civil* prévoit ce qui suit :

Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public¹⁰¹.

Dans son mémoire, le CCFM a lui aussi demandé à l'Ontario de suivre l'exemple du Québec et de supprimer l'option d'utiliser la *Loi sur l'arbitrage* dans les affaires relevant du droit de la famille¹⁰².

Fait intéressant à souligner, le *Code de procédure civile du Québec* exige la médiation dans les cas portant sur le droit de la famille, alors que l'ANFD et la plupart des groupes de femmes concernés s'opposent à cette politique, parce qu'en raison du déséquilibre des forces entre les hommes et les femmes, la médiation risque non seulement de provoquer des inégalités, mais également de mettre les femmes en danger dans les cas de violence familiale. Selon ces groupes, malgré ce problème, les règlements découlant de la médiation sont supervisés par la cour et seraient donc assujettis à une certaine forme de contrôle.

Il est certain que les tribunaux rabbiniques ou Beit Din sont appelés à arbitrer les différends en matière familiale au Québec; cependant, il semblerait que les sentences arbitrales puissent être considérées comme des documents consultatifs, au même titre que les accords de séparation, et doivent être confirmées par la cour pour avoir un caractère exécutoire.

La « privatisation » des différends de nature familiale en Ontario et au Canada a été déplorée dans de nombreux mémoires. Les mécanismes de règlement extrajudiciaire des différends auraient pour effet de retirer les affaires familiales de la scène publique, où ils sont assujettis aux impératifs et aux mesures de contrôle découlant de l'ordre public. Selon Gaétanne Pharand, présidente de l'Action ontarienne contre la violence faite aux femmes,

¹⁰⁰ Soumission, l'Association nationale de la femme et du droit, Conseil canadien des femmes musulmanes et Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible du Canada, Natasha Bakht, « Family Arbitration Using Sharia Law : Examining Ontario's Arbitration Act and its impact on women » (13 septembre 2004).

¹⁰¹ *Code civil du Québec*, art. 2639.

¹⁰² Soumission, Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

Résumé des consultations

Contrairement aux lois en vigueur qui pourraient faire l'objet de réformes ou modifications grâce à la jurisprudence, on ne pourrait avoir d'emprise sur les vicissitudes des décisions prises en arbitrage, puisque celles-ci font partie d'un processus privé. Les lois canadiennes n'étant pas toujours sans failles dans leur élaboration ou leur application, le public dispose au moins d'un recours puisqu'il s'agit d'un processus public. L'utilisation des processus alternatifs dans les cas de garde légale ou de séparation des biens matrimoniaux constitue une privatisation du droit de la famille qui remet en question les principes mêmes de justice.

L'ANFD donne d'autres précisions dans son mémoire :

[Traduction] Il est possible de formuler un argument général au sujet des répercussions de la privatisation du droit de la famille sur les femmes. Effectivement, de nombreux chercheurs ont décrié les risques découlant de l'attitude de l'État qui nie toute responsabilité de sa part relativement aux questions d'ordre « privé ».

L'idéologie de la dichotomie entre les secteurs public et privé permet au gouvernement de se décharger de toute *responsabilité* dans les situations relevant du secteur « privé » et de *dépolitiser* les inconvénients que subiront inévitablement certaines personnes du fait de cette dichotomie¹⁰³.

Certains avocats qui agissent régulièrement en qualité d'arbitres et favorisent le maintien du recours à l'arbitrage en droit de la famille ont néanmoins exprimé des préoccupations. Ainsi, Alfred Mamo, avocat de London, s'est exprimé comme suit :

[Traduction] Une des grandes lacunes de l'arbitrage est le fait que la procédure suivie ne doit pas nécessairement respecter le concept traditionnel de la justice ouverte, qui assure un résultat juste par la transparence, le contrôle public et l'obligation de rendre compte. En raison de ce manque d'ouverture, des personnes vulnérables pourraient facilement être entraînées dans une démarche qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale sur le plan de la forme ou du fond. Eu égard à la nature privée de la procédure, surtout lorsque la décision de l'arbitre ne peut être portée en appel, la forme et le fond échappent à tout contrôle¹⁰⁴.

¹⁰³ Lacey dans Susan Boyd, ed. *Challenging the Public/Private Divide: Feminism, Law and Public Policy*. Toronto, University of Toronto Press, 1997 à la p. 3 dans soumission, l'Association nationale de la femme et du droit, Conseil canadien des femmes musulmanes et Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible du Canada, Natasha Bakht, « Family Arbitration Using Sharia Law : Examining Ontario's Arbitration Act and its impact on women » (13 septembre 2004).

¹⁰⁴ Soumission, Alfred Mamo (16 septembre 2004).

Résumé des consultations

Pour sa part, A. Burke Doran, un autre avocat qui siège régulièrement dans des affaires d'arbitrage, avait également des réserves à formuler au sujet du bien-fondé de ce mécanisme dans certaines situations familiales :

[Traduction] Il est probable que la démarche sera totalement insatisfaisante si l'une des parties est de mauvaise foi ou qu'elle veut retarder le déroulement de l'affaire ou utiliser la procédure à son profit; en pareil cas, il est plus avantageux de recourir au système judiciaire formel traditionnel. De plus, il arrive souvent qu'une affaire nécessitant sept jours pour la présentation de la preuve piétine pendant des mois en raison des conflits d'horaire des autres avocats. Dans le système judiciaire traditionnel, le juge entend l'affaire jusqu'à la fin et les avocats doivent tout simplement être là pendant l'audience. En théorie, cette procédure pourrait être suivie pendant l'arbitrage, mais l'arbitre est habituellement réticent à imposer des règles strictes aux avocats et aux parties. Dans la même veine, les arbitres ont tendance à être très patients alors que cette attitude a parfois pour effet de prolonger la cause¹⁰⁵.

Thème : L'arbitrage devrait continuer à être utilisé en droit de la famille

Le gouvernement soutient que l'arbitrage des différends relevant du droit de la famille est autorisé en vertu de la *Loi sur l'arbitrage*, comme c'est le cas pour toute autre question pour laquelle l'arbitrage n'est pas interdit pour des raisons liées à la compétence (comme la compétence fédérale sur les actes criminels ou le divorce) ou en vertu d'une loi (comme la législation ontarienne en matière de travail). Il est indéniable que les modifications apportées à la *Loi sur l'arbitrage* au début des années 1990 visaient notamment à favoriser l'utilisation de mécanismes de règlement extrajudiciaire des différends comme la médiation et l'arbitrage, afin d'élargir l'éventail de recours disponibles et l'accès à la justice pour les parties opposées dans les litiges relevant du droit de la famille et de diminuer les arriérés de causes qui avaient pour effet de prolonger et d'exacerber les conflits. Étant donné que la procédure d'arbitrage était privée et que bon nombre de personnes la choisissaient afin d'éviter que leurs conflits personnels ne soient portés à l'attention du public, aucun mécanisme visant à contrôler ou à surveiller l'utilisation de l'arbitrage pour ces questions n'a été mis sur pied. En conséquence, il a été très difficile pour le groupe d'étude de déterminer la mesure dans laquelle l'arbitrage est utilisé pour trancher ces différends. Nous avons dû nous fonder sur les comptes rendus d'avocats et d'arbitres qui ont bien voulu nous faire part de certains renseignements à ce sujet.

Il appert nettement de nos consultations que l'arbitrage est plus fréquent dans certaines régions que d'autres, notamment à Toronto, où les horaires chargés des tribunaux font de l'arbitrage une solution de rechange permettant de régler plus rapidement les litiges. Cependant, nous avons également constaté que l'arbitrage est utilisé un peu partout dans la province en matière familiale. Il semble que la disponibilité d'arbitres considérés comme des spécialistes représente le facteur le plus important qui détermine l'ampleur

¹⁰⁵ Soumission, A. Burke Doran (22 septembre 2004).

Résumé des consultations

de l'utilisation de l'arbitrage, suivi de près par l'acceptation du règlement extrajudiciaire des différends par la collectivité juridique locale.

Des avocats auxquels nous nous sommes adressés, ceux qui oeuvrent en droit de la famille ont signalé des degrés variés de confiance à l'endroit des mécanismes de règlement extrajudiciaire des différends. Certains avocats, notamment ceux qui représentent des clients vulnérables, continuent à être sceptiques au sujet de la médiation et de la tendance de quelques médiateurs n'ayant aucune formation juridique à encourager les clients à signer des ententes de médiation sans d'abord obtenir un avis juridique indépendant. Certains avocats oeuvrant en droit de la famille sont tellement enthousiastes au sujet des mécanismes RED qu'ils ont commencé à faire du droit exercé en collaboration, c'est-à-dire qu'ils travaillent en étroite coopération avec leur client et la partie adverse ainsi que l'avocat de celle-ci afin de tenter de trouver des solutions sans passer par les cours de justice. D'autres avocats encouragent l'utilisation de la médiation, pourvu que les questions qui ne peuvent être résolues soient soumises à l'arbitrage, parfois devant la même personne agissant en qualité d'arbitre, lorsque l'entente d'arbitrage le prévoit. Un certain nombre d'avocats spécialisés en droit de la famille offrent eux-mêmes des services de médiation et d'arbitrage.

Le groupe d'étude a également consulté un certain nombre de personnes et de groupes qui offrent actuellement des services de médiation et d'arbitrage et qui appuient vivement le maintien de la possibilité de trancher par arbitrage les litiges relevant du droit de la famille. D'après les personnes et organismes qui ont bien voulu fournir des statistiques au groupe d'étude, le nombre d'arbitrages dirigés par chacun au cours d'une année variait de six à soixante, la moyenne se situant entre trente et trente-cinq. Nous savons que très peu de règlements découlant de l'arbitrage sont soumis aux tribunaux. Une seule personne interrogée a souligné qu'une de ses décisions avait été révisée par une cour de justice; dans deux cas, la partie ayant porté la décision devant la Cour a soutenu que celle-ci était entachée d'une erreur de droit et, dans un cas comme dans l'autre, la demande de contrôle a été rejetée. Un examen des décisions judiciaires pertinentes confirme l'affirmation de ces arbitres et avocats selon laquelle ces décisions semblent être acceptées par les deux parties dans la plupart des cas, même par les parties qui ne gagnent pas. De plus, l'exécution des décisions rendues par l'arbitre semble moins souvent nécessaire que dans le cas des décisions judiciaires elles-mêmes. D'après les personnes que nous avons interrogées, ce résultat s'explique probablement par le fait que les clients ont l'impression de contrôler la procédure jusqu'à un certain point, d'avoir leur mot à dire sur le choix de la personne qui jugera l'affaire et de participer dans une certaine mesure à la détermination des résultats.

Plusieurs raisons expliquent que l'arbitrage soit devenu un mécanisme fréquemment utilisé par plusieurs avocats, voire la solution qu'ils privilégient. Alfred Mamo a exprimé le point de vue de plusieurs personnes interrogées lorsqu'il a formulé les remarques suivantes :

[Traduction] Dans l'ensemble, je crois que l'augmentation du nombre d'arbitrages en droit de la famille découle directement du fait que l'appareil

Résumé des consultations

judiciaire public ne réussit pas à répondre aux besoins des consommateurs, qu'il y ait ou non une cour de la famille unifiée dans la juridiction concernée. La vision du gouvernement et du barreau quant à l'existence d'une cour unifiée globale au sein de laquelle les juges appliqueraient un système de gestion des instances bien articulé au profit des familles concernées a été diluée et continuée à l'être.

Ma préoccupation est que nous assistons à l'heure actuelle à la naissance d'un système de justice à deux vitesses : ceux qui peuvent, essentiellement, se permettre de choisir et d'engager leur propre juge pour trancher leur cause créent leur propre système privé, tandis que les autres se morfondent dans le système public. Le phénomène est aggravé par l'augmentation du nombre de parties qui se représentent elles-mêmes, ce qui ralentit le traitement de l'ensemble des litiges et donne aux avocats et aux parties encore plus de raisons de tourner le dos au système traditionnel¹⁰⁶.

Au cours d'une consultation menée auprès de représentants de la Section du droit de la famille de l'Association du Barreau de l'Ontario et de l'Advocates Society, le groupe d'étude s'est fait dire que le retrait de l'option d'arbitrage [Traduction] « serait une catastrophe et nous ferait reculer de trente ans en droit de la famille ». Lors de la consultation menée auprès du Barreau du Haut-Canada, un avocat a souligné que, dans le cadre de l'arbitrage, les parties peuvent, sur les conseils de leurs avocats, choisir un arbitre qui est un expert en droit de la famille tandis que, lorsqu'elles optent pour le système judiciaire traditionnel, elles doivent comparaître devant le juge qui leur est attribué, que ce juge soit spécialisé ou non en la matière. Un point de vue semblable a été exprimé par l'avocat bien connu en droit de la famille, Philip Epstein, qui offre également des services de médiation et d'arbitrage :

[Traduction] Cette démarche est très avantageuse pour les deux parties. D'abord et avant tout, les clients sont convaincus qu'ils obtiennent les services de spécialistes qui ne sont pas toujours disponibles dans le système judiciaire traditionnel. En effet, les juges qui siègent dans les divisions de la famille ne sont pas toujours les mêmes et ne sont pas toujours des spécialistes. En choisissant comme arbitre un spécialiste du droit de la famille qui enseigne constamment dans ce domaine, ils obtiennent les services d'une personne qui est au courant des derniers développements en la matière et qui peut ainsi proposer la solution la plus moderne qui soit à leurs problèmes. Étant donné que je suis également avocat dans ce domaine et qu'il m'arrive fréquemment d'élaborer des règlements à l'amiable pour mes clients, ceux-ci bénéficient de solutions créatives à cet égard. Ces solutions ne pourraient être conçues par une cour de justice traditionnelle.

¹⁰⁶ Soumission, Alfred Mamo (16 septembre 2004).

Résumé des consultations

Les parties aiment savoir que l'affaire débutera et se poursuivra à une date et une heure précises. Il n'y a aucun risque que la cour perde le dossier et les parties ont toutes les raisons de croire que l'affaire se terminera à la date initialement prévue, ce qui est habituellement le cas. Les avocats sont en mesure de fixer les rencontres aux moments qui leur conviennent et ne perdent pas de temps à attendre à l'extérieur de la salle d'audience; de plus, les clients obtiennent un règlement dans des délais très précis. Même si le coût de la médiation est parfois élevé, il est partagé dans presque tous les cas et est souvent nettement inférieur à celui de l'instance judiciaire¹⁰⁷.

Pour sa part, le représentant de l'Advocate's Society a déclaré que les frais de l'arbitrage sont inférieurs à ceux de la procédure judiciaire [Traduction] « dans tous les cas » et déplore que, lorsque l'instance judiciaire est terminée, bon nombre de clients ont utilisé les ressources familiales à un point tel qu'il reste peu de biens à partager. Il n'est pas étonnant que tous les avocats consultés recommandent au législateur d'obliger les parties concernées à obtenir un avis juridique indépendant avant de procéder à l'arbitrage, reconnaissant toutefois que l'accès restreint à l'aide juridique peut empêcher certains clients qui tireraient profit de l'arbitrage de participer à cette démarche. Tous les avocats qui ont été interrogés ont souligné l'importance d'une entente écrite signée devant témoin lors du différend, laquelle entente fait état des questions à trancher à l'arbitrage, comporte le cas échéant une clause de renonciation aux droits et précise si l'arbitre peut également agir en qualité de médiateur, dans les cas opportuns. Tous les arbitres consultés qui sont avocats et bon nombre de ceux qui ne le sont pas rendent des décisions écrites motivées dans le délai prévu dans l'entente d'arbitrage.

Le groupe d'étude a reçu un mémoire de Fathers Are Capable Too (FACT), qui est un groupe de soutien et de défense des personnes aux prises avec un divorce et qui cherche à promouvoir l'égalité ainsi que des résultats positifs pour les enfants et la famille lors de la rupture de l'union. Ce groupe préconise le recours élargi à la médiation et à l'arbitrage dans les affaires relevant du droit de la famille afin de réduire le stress et l'instabilité causés par la séparation. Voici comment le groupe s'exprime dans son mémoire :

[Traduction] Le système judiciaire traditionnel n'offre pas de mécanisme non accusatoire; bien au contraire, il génère du stress et de l'adversité. Les affaires qui ont été portées devant les tribunaux en raison d'un système qui favorise ou nécessite l'intervention de ceux-ci sont traitées principalement lors d'audiences tenues devant un juge des requêtes. Or, au cours de ces audiences, des personnes autres que des spécialistes et des parents viennent exposer leurs arguments et, moins de vingt minutes après ces exposés, le juge impose aux enfants une décision qui demeurera en vigueur pendant des décennies. Ces tribunaux de la famille constituent un environnement néfaste pour les enfants et les parents.

¹⁰⁷ Soumission, Philip Epstein (21 septembre 2004).

Résumé des consultations

Dans la majeure partie des cas, les juges des requêtes ne tiennent pas compte de la situation ou des besoins particuliers des enfants et, souvent, ils ne peuvent le faire. Les lacunes de la législation en vigueur et de la jurisprudence empêchent l'adoption de solutions efficaces dans le système judiciaire traditionnel¹⁰⁸.

FACT indique également dans son mémoire que le système judiciaire actuel n'incite pas les familles à participer à l'élaboration des solutions; [Traduction] « ce sont plutôt les avocats, les juges, les bureaucrates et les « spécialistes » qui cherchent à imposer leurs propres normes culturelles aux différentes familles du Canada »¹⁰⁹. En conséquence, le groupe demande l'expansion des mécanismes de règlement extrajudiciaire des différends.

[Traduction] À cette fin, il est évident qu'il est important de mettre en place d'autres formes de règlement des différends qui ne font pas appel aux tribunaux et qu'il est impérieux de reconnaître que ces autres mécanismes ne nuisent pas aux enfants ou aux parents, au contraire. Les mécanismes de règlement des différends qui offrent un élément de soutien communautaire axé sur la guérison permettent de plus en plus d'atténuer les préjudices dont souffrent les enfants et les parents par suite du divorce¹¹⁰.

FACT s'oppose à ce que les personnes concernées soient tenues d'obtenir un avis juridique indépendant, soutenant que la participation d'avocats au mécanisme de règlement extrajudiciaire annule les avantages de l'arbitrage. Le groupe souhaiterait également une diminution des motifs pouvant être invoqués au soutien du contrôle judiciaire; plus précisément, il préconise l'absence de contrôle judiciaire fondé sur l'article 56 de la *Loi sur le droit de la famille*.

[Traduction] L'article 56 de la *Loi sur le droit de la famille* permet aux tribunaux d'intervenir et de modifier les parties de l'entente d'arbitrage qui concernent le revenu, la garde, la résidence et l'accès. L'article 56 ne permet pas de calculer à nouveau le partage des biens convenu dans cette même entente... Un rejet inéquitable des conditions de l'arbitrage crée de l'injustice, favorise l'opportunisme et empêche les parties d'en arriver à un accord dans un contexte non conflictuel¹¹¹.

De l'avis de FACT, l'interaction entre la *Loi sur l'arbitrage* et la *Loi sur le droit de la famille*

¹⁰⁸ Soumission, Fathers Are Capable Too, « Parenting Association, The Arbitration Act and Family Law » (3 septembre 2004).

¹⁰⁹ Soumission, Fathers Are Capable Too, « Parenting Association, The Arbitration Act and Family Law » (3 septembre 2004).

¹¹⁰ Soumission, Fathers Are Capable Too, « Parenting Association, The Arbitration Act and Family Law » (3 septembre 2004).

¹¹¹ Soumission, Fathers Are Capable Too, « Parenting Association, The Arbitration Act and Family Law » (3 septembre 2004).

Résumé des consultations

...doit être corrigée. En bout de ligne, deux solutions existent : le législateur pourrait modifier la *Loi sur l'arbitrage* de façon que celle-ci ne couvre plus les questions relevant du droit de la famille, ce qui éliminerait une autre option raisonnable permettant d'obtenir des résultats plus positifs pour les enfants et les familles et forcerait chaque famille à s'enfoncer dans le borbier que représente le système judiciaire, à un prix très élevé aux plans financier et social. Alternativement, il y a lieu de promouvoir une acceptation positive de l'arbitrage et d'empêcher l'annulation facile de la solution découlant du recours à ce mécanisme, afin que les enfants et les parents aient accès à des solutions de nature communautaire qui donnent des résultats beaucoup plus intéressants pour eux¹¹².

Afin de résumer le point de vue des personnes qui appuient l'utilisation de l'arbitrage pour les causes familiales, je cite à nouveau le mémoire de Phil Epstein :

[Traduction] À mon avis, interdire aux parties de soumettre à l'arbitrage leurs différends relevant du droit de la famille en Ontario serait une grave erreur. Le recours à l'arbitrage est beaucoup plus fréquent aujourd'hui et, conjugué à la médiation, il représente un outil très utile pour réduire les conflits et encourager un règlement plus rapide et moins coûteux. L'élimination de cet instrument causerait un tort considérable à la population. Je ne formule pas ces propos parce que je suis intéressé, puisque les parties continueront toujours à recourir à la médiation et que j'ai beaucoup plus de travail dans ce domaine que je ne pourrai jamais en accepter. Je formule cette affirmation simplement parce que je suis convaincu que l'arbitrage représente une solution très efficace et très avantageuse pour les parties au plan des coûts. Les cours de justice seront toujours disponibles pour les personnes qui ne souhaitent pas utiliser ce mécanisme, mais l'arbitrage deviendra plus populaire au fur et à mesure que les parties seront mieux informées à ce sujet. De plus, l'arbitrage est une démarche confidentielle, comparativement à l'instance judiciaire, ce qui représente un autre avantage majeur, puisque bon nombre de parties veulent éviter que leurs problèmes soient portés à la connaissance du public¹¹³.

Thème : L'arbitrage ne devrait pas être fondé sur les lois religieuses, notamment la loi personnelle islamique

Les personnes religieuses qui croient devoir suivre les enseignements de leur foi se trouvent souvent aux prises avec un dilemme lorsque les lois civiles d'un pays ne traduisent pas les principes et pratiques de leurs convictions religieuses. La loi religieuse permet de déterminer quelles sont les personnes qui sont considérées comme des membres à part entière de la communauté religieuse. Ceux qui ne se conforment pas à la loi religieuse sont souvent victimes d'ostracisme et perdent le droit

¹¹² Soumission, Fathers Are Capable Too, « Parenting Association, The Arbitration Act and Family Law» (3 septembre 2004).

¹¹³ Soumission, Philip Epstein (21 septembre 2004).

Résumé des consultations

de poursuivre leurs pratiques religieuses au sein de la collectivité, lorsqu'ils ne sont pas entièrement répudiés par celle-ci. Différentes communautés religieuses ont mis en place des mécanismes permettant de trancher ces questions et les conséquences découlant des contraventions aux lois religieuses varient sensiblement d'une communauté à l'autre. Selon la plupart des traditions religieuses, les lois religieuses qui touchent le plus la vie des personnes sont celles qui concernent des questions comme le mariage, le divorce, le partage des biens, les aliments en cas de rupture du mariage, la garde et les droits de visite des enfants et l'héritage, que nous avons le plus souvent tendance à regrouper dans les règles régissant le droit de la famille ou des personnes. Un survol de certaines lois religieuses peut être utile dans ce contexte.

L'Église catholique romaine ne reconnaît pas le divorce et considère le mariage comme un sacrement qui nécessite un engagement pour la vie de la part des conjoints. Pendant de nombreuses années, l'Église catholique s'est servie de son influence politique considérable pour s'opposer à la libéralisation du divorce au Canada et ailleurs. Le catholique qui divorce conformément aux lois civiles et désire ensuite se remarier et continuer à faire partie de l'Église ne peut le faire que s'il obtient une annulation selon le droit canon. Une fois que le divorce civil a été obtenu, la partie qui sollicite l'annulation présente une demande à un tribunal matrimonial, dont le rôle consiste à annuler les mariages conformément au droit canon. Les tribunaux matrimoniaux de l'Église catholique n'examinent pas les questions liées à la garde, à l'accès, aux aliments ou au partage des biens, lesquelles doivent être tranchées par la procédure civile, parce que le droit canon n'autorise pas les tribunaux à statuer sur ces questions. Lorsqu'un catholique se remarie sans avoir obtenu l'annulation de son premier mariage, l'Église considère le mariage nul et non avenue et la personne n'a pas le droit de communier. Le statut des enfants du mariage peut être touché, notamment lorsque les parents désirent que les enfants reçoivent leur éducation dans le système des écoles catholiques ou qu'ils se marient au sein de l'Église. [Traduction] « Les décisions du tribunal matrimonial de l'Église catholique n'ont jamais été contestées devant des tribunaux laïques et les participants ne se prévalent pas des dispositions de la législation en matière d'arbitrage »¹¹⁴.

Dans l'Église anglicane du Canada, une personne divorcée qui désire se remarier à l'intérieur de l'Église doit en faire la demande à l'évêque de son diocèse local. L'évêque peut soumettre la demande à une [Traduction] « commission matrimoniale » qui se réunit dans chaque diocèse. Dans certains cas, la commission matrimoniale peut examiner la conduite du requérant envers l'ex-conjoint et les enfants du mariage, notamment la constance avec laquelle il a subvenu à leurs besoins, avant de donner son avis à l'évêque. Il s'ensuit que l'Église tient compte de la capacité de la personne de se conformer à ses obligations lorsqu'elle décide si le remariage au sein de l'Église est approprié ou non. Si le remariage n'est pas jugé approprié, la personne devra se marier devant une autorité civile ou dans une autre église qui n'applique pas ces restrictions. L'Église anglicane n'annule pas les mariages ni n'examine les questions liées au partage des biens, aux aliments ou à la garde qui se posent à la rupture de l'union; ces questions sont tranchées par les cours de justice. Encore là, à l'instar de

¹¹⁴ John Syrtash, « Alternative Cultural Dispute Resolution », [non publié] (31 août 2004) aux p. 6 et 7.

Résumé des consultations

l'Église catholique, il ne semble pas que l'Église anglicane rende des décisions sur des litiges fondés sur la *Loi sur l'arbitrage*¹¹⁵.

La loi juive, la *halakhah*, comporte des règles exhaustives régissant le mariage et la rupture du mariage.

[Traduction] Le divorce est une affaire relativement simple dans la tradition judaïque. En cas d'échec du mariage, quelle qu'en soit la raison, il existe un moyen de mettre un terme à la relation contractuelle. En s'inspirant de plusieurs citations bibliques, les sages ont conçu une procédure permettant de libérer les conjoints. Le divorce vise à permettre à ceux-ci de se trouver un nouveau partenaire. Chez les Juifs, le divorce est une solution regrettable, mais acceptable en cas d'échec du mariage... Lorsqu'un mariage ne fonctionne pas, qu'il ne comble pas les attentes du couple ou ne répond pas aux idéaux du judaïsme, la procédure permet d'y mettre fin. Le divorce est une triste nécessité : ceux qui ont recours à cette solution ne sont pas blâmés et aucun péché ne leur est imputé. Le divorce permet (or : laisse les ex-conjoints libres) aux ex-conjoints de recommencer¹¹⁶.

Selon la croyance juive, les deux parties doivent consentir volontairement au divorce; l'homme doit donner le *guèt*, soit le nom donné au document et à la procédure, et la femme le reçoit. La procédure n'est pas de nature accusatoire. Lorsque les Juifs se marient, ils signent un contrat, appelé *kétouba*, qui prévoit le paiement d'aliments aux femmes veuves ou divorcées. Lorsqu'un *guèt* est donné et reçu, la *kétouba* est révoquée. La femme qui ne reçoit pas le *guèt* devient une *agunah* et ne peut se marier dans le cadre d'une cérémonie juive religieuse. Si elle se remarie malgré tout sans le *guèt*, les enfants qui naîtront de la nouvelle union seront considérés comme des enfants illégitimes (*manzerim*) : ils ne seront pas autorisés à participer aux cérémonies religieuses, à épouser une personne juive ou à bénéficier de la citoyenneté complète en Israël.

[Traduction] Le divorce juif est prononcé par un tribunal juif appelé Beth Din et composé habituellement de trois rabbins, dont l'un d'eux est spécialiste en matière de divorce. **Le divorce civil ne suffit pas selon la loi juive.** L'obligation relative au GUËT concerne les Juifs orthodoxes et conservateurs. Chez les Juifs réformistes, le divorce civil suffit dans la plupart des cas. Cependant, l'obligation relative au GUËT s'applique dans l'ensemble de l'État d'Israël et les parties qui n'ont pas de GUËT ne pourront habituellement pas contracter un nouveau mariage en Israël. Par conséquent, de nombreux Juifs sont touchés directement ou indirectement par ces règles¹¹⁷.

¹¹⁵ John Syrtash, « Alternative Cultural Dispute Resolution », [non publié] (31 août 2004) à la p. 7.

¹¹⁶ Norma Baumel Joseph, Evelyn Beker Brook, Marilyn Bicher, « Untying the Bonds Jewish Divorce: A GET Education Video and Guidebook » The Coalition of Jewish Women for the Get, 1997 à la p. 5.

¹¹⁷ Norma Baumel Joseph, Evelyn Beker Brook, Marilyn Bicher, « Untying the Bonds Jewish Divorce: A GET Education Video and Guidebook » The Coalition of Jewish Women for the Get, 1997 à la p. 4.

Résumé des consultations

John Syrtash cite une étude menée par Harvey J. Kirsh, avocat de Toronto :

[Traduction] Dans son étude, Kirsh démontre également « qu'il n'existe aucune autorité religieuse centrale dans le judaïsme », aucun dignitaire ecclésiastique qui exerce une compétence universelle : « Le plus souvent, les congrégations locales sont indépendantes les unes des autres. L'élément qui relie la grande majorité des congrégations et en favorise l'uniformité, c'est l'autorité reconnue de la loi traditionnelle. Les trois grandes sources de la loi juive sont la *Torah*, la *Mishna* et la *Gemara*. Le Talmud est essentiellement une compilation des lois et traditions qui sont nées de la *Torah*. Les lois de la *Torah* étaient plutôt des énoncés et les rabbins devaient souvent les interpréter »¹¹⁸.

En Ontario, le tribunal juif est connu sous le nom de Beis Din. Dans la grande majorité des cas, suivant les traditions du judaïsme orthodoxe, conservateur et libéral, les parties se présentent au Beis Din uniquement pour donner et recevoir le *guêt*. Toutefois, dans environ trente cas par année, le Beis Din examine toutes les questions liées à la rupture du mariage, comme les aliments, le partage des biens, la garde et le droit de visite. Dans ces situations, il invoque la *Loi sur l'arbitrage* pour assurer l'exécution de ses décisions.

Étant donné que la proposition de l'Institut islamique de justice civile a déclenché la présente étude et qu'il appert nettement de bon nombre des réponses que le groupe d'étude a reçues que le grand public est moins renseigné sur lois religieuses musulmanes que sur celles des Juifs ou des chrétiens, je présente ci-après des renseignements plus détaillés au sujet des lois religieuses musulmanes que ceux que j'ai donnés sur les autres types de religion. Les communautés juives, chrétiennes et musulmanes sont toutes issues de la tradition d'Abraham et se fondent sur leurs textes sacrés pour indiquer aux croyants comment répondre aux attentes d'un seul Dieu tout-puissant. Les musulmans reconnaissent Abraham, Moïse et Jésus comme les prophètes du seul Dieu.

Pour les musulmans, le Coran représente la parole qu'Allah a révélée à son dernier prophète, Mahomet, et énonce les exigences juridiques, spirituelles et théologiques d'Allah. Le Coran est complété par la *sounnah* du Prophète, par les jugements, attitudes et paroles de Mahomet, qui ont été consignés lors du décès du Prophète ou peu de temps après par ses adeptes, et par les traditions qui en découlent et qui sont appelées les *hadiths*.

[Traduction] Après la mort des compagnons de Mahomet et en raison de la multiplication soupçonnée des traditions orales, la nécessité de systématiser les *hadiths* s'est imposée. Malheureusement, les comptes rendus oraux ont fréquemment été inventés et perpétués en fonction des besoins des gens, si bien que, dès le début du IX^e siècle, 1 000 000 de *hadiths* souvent contradictoires étaient véhiculés. Les sciences complexes des *hadiths* et du droit, ou *usul al-*

¹¹⁸ Harvey Kirsh, « Conflict Resolution and hte Legal Culture : A Study of the Rabbinical Court » cité dans John Syrtash, « Alternative Cultural Dispute Resolution », [non publié] (31 août 2004) à la p. 340.

Résumé des consultations

fiqh, sont nées de la nécessité de s'inspirer des traditions comme fondement de la conduite dans un nouveau contexte social et politique... Bien qu'elles aient évolué lentement, ces sciences ont abouti à la compilation des six livres canoniques du rite sunnite et, un siècle plus tard, des quatre livres canoniques du rite chiite, soit respectivement au milieu des X^e et XI^e siècles. ...

Traditionnellement, l'autorité de ces ouvrages canoniques a rarement été mise en doute, bien qu'il s'agisse d'oeuvres composées par l'homme. Toutefois, depuis le XVIII^e siècle, leur autorité a été réexaminée par suite de différents mouvements de réforme musulmane et des défis que doivent relever les musulmans dans le monde moderne...¹¹⁹.

Le Conseil canadien des femmes musulmanes a remis au groupe d'étude un document fort intéressant, soit une étude produite par le groupe Femmes sous lois musulmanes (FSLM) et intitulée « Knowing Our Rights : women, family, laws and customs in the Muslim World ». Créé en 1984, le groupe FSLM a débuté ses activités comme comité d'action [Traduction] « en réponse à plusieurs situations précises qui nécessitaient une intervention urgente. Dans chacun de ces cas, des femmes se voyaient refuser certains droits au nom de lois 'islamiques' »¹²⁰. Ce groupe a entrepris une étude de dix ans concernant la façon dont la loi musulmane s'applique aux femmes dans différents pays. Il appert nettement des comparaisons exhaustives présentées que les mêmes versets du Coran donnent des résultats très différents, selon l'évolution du droit dans la juridiction concernée :

[Traduction] Aujourd'hui, la plupart des textes législatifs et même les « lois musulmanes » non codifiées que les tribunaux appliquent à titre de lois musulmanes découlent d'un mélange éclectique des dispositions des différentes écoles. Ces règles sont ajoutées à une acceptation des principes de modernisation (notamment en ce qui a trait à la nécessité que l'État réglemente le mariage et le divorce) et aux vestiges des coutumes (par exemple, le refus des tribunaux de bon nombre de juridictions de reconnaître les droits de propriété des femmes lors du divorce). La recherche nous indique également que les juges et communautés ont fréquemment déclaré que l'application qu'ils faisaient des lois musulmanes correspondait à une secte particulière (comme les Malékites ou les Hanafis), même si les gens de la même secte qui vivent ailleurs font les choses différemment¹²¹.

Bien entendu, cette question a touché une corde sensible chez bon nombre de personnes interrogées et les commentaires reproduits ci-après indiquent à quel point il est difficile de définir exactement de quoi nous parlons lorsque nous faisons allusion à la loi musulmane :

¹¹⁹ V. A. Behiery, A.M. Guenther, Islam : Its Roots and Wings, Mississauga, Conseil canadien des femmes musulmanes, 2000 aux pp. 11 à 13.

¹²⁰ Femmes sous lois musulmanes, Knowing Our Rights : Women, family, laws and customs in the Muslim World, Londres, Femmes sous lois musulmanes, 2003 à la p. 15.

¹²¹ Femmes sous lois musulmanes, Knowing Our Rights : Women, family, laws and customs in the Muslim World, Londres, Femmes sous lois musulmanes, 2003 à la p. 30.

Résumé des consultations

[Traduction] La composition de la communauté musulmane canadienne est très diversifiée. Cette diversité est mise en évidence dans les pratiques qui sont fondées sur différentes écoles de pensée et sur certaines conventions culturelles et qui ont été codifiées dans quelques-uns des pays et régions musulmans.

Cette diversité pourrait susciter des controverses et des problèmes lors de l'application de règles, normes et principes aussi différents à la population multiethnique et multinationale vivant en Ontario¹²².

Il n'y a aucun système monolithique appelé « loi familiale/personnelle musulmane », ce qui est simplement une façon raciste, si euphémiste, de dire que nous appliquerons l'équivalent de la « loi chrétienne », de la « loi asiatique » ou de la « loi africaine »¹²³.

L'histoire de l'islam est donc marquée par l'évolution de différentes collectivités qui ont créé leurs propres écoles de jurisprudence. Cependant, quelles que soient les différences entre les communautés chiites et sunnites ou entre leurs subdivisions, elles n'ont jamais donné lieu à une divergence fondamentale au plan théologique ou dogmatique de façon à provoquer un schisme. D'autre part, compte tenu de l'absence d'église établie dans l'islam et de méthode institutionnalisée qui permettrait d'interpréter les dogmes, l'histoire nous apprend qu'il est inexact de parler de la scission entre les chiites et les sunnites ou encore des différences d'interprétation au sein de chaque rite, sous forme de dichotomie entre orthodoxie et hétérodoxie, ou encore d'utiliser le mot « secte » pour décrire une communauté chiite ou sunnite¹²⁴.

D'abord et avant tout, il n'y aura jamais une seule charia centralisée que tous les musulmans acceptent, eu égard aux divergences d'opinions au sein de l'islam. Cependant, l'islam n'exige pas une pensée uniforme sur tout et, en fait, la diversité de la pensée juridique est considérée comme une [Traduction] « bénédiction de Notre Seigneur ». Ainsi, les musulmans ont toujours connu différents types de charia, ce qui, encore une fois, démontre la souplesse et l'ouverture de l'islam. Jusqu'à maintenant, nous avons utilisé l'expression « tribunal de la charia » comme s'il existait un modèle établi. Ce n'est pas le cas. Cette question n'a nullement été abordée au sein de la communauté musulmane, parce qu'il n'existe aucun diocèse central qui pourrait légiférer sur cet aspect. La plupart des mosquées sont totalement indépendantes les unes des autres et le seul point commun qui les rassemble, ce sont les croyances fondamentales¹²⁵.

¹²² Soumission, Islamic Council of Imams—Canada, « Islamic Arbitration Tribunals and Ontario Justice System » (23 juillet 2004).

¹²³ Soumission, le Muslim Canadian Congress (26 août 2004).

¹²⁴ Soumission, Son altesse royale le Prince Aga Khan Shia Imami Ismaili pour le Canada (10 septembre 2004).

¹²⁵ Soumission, Mubin Shaikh, « Shariah Tribunals and Msjid El Noor : a Canadian Model » (24 août 2004).

Résumé des consultations

Dans son mémoire, le D^r Marvin F. Zayed, qui est affilié à l'Association humaniste du Canada, explique comment les différences d'interprétation touchent l'application moderne des principes religieux de l'islam depuis les événements du 11 septembre 2001 :

[Traduction] Les cultures islamiques sont fondées sur le Coran et le hadith (recueil des paroles de Mahomet) selon le texte arabe original. Or, tant le Coran que le hadith comportent de nombreuses contradictions internes. Dans le contexte des récents carnages, ces contradictions sont traduites par des décrets religieux incompatibles au sujet des kamikazes. Les premières kamikazes représentaient un problème pour les musulmans sunnites, parce que le hadith interdit de tuer des femmes au combat (bien qu'il soit tout à fait acceptable de les prendre comme esclaves). La mosquée d'Al-Azhar, située au Caire, et le Conseil islamique européen ont adopté un nouveau décret religieux légalisant les activités de ces femmes kamikazes¹²⁶.

J'ai constaté assez rapidement que bon nombre des mémoires présentés comportaient des différences majeures au plan de l'interprétation du concept de la charia et que ces interprétations avaient une véritable influence sur les réactions.

La charia est fondée sur le *Coran* et la *sunna*. Comme bon nombre des participants islamiques me l'ont expliqué, le mot *charia* signifie « la voie » ou, plus littéralement, « la voie menant à l'eau ». C'est le voyage de chaque personne qui cherche à accomplir la volonté d'Allah.

[Traduction] La *charia*, qui est un mode de vie, englobe les codes généraux de comportement, les catégories morales d'actions humaines, les règles des rituels ainsi que l'ensemble des règles du droit civil, commercial, international et pénal. ... Les principes fondamentaux du *Coran* étaient considérés comme des principes éternels, tandis que le raisonnement et les prescriptions (*fiqh*) en découlant ne l'étaient pas, parce que le régime juridique est l'oeuvre de l'homme¹²⁷.

Dans la plupart des mémoires présentés au groupe d'étude, il est indiqué fermement que le mot charia ne devrait pas être utilisé pour décrire l'emploi proposé de la *Loi sur l'arbitrage* pour l'examen des questions relevant du droit de la famille dans le cas des musulmans. Le Conseil sur les relations américano-islamiques du Canada (CAIR-CAN) exprime clairement ce point de vue :

[Traduction] La charia est un code religieux couvrant tous les aspects de la vie musulmane, depuis la prière aux accords financiers et aux relations familiales en passant par le traitement des pauvres. Il s'agit d'un mot général qui englobe les

¹²⁶ Soumission, D^r Marvin F. Zayed, « Critique of the Islamic Sharia' Arbitration Proposal in Canada » (mars 2004).

¹²⁷ V. A. Behiery, A.M. Guenther, *Islam : Its Roots and Wings*, Mississauga, Conseil canadien des femmes musulmanes, 2000 à la p. 14.

Résumé des consultations

aspects privés et publics de la vie et qui s'applique aussi bien à l'individu qu'à la collectivité.

Il ne convient pas d'utiliser le mot « charia » pour décrire un tribunal d'arbitrage qui appliquera les principes du droit islamique pour trancher une catégorie très précise de litiges civils pouvant être soumis à l'arbitrage en vertu de la *Loi sur l'arbitrage* de l'Ontario. De plus, ce tribunal n'est pas un tribunal islamique au plein sens du terme, comme pourrait l'indiquer l'emploi du mot « charia », et sa compétence restreinte découle de la Loi. Il est préférable de parler d'un organe qui réglerait les différends opposant les musulmans d'une manière compatible à la fois avec le droit et la *Charte* canadiens et les principes normatifs de l'islam¹²⁸.

L'Islamic Council of Imams—Canada s'exprime comme suit :

[Traduction] Ces tribunaux ne devraient pas être autorisés à utiliser l'expression tribunal de la charia. Le tribunal demeure un tribunal RED dans le contexte du droit ontarien. La seule différence réside dans l'environnement, qui est islamique, c'est-à-dire que tous les membres sont des musulmans et que le litige est réglé dans l'esprit de l'islam selon les lois de l'Ontario¹²⁹.

Le CCFM craint que ceux qui sont perçus comme des personnes mettant en doute la charia ne soient accusés d'apostasie ou de blasphème. Cette crainte ne relève certainement pas de la fantaisie ou de la paranoïa, comme l'indiquent les déclarations d'Aly Hindy, qui se décrit comme un imam fondamentaliste et qui a confié ce qui suit à Sally Armstrong dans un récent article paru dans *Chatelaine* :

[Traduction] Celui qui dit qu'il ne croit pas à la charia n'est pas un musulman. Il est facile d'aller en enfer. Il est plus ardu de suivre le chemin qui mène au paradis. Bon nombre de personnes qui se disent musulmans se dirigent vers l'enfer¹³⁰.

Compte tenu de ce genre de déclaration, il devient plus facile de comprendre pourquoi des groupes comme le CCFM refusent d'utiliser le mot « charia » en liaison avec l'arbitrage fondé sur les croyances musulmanes :

[Traduction] En utilisant le mot charia, certains musulmans incitent d'autres musulmans à hésiter à exprimer la moindre opposition, parce qu'aucun musulman ne veut montrer qu'il est contre la charia. Cependant, l'utilisation correcte du terme « loi musulmane » élargit la portée de la discussion et permet d'explorer les questions qui se posent à l'intérieur¹³¹.

¹²⁸ Soumission, Conseil canadien des relations américano-islamiques (CAIR—CAN) (10 août 2004).

¹²⁹ Soumission, Islamic Council of Imams—Canada, « Islamic Arbitration Tribunals and Ontario Justice System » (23 juillet 2004).

¹³⁰ Sally Armstrong, « Criminal Justice » *Chatelaine* 152 (novembre 2004) à la p. 158.

¹³¹ Soumission, Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

Résumé des consultations

La plupart des personnes interrogées, qu'elles soient pour ou contre le fait de permettre l'arbitrage des différends de nature personnelle en fonction des croyances religieuses, ont demandé au groupe d'étude d'utiliser l'expression « loi personnelle islamique/musulmane » afin de formuler la question correctement. Cependant, le Muslim Canadian Congress représente une exception remarquable à cet égard :

[Traduction] En termes pratiques et réalistes, ce qui a débuté par une demande visant à appliquer la « loi de la charia » a été dissimulé de façon malhonnête sous le couvert d'une terminologie différente et demeure répréhensible et inacceptable...¹³².

La plupart de ceux qui ont prié le groupe d'étude de recommander qu'il soit interdit d'utiliser des principes religieux pour trancher les litiges relevant du droit de la famille sont convaincus que le droit de la famille canadien et ontarien est entièrement laïque de par sa nature. La plupart, surtout ceux qui n'ont pas vécu les grands changements apportés au droit canadien au cours des quelque quarante dernières années, se souviennent peu de l'influence qu'ont exercée les principes religieux dans l'application et l'adoption des lois que nous avons maintenant tendance à qualifier de laïques au Canada.

Il est vrai qu'une bonne partie des efforts que nous avons déployés pour intégrer les principes d'équité dans nos lois ont été perçus comme une lutte visant à laïciser celles-ci. Cependant, aux yeux de nombreux individus qui viennent d'ailleurs, les lois occidentales semblent non pas laïques, mais manifestement « chrétiennes », puisqu'elles reposent sur des valeurs « chrétiennes » comme la monogamie ou comportent des restrictions concernant le divorce, en plus du choix des congés fériés et de la définition de la semaine de travail. Nous ne devrions pas nous étonner que des gens dont les lois personnelles étaient auparavant régies par les principes religieux auxquels ils adhéraient dans leur pays d'origine cherchent à appliquer ces lois personnelles dans leur nouvelle terre d'accueil. Au même moment, nous devrions nous attendre à ce que les personnes qui sont venues au Canada pour fuir les restrictions inhérentes à ces lois personnelles s'opposent farouchement à toute application possible de ces lois dans leurs vies au Canada.

Bon nombre de ceux qui ont présenté des mémoires au groupe d'étude se sont fondés sur les connaissances personnelles approfondies qu'ils avaient des lois religieuses en vigueur ailleurs, notamment dans les pays où la loi de la charia est très détaillée. La Campagne internationale contre la charia dans les tribunaux du Canada est une coalition de groupes et d'individus qu'a réunis Homa Arjomand par suite de l'annonce de la proposition relative à l'Institut islamique pour la justice civile afin de lutter au Canada et à l'échelle internationale pour empêcher l'application de loi de la charia. De nombreux membres actifs du groupe ont eux-mêmes fui des pays régis par la loi de la charia, notamment l'Iran et l'Afghanistan. D'autres ont lutté activement dans leur pays d'origine afin de faire reconnaître les droits de la personne et les droits à l'égalité des femmes et certains d'entre eux ont été emprisonnés et torturés après avoir manifesté

¹³² Soumission, le Muslim Canadian Congress (26 août 2004).

Résumé des consultations

leur opposition à la charia. La Campagne a soumis une pétition de plus de deux mille noms et dirigé un mouvement efficace de lobbying axé sur la rédaction de lettres de protestation à l'égard de l'application de la loi de la charia au Canada. Dans une lettre adressée au groupe d'étude, Homa Arjomand s'exprime comme suit :

[Traduction] Nous désirons exprimer notre opposition à la récente proposition relative à la mise sur pied d'un « institut islamique pour la justice civile au Canada ». Cette mesure devrait être contestée par toute personne qui croit aux droits civils et individuels de la femme, à la liberté d'expression et à la liberté de religion et de croyance. Nous souhaitons également souligner que la simple suggestion visant la création d'un tribunal de la charia suscite des craintes chez les femmes qui viennent d'un pays islamique. Si cet Institut est reconnu, des milliers de femmes feront l'objet de mesures d'intimidation et de menaces ainsi que d'autres formes d'iniquité... Il est triste de penser que, même au Canada, nous devons encore parler de l'oppression religieuse dont les femmes sont victimes. Néanmoins, des millions de femmes souffrent et sont opprimées dans plusieurs parties du globe en raison de l'application de la loi de la charia. Certaines d'entre nous ont réussi à fuir dans un pays sûr, un pays comme le Canada qui ne punit pas le laïcisme.¹³³

Trente-cinq membres de la Coalition ont soumis au groupe d'étude des présentations dans lesquelles ils ont relaté l'expérience qu'ils ont eux-mêmes vécue relativement à l'application de la loi de la charia en Iran, en Arabie saoudite, au Pakistan, au Koweït et en Iraq. Je salue le courage et la détermination dont ces personnes ont fait preuve lorsqu'elles ont partagé des expériences très pénibles illustrant la grande rigidité de la loi de la charia lorsqu'elle régit chaque aspect de la vie courante. Pour la plupart de ces personnes, la seule façon d'empêcher les lois religieuses de détruire la vie des gens est de refuser d'en permettre l'application à quelque fin que ce soit au Canada. Comme l'a souligné Homa Arjomand dans son mémoire,

[Traduction] Nous avons besoin d'un État laïque et d'une société laïque qui respecte les droits de la personne et qui repose sur le principe selon lequel le pouvoir appartient aux personnes et non à un Dieu. Il est crucial de s'opposer à la loi de la charia et de subordonner l'Islam au laïcisme et aux États laïques. ... Il faut se rappeler que la charia n'est pas seulement une religion; elle est aussi intrinsèquement liée à l'État. Elle contrôle tous les aspects de la vie d'un individu, depuis des questions aussi personnelles que les menstruations de la femme jusqu'à des questions très publiques, comme celles qui concernent la direction de l'État. Elle prévoit tout et l'individu n'a d'autre choix que d'accepter la règle de la charia s'il veut éviter des conséquences extrêmes, car les non-croyants ne sont pas tolérés... Nous appuyons le laïcisme et croyons que la mise sur pied d'un « tribunal de la charia » au Canada créerait de la discrimination à l'endroit des personnes les plus vulnérables de la société,

¹³³ Soumission, Homa Arjomand (21 juillet 2004).

Résumé des consultations

c'est-à-dire les femmes et les enfants, qui ne pourraient invoquer les valeurs canadiennes de l'égalité et de l'équité entre les hommes et les femmes¹³⁴.

À l'instar de la Coalition et de plusieurs autres correspondants, l'Association humaniste du Canada s'insurge contre l'adoption d'une solution de rechange religieuse qui remplacerait les lois laïques régissant les questions liées à la famille et aux successions au Canada. Le groupe d'étude a également reçu de nombreuses lettres de Canadiens non affiliés qui demandaient que l'influence des lois religieuses soit atténuée plutôt que renforcée au moyen de la *Loi sur l'arbitrage*. Voici un exemple des préoccupations soulevées dans ces communications :

[Traduction] Je vous supplie d'envisager sérieusement la possibilité d'abaisser le contrôle de ces organismes et tribunaux religieux et communautaires plutôt que d'augmenter le nombre de codes religieux dont l'application serait autorisée au sein du système judiciaire canadien. Une société dont les membres ne sont pas tous régis par les mêmes règles de droit sera davantage morcelée, ce qui ne fera qu'exacerber les différences perçues entre les races, les religions et les sexes. Afin d'assurer si possible l'égalité sur tous les plans à tous les Canadiens, je vous conjure de ne pas adopter la proposition visant à permettre l'application des lois religieuses aux questions d'ordre familial, mais plutôt de chercher des moyens d'en réduire l'influence et éventuellement d'abroger la Loi existante¹³⁵.

Il appert des mémoires que le groupe d'étude a reçus que la grande objection au recours à l'arbitrage fondé sur les principes religieux pour trancher les différends relevant du droit de la famille réside dans l'iniquité fondamentale qui existe entre les hommes et les femmes dans la plupart des contextes religieux et dans le déséquilibre des forces qui en découle lorsqu'un conflit éclate. Dans son mémoire, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes souligne ce qui suit :

[Traduction] Il est préoccupant, mais pas nécessairement étonnant, de voir que le désir d'appliquer les principes religieux est né dans le contexte du droit de la famille, c'est-à-dire des litiges où le contrôle et le soutien des femmes et des enfants sont en jeu. Bon nombre des idées mises au rancart par suite de la réforme du droit de la famille étaient fondées sur des préceptes religieux; il est donc tout à fait contradictoire de permettre que ces idées resurgissent au nom de la liberté religieuse¹³⁶.

¹³⁴ Soumission, Homa Arjomand (21 juillet 2004).

¹³⁵ Soumission, Karen Graham (22 septembre 2004).

¹³⁶ Soumission, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) (17 septembre 2004).

Résumé des consultations

Pour sa part, le Conseil canadien des femmes musulmanes souligne que l'élément commun des nombreuses formes que revêtent les lois musulmanes régissant la famille est le fait qu'elles perpétuent le modèle patriarcal :

[Traduction] La jurisprudence du fiqh repose sur certains principes de base communs. Elle est fondée sur le modèle patriarcal de la communauté et de la famille. Il est généralement admis que ce sont les hommes qui dirigent l'État, la mosquée et la famille. Il incombe aux hommes de subvenir aux besoins de leurs familles et, étant donné qu'ils utilisent leurs ressources à cette fin, ils sont autorisés à diriger et à guider les membres de leurs familles, y compris les femmes... La plupart des adeptes de la loi musulmane admettent que les hommes ont le droit d'épouser jusqu'à quatre femmes, qu'ils peuvent divorcer unilatéralement, que les enfants appartiennent à la famille patriarcale, que les femmes doivent être obéissantes et demander l'autorisation de l'homme pour plusieurs choses, que l'époux peut corriger l'épouse qui « désobéit », que les filles doivent obtenir l'autorisation de leur père pour se marier et peuvent se marier à tout moment après la puberté. La femme ne reçoit aucune pension alimentaire, sauf pendant une période allant de trois mois à un an, et il est fréquemment admis que les enfants devraient être confiés au père habituellement dès l'âge de sept ans dans le cas des garçons et de neuf ans dans le cas des filles. Si l'épouse veut obtenir le divorce, elle doit se présenter au tribunal, tandis que l'époux a le droit de répudier son épouse sans s'adresser aux tribunaux. L'héritage favorise les hommes [parce qu'ils subviendraient aux besoins de leur famille], c'est-à-dire que l'épouse reçoit uniquement une partie de l'héritage au décès de son époux¹³⁷.

Le CCFM a décrit pour sa part les droits des femmes qui existent selon la loi personnelle islamique :

[Traduction] Dans ce modèle patriarcal, les femmes ont des droits. La femme conserve ses richesses, si elle en a; elle reçoit un « don » lors du mariage (le *mahr*, qui pourrait être une bague de fer, une chèvre, de l'or, de l'argent ou un autre bien); elle hérite de son propre chef; en théorie, elle n'est pas tenue de subvenir aux besoins du ménage, même en partie, et elle conserve son propre nom. En échange, elle accepte le modèle patriarcal et les rôles prescrits pour elle-même et les membres de sa famille de sexe masculin, y compris son époux.

Ceux qui acceptent ces interprétations traditionnelles font une distinction entre l'équité, la complémentarité et l'égalité. La femme n'est pas l'égale de l'homme; elle joue un rôle qui complète celui de l'homme, mais elle doit être traitée de manière équitable, c'est-à-dire avec bonté et gentillesse¹³⁸.

Homa Arjomand et sa Coalition formulent quant à elles des commentaires beaucoup plus tranchants au sujet du sexisme véhiculé par la loi islamique :

¹³⁷ Soumission, Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

¹³⁸ Soumission, Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

Résumé des consultations

[Traduction] La charia considère la femme comme une source de danger, parce qu'elle distraie l'homme de ses tâches et corrompt la communauté. Elle interdit donc toute sexualité aux femmes, tandis que l'homme peut avoir jusqu'à quatre épouses et se marier temporairement aussi souvent qu'il le désire. Les jeunes filles doivent se couvrir de la tête aux pieds et sont séparées des garçons. Ces lois et règlements sont maintenant appliqués au Canada, mais sont habituellement dissimulés à la société laïque, bien que certains soient visibles, notamment dans les écoles élémentaires et secondaires islamiques. Selon la loi de la charia, le témoignage d'une femme vaut seulement la moitié de celui de l'homme. Par conséquent, en cas de différend opposant l'époux et l'épouse, le témoignage de l'époux l'emportera le plus souvent. Dans les cas d'héritage, les filles reçoivent uniquement la moitié de la part des fils et, lorsque la garde est en jeu, l'homme obtient automatiquement la garde des enfants dès qu'ils ont atteint l'âge de sept ans. Les femmes ne sont pas autorisées à épouser des non musulmans, alors que les hommes peuvent épouser des femmes non musulmanes.

Le message est clair : l'homme domine et la femme obéit. La femme n'a pas le droit de choisir son époux, ses vêtements ou son lieu de résidence et ne peut voyager sans le consentement de son époux. Le danger, c'est qu'une fois que ces tribunaux seront mis sur pied, les personnes d'origine musulmane subiront des pressions afin de s'adresser à eux et seront de ce fait privées de bon nombre des droits que les occidentaux ont réussi à obtenir¹³⁹.

Selon l'étude exhaustive menée par Femmes sous lois musulmanes, le mariage en droit musulman est fondé sur un contrat, habituellement négocié pour le compte d'une jeune femme par le père de celle-ci ou un autre homme, qui agit à titre de « tuteur du mariage ». Dans la plupart des traditions, la femme doit consentir au mariage; cependant, le sens du mot consentement ne correspond peut-être pas aux normes reconnaissables en droit canadien. Le groupe d'étude a entendu parler de bon nombre de cas où des femmes ont été liées à leur insu à un contrat de mariage et n'ont pu faire invalider le contrat par la suite. Dans bien des cas, l'attirance entre les deux parties a peu d'importance; ce qui importe surtout, c'est de savoir si l'union sera avantageuse pour la famille et le statut des deux époux. Dans certaines traditions, le mariage peut être interdit lorsque les deux parties n'ont pas le même statut social.

En général, les jeunes filles musulmanes sont réputées avoir atteint la maturité à l'âge de la puberté; certains pays islamiques plus modernes appliquent les règles de l'âge du consentement en ce qui concerne le consentement au mariage, mais d'autres ne le font pas. Bon nombre des personnes interrogées ont décrié la fréquence avec laquelle les jeunes filles sont promises en mariage à un très jeune âge, souvent à des hommes beaucoup plus âgés qu'elles. Dans ces cas, la femme elle-même n'a peut-être pas été directement partie au contrat de mariage et ne serait certainement pas considérée comme une personne capable de conclure ce contrat en vertu du droit canadien. Le

¹³⁹ Soumission, Homa Arjomand (21 juillet 2004).

Résumé des consultations

contrat de mariage est souvent consigné par écrit, mais pas toujours. Certaines versions de la loi islamique exigent que l'époux et l'épouse signent le contrat devant témoin, mais cette règle n'est pas uniforme.

Si l'arbitrage est mentionné dans le contrat comme moyen de régler les différends ultérieurs et que le contrat en question peut valablement être soumis à l'arbitrage en vertu du droit de l'Ontario, la femme pourra être liée à une clause exigeant l'arbitrage religieux. Assez souvent, ces contrats de mariage ont été conclus dans le pays d'origine des parties, qui ont récemment immigré au Canada. De plus, il n'est pas rare qu'un musulman non marié du Canada aille se marier dans son pays d'origine et revienne ensuite au Canada avec son épouse.

Toutes les traditions prévoient une forme de *mahr* ou de don lors du mariage, mais les conditions de paiement de ce *mahr* varient considérablement d'une tradition à l'autre. Le *mahr* est une protection financière pour l'épouse et peut être exigé uniquement à la rupture du mariage. Dans certaines traditions, seul l'homme peut divorcer (*talaq*); dans d'autres, la femme peut négocier le droit d'engager les procédures de divorce dans le contrat de mariage ou avoir cette capacité en raison de l'absence de relations conjugales ou du fait que l'époux a déserté ou qu'il ne subvient pas aux besoins de l'épouse pendant le mariage¹⁴⁰.

Le groupe d'étude a entendu dire que, étant donné que l'arbitrage suppose le libre choix de cette méthode par les deux parties pour trancher leurs différends, la question du choix pour les femmes musulmanes qui vivent dans une société de nature patriarcale est un des principaux arguments qu'invoquent ceux qui s'opposent à l'application de principes religieux à l'arbitrage en matière familiale :

[Traduction] Le FEAJ craint que, dans bien des cas, l'arbitrage ne soit pas choisi volontairement. Les femmes peuvent subir de très fortes pressions fondées sur la culture ou la religion ou encore craindre d'être exclues socialement. Ces problèmes peuvent être très réels dans les collectivités religieuses, où certaines femmes risquent d'être considérées comme des mauvaises croyantes ou même comme des apostates si elles refusent d'accepter l'arbitrage. Cette réprobation aurait pour effet d'isoler ces femmes, qui deviendraient ainsi des personnes dont on fuit la présence, que ce soit dans leurs collectivités ou même dans leurs lieux de culte, ce qui ne ferait qu'aggraver les sentiments d'aliénation engendrés par l'éclatement de la famille. De plus, bon nombre de femmes doivent se tourner vers leur communauté religieuse ou leur groupe culturel pour subvenir à leurs besoins après le divorce. C'est notamment le cas des immigrantes, qui se trouvent d'abord des emplois au sein de leurs propres collectivités. Ces femmes peuvent être particulièrement sensibles aux pressions exercées par la communauté et risquent de perdre leurs emplois si elles ne se soumettent pas à l'arbitrage. Certaines femmes redoutent également des conséquences au plan de l'immigration, tandis que d'autres craignent d'être victimes de violence. Dans certains cas, il peut s'agir d'un manque de ressources ou de renseignements.

¹⁴⁰ Soumission, Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

Résumé des consultations

Lorsque ces conditions sont présentes, il n'est ni exact ni raisonnable de dire que l'arbitrage est choisi librement. L'éducation ne suffit pas pour éliminer ces pressions, du moins à court terme, surtout lorsque les sources d'information des femmes résident principalement dans les médias locaux comme les journaux ou la radio, qui présentent rarement des critiques des points de vue patriarcaux¹⁴¹.

De nombreux correspondants ont exprimé des préoccupations semblables :

[Traduction] Les dirigeants religieux (chrétiens, juifs ou musulmans) et communautaires (dans le cas des Premières nations canadiennes) sont surtout des hommes et des traditionalistes qui préconisent l'application stricte de lois et croyances désuètes allant parfois à l'encontre des libertés si chères aux Canadiens. La culture traditionnelle est dominée surtout par des hommes –et un consentement « volontaire » à l'arbitrage fondé sur les croyances religieuses est illusoire pour bon nombre de femmes, surtout les immigrantes et les femmes des Premières nations dont le niveau d'alphabétisme et de scolarité est moins élevé et qui sont donc moins en mesure de contrôler leurs propres vies et ont moins confiance en elles¹⁴².

Gila Stoper s'exprime comme suit dans le *Columbia Journal of Gender and the Law* :

[Traduction]... lorsqu'il y a incompatibilité entre les droits des femmes et leurs pratiques religieuses et culturelles, nous devrions nous attarder, non pas à la question du choix, mais plutôt à celle des désavantages et nous demander si la pratique en question crée des désavantages pour les femmes. Si la réponse à cette question est affirmative, la pratique en question ne devrait pas être autorisée, à moins qu'il ne soit établi par une preuve prépondérante que toutes les femmes en cause ont consenti à la pratique de leur plein gré¹⁴³.

L'Association nationale de la femme et du droit abonde dans le même sens :

[Traduction] Dans le contexte des femmes battues et de la médiation, les remarques suivantes ont été formulées :

La réalité, c'est que la femme battue n'est pas libre de choisir. Elle ne peut pas vraiment choisir ou rejeter la médiation si l'agresseur préfère cette méthode, ni déterminer et exiger ce qui est essentiel à son autonomie ainsi qu'à sa sécurité et à celle de ses enfants...

Ce commentaire est tout aussi pertinent pour les femmes battues qui consentent à l'arbitrage. Il est peu probable qu'une femme battue pourra négocier les conditions de l'entente d'arbitrage d'une façon avantageuse pour elle. Les

¹⁴¹ Soumission, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) (17 septembre 2004).

¹⁴² Soumission, Karen Graham (22 septembre 2004).

¹⁴³ Gila Stoper, « Countenancing the oppression of women : How liberals tolerate religious and cultural practices that discriminate against women » (2003) 12:1 *Columbia Journal of Gender and Law* 154 aux pp. 218-9.

Résumé des consultations

immigrantes qui proviennent de pays où la loi de la charia est appliquée sont particulièrement vulnérables, parce qu'elles ne sont peut-être pas conscientes de leurs droits au Canada. Il se peut qu'elles acceptent la décision d'un tribunal de la charia parce que les sentences arbitrales leur semblent égales ou supérieures à ce qu'elles pourraient obtenir dans leur pays d'origine. L'immigrante qui est parrainée par son époux vit dans une relation marquée par le déséquilibre des forces et la femme qui se trouve dans cette situation est peut-être incapable de refuser une demande ou un ordre de son époux, de sorte que le consentement à l'arbitrage est illusoire. Les barrières linguistiques nuiront également aux femmes qui sont à la merci des membres de leur famille ou de leur collectivité qui perpétuent des points de vue patriarcaux¹⁴⁴.

Le Muslim Canadian Congress affirme que le fait de permettre l'application de la loi musulmane

[Traduction]...isole la communauté musulmane, qui s'étend par ailleurs sur cinq continents et compte un milliard 300 millions de membres ainsi qu'un large éventail de sectes, langues, cultures et coutumes, dans un milieu de classe inférieure pour la détermination de droits relatifs à la personne et à la famille qui ont une importance publique et appartiennent au domaine public... tout cela sous le couvert malhonnête de la tolérance et de l'accommodement religieux¹⁴⁵.

La majorité des personnes interrogées qui s'opposaient à l'utilisation de l'arbitrage fondé sur les principes religieux ont soutenu que les femmes vivant dans des collectivités musulmanes relativement fermées n'ont aucune façon de connaître la teneur du droit canadien et n'ont pas la moindre idée des conséquences pouvant découler de l'abandon du recours en justice au profit de l'application de la loi religieuse.

Il est devenu évident que bon nombre des personnes qui ont soumis des présentations ne comprenaient pas elles-mêmes l'influence qu'aurait le droit canadien sur les pratiques traditionnelles. Ainsi, l'Islamic Council of Imams s'est dit préoccupé par la possibilité que les femmes et les enfants soient laissés sans ressources, notamment lorsque l'homme a plusieurs épouses et plusieurs familles. Même si cette préoccupation est peut-être fondée, elle traduit une connaissance inadéquate des obligations alimentaires découlant de la *Loi sur le droit de la famille*. Dans la même veine, bon nombre de personnes interrogées ayant souvent vécu dans des pays où la charia englobe tant le droit civil que pénal semblaient mal comprendre la différence entre ces deux régimes au Canada. Cette confusion a donné lieu à des perceptions erronées au sujet de la capacité des arbitres d'imposer des sanctions comme la lapidation, la bastonnade ou l'humiliation publique lorsque l'infidélité conjugale est alléguée.

¹⁴⁴ Soumission, l'Association nationale de la femme et du droit, Conseil canadien des femmes musulmanes et Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible du Canada, Natasha Bakht, « Family Arbitration Using Sharia Law : Examining Ontario's Arbitration Act and its impact on women » (13 septembre 2004) extrait cité de B. Hart, « Gentle Jeopardy : the Further Endangerment of Battered Women and Children in Custody Mediation » (1990) 7 *Mediation Quarterly* 317 à la p. 321.

¹⁴⁵ Soumission, le Muslim Canadian Congress (26 août 2004).

Résumé des consultations

Toutefois, bon nombre de ces mêmes personnes ont ajouté que les tribunaux canadiens connaissent mal les éléments du contrat de mariage musulman, ce qui est également préoccupant, parce que les femmes qui s'adressent à eux ne pourront peut-être pas faire reconnaître leur droit au *mahr* et devront peut-être assumer des obligations alimentaires qu'elles n'auraient pas en vertu de la loi personnelle islamique.

La plupart de ceux qui s'opposent à l'arbitrage fondé sur les principes religieux ont affirmé que les femmes seraient défavorisées si la sentence arbitrale allait à l'encontre des dispositions de la *Loi sur l'arbitrage*, parce qu'elles ne seraient pas en mesure de porter leur problème devant les tribunaux, compte tenu du déséquilibre des forces décrit ci-dessus. À leur avis, il est donc inutile de tenter de corriger la *Loi sur l'arbitrage* en ajoutant d'autres motifs de contrôle judiciaire, puisque les personnes vulnérables n'auraient pas les ressources voulues pour engager les procédures judiciaires nécessaires afin de faire annuler la sentence arbitrale et seraient soumises à des pressions encore plus fortes si elles tentaient de faire infirmer une décision par la Cour.

Homa Arjomand donne les explications suivantes :

[Traduction] Même si, en théorie, toutes les musulmanes ont accès aux lois et tribunaux canadiens et qu'il y a fort à parier que ceux-ci rejeteraient les décisions opprimantes rendues en vertu de la loi de la charia parce qu'elles vont à l'encontre des règles de droit canadiennes, il n'en demeure pas moins que la plupart des femmes seraient contraintes (aux plans social, économique et psychologique) de participer à l'arbitrage devant un tribunal de la charia. Les femmes se font dire que ce tribunal est un tribunal légal en vertu de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*. À leurs yeux, la décision de ce tribunal est donc légale. Même si elles savent que cette décision ne résisterait pas à l'application des règles de droit canadiennes, elles ne la contesteraient pas, par crainte des représailles physiques, psychologiques, économiques et sociales. Il est donc peu probable que les décisions allant à l'encontre du droit canadien seraient portées à l'attention des cours de justice¹⁴⁶.

Cet argument m'a d'abord semblé déroutant, puisque ceux qui soutenaient que les femmes étaient incapables d'engager des procédures judiciaires affirmaient également que tous les litiges relevant du droit de la famille devraient d'abord être soumis à un tribunal. Comme je l'ai déjà mentionné dans le rapport, dans presque tous les domaines du droit canadien, la partie concernée doit elle-même solliciter une réparation disponible en droit et être disposée à participer à la démarche. La loi peut offrir des outils efficaces, mais cette partie doit être prête à les utiliser pour en tirer profit.

Toutefois, j'ai compris avec le temps que l'argument est le suivant : si les femmes ne sont pas tenues de choisir entre différentes méthodes de règlement des différends, mais qu'elles doivent plutôt passer par les tribunaux, ni elles, ni leurs époux ne pourront être blâmés, parce que la loi les oblige à procéder de cette façon. De plus, selon plusieurs personnes interrogées, les tribunaux offriront aux femmes une certaine

¹⁴⁶ Soumission, Homa Arjomand (21 juillet 2004).

Résumé des consultations

protection, même si elles ne sont pas en mesure de plaider efficacement pour elles-mêmes. Ce vent d'espoir contraste également avec les plaintes formulées par les représentants des femmes vulnérables, dont l'expérience vécue devant les tribunaux de l'Ontario ne traduit pas cette image protectrice. En raison de l'interaction de nombreux désavantages, l'expérience des femmes appartenant à une minorité peut être particulièrement éprouvante. Malgré tout, de nombreuses personnes interrogées affirment que les femmes connaîtront un meilleur sort si elles s'adressent aux tribunaux plutôt que de se soumettre à l'arbitrage privé.

De l'avis de la majorité de ceux qui s'opposent à l'arbitrage fondé sur les principes religieux, notamment la loi personnelle islamique, la création de ces tribunaux n'est qu'un premier pas. Selon eux, les personnes qui souhaitent l'arbitrage des questions relevant du droit de la famille désirent en réalité l'établissement au Canada d'un système judiciaire islamique complet auquel tous les musulmans devraient se soumettre. Voici comment s'exprime le Muslim Canadian Congress :

[Traduction] La ghettoïsation et la marginalisation insidieuses et discriminatoires profitent uniquement

- i. aux dirigeants politiques et extrémistes d'un certain groupe de musulmans canadiens qui prônent l'adoption d'une loi musulmane allant à l'encontre de la Constitution et des valeurs canadiennes;
- ii. aux secteurs réactionnaires, intolérants et par ailleurs racistes de la société canadienne non musulmane qui veulent tout simplement exclure les musulmans de la communauté générale ¹⁴⁷.

Homa Arjomand convient que la question de l'identité politique est au cœur de la création de l'Institut islamique pour la justice civile à titre de tribunal d'arbitrage :

[Traduction] Nous sommes convaincus qu'un tribunal de la charia bannira les libertés civiles de la femme. Il appliquera des règles et traditions brutales à l'endroit des femmes exploitées qui vivent sous l'influence intense de l'Islam. Il appliquera la loi de la charia qui force les femmes maltraitées à rester dans une relation abusive et ne leur donnera d'autre choix que d'obéir ou de se suicider... Il ne doit pas y avoir d'État au sein d'un État. Les adeptes de la création de ce tribunal soutiennent que, comme M. Momtaz Ali l'a expliqué dans sa proposition, il leur incombe en tant que bons musulmans de travailler pour leur État. Ils font également valoir qu'il ne devrait pas y avoir de séparation entre la religion et la loi ¹⁴⁸.

Le Conseil canadien des femmes musulmanes pose la question suivante :

[Traduction] Étant donné que les adeptes de la proposition clament haut et fort que Dieu veut qu'ils appliquent la loi de la charia ou la loi musulmane, pourquoi

¹⁴⁷ Soumission, le Muslim Canadian Congress (26 août 2004).

¹⁴⁸ Soumission, Homa Arjomand (21 juillet 2004).

Résumé des consultations

insistent-ils uniquement sur un aspect de la jurisprudence musulmane? Pourquoi veulent-ils faire appliquer uniquement les règles régissant le droit de la famille et non l'ensemble des lois musulmanes, y compris les lois pénales? À moins qu'il ne s'agisse de la deuxième étape de leurs demandes fondées sur les droits religieux?¹⁴⁹.

Ces craintes sont fondées dans les faits, du moins en partie. Dès 1991, dans un texte intitulé « Oh! Canada – Whose land, whose dream? », Syed Mumtaz Ali, qui commentait les questions de la souveraineté-association envisagée par le Québec, disait souhaiter que les musulmans contrôlent leur loi relative à leurs affaires personnelles :

[Traduction] Le Canada ne s'effondrera pas et la situation au pays ne sera pas chaotique si les musulmans sont autorisés à contrôler leurs propres affaires dans le domaine des droits personnels et des questions d'ordre familial. Les Canadiens devraient envisager cette question non pas comme s'ils perdaient le contrôle, mais plutôt comme s'ils élargissaient le mandat de la souveraineté et rehaussaient de ce fait la qualité de cette souveraineté. En tout état de cause, l'établissement de ce système de droit n'est ni impossible ni illusoire¹⁵⁰.

Effectivement, dans la plus récente mise à jour de son site web, Mumtaz Ali décrit la mise sur pied de son organisation, *Darul Qada*, comme [Traduction] « l'amorce de la création d'un système de justice civile musulman au Canada ». Même s'il a semblé reconnaître, au cours des consultations, que l'utilisation de la *Loi sur l'arbitrage* pour un certain nombre de questions liées aux droits personnels est bien différente de la création d'un « système » de justice, il continue à utiliser des propos de la sorte, exacerbant de ce fait la crainte que l'application du droit de la famille musulman dans les litiges soumis à l'arbitrage ne soit qu'un point de départ dans la quête de la souveraineté des musulmans au Canada. Je m'attarderai davantage aux questions d'identité politique à la section 6 du rapport du groupe d'étude.

Thème : L'arbitrage devrait être autorisé en droit de la famille au moyen des principes religieux

Un certain nombre de groupes confessionnels soumettent déjà leurs différends relevant du droit de la famille à l'arbitrage fondé sur les principes religieux. Il convient ici de décrire les services offerts par quelques-uns d'entre eux afin de donner un meilleur aperçu de la situation actuelle.

L'utilisation de l'arbitrage fondé sur les lois religieuses est très répandue en Ontario chez les adeptes de la croyance juive. En Ontario, le tribunal juif de Toronto est appelé Beis Din (Vaad Harabonim) et est composé de rabbins ordonnés qui ont reçu le titre supérieur de juges rabbiniques. Le tribunal exerce ses activités depuis plusieurs

¹⁴⁹ Soumission, Conseil canadien des femmes musulmanes (23 juillet 2004).

¹⁵⁰ Syed Mumtaz Ali, « Oh! Canada—Whose land, whose dream? » (The Canadian Society of Muslims, 1991), en ligne : <www.muslim-canada.org/pfl.htm>.

Résumé des consultations

années. Selon les renseignements que le groupe d'étude a reçus de représentants du Beis Din, il est interdit aux Juifs orthodoxes d'engager des poursuites judiciaires devant des juges laïques. Les parties aux litiges sont fortement incitées à conclure un règlement à l'amiable et ce n'est que lorsqu'aucun règlement n'est possible que l'arbitrage sera utilisé. L'exécution des sentences arbitrales est assurée par l'entremise de la cour de justice, conformément à la *Loi sur l'arbitrage*. Comme je l'ai mentionné plus haut, dans la grande majorité des affaires relevant du droit de la famille, les Juifs des traditions orthodoxes, conservatrices et libérales s'adressent au Beis Din uniquement pour les questions concernant le *guèt*, le divorce religieux étant nécessaire selon les exigences de la loi juive.

Toutefois, dans environ trente cas par année, le Beis Din peut également être appelé à examiner d'autres questions, comme les questions liées aux aliments, au partage des biens, à la garde et à l'accès, d'après l'exposé oral présenté par le rabbin Reuven Tradburks, secrétaire du Beis Din. En pareil cas, une entente d'arbitrage écrite doit alors être signée, même si les parties ont convenu dans leur contrat de mariage de recourir à l'arbitrage pour régler leurs différends. Le plus souvent, mais pas toujours, les parties ont obtenu un avis juridique indépendant. Cependant, même si elles ont un représentant juridique, celui-ci ne peut plaider l'affaire devant le Beis Din, parce qu'il incombe aux parties elles-mêmes de présenter leur cause. Le Beis Din fait appel au besoin à des membres bénévoles de la collectivité qui ont des connaissances spécialisées sur le droit de la famille de l'Ontario pour obtenir des avis juridiques. Il accepte également les dépositions écrites d'experts lorsqu'il le juge nécessaire. Le système fonctionne de façon que le coût de l'arbitrage demeure le plus bas possible, afin que les couples juifs ne soient pas dissuadés de recourir à cette forme de règlement des différends. Les décisions relatives à la garde sont prises en fonction de l'intérêt des enfants et les questions financières sont tranchées de manière compatible avec les principes de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario.

Les Juifs orthodoxes sont fortement encouragés à soumettre leurs différends au Beis Din. Voici comment s'est exprimé le rabbin Reuven Tradburks : [Traduction] « Dans cette ville (Toronto), nous incitons fortement les gens à soumettre leurs différends à l'arbitrage selon la loi juive, parce que le recours au *Beis Din* est un *mitzvah*, un commandement de Dieu, une obligation »¹⁵¹.

Le rabbin Tradburks a souligné au cours de son exposé oral que, même si la collectivité exerce rarement des pressions auprès des personnes qui refusent de se conformer aux décisions rendues par le Beis Din, notamment en fuyant leur compagnie ou en les pointant du doigt, il lui arrive parfois d'annoncer publiquement la conduite de ces personnes.

¹⁵¹ Lynne Cohen, « Inside the Beth Din », *Canadian Lawyer*, (mai 2000) à la p. 30 cité par soumission de l'Association nationale de la femme et du droit, Conseil canadien des femmes musulmanes et Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible du Canada, Natasha Bakht, « Family Arbitration Using Sharia Law : Examining Ontario's Arbitration Act and its impact on women » (13 septembre 2004).

Résumé des consultations

Certaines organisations chrétiennes ont également recours à la médiation et à l'arbitrage. Le groupe d'étude a reçu un mémoire très sérieux de la Christian Legal Fellowship (alliance des chrétiens en droit), organisation nationale comptant environ quatre cents avocats, étudiants en droit, professeurs et autres professionnels qui, notamment, [Traduction] « explorent les relations complexes entre la pratique et la théorie du droit et la foi chrétienne »¹⁵². Un des grands objectifs du groupe est de promouvoir le règlement extrajudiciaire des différends :

[Traduction] Il existe d'importantes raisons pour lesquelles les groupes confessionnels souhaitent régler les différends selon les principes de leur foi plutôt que de passer par le système laïque d'avocats et de tribunaux. Bon nombre de ces groupes estiment que leurs valeurs profondes, y compris l'inviolabilité de la famille nucléaire, sont menacées par le fait de demander à des personnes qui ne font pas partie de leur groupe et qui ne connaissent pas leurs croyances de trancher leurs différends. Afin d'éviter l'érosion de ces valeurs, nombreux sont ceux qui souhaitent régler leurs différends conformément aux enseignements de leur livres et lois sacrés, avec l'aide d'un médiateur ou d'un arbitre faisant partie de leur groupe confessionnel. Il peut s'agir là non seulement de la préférence des parties, mais souvent d'une exigence de leurs enseignements religieux¹⁵³.

Un représentant de l'Armée du salut a fait état du problème qui se pose lorsque des difficultés conjugales surgissent entre des membres de l'Armée qui se sont engagés de suivre un mode de vie en devenant membres à part entière et qui demandent parfois d'être libérés de ces engagements par suite de l'échec de leur mariage. Même si de grands efforts sont déployés pour régler ces différends par la médiation, il est parfois nécessaire de recourir à l'arbitrage lorsque les parties ne parviennent pas à s'entendre. Dans la même veine, des représentants de groupes évangéliques ont donné à entendre que l'arbitrage peut être un moyen utile de régler les différends en cas de rupture du nombre croissant de « mariages sous convention » à l'intérieur de ces groupes confessionnels.

Certains représentants de services de médiation et d'arbitrage actuellement offerts au sein de la collectivité musulmane ont décrit leurs services au groupe d'étude et affirmé que le règlement pacifique des différends est un objectif majeur chez les adeptes de la foi musulmane. Cet objectif est exposé très succinctement dans le mémoire du Conseil national ismaili d'arbitrage et de conciliation pour le Canada, qui s'exprime comme suit dans le préambule des règles d'arbitrage régissant l'organisme :

[Traduction] ... les divergences d'opinion ou différends qui éclatent entre eux devraient être réglés au moyen de la médiation, de la conciliation et de l'arbitrage entre eux, conformément aux concepts islamiques de l'unité, de la fraternité, de la justice, de la tolérance et de la bonne volonté¹⁵⁴.

¹⁵² Soumission, Christian Legal Fellowship (27 août 2004).

¹⁵³ Soumission, Christian Legal Fellowship (27 août 2004).

¹⁵⁴ Soumission, Son altesse royale le Prince Aga Khan Shia Imami Ismaili pour le Canada (10 septembre 2004).

Résumé des consultations

Les musulmans ismailis chiites (ismailis) ont conçu un modèle de conciliation et d'arbitrage qui constitue la structure la plus sophistiquée et la plus organisée de la communauté musulmane jusqu'à maintenant et je consacrerai beaucoup de temps à la description de ses origines et de ses activités, parce que d'autres personnes interrogées l'ont dépeint à maintes reprises comme un exemple de ce qui peut être accompli au moyen de la médiation et de l'arbitrage fondés sur les principes religieux.

Contrairement aux musulmans sunnites, qui soutiennent qu'il revient à chacun d'interpréter la volonté d'Allah, les chiites reconnaissent l'autorité des imams héréditaires :

[Traduction] L'essence du chiisme repose sur le désir de rechercher la véritable signification de la révélation afin de comprendre le sens de l'existence humaine et sa destinée. Cette vérité spirituelle ne peut jamais être bridée par les limites du temps, de l'espace ou la lettre de sa forme. On la comprend par les directives de l'imam du temps, qui est l'héritier de l'autorité du Prophète et l'administrateur de son legs. Une fonction principale de l'imam est de permettre aux croyants d'aller au-delà de l'apparent ou des formes de la révélation lors de la recherche de sa spiritualité et de son intellect. ... Ainsi le chia obéit aux imams, après Dieu et le Prophète, en vertu de l'ordonnance du Coran à tout musulman d'obéir à ceux qui revêtent l'autorité¹⁵⁵.

Les ismailis reconnaissent l'autorité et la succession héréditaire de Son altesse royale le prince Karim Aga Khan, le 49^e imam, qui est directement issu de la descendance du Prophète Mahomet par sa fille Fatima et son gendre Ali et dirige les ismailis établis dans vingt-cinq pays en développement et pays industrialisés.

[Traduction] Ainsi, sous la férule d'Aga Khan IV, les institutions de l'imamat ont connu un grand essor géographique et ont élargi l'éventail de leurs activités. De nombreuses institutions humanitaires, sociales, culturelles et économiques ont vu le jour afin de relever les défis liés à l'évolution globale et à la complexité actuelle des processus de développement, qui nécessitent une approche polyvalente. En conséquence, dans le cadre de la mission dont elles sont investies, ces institutions unissent leurs efforts au sein du réseau général de l'AKDN [Aga Khan Development Network] afin de s'entraider dans la poursuite de leurs objets respectifs. Le réseau, qui est une initiative autonome créée sous l'égide de l'imamat ismaili, trouve appui principalement auprès de la communauté ismailie et sa tradition de philanthropie, de bénévolat et d'autosuffisance ainsi que des ressources matérielles de l'imam héréditaire et de l'imamat¹⁵⁶.

Traditionnellement, l'imam héréditaire – chef spirituel – du temps prescrit une constitution régissant la vie sociale de la communauté et ses relations avec

¹⁵⁵ Soumission, Son altesse royale le Prince Aga Khan Shia Imami Ismaili pour le Canada (10 septembre 2004).

¹⁵⁶ Soumission, Son altesse royale le Prince Aga Khan Shia Imami Ismaili pour le Canada (10 septembre 2004).

Résumé des consultations

d'autres collectivités. La constitution est révisée régulièrement en fonction de l'évolution des besoins et des circonstances. ... La constitution prescrite en 1986 établissait un cadre institutionnel bien défini régissant différents aspects de la vie de la communauté ismailie comme la santé, l'éducation, l'économie et le bien-être social, ainsi que les aspects religieux de la vie quotidienne. Ce cadre institutionnel comprend un mécanisme de règlement des différends. ... La constitution prévoyait l'établissement de conseils nationaux de conciliation et d'arbitrage pour chacune des juridictions qui y étaient précisées¹⁵⁷.

Les conseils de conciliation et d'arbitrage ismailis (CCA) exercent leurs activités dans quatorze juridictions à l'échelle de la planète. Au Canada, il existe cinq CCA régionaux et un CCA national. Les premiers tranchent les litiges, tandis que le second élabore des politiques et programmes. Il existe des règles formelles au sujet de la conciliation et de l'arbitrage qui ont été adoptées en 1990; le texte complet de ces règles se trouve respectivement à l'annexe IV et à l'annexe V.

Tous les membres des CCA sont des bénévoles que l'Aga Khan nomme pour un mandat de trois ans; il peut s'agir d'avocats, de travailleurs sociaux, de gens d'affaires, d'autres professionnels qualifiés ou de membres plus âgés de la collectivité. Le nombre d'hommes et de femmes est équilibré, puisque 16 des 34 membres sont actuellement des femmes.

[Traduction] Le principal objectif du système CCA ismaili est de régler les différends de manière équitable, rapide, confidentielle, peu coûteuse et constructive dans un environnement sensible à la culture en tenant dûment compte des intérêts de toutes les parties. Le système vise à préserver l'harmonie entre les parties et, de ce fait, au sein de la communauté (« aucun gagnant ou perdant ») de même qu'à minimiser les frustrations et les dommages psychologiques ainsi que les coûts financiers du conflit pour toutes les parties.

Eu égard à ces objectifs, le système CCA est guidé par les principes suivants au Canada :

[Traduction]

- Avant de procéder à la médiation ou à l'arbitrage d'un différend, les CCA doivent d'abord s'assurer que les parties se sont présentées de plein gré devant eux et qu'elles désirent que leur conflit soit réglé par leur entremise;
- Les procédures de médiation et d'arbitrage sont dirigées par des membres des CCA qui ont reçu la formation voulue pour assurer un traitement compétent et équitable de l'affaire;
- Les procédures sont dirigées conformément aux règles visant à favoriser un déroulement harmonieux;

¹⁵⁷ Soumission, Son altesse royale le Prince Aga Khan Shia Imami Ismaili pour le Canada (10 septembre 2004).

Résumé des consultations

- L'obligation de confidentialité envers les parties doit être respectée dans tous les cas¹⁵⁸.

Un nombre égal de femmes et d'hommes ont eu accès au mécanisme des CCA. Les services sont gratuits, mais les parties doivent payer les frais inhérents à la préparation de leur cause et à l'obtention d'avis juridiques ou financiers. Les CCA engendrent des économies en temps et en argent non seulement pour les participants eux-mêmes, tel qu'il est mentionné dans le mémoire, mais également pour l'appareil judiciaire.

Dans son mémoire, le Conseil a présenté un résumé (figurant ci-dessous) du nombre de litiges et du taux de succès de la procédure pour la période allant de 1998 à 2003¹⁵⁹. Il importe de souligner, en ce qui concerne les « taux de succès », que les parties peuvent se retirer du processus d'arbitrage en tout temps dans ce modèle.

Nombre de litiges soumis à l'arbitrage	769
- Nombre de cas régionaux	661
- Nombre de cas interrégionaux et internationaux	108
Nature des litiges	
- Matrimoniaux	63 %
- Commerciaux	29 %
- Autres (y compris les cas d'héritage)	8 %
Taux de succès	69 %

Le Conseil conclut comme suit dans son mémoire :

[Traduction] Bien que le régime des CCA ismailis soit enraciné dans la tradition, son infrastructure moderne assure une liaison harmonieuse avec les systèmes juridiques nationaux au sein desquels il fonctionne. Le système des CCA repose sur les préceptes de la foi tout en respectant les lois des différents territoires où vit la communauté ismailie. De plus, en raison du contexte communautaire qui lui est propre, le CCA ne se limite pas à régler les différends, mais cherche également à les prévenir et à fournir un plus grand appui aux parties en cause.

Le système des CCA ismailis en vigueur au Canada s'est révélé utile pour la communauté ismailie et efficace comme mécanisme RED. Il fonctionne d'une façon qui assure d'abord et avant tout l'équité entre les parties, indépendamment de leur sexe, de leurs ressources financières ou de leurs positions relatives. Il respecte les paramètres de la *Loi sur l'arbitrage* de l'Ontario, qui reconnaît la valeur et le rôle des systèmes RED et encourage le règlement des différends en

¹⁵⁸ Soumission, Son altesse royale le Prince Aga Khan Shia Imami Ismaili pour le Canada (10 septembre 2004).

¹⁵⁹ Soumission, Son altesse royale le Prince Aga Khan Shia Imami Ismaili pour le Canada (10 septembre 2004).

Résumé des consultations

dehors du système judiciaire d'une façon juste et équitable à l'intérieur des limites de la loi du territoire¹⁶⁰.

La mosquée El Noor, mosquée sunnite de Toronto, offre également des services d'arbitrage fondés sur la loi musulmane. Dirigée par son administrateur et médiateur principal, Mubin Shiakh, la délégation de la mosquée a dénoncé au groupe d'étude le point de vue négatif présenté par des groupes comme la Coalition contre le tribunal de la charia au Canada et le Conseil canadien des femmes musulmanes au sujet de la loi familiale musulmane. Formellement depuis 1982, la mosquée El Noor offre un éventail varié des services de consultation, de médiation et d'arbitrage à sa communauté, ce qu'elle faisait informellement auparavant. Ces activités sont menées à la manière de services de pastorale. Souvent appelée par les tribunaux de la famille à faire de la médiation et parfois de l'arbitrage, l'organisation a gagné le respect et la confiance de la cour par sa capacité de régler les différends dans le contexte musulman, selon certaines lettres données au groupe d'étude.

Le conseil de médiation de la mosquée El Noor compte sept membres, soit un imam, trois hommes et trois femmes. Chaque comité d'audience se compose d'un homme, d'une femme et de l'imam. La plupart des médiateurs sont des professionnels qui donnent leur temps dans le cadre des services bénévoles qu'ils fournissent à la communauté. Les audiences ont lieu le dimanche, entre 11 h et 17 h. La plupart des audiences durent environ une heure et la procédure est confidentielle. Le recours à la médiation et à l'arbitrage est strictement volontaire et chaque partie doit signer l'entente d'arbitrage. Un procès-verbal de l'audience est tenu. Au cours de l'audience, tous les clients sont informés de l'accessibilité des cours de justice et les parties reçoivent la brochure intitulée « Family Law in Ontario »; la mosquée El Noor a fourni des Traductions de cette brochure en gujurati et en urdu aux personnes qui ont besoin d'obtenir des services dans d'autres langues¹⁶¹.

Selon la délégation de la mosquée El Noor, les préoccupations de ceux qui s'opposent à l'arbitrage fondé sur les principes religieux relèvent de la démagogie et de la pure invention :

[Traduction] L'organisation de la mosquée El Noor a été saisie de plusieurs litiges et aucun des risques mentionnés ne s'est réalisé. En fait, aucune décision n'a été portée en appel devant la Cour de l'Ontario même si, en principe, nous donnons cette option dès le départ aux parties au litige¹⁶².

Ces deux exemples démontrent que le droit de la famille musulman a été et est appliqué aujourd'hui avec succès pour trancher les différends qui opposent tant des chiites que des sunnites. Le groupe d'étude a entendu dire de plusieurs groupes que des services semblables sont disponibles par l'entremise d'autres mosquées et centres communautaires islamiques situés un peu partout en Ontario; ces services peuvent être

¹⁶⁰ Soumission, Son altesse royale le Prince Aga Khan Shia Imami Ismaili pour le Canada (10 septembre 2004).

¹⁶¹ Soumission, la mosquée El Noor (24 août 2004).

¹⁶² Soumission, Mubin Shaikh, « Shariah Tribunals and Masjid El Noor: A Canadian Model » (24 août 2004).

Résumé des consultations

plus ou moins structurés et être axés sur la médiation ou la conciliation plutôt que sur l'arbitrage avec sentence obligatoire. Les personnes interrogées ont déploré à cet égard le manque d'uniformité de la structure et des politiques des organisations concernées, de sorte qu'il est difficile pour ceux qui sollicitent de l'aide de savoir exactement quel est le statut juridique des mécanismes de règlement auxquels ils ont accès. Le groupe d'étude a certes entendu parler de cas où des imams et autres dirigeants de la communauté, qui ne connaissent pas le droit de la famille canadien et qui n'ont peut-être qu'une formation sommaire en droit musulman, tranchent les différends opposant des musulmans qui se croient tenus de se conformer aux décisions, parce qu'elles émanent de leur groupe confessionnel et qu'ils veulent obéir aux enseignements de leur foi.

Dans bien des cas, les décisions sont fondées sur des traditions culturelles et peuvent aller directement à l'encontre du droit ontarien et canadien. Le groupe d'étude a appris que certaines jeunes filles étaient forcées, bien avant d'avoir atteint l'âge du consentement, de se marier et de porter des enfants alors qu'elles n'étaient qu'adolescentes. Il semble également que certains imams et dirigeants continuent à célébrer des mariages polygames, même si la polygamie est interdite en vertu du *Code criminel* du Canada. Aly Hindy, imam de la mosquée d'Alaheddin, aurait formulé les propos suivants :

[Traduction] Le Coran prévoit que l'homme peut avoir quatre épouses. Le droit canadien ne le permet pas – Dieu le permet, alors je les épouse moi-même... Si votre épouse n'aime pas les relations sexuelles, vous pouvez aussi prendre une autre femme. Si elle ne peut vous donner des enfants, vous pouvez prendre une autre femme. Si l'homme a des moyens financiers et rencontre une femme non mariée, il peut aussi l'épouser¹⁶³.

C'est dans ce contexte que la Canadian Society of Muslims, représentée par Syed Mumtaz Ali, milite depuis plusieurs années en faveur de l'institutionnalisation des services de médiation et d'arbitrage musulmans. En 1994, le groupe a soumis une présentation à l'Ontario Civil Justice Review Task Force et a alors recommandé que les changements suivants soient apportés au droit ontarien :

[Traduction]

1. Il y a lieu de modifier les instructions relatives à la pratique au sujet du projet pilote RED de nature judiciaire afin de permettre comme option l'arbitrage privé des différends en matière matrimoniale. Lorsque les deux parties sont musulmanes, elles pourraient être autorisées à conclure une entente d'arbitrage afin que les questions qui les opposent soient tranchées conformément aux principes du droit islamique.
2. Les questions touchant les successions ab intestat des musulmans pourraient être réglées de la même façon. Des changements devront être apportés à la loi, au besoin.

¹⁶³ Sally Armstrong, « Criminal Justice » *Chatelaine* 152 (novembre 2004) à la p. 158.

Résumé des consultations

3. Dans le cas des requêtes en divorce non contestées, les fonctionnaires désignés en vertu de la *Loi sur le mariage* de l'Ontario devraient être habilités à prononcer et à enregistrer les divorces des musulmans conformément à des procédures semblables à celles de la *Loi sur le mariage*.
4. Dans le cas des requêtes en divorce non contestées, les deux époux musulmans devraient être autorisés à renoncer au délai d'attente d'un an suivant la séparation ou à abrégier le délai relatif à la finalisation des procédures de divorce.
5. Comme solution de rechange à l'arbitrage privé dans le cadre d'un régime RED lié aux tribunaux judiciaires, lorsque les deux parties au divorce sont des musulmans, un mécanisme d'arbitrage privé et indépendant dirigé par des musulmans locaux pourrait être mis en place selon des paramètres semblables à ceux qui sont suivis dans la Muslim Marriage and Divorce Act de Trinidad et Tobago.
6. Comme solution supplémentaire de rechange, il y a lieu d'intégrer l'ensemble des lois musulmanes en matière personnelle/familiale au régime du droit de la famille et de la justice civile de l'Ontario, afin d'assurer le contrôle de l'ensemble de l'administration et de l'application des règles musulmanes régissant le droit de la famille.
7. Il y a lieu d'étendre le système unifié des tribunaux de la famille à l'ensemble de la province de l'Ontario¹⁶⁴.

Cette idéal a donné lieu, à l'automne 2003, à la tenue d'une conférence en vue de mettre sur pied l'Institut islamique pour la justice civile. Un comité composé de trente membres élus a été formé et a obtenu le mandat de constituer l'Institut en personne morale et d'élaborer les règlements devant en régir le fonctionnement. Les lettres patentes portant le numéro 1579565 ont été accordées le 15 janvier 2004. L'élection des dirigeants (3), des membres du conseil exécutif (6) et du conseil général (30) a eu lieu en février 2004. Le nom « Darul Qada – Muslim Court of Arbitration » a été enregistré sous le régime de la *Loi sur les noms commerciaux* et la création de l'Institut a été annoncée en mars 2004. L'Institut a été constitué à titre d'entreprise et recherche des clients désirant obtenir des services de médiation et d'arbitrage sous sa direction. Selon Mumtaz Ali, [Traduction] « l'arbitrage ne peut mettre en œuvre ces dispositions de la loi musulmane/charia, qui ne sont pas conformes aux lois canadiennes ou au système de valeurs canadiennes ». Cependant, après avoir insisté sur la supériorité de la loi musulmane, il précise ce qui suit dans le même document :

[Traduction] Le Coran nous informe du fondement de chaque action. Tous les actes, écrits ou mouvements des musulmans doivent être conformes aux préceptes de la loi musulmane/charia. Un musulman ne peut être musulman s'il ne respecte pas intégralement la loi musulmane¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Syed Mumtaz Ali, « Islamic Institute of Civil Justice and Muslim Court of Arbitration » (la Muslim Society of Canada, 2003).

¹⁶⁵ Syed Mumtaz Ali, « News Bulletin » (la Muslim Society of Canada, août 2004) aux pp. 2 et 6.

Résumé des consultations

Un groupe qui était affilié à l'origine à l'Institut islamique pour la justice civile s'est séparé de cette organisation juste avant que celle-ci soit constituée comme entreprise. D'après le mémoire que ce groupe a présenté au groupe d'étude,

[Traduction] Notre groupe a d'abord cherché à s'organiser à titre d'institut islamique pour la justice civile. Cependant, certains amis qui étaient avec nous ont semé la confusion en utilisant des termes comme tribunal de la charia, mesures politiques, etc. Cette confusion a suscité de vives réactions et des craintes non fondées. Nous nous sommes dissociés et avons enregistré notre organisation sous le nom de Dar-ul-Qada (Canada) Inc., organisation à but non lucratif ... qui cherche à offrir des services humanitaires à la communauté musulmane de l'Ontario. ... comme nous l'avons exposé, nos objectifs comprennent la mise sur pied de services pour les hommes, femmes et enfants laissés sans ressources par suite de conflits familiaux, la création de centres psychologiques et de centres de médiation et la poursuite des activités connexes pour répondre aux besoins de la collectivité. L'organisation veut également offrir un mécanisme de règlement extrajudiciaire des différends dans le cadre duquel des professionnels musulmans formés pourront agir comme médiateurs et arbitres dans le respect des traditions familiales dans les litiges de nature civile et familiale opposant les citoyens musulmans qui résident au Canada, dans la mesure où la législation canadienne le permet.

...l'application erronée de la loi de la charia a entraîné de nombreuses violations des droits de la personne un peu partout dans le monde. Nous souhaitons vous aviser qu'en plus de respecter la législation du Canada et les droits de la personne qui y sont reconnus, l'organisation veut appliquer les principes du droit islamique qui comprennent la justice sociale, l'égalité des êtres humains, y compris l'égalité des sexes ainsi que la sécurité de la vie, de la liberté et de la propriété. Le mandat social de l'organisation comprend l'adoption de mesures visant à éliminer l'oppression culturelle dont les femmes et les enfants sont victimes ainsi que les autres types d'injustice sociale. L'organisation est fermement résolue à s'attaquer aux problèmes d'ordre culturel qui ont mené à des injustices sociales et à l'application erronée de la charia dans le passé¹⁶⁶.

Tous ceux qui préconisent le maintien de l'arbitrage fondé sur les principes religieux ont souligné dans leur mémoire l'importance que les personnes appartenant à différents groupes confessionnels attachent à la possibilité de vivre selon leurs croyances, même si leurs choix touchent leur bien-être matériel. Il convient de reproduire ici deux ou trois extraits fort éloquentes :

[Traduction] En choisissant d'utiliser un système d'arbitrage fondé sur les principes religieux, les parties font deux choses : elles respectent leur foi et elles tranchent le litige en fonction de leur loi religieuse plutôt que du droit civil laïque. Tant que ce choix est fait d'une façon libre, éclairée et volontaire et qu'il n'y a pas de contravention à la *Charte des droits et libertés*, les parties devraient être

¹⁶⁶ Soumission, B. Husain Bhyat pour Dar-ul-Qada (27 août 2004).

Résumé des consultations

autorisées à le faire et ce droit devrait leur être reconnu parce qu'il fait partie de la liberté de religion.

En termes simples, un tribunal laïque fonde ses décisions sur l'ensemble des lois applicables de l'État, tandis que le tribunal religieux accorde une importance primordiale aux préceptes de la foi pour en arriver à sa décision. Les personnes qui décident consciemment et volontairement de participer au mécanisme confessionnel savent qu'en agissant de la sorte, elles risquent de perdre des droits qui existent dans le régime laïque. Ainsi, lorsque les chrétiens choisissent de soumettre leur différend à un arbitre chrétien, ils indiquent qu'il est plus important pour eux que le litige soit tranché conformément à la Bible que d'obtenir un résultat qui leur est favorable¹⁶⁷.

...il est facile de comprendre que le musulman qui choisit de s'adresser à un tribunal d'arbitrage musulman plutôt qu'à un tribunal canadien laïque le fait parce qu'il doit apporter une dimension spirituelle au différend et faire en sorte que cette dimension spirituelle joue un rôle prépondérant. Par conséquent, les musulmans décident de s'adresser à un tribunal musulman non pas parce qu'ils obtiendront vraisemblablement une décision plus favorable ou des avantages importants de ce tribunal... ils agissent de la sorte afin d'être de bons musulmans¹⁶⁸.

D'autres fondent leurs arguments sur le droit à la liberté de religion qui est reconnu dans la *Charte*. Bien que cette position ne soit pas celle du groupe d'étude, elle est exprimée très clairement dans le mémoire de B'nai Brith Canada :

[Traduction] Selon B'nai Brith Canada, en vertu de la Constitution canadienne (*Loi constitutionnelle de 1982*), les Juifs et, d'ailleurs, tous les groupes confessionnels ou religieux ont le droit de s'adresser à leurs propres tribunaux d'arbitrage pour trancher les questions relevant notamment du droit de la famille, pourvu que les participants exercent ce choix volontairement et agissent de manière équitable. Plus précisément, l'article 27 de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit que « toute interprétation de la présente Charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine culturel des Canadiens » [*non souligné à l'original*]. Cette disposition indique que la société canadienne est une société pluraliste et ouverte qui doit accommoder différentes pratiques religieuses. ...B'nai Brith appuie l'intégrité de la liberté de choix de toute personne qui, pour des raisons religieuses, désire se soumettre à la compétence de ces tribunaux religieux et respecter de ce fait ses traditions religieuses, pourvu que cette démarche soit faite de manière consensuelle ou volontaire. Tous les résidents canadiens ont droit à un traitement égal, indépendamment de leurs convictions religieuses, comme le prévoit l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Soumission, Christian Legal Fellowship (27 août 2004).

¹⁶⁸ Syed Mumtaz Ali, « News Bulletin » (Canadian Society of Muslims, août 2004) à la 6.

¹⁶⁹ Soumission, B'nai Brith, « Review of the Arbitration Process in Ontario » (31 août 2004).

Résumé des consultations

Dans son mémoire, le représentant de la mosquée El Noor formule un certain nombre d'arguments qui n'ont pas été articulés dans ceux des autres personnes interrogées, mais qui ont été mentionnés par plusieurs intervenants au cours des consultations orales :

[Traduction] Nous préconisons cette solution d'abord et avant tout parce qu'il s'agit d'un tribunal islamique qui est présidé par des dirigeants communautaires ayant reçu une formation, ce qui lui confère la crédibilité dont il a besoin dans la communauté musulmane et la légitimité nécessaire. Son importance est manifeste lorsqu'une décision favorable à la femme est rendue contre un homme qui ignore les droits reconnus aux femmes selon l'islam. En raison de l'autorité du tribunal, les parties qui comparaissent devant lui ne pourront l'accuser d'ignorer leurs valeurs islamiques, lequel reproche est souvent formulé à l'endroit des tribunaux laïques. Au moyen de ce mécanisme, la communauté exercera des pressions auprès de la partie fautive pour qu'elle respecte la norme et l'encouragera à mettre fin à sa conduite blâmable. Enfin, ce mécanisme assure l'administration de la justice en veillant à ce que la personne soit comptable envers son Dieu, ce qui est un facteur très important militant à l'encontre de la désobéissance. ...Ces arguments ont une importance considérable en ce qui a trait à la compatibilité de l'islam avec la démocratie. Loin d'être un signal pour les despotes de la planète qui exploitent l'islam, cette solution représente une manifestation palpable visant à décrier cette conduite et une preuve concrète du fait que l'islam est suffisamment souple pour fonctionner à l'intérieur des mécanismes occidentaux actuels. Il s'agit d'un aspect très important à prendre en compte, parce qu'il indique à l'État comment agir avec sa population musulmane : le conflit des civilisations ou l'harmonie. ... Elle permet à la communauté musulmane de résoudre ses problèmes de l'intérieur plutôt que de se faire imposer une solution par des agents externes non autorisés [*Remarque : les mots « non autorisés » renvoient ici aux tribunaux laïques du point de vue religieux*]¹⁷⁰.

Fait intéressant à souligner, ce problème de l'applicabilité des décisions a également été soulevé à l'égard de l'arbitrage des questions relevant du droit de la famille en fonction de principes non religieux. Ceux qui favorisent le recours à l'arbitrage semblent généralement admettre que les parties récalcitrantes sont mieux disposées à se conformer à une décision qui ne leur est pas favorable lorsqu'elles ont participé à la démarche que lorsque la décision leur est imposée de l'extérieur.

Dans son mémoire, Fathercraft Canada a souligné que la médiation et l'arbitrage fondés sur les principes religieux sont foncièrement plus équitables que la justice traditionnelle :

[Traduction] La charia prévoit un mécanisme de règlement des différends fondé sur les croyances. Il est utile d'examiner l'histoire des croyances, de la spiritualité

¹⁷⁰ Soumission, Mubin Shaikh, « Shariah Tribunals and Masjid El Noor: A Canadian Model » (24 août 2004).

Résumé des consultations

et de la religion pour régler les conflits. Bien que certains opportunistes et extrémistes se soient servis de la religion pour provoquer des conflits et justifier la violence, d'autres hommes éclairés par les enseignements de la foi l'invoquent depuis longtemps à bon escient pour régler leurs différends. Il serait permis de dire que la loi juive, le christianisme, la charia, les cercles de guérison des autochtones et les religions en général sont des mécanismes de règlement des différends qui sont essentiellement pacifiques ou axés sur la réduction de la violence. Le système judiciaire accusatoire est fondé sur le concept selon lequel chaque partie désigne un représentant chargé de gagner une bataille pour elle, de sorte qu'il est foncièrement violent à sa base. Nous sommes d'avis que les mécanismes d'arbitrage et de médiation fondés sur les croyances religieuses sont supérieurs au système judiciaire accusatoire, pour les raisons suivantes :

- les deux parties qui ont recours à l'arbitrage conviennent mutuellement du choix de l'arbitre dont elles respecteront les décisions, alors que, dans le système judiciaire, elles ne peuvent choisir le juge et une partie est habituellement entraînée contre sa volonté dans un litige (les juges et avocats oeuvrant en droit de la famille sont les intervenants les moins respectés et les plus détestés du système judiciaire);
- l'arbitre déploie davantage d'efforts pour trouver une solution globale et permanente (faute de quoi les parties devront retourner devant l'arbitre, dont la renommée sera ternie), alors que les juges ne tiennent pas compte de l'efficacité des solutions et transfèrent la responsabilité aux cours d'appel ou à d'autres juges;
- au cours de l'arbitrage, la procédure est ouverte et équitable et les décisions sont expliquées aux parties alors que, devant le tribunal de la famille, les mères et les pères se plaignent du coût, de la longueur et de la complexité des procédures ainsi que de l'utilisation de fausses accusations pour inciter la Cour à rendre des décisions incompréhensibles ou incomplètes;
- les croyances de l'arbitre sont claires et ses décisions sont normalement fondées sur des motifs altruistes, tandis que celles des juges reposent parfois sur des motifs politiques, arrivistes ou stéréotypés;
- les médiateurs peuvent invoquer des valeurs, croyances et principes communs, tandis que les juges ne peuvent généralement pas le faire.

De nombreux musulmans qui ont répondu au groupe d'étude ont déploré les tensions qui règnent dans leur communauté depuis les attaques terroristes du 11 septembre 2001 et les incidents subséquents découlant des mesures de sécurité que le gouvernement canadien a prises. Certains craignent plus que jamais que leur collectivité soit victime de discrimination dans le système judiciaire. Bon nombre d'entre eux sont très conscients des critiques soulevées dans le rapport de Cole/Gittens sur le racisme systémique dans le système de justice pénale¹⁷¹ et ont souligné que des problèmes de discrimination semblables ont été vécus dans le système de justice civile, notamment devant les tribunaux de la famille. En raison de cette crainte de

¹⁷¹ Ontario, Rapport de la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 1995 (David Cole et Maragret Gittens).

Résumé des consultations

discrimination dans la société générale, l'arbitrage privé en vertu de la loi musulmane semble plus attrayant et plus sûr, surtout chez les plus jeunes qui cherchent à établir leur identité comme minorité au sein d'une grande collectivité qui leur semble hostile. Dans son mémoire, Moulana Habeeb, directeur de United Muslims, formule quelques-uns des arguments que les musulmans font valoir en réponse à ceux qui évoquent les dangers inhérents à l'arbitrage fondé sur les principes religieux :

[Traduction] La crainte que les femmes soient traitées de façon inégale relève davantage de la phobie que d'une position réfléchie. Le mot égal signifie-t-il identique? L'existence de salles de toilette séparées indique-t-elle qu'il y a inégalité? Pourrions-nous réclamer l'abolition de la loi et de l'ordre lorsque les femmes continuent d'être violentées et que des excuses sont faites à des personnes innocentes qui ont purgé des peines dans des sociétés non islamiques? Nous devrions devenir des passerelles ouvrant la voie à des solutions, comme cela se fait dans les sociétés occidentales, plutôt que de n'ajouter que des paroles à la crise. Bien que le Coran se prête à une multitude d'interprétations, personne ne peut répudier les principes universels qu'il commande en matière de droit civil. Le Coran dicte la conduite suivante aux maris en cas de divorce : [Traduction] « Alors, c'est soit la reprise conformément à la bienséance ou la libération avec gentillesse et il ne vous est pas permis de prendre quoi que ce soit de ce que vous leur avez donné... ». Quelle que soit l'école de pensée d'une personne, les procédures d'arbitrage doivent lui permettre d'en choisir un adepte . Ce n'est que dans ces cas que la justice serait bien servie. Dans la même veine, les femmes doivent pouvoir faire partie du conseil d'arbitrage, suivant le préceptes du juriste classique Abu Hanifa qui a légalisé la présence de juges qui sont des femmes. Est-ce que nous nous opposons à ceux qui optent pour les aliments et vêtements, les écoles et les services de télécommunications produits par les musulmans au motif que leur conduite serait anticanadienne? Si la réponse à cette question est négative, il convient de reconnaître que la décision de soumettre les différends d'ordre personnel à des dirigeants qui sont mutuellement respectés dans la famille, le plus souvent aux imams, est simplement une suite de ces tendances acceptables. Ceux qui n'ont pas recours à des systèmes monétaires sans intérêts ne sont nullement réprimandés ou isolés. Le maintien du recours à un conseil d'arbitrage chargé d'appliquer la loi personnelle musulmane s'inscrit dans la même tendance¹⁷².

Un autre argument invoqué réside dans le fait qu'il est difficile de respecter les obligations sociales ou familiales selon le droit de la famille de l'Ontario, puisque ce régime s'applique généralement uniquement à deux conjoints adultes et aux enfants nés de cette union. Dans de nombreuses communautés, les familles élargies sont la norme et non l'exception, et les autres membres de la famille ou du foyer peuvent être touchés par les droits de propriété que notre loi définit de façon plus restrictive. La Christian Legal Fellowship a donné l'exemple suivant :

¹⁷² Soumission, Moulana Habeeb (United Muslims) (2 septembre 2004) aux pp. 1 et 2.

Résumé des consultations

[Traduction] Supposons qu'un couple marié ait acheté une maison et enregistré le titre de propriété uniquement au nom de l'époux pour des raisons liées à la responsabilité. Le couple a continué à habiter la maison avec les parents de l'épouse, qui ont payé une partie des frais d'épicerie et quelques factures. Chacun payait une partie du prêt hypothécaire, des taxes et des principales dépenses en proportion de ses revenus. Le couple s'est ensuite séparé.

Selon le droit de l'Ontario [la *Loi sur le droit de la famille*], la maison serait considérée comme un bien matrimonial et l'époux ne pourrait la vendre sans le consentement de l'épouse. Les intérêts éventuels des parents de l'épouse seraient laissés de côté. La valeur de la maison serait ensuite répartie également entre l'époux et l'épouse, à l'exclusion des parents.

Si l'affaire était soumise à l'arbitrage ou à la médiation dans un environnement chrétien, les intérêts des parents seraient normalement pris en compte, tant aux plans moral que juridique. L'époux et l'épouse devraient se demander où les parents habiteraient si la maison était vendue, comment ces frais de logement seraient payés et quels sont les droits et obligations juridiques de chacun afin d'assurer un partage équitable de leurs biens¹⁷³.

Dans la même veine, certaines femmes qui prônent l'arbitrage en vertu de la loi musulmane ont souligné qu'en vertu de la *Loi sur le droit de la famille*, elles seraient tenues de subvenir aux besoins de leur époux et de leurs enfants si elles étaient le gagne-pain de la famille. Selon la loi musulmane, lorsque la femme participe à l'économie de la vie familiale, elle le fait de son plein gré et c'est une bénédiction pour elle et non une obligation. Effectivement, certaines femmes ont soutenu qu'elles seraient plus avantagées au plan financier en vertu de la loi musulmane qu'en vertu de la loi de l'Ontario et croyaient que le recours à l'arbitrage musulman leur permettrait de conserver cet avantage.

Tous les arguments mentionnés plus haut qui ont été invoqués au soutien de la médiation et de l'arbitrage des différends relevant du droit de la famille ont été réitérés en ce qui concerne les RED fondés les principes religieux. Plus précisément, la plupart des organisations religieuses ont fait valoir le coût moins élevé associé à cette forme de recours, puisque la plupart des adeptes offrent des services, soit gratuitement, soit à un coût très modique. La plupart des organisations religieuses assument le coût des services en faisant appel à des médiateurs ou arbitres bénévoles ou en menant des campagnes de financement à cette fin. Le plus souvent, les frais exigés sont minimes et visent uniquement à couvrir les coûts essentiels de la procédure elle-même. La rapidité de la démarche est également considérée comme un avantage important, surtout dans la collectivité musulmane, où le délai qui doit s'écouler entre la décision de divorcer et le remariage est nettement inférieur à celui que prévoit la loi canadienne et beaucoup plus court que celui qui est nécessaire pour obtenir un divorce par l'entremise de l'appareil judiciaire dans bien des cas.

¹⁷³ Soumission, Christian Legal Fellowship (27 août 2004).

Résumé des consultations

La plupart des groupes religieux ont affirmé qu'ils devaient tous être traités également en ce qui a trait à leur droit d'offrir l'arbitrage fondé sur les principes religieux et à toutes nouvelles restrictions que le groupe d'étude pourrait proposer. Cependant, certains avaient des réserves au sujet d'autres groupes, même s'ils défendaient cette position pour leur propre compte. Voici ce que souligne la Christian Legal Fellowship :

[Traduction] Il est beaucoup plus difficile de contrebalancer les droits opposés de liberté religieuse et de traitement égal en vertu de la loi lorsqu'une communauté religieuse ne croit pas que tous les membres de la collectivité doivent recevoir un traitement égal (par exemple, lorsque les femmes ont moins de valeur aux yeux de cette religion)¹⁷⁴.

La majorité des personnes qui ont écrit en leur propre nom au groupe d'étude ont souligné qu'elles s'opposaient uniquement au fait de permettre l'application de la loi familiale musulmane. Certains de ces mémoires comportaient des allégations nettement racistes. Cependant, d'autres personnes ont souligné à quel point il était difficile de permettre une forme d'arbitrage fondé sur les principes religieux et non d'autres formes. Comme Philip Epstein l'a mentionné :

[Traduction] Je suis très préoccupé par la perspective de l'application de la loi de la charia en Ontario, mais je reconnais aussi que les tribunaux juifs appliquent la loi juive aujourd'hui et que, de toute évidence, aucune distinction ne doit être faite entre différents groupes raciaux ou culturels¹⁷⁵.

Presque toutes les personnes interrogées qui sont en faveur de la médiation et de l'arbitrage fondés sur les principes religieux ont préconisé des mesures de protection supplémentaires pour l'arbitrage des questions relevant du droit de la famille afin d'empêcher les types de discrimination et d'iniquité que redoutent le plus ceux et celles qui s'opposent à cette pratique .

¹⁷⁴ Soumission, Christian Legal Fellowship (27 août 2004).

¹⁷⁵ Soumission, Christian Legal Fellowship (27 août 2004).