

Section 7: Suggestions soumises dans les mémoires

Certains participants à l'étude étaient si convaincus que l'arbitrage ne devait pas être permis dans les affaires de droit de la famille et plus encore, qu'il fallait interdire l'arbitrage fondé sur des principes religieux, qu'ils refusaient de soumettre quelque suggestion que ce fût sur la question de savoir comment la *Loi sur l'arbitrage* ou d'autres lois pourraient être modifiées pour protéger les personnes vulnérables. C'est ce que fait valoir le mémoire de l'ANFD en relevant le genre de questions qui appellent une réponse :

[Traduction] Nous n'avons pas abordé les stratégies de réforme du droit dans ce mémoire, car nous sommes d'avis qu'une large consultation des différents groupes, musulmans et non musulmans, est nécessaire pour identifier et évaluer les stratégies visant à garantir que les droits à l'égalité que la Constitution garantit à la femme ne sont pas violés dans le processus d'arbitrage. Il est primordial de trouver la réponse à certaines questions, par exemple : est-il possible d'incorporer dans le processus d'arbitrage des dispositifs de protection, qui protégeront convenablement les femmes? Peut-on surmonter les limitations inéluctables de tels dispositifs de protection? Est-il possible de réinventer les méthodes de résolution extrajudiciaire des conflits de façon à répondre aux préoccupations des femmes²⁵¹?

D'autres répondants voient cependant dans le processus de révision un premier pas en direction de la résolution de ces questions. Un grand nombre suggèrent des changements concrets qui, à leur avis, traiteraient certains enjeux possibles qui menacent les individus vulnérables si les conflits familiaux continuent à se faire résoudre par la médiation ou l'arbitrage. Comme nous l'avons vu, en particulier dans la section 4, même les répondants qui sont en faveur du recours à l'arbitrage pensent que les méthodes de résolution extrajudiciaire requièrent des dispositifs de protection pour que les individus vulnérables qui optent pour l'arbitrage jouissent d'un degré de protection de leurs droits semblable à celui qu'ils obtiendraient en allant en justice.

Formation des médiateurs et des arbitres

Beaucoup de commentateurs décrient l'absence de réglementation et de normes de qualification pour les arbitres, en faisant observer que la *Loi sur l'arbitrage* ne définit les normes de formation ni ne prévoit un code de déontologie régissant l'exercice des fonctions en la matière. Quelle que soit leur position sur l'application des préceptes religieux dans l'arbitrage en droit de la famille, la plupart des mémoires insistent sur la nécessité de fixer des qualités requises et des normes minimales pour les médiateurs comme pour les arbitres. Ainsi que l'a fait observer Syed Mumtaz Ali de l'Islamic

²⁵¹ 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).

Suggestions soumises dans les mémoires

Institute for Civil Justice  in des défenseurs les plus résolus de normes plus rigoureuses :

[Traduction] Nous avons toujours insisté sur le fait que l'une des principales raisons pour lesquelles l'Institut a été créé était d'apporter un peu d'ordre et de discipline à un code de déontologie qui semble avoir engendré un pullulement d'« arbitres » mal-nommés dans les allées sombres et les ghettos fermés, lesquels arbitres ont tendance à prospérer... Le fait est qu'un bon nombre de dirigeants de l'Institut ont terminé avec succès les cours approuvés de l'ADR Institute sur les règles de droit et de procédure de l'arbitrage²⁵².

Au minimum, la grande majorité des participants estime que médiateurs comme arbitres en droit de la famille doivent connaître la législation régissant tous les aspects du droit de la famille au Canada et en Ontario (comme la *Loi sur le droit de la famille*, la *Loi sur le divorce*, la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, et la *Loi portant réforme du droit des successions*) ainsi que de la *Loi sur l'arbitrage* elle-même. En outre, la plupart des répondants se prononcent en faveur de l'obligation faite aux médiateurs et aux arbitres de connaître la *Charte canadienne des droits et libertés*. À leur avis, les valeurs exprimées dans la Charte doivent être intégrées dans les choix de politique générale que fait le gouvernement pour ce qui est de l'arbitrage et de la résolution extrajudiciaire des conflits.

Un grand nombre de ceux qui s'intéressent à la médiation et à l'arbitrage dans les conflits de famille parlent de la nécessité pour médiateurs et arbitres d'être instruits sur la dynamique et les risques de la violence conjugale. M^{me} Barbara Landau, avocate, psychologue et médiatrice, a soumis la recommandation détaillée suivante au groupe d'étude :

[Traduction] Je pense que tous les médiateurs et arbitres doivent avoir un minimum de formation de base en compétences professionnelles, en droit canadien de la famille et en dépistage de la violence au foyer. Si un contrat est conclu par coercition, il n'est pas valide. Les médiateurs DOIVENT dépister la violence au foyer en évaluant l'homme et la femme pour voir si le processus leur convient. Les normes définies par l'OAMF (Ontario Association of Family Mediators) ou Médiation familiale Canada, et l'Arbitrage Institute of Ontario  pourraient, avec les adaptations nécessaires, servir de base pour répondre aux besoins spéciaux de ces médiateurs et arbitres. Ce programme ne serait pas spécifique à quelque groupe religieux que ce soit, mais enseignerait les principes et les méthodes de médiation et le droit en matière d'arbitrage ainsi que le droit de la famille, et comprendrait au moins deux jours d'études sur la violence au foyer et le rapport inégal des forces²⁵³.

²⁵² Soumission, Syed Mumtaz Ali, « An Update on the Islamic Institute of Civil Justice » (août 2004).

²⁵³ Soumission, Dr. Barbara Landau (6 septembre 2004).

Suggestions soumises dans les mémoires

Certains répondants préconisent l'inscription obligatoire à l'une ou l'autre des associations professionnelles qui ont été créées ces dernières années pour définir les normes applicables aux médiateurs et aux arbitres; à l'heure actuelle, l'inscription est entièrement volontaire. Parmi ces groupements professionnels, on peut compter, entre autres, Médiation familiale Canada, l'ADR Institute, l'Association ontarienne de médiation familiale, l'Association for Conflict Resolution, et l'Arbitration Institute of Ontario. Les conditions d'admissibilité comprennent la satisfaction aux normes spécifiques d'instruction et de formation, ainsi que l'adhésion au code de déontologie établi pour la profession.

Autres croyaient que des compétences professionnelles données, qu'elles soient en droit, en travail social ou en psychologie, suffiraient à la tâche, surtout si le détenteur était aussi membre d'un corps professionnel auto-gouvernant. D'autres encore voulaient que le groupe d'étude reconnaisse que la formation religieuse de longue durée de rabbins et de certains imams leur donne la compétence pour faire de la médiation ou de l'arbitrage dans un contexte religieux.

Plusieurs répondants soulignaient que le gouvernement de l'Ontario a défini les qualités requises de ceux qui assurent les services de médiation en marge du tribunal judiciaire, et que celles-ci traduisent la nécessité de normes minimales d'instruction et de formation là où des services financés par le gouvernement sont assurés. Il est utile d'avoir un aperçu de ces normes; dans sa demande de propositions de services de médiation familiale et d'information à assurer auprès de la Cour de la famille, le ministère du Procureur général définit comme suit les normes à observer par les organismes bénéficiaires de paiements de transfert :

[Traduction]

(a) Instruction, formation et expérience

Le prestataire de services doit s'assurer qu'au minimum, les médiateurs justifient de l'instruction, ainsi que de la formation et de l'expérience en médiation familiale, comme suit :

- 1) un diplôme professionnel ou l'équivalent (expérience considérable et ayant un rapport direct avec le domaine);
- 2) un minimum de 50 heures de formation en médiation familiale (cours de base et cours supérieur); et
- 3) un minimum de 100 heures de surveillance et/ou un minimum de cinq affaires dans lesquelles son intervention a abouti à un règlement, sous la surveillance ou avec consultation d'un médiateur en exercice/agréé de l'Association ontarienne de médiation familiale (AOMF) ou d'un médiateur certifié de Médiation familiale Canada (MFC).

Les médiateurs qui produisent la preuve de leur agrément par l'AOMF ou de leur certification par MFC, seront réputés satisfaire aux conditions de formation et d'expérience en médiation familiale ci-dessus.

(b) Connaissances, compétences et autres qualités personnelles

Le prestataire de services s'assurera que les médiateurs justifient aussi des connaissances, compétences, aptitudes et autres qualités personnelles suivantes :

Suggestions soumises dans les mémoires

Connaissances

- 1) négociation, conciliation, gestion des conflits et processus de médiation;
- 2) dynamique familiale et développement de l'enfant;
- 3) règles de droit touchant les questions soumises à la médiation, y compris :
 - la procédure de séparation et de divorce;
 - les grandes tendances jurisprudentielles touchant les questions ci-dessus; et;
 - les lois qui peuvent aider et protéger les femmes victimes de violence;
- 4) effets de la séparation et du divorce sur les père et mère, les enfants et la parentèle;
- 5) connaissance approfondie des causes du rapport inégal des forces, et aptitude à reconnaître les indices de ce rapport inégal chez leurs clientes;
- 6) dans le cours de la médiation, connaissance des techniques servant à remédier, en toute impartialité, au rapport inégal des forces;
- 7) indices de violence/séviages au foyer;
- 8) procédures et outils de détection des séviages avant et durant la médiation;
- 9) besoin et procédure de planification des mesures de sécurité pour les clientes et pour le personnel;
- 10) ressources communautaires et ressources éducatives à recommander aux clientes ou à utiliser dans le processus de médiation;
- 11) options de résolution extrajudiciaire des conflits;
- 12) sujets de préoccupation publics actuels au sujet de la médiation; et
- 13) questions multiculturelles dans la résolution des conflits.

Compétences

- 1) compétences supérieures en communication et en relations interpersonnelles;
- 2) compétences supérieures en enquête, interrogation et évaluation;
- 3) compétences prouvées en gestion de cas;
- 4) aptitude à évaluer l'inégalité dans le rapport des forces pour décider si la médiation est une option souhaitable;
- 5) aptitude à utiliser les techniques propres à remédier au rapport inégal des forces;
- 6) les médiateurs pratiquant la médiation totale doivent comprendre et savoir utiliser les divers documents financiers applicable, dans les cas où se pose la question des aliments ou du partage des biens (par exemple, états financiers produits en justice, budget, états financiers établis par les comptables).

Qualités personnelles

- 1) nature non autoritaire, non sectaire; respect de l'autonomie de la cliente;
- 2) chaleureux et compréhensif;
- 3) aptitude à se montrer ferme et assertif;
- 4) aptitude à appliquer les méthodes efficaces de résolution des conflits;
- 5) sensibilité aux différences culturelles;
- 6) aptitude à respecter l'échéance prévue;
- 7) jugement professionnel;
- 8) souplesse d'esprit;
- 9) aptitude à rester calme, lucide et prévenant devant l'hostilité et la tension;
- 10) aptitude à résoudre les problèmes, à se montrer clair, créatif et imaginatif;
- 11) intuition et perception;
- 12) sensibilité aux problèmes de violence au foyer;

Suggestions soumises dans les mémoires

13) patience.²⁵⁴

Certains participants sont d'avis que ces conditions doivent être satisfaites chez les services privés de résolution de différends, y compris de médiation et d'arbitrage, et non seulement dans les services financés par l'État.

Bien que les tâches des médiateurs et des arbitres soient semblables, les arbitres sont habilités à rendre des décisions exécutoires, et non pas juste pour faciliter la conclusion par les parties d'un accord qui sera soumis à la justice pour confirmation. Nombre de répondants estiment qu'il est essentiel d'exiger des arbitres des qualités supplémentaires, en sus de celles requises des médiateurs. Ils estiment que les arbitres doivent comprendre et être à même d'appliquer les règles de preuve du droit canadien. En outre, ils pensent que les arbitres doivent être en mesure de rédiger leurs décisions, afin que celles-ci et les motifs y relatifs soient parfaitement compris, sinon acceptés, par les parties et, en cas de recours en contrôle judiciaire, par la juridiction saisie de l'affaire. Et surtout, ils soutiennent que les arbitres doivent être à même d'assurer aux parties un « processus juste et équitable », au sens où ce concept s'entend dans le contexte canadien.

Certains participants soutiennent qu'il faut reconnaître « l'équivalence » de l'instruction et de l'expérience pour les arbitres qui ont fait de longues études de droit. Les mémoires de la Beis Din font état de la longue formation reçue par les rabbins judiciaires avant qu'ils n'exercent des fonctions d'arbitre. Ils soutiennent éloquemment qu'une formation supplémentaire n'est pas nécessaire lorsque pareilles qualités sont déjà acquises.

[Traduction] Il y a deux qualités que nous exigeons de nos arbitres réguliers. Il faut qu'ils soient rabbins ordonnés et un niveau d'ordination supérieure est nécessaire pour les juges rabbiniques.

La formation rabbinique normale nécessite des années d'études. Dès l'école élémentaire et pendant tout le cycle secondaire chez les juifs, le Talmud est étudié en profondeur, surtout dans le domaine des délits civils et de la procédure. Pour pouvoir s'inscrire au programme d'ordination rabbinique, il faut justifier d'au moins quatre années d'études talmudiques post-secondaires. Cette condition peut varier légèrement d'un programme rabbinique à l'autre, mais descend rarement au-dessous de quatre années d'études post-secondaires. Les études sont en grande partie centrées sur la loi talmudique. Le programme d'ordination talmudique requiert normalement quatre années de plus.

Cette ordination rabbinique ne fait pas de quelqu'un un juge, bien que le gros des huit années d'études post-secondaires ait été consacré à la loi talmudique.

²⁵⁴ Ministère du Procureur général, «Appel de propositions de services de médiation familiale et d'information auprès de la Cour de la famille, Cour supérieure de justice » Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, décembre 2003.

Suggestions soumises dans les mémoires

Pour être admissible aux études de *Dyan*, ou de juge talmudique, il faut être ordonné rabbin au préalable. Le cours de formation de ces juges requiert au minimum deux années supplémentaires, souvent quatre ou six, selon l'école rabbinique.²⁵⁵

De même, un grand nombre d'intervenants pensent que juges et avocats qui ont fait leurs études et exercé en Ontario, ont l'instruction, le savoir et les compétences nécessaires pour exercer en médiation et en arbitrage sans aucune formation supplémentaire.

Par contre, la communauté islamique exprime de vives préoccupations sur la question de savoir comment garantir que ceux qui conduisent l'arbitrage conformément au droit musulman des personnes sont suffisamment instruits et compétents pour faire leur travail efficacement. Les participants s'inquiètent du très petit nombre de musulmans versés en droit islamique et qui soient disponibles pour arbitrer. C'est en ces termes que M. Mohamed Elmasry du Canadian Islamic Congress a été cité dans un article du *Pakistan Daily Times* d'août dernier :

[Traduction] Elmasry avait dit : « Il y a seulement une poignée de lettrés au Canada qui soient vraiment formés pour interpréter et appliquer la charia, peut-être un seul ». Et aussi : « Les arbitres se fient à leur intuition, à leur bon sens, et dans nombre de cas, ils sont tombés justes », en ce sens que leurs décisions n'ont pas été portées en appel devant un tribunal judiciaire ou infirmées.²⁵⁶

Faisal Kutty, un avocat musulman connu de Toronto, a aussi relevé l'absence de normes de qualification pour l'interprétation de la loi islamique :

[Traduction] En l'état actuel des choses, n'importe qui peut rendre des décisions tant qu'il donne des signes extérieurs de piété et qu'il a un groupe d'adeptes. Il y a de nombreuses institutions dans le pays qui produisent des diplômés : *alims* (lettrés), *faqih*s (juristes) ou *muftis* (jurisconsultes), sans leur avoir pleinement inculqué les subtilités du droit islamique.²⁵⁷

L'Islamic Council of Imams - Canada a fait l'observation suivante :

[Traduction] Ne peut être juge islamique (*Quadi*) que celui qui a une formation approfondie en droit islamique. En outre, il doit justifier d'une moralité et d'une intelligence supérieures. À la différence des juges judiciaires de l'Ontario, il n'y a ni qualification formelle, ni nomination officielle, ni hiérarchie de juridiction entre certaines décisions au sein de la communauté musulmane canadienne.

²⁵⁵ Soumission, Rabbin Reuven Tradburks (2 septembre 2004).

²⁵⁶ « Sharia debate rages on in Canada » *Pakistan Daily Times* (31 août 2004).

²⁵⁷ Faisal Kutty, « Canada's Islamic Dispute Resolution Initiative Faces Strong Opposition », *Washington Report on Middle East Affairs* (mai 2004), en ligne : <http://www.wrea.com/archives/May_2004/045070.html>.

Suggestions soumises dans les mémoires

...Puisque les règles de droit islamique de la famille ne sont pas intégrées dans le système de droit du Canada, nos tribunaux judiciaires et organismes de résolution des conflits ne peuvent s'appuyer sur rien, et la façon dont ils vont mettre à exécution leurs décisions, si elles ne sont pas acceptées et si elles vont à l'encontre du système de droit, peut faire l'objet d'un litige.

L'absence de normes pour les organismes de résolution des conflits pose un sérieux problème pour les tribunaux confessionnels. Plus de 90 p. 100 des décisions dans les causes islamiques peuvent être discrétionnaires, selon les circonstances.²⁵⁸

L'Islamic Council of Imams propose un groupe de travail provincial pour « étudier et formuler le droit de la famille islamique au Canada, qui servira de base pour les décisions des organismes de résolution des conflits »²⁵⁹, en faisant observer que l'élaboration d'un ensemble accepté de règles de droit serait le premier pas pour garantir que des arbitres qualifiés soient disponibles pour la communauté.

Le Council on American-Islamic Relations - Canada (CAIR-CAN) préconise l'intervention gouvernementale pour assurer l'instruction et la formation nécessaires :

[Traduction] La réussite d'un système d'arbitrage fondé sur la loi islamique dépendra largement des arbitres. CAIR-CAN est convaincue que des arbitres proprement formés et pénétrés de l'esprit comme de la lettre du droit musulman de la famille rendront des décisions équitables, conformes à la Charte des droits et libertés. Nous estimons donc que le ministère doit faire de sérieux efforts, de concert avec les communautés minoritaires, pour sélectionner et former des arbitres qualifiés. Une prolongation de l'état actuel des choses, où est permise la création de systèmes privés d'arbitrage sans aucune intervention gouvernementale pour la sélection et la formation des arbitres, ne protège pas convenablement les intérêts des individus qui, pour des raisons religieuses ou autres, choisissent ce mode de résolution des conflits.

Nous estimons que tout institut ou organisation visant à offrir l'arbitrage confessionnel doit soumettre au ministère du Procureur général le curriculum vitae des candidats qu'il envisage de nommer arbitres. Pour évaluer si ces derniers sont qualifiés pour appliquer le droit islamique de la famille dans le contexte canadien, le ministère doit demander formellement l'avis des lettrés, leaders et activistes islamiques reconnus au sein de la communauté musulmane canadienne. Ou encore, il pourra demander l'assistance d'une organisation islamique reconnue au Canada comme le Fiqh Council of North America.

²⁵⁸ Soumission, Islamic Council of Imams - Canada, « Islamic Arbitration Tribunals and Ontario Justice System » (23 juillet 2004).

²⁵⁹ Soumission, Islamic Council of Imams - Canada, « Islamic Arbitration Tribunals and Ontario Justice System » (23 juillet 2004).

Suggestions soumises dans les mémoires

Nous sommes également d'avis que les arbitres doivent satisfaire à des normes minimales de qualification en médiation et en arbitrage, et doivent connaître les règles de droit de la famille et des successions en Ontario. À cet égard, les arbitres devraient justifier d'un certificat en arbitrage et médiation et terminer avec succès une série de cours de droit canadien de base, à désigner par le ministère.²⁶⁰

D'autres répondants estiment qu'il appartient à la communauté musulmane elle-même, et non au gouvernement, de prendre l'initiative pour s'assurer que les arbitres sont convenablement instruits et formés et observent les normes d'exercice appropriées en cas d'application du droit de la famille islamique.

Régulation des médiateurs et des arbitres

Il est clair que la grosse majorité des participants est en faveur de la régulation de la profession de médiateur et d'arbitre et demande au groupe d'étude d'engager le gouvernement à prendre des mesures en ce sens. La protection de l'utilisateur, qu'est le client de médiateurs ou d'arbitres, par un mécanisme grâce auquel il peut avoir accès à une procédure de plainte et obtenir réparation, semble avoir été envisagée par la plupart des participants. En outre, la plupart des répondants sont d'avis que les conditions d'instruction et les normes déontologiques imposées aux médiateurs et aux arbitres doivent être facilement accessibles au public, afin que les parties qui envisagent de recourir à la médiation ou à l'arbitrage comprennent les conditions fondamentales de l'exercice de la profession.

Cependant, différents modèles de réglementation ont été proposés. Beaucoup préconisent la régulation gouvernementale directe ou la mise en place par voie législative d'un « ordre » ou « institut » autorégulé. Certains médiateurs et arbitres sont déjà membres de professions autorégulées, comme l'Ordre des travailleurs sociaux,  Barreau du Haut-Canada ou l'Ordre des psychologues, mais échapperaient à l'application des règles de déontologie de leur profession respective lorsqu'ils font fonction de médiateurs ou d'arbitres. Il est nécessaire de clarifier leurs obligations au regard de ces organismes de régulation lorsqu'ils exercent les fonctions de médiateur ou d'arbitre et, si leur conduite est régie par les règles de déontologie de ces derniers, il ne serait pas nécessaire de prévoir des mesures de régulation supplémentaires.

À titre de mesure provisoire, certains préconisent l'inscription obligatoire à l'ADR Institute, à Médiation familiale Canada ou à l'Association ontarienne de médiation familiale, étant donné que ces organismes ont déjà établi des normes de formation dans le domaine de la médiation et de l'arbitrage et ont adopté chacun son code de déontologie. Un grand nombre d'avocats qui ont communiqué avec l'étude font savoir que, en sus de leurs études de droit, ils se sont qualifiés comme médiateurs et arbitres après avoir suivi des cours reconnus par l'ADR Institute ou d'autres corporations professionnelles. De même, la majorité des gens qui ne sont pas membres de

²⁶⁰ Soumission, Canadian Council on American-Islamic Relations (CAIR-CAN) (10 août 2004).

Suggestions soumises dans les mémoires

professions autorégulées, mais qui assurent les services de médiation ou d'arbitrage, ont reçu une formation en règle, ont volontairement adhéré à des associations professionnelles, et se considèrent comme soumis à leurs codes de déontologie. Beaucoup sont d'avis que les associations professionnelles à participation volontaire devraient collaborer à concevoir un organe de régulation réservé aux médiateurs et aux arbitres.

La plupart des commentateurs reconnaissent que la profession de médiateur et d'arbitre n'a pas atteint un degré de maturité tel que l'autorégulation s'instaure immédiatement; elle devrait être fixée à titre d'objectif à long terme. Tout le monde convient que l'élaboration d'un régime de régulation en règle prendrait du temps, comme en témoignent les longues négociations sur la régulation des professionnels des soins de santé, des travailleurs sociaux et des experts-comptables. Pour atteindre cet objectif, la grande majorité reconnaît que l'initiative doit venir du gouvernement et qu'il faut qu'il y ait une loi pour constituer un tel organisme. D'autres alternatives, par exemple la régulation sous la tutelle d'une institution existante, ainsi que l'a proposé le Barreau du Haut-Canada pour les techniciens juridiques, pourraient être aussi explorées dans ce contexte. La plupart pensent qu'il est souhaitable de prévoir un régime d'octroi de licences, de telle façon que médiateurs et arbitres puissent être interdits d'exercice pour cause d'inconduite ou d'incompétence.

Certains représentants des médiateurs et arbitres religieux semblent préconiser de laisser à leur congrégation l'inspection le soin de réguler ceux qui exercent en son sein. Le *Beis Din* est comptable au *Vaad Harabonim*, l'organe rabbinique orthodoxe de Toronto; il y a aussi le Toronto Board of Rabbis, qui est un groupe de coordination multiconfessionnel représentant les rabbins orthodoxes, réformés et reconstructionistes. Étant donné la formation judiciaire spécialisée requise de ceux qui siègent au *Beis Din*, les représentants de la communauté juive expriment une certaine résistance à la régulation exercée de l'extérieur.

[Traduction] Nous sommes d'avis que les titres de compétence de nos arbitres sont le mieux garantis par un système d'autorégulation par chaque communauté religieuse/culturelle, et non pas au moyen d'une formation normalisée imposée par l'État ou par un organisme gouvernemental d'autorisation professionnelle... Déborder de ce cadre [un certificat d'avis juridique indépendant] pour imposer un niveau quelconque de formation normalisée pourrait en effet porter atteinte à la liberté de religion garantie par la Charte. Pareille mesure trahirait aussi une attitude paternaliste et légaliste, parrainée par l'État, envers tous les Ontariens qui ont l'esprit religieux et qui ont le droit de choisir, après qu'ils ont reçu un avis juridique indépendant de la part d'un avocat de leur choix.²⁶¹

Nombre de répondants de la communauté musulmane préconisent un organe de régulation composé d'experts de leur propre communauté, qui pourraient être nommés par le gouvernement mais qui seraient comptables à la communauté. Mubin Shaikh de Masjid El Noor a fait l'observation suivante :

²⁶¹ Soumission, B'nai Brith, « Review of the Arbitration Process in Ontario » (31 août 2004).

[Traduction] L'islam est un système très souple et peut s'adapter à toute situation. Si nous devons promouvoir l'harmonie et la liberté de religion, il nous incombe de concevoir un régime dont nous tous puissions être fiers et que nous puissions montrer au monde entier comme l'illustration parfaite de la façon dont le meilleur pays au monde peut produire le système de droit le plus accommodant au moyen d'un tribunal islamique formalisé, régulé. Cependant, la réglementation doit émaner de la congrégation elle-même, faute de quoi elle sera considérée avec mépris et ne sera pas à même d'encourager le respect des droits de tous.²⁶²

D'autres, qui préconisent la médiation et l'arbitrage confessionnels, semblent penser que l'obligation de s'inscrire à un régime autorégulé représentant tous les médiateurs et arbitres ne compromettrait pas leur aptitude à exercer conformément aux principes de leur foi.

L'Ontario Federation of Indian Friendship Centres se préoccupe de ce que la condition des titres de compétence officiels et la régulation n'érigent un obstacle sérieux au développement des pratiques de médiation et d'arbitrage au sein des peuples autochtones²⁶³. À l'égard de ces dernières, ces conditions tendraient à ignorer la sagesse et l'expérience qui sont de première importance au sein de leurs communautés, et à lier le processus au « système de justice de l'homme blanc » dont elles cherchent en effet à se libérer. Il est probable que les peuples autochtones demanderaient l'exemption, peut-être pour des motifs constitutionnels, vis-à-vis de tout régime général de régulation mis en place et préféreraient avoir le contrôle de tout régime de régulation indépendant des autres²⁶⁴.

Traitement avec équité et sur un pied d'égalité

Nombre de répondants notent que les articles 6 et 19 de la *Loi sur l'arbitrage* prévoient que les parties à l'arbitrage doivent être traitées « avec équité » et se voient accorder « sur un pied d'égalité » la possibilité de se faire entendre par l'arbitre. Cependant, cette loi ne dit pas ce que signifie exactement traitement « avec équité » et « sur un pied d'égalité », ni comment le concept doit être interprété par la cour saisie du recours en contrôle judiciaire d'une sentence arbitrale.

Nombre de participants font savoir au groupe d'étude que dans la culture musulmane, le témoignage des femmes pèse moitié moins que celui des hommes, et que pareil état des choses peut être considéré comme équitable par beaucoup de musulmans, bien qu'il ne le soit peut-être pas par la majorité des Ontariens.

²⁶² Soumission, Mubin Shaikh, « Shariah Tribunals and Msjid El Noor : A Canadian Model » (24 août 2004).

²⁶³ On entend par « peuple autochtone » les Premières nations, les Métis, et les Inuits.

²⁶⁴ Soumission, Consultation de l'Ontario Federation of Indian Friendship Centres (24 août 2004).

Suggestions soumises dans les mémoires

La Coalition of Jewish Women for the Get se plaint de ce que les femmes juives comparaisant devant les tribunaux rabbiniques ne peuvent s'y faire représenter ni même s'y faire accompagner par quelqu'un qui les soutient. Nombre d'entre elles trouvent le processus intimidant et peuvent avoir du mal à défendre proprement leur cause. La Coalition fait savoir que certains tribunaux rabbiniques ne sont pas disposés à accepter le témoignage d'experts, même sous forme d'affidavits, et peuvent ne pas prendre en compte les effets de la violence au foyer quand ils rendent des décisions touchant les enfants.

Certains répondants préconisent une définition claire, par exemple dans un règlement d'application de la *Loi sur l'arbitrage*, de quelques principes de justice fondamentale qui doivent présider au processus d'arbitrage. On peut citer parmi ces principes le droit de connaître les conclusions de la partie adverse, le droit à l'égalité de force probante des témoignages, le droit de se faire assister (on le souhaite) et le droit de se faire entendre.

Conservation des archives

Bien que la *Loi sur l'arbitrage* prévoie que les sentences arbitrales doivent être consignées sur papier, elle ne demande aucun autre registre de la procédure. Certains arbitres conservent le dossier intégral des affaires dont ils s'occupent, y compris les témoignages et la transcription des débats, d'autres font savoir qu'ils ne gardent pas ces dossiers. Certains arbitrages fondés sur des principes religieux sont conduits dans des langues autres que le français ou l'anglais; le groupe d'étude a appris que dans certains cas, il est possible que les parties à l'arbitrage ne comprennent pas la langue employée ni n'aient droit à l'interprétation ou à la Traduction des documents. Même dans les cas où l'arbitre conserve les dossiers, le groupe d'étude a appris que rien ne garantit que les parties y aient accès, au cas où elles interjetteraient ou envisageraient d'interjeter appel. Nombre de participants préconisent l'adoption d'un règlement qui spécifie quelles sont les pièces de procédure à conserver, sous quelle forme et pendant combien de temps. Différents éléments ont été identifiés comme essentiels pour les archives d'arbitrage; nous verrons lesquels plus loin.

La convention d'arbitrage

L'élément essentiel de l'arbitrage est l'accord des parties pour résoudre leur différend par ce moyen. Comme noté ci-haut, la question du consentement des parties est un grand sujet de préoccupation pour nombre de répondants. À l'heure actuelle, il n'est pas nécessaire que la convention d'arbitrage soit faite par écrit; il n'est pas nécessaire non plus que les parties la signent elles-mêmes, devant témoins. Il se peut que la convention d'arbitrage ait été conclue bien longtemps avant même que le différend soit une éventualité. Il se peut que certaines conventions d'arbitrage aient été signées avant même que les parties soient légalement capables de les signer, pour cause d'âge ou de coercition. La plupart des répondants conviennent que les conditions attachées à la convention d'arbitrage doivent être explicitées dans la loi ou la réglementation en cas

Suggestions soumises dans les mémoires

d'arbitrage en droit de la famille ou des successions. Le mémoire de la FAEJ exprime cette nécessité de façon très succincte :

[Traduction] La convention d'arbitrage doit être conclue au moment de la rupture de l'union. Cette condition est nécessaire pour garantir que l'arbitrage est consensuel. Une partie qui consentait à l'arbitrage au début de l'union peut avoir changé d'avis au moment de la rupture. Si la procédure n'est pas consensuelle au moment où elle est effectivement engagée, elle n'est pas consensuelle du tout.²⁶⁵

La majorité des répondants proposent que la convention d'arbitrage soit faite par écrit, dans la langue comprise des deux parties, et signé devant un témoin neutre. Et aussi qu'elle consigne clairement la renonciation des parties aux droits qu'elles tiennent, le cas échéant, de la *Loi sur l'arbitrage*, et indique la loi dont elles conviennent qu'elle servira de base à l'arbitrage. Certains pensent qu'il faut prescrire par voie de règlement les éléments de la convention d'arbitrage. Un répondant, Philip Epstein, a communiqué une copie de la convention standard qu'il oblige les parties à signer avant de procéder à la médiation ou à l'arbitrage; ce texte figure à l'annexe VI..

Les sentences arbitrales

Bien que la *Loi sur l'arbitrage* prévoie que les sentences arbitrales doivent être consignées sur papier, les parties peuvent choisir de s'en passer. Lors même que la décision arbitrale est rendue par écrit, cette loi n'en prévoit ni la forme ni le contenu. La plupart des répondants estiment que la sentence arbitrale doit être couchée sur papier et doit être motivée, faute de quoi il serait difficile pour les parties et leurs avocats de savoir comment en appeler. L'arbitre doit spécifier quelle preuve ou témoignage il a pris en considération et quelle valeur il a accordée aux preuves et témoignages produits par l'une et l'autre parties. Ce point est crucial en cas d'application de la loi islamique; les participants ont fait savoir les uns après les autres qu'en droit islamique, le témoignage de la femme pèse moitié moins que celui de l'homme.

La Society of Ontario Arbitrators and Regulators a mis au point un guide complet ainsi que des cours de formation permanente en rédaction pour encourager la formulation convenable des décisions par les arbitres. D'autres organisations professionnelles offrent aussi la formation et les études dans ce domaine. Les répondants qui préconisent la régulation de la profession d'arbitre soutiennent que l'instruction obligatoire en rédaction des décisions doit être un élément réglementaire des qualités requises pour l'exercice de la profession.

²⁶⁵ Soumission, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) (17 septembre 2004).

Avis juridique indépendant

Certains groupes, comme FACT et Fathercraft, sont résolument opposés à l'obligation, imposée par voie législative ou réglementaire, d'obtenir au préalable un avis juridique indépendant. L'Islamic Institute of Civil Justice estime qu'il ne s'agit là d'une option que si l'arbitre la juge utile pour les parties. Selon la grande majorité des répondants cependant, l'élément le plus important pour protéger les personnes vulnérables est l'obligation qui leur est faite de s'assurer un avis juridique indépendant avant de consentir à l'arbitrage. La plupart des avocats consultés par le groupe d'étude exigent déjà cet avis à titre de condition préalable de l'arbitrage. Il est utile de reproduire certains arguments en faveur de l'avis juridique indépendant, lesquels ont servi de guide pour le groupe d'étude quant aux modifications à apporter éventuellement à la législation en matière d'arbitrage. Sur ce point encore, le mémoire de la FAEJ est utile :

[Traduction] Une condition qui doit être imposée par la *Loi sur l'arbitrage* est que les parties au différend en droit de la famille consultent un avocat avant de consentir à l'arbitrage. Cette consultation doit comprendre l'information sur les choix de procédure possibles pour la résolution du conflit, et sur les droits et obligations issus du droit de la famille de l'Ontario. Il faut aussi modifier la *Loi sur l'arbitrage* de façon à prévoir que les parties peuvent se faire représenter par avocat à l'arbitrage si tel est leur souhait.²⁶⁶

CAIR-CAN recommande aussi l'avis juridique indépendant à titre de condition essentielle dans les affaires soumises à l'arbitrage professionnel :

[Traduction] Afin de s'assurer que le recours des parties à l'arbitrage est volontaire, il faut prendre certaines mesures proactives. En tout premier lieu, l'une et l'autre parties doivent s'assurer un avis juridique indépendant sur leurs droits avant de s'engager dans un processus extrajudiciaire de résolution du conflit. En outre, chaque institut, organisation ou firme qui offre les services d'arbitrage doit informer par écrit les protagonistes de leur droit d'interjeter appel de la sentence arbitrale une fois qu'elle aura été rendue, ainsi que de leur droit de récuser l'arbitre en application de l'article 13 de la Loi. Si l'une et l'autre parties y consentent, elles peuvent signer une déclaration portant qu'elles ont chacune de son côté obtenu un avis juridique indépendant, qu'elles savent quels sont les droits qu'elles tiennent de la Loi et qu'elles consentent volontairement à l'arbitrage conforme à la doctrine.²⁶⁷

L'analyse la plus détaillée de l'avis juridique indépendant et de la façon dont il représente la protection essentielle des parties à l'arbitrage a été présentée dans le mémoire de B'nai Brith.

[Traduction] ... nous recommandons que la *Loi sur l'arbitrage* soit modifiée de façon à faire obligation à toutes les parties au litige d'obtenir un avis juridique

²⁶⁶ Soumission, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) (17 septembre 2004).

²⁶⁷ Soumission, Canadian Council on American-Islamic Relations (CAIR-CAN) (10 août 2004).

Suggestions soumises dans les mémoires

indépendant, de la part d'un membre qualifié et en règle du Barreau du Haut-Canada, dans la forme à établir par voie de réglementation. L'intéressé sera informé des droits qu'il tient des lois ontariennes sur le droit de la famille et sur les successions et auxquels il renonce, et la nature du système extrajudiciaire lui sera expliquée avant qu'il ne s'embarque dans un processus « étranger » de résolution des conflits. ...

La version de l'avis que nous suggérons est très spécifique. Elle informe le juge que la partie au litige est parfaitement informée de la nature du processus et du type alternatif de règles de fond et de procédure qui seront appliquées, ainsi que des bénéfices des lois ontariennes auxquels elle renonce.

Certains critiques pourraient dire que le certificat d'avis juridique indépendant n'est pas suffisant pour protéger la partie vulnérable. En réalité, les avocats le prennent très au sérieux. Ils savent très bien que leur franchise d'assurance et leur réputation professionnelle sont en cause si la partie vulnérable, par exemple l'épouse, se retourne par la suite contre l'avocat consulté par ce motif qu'elle n'était pas suffisamment informée des droits auxquels elle renonçait dans un accord. C'est en particulier le cas quand la sentence arbitrale touche les droits de propriété, la pension alimentaire, le droit de garde et de visite des enfants. Par suite, nombre d'avocats consignent leur consultation sur papier afin de se protéger sur le plan de la responsabilité civile, ou demandent à leurs clients de signer une « décharge » dans le cas où ils signent des conventions contrairement à leurs conseils.²⁶⁸

Le mémoire de B'nai Brith était accompagné de modèles de certificat d'avis juridique indépendant pour les affaires de droit de la famille et les affaires de succession. On peut les voir à l'annexe VII. B'nai Brith a fait à ce propos la suggestion suivante :

[Traduction] Nous recommandons en outre que le certificat d'avis juridique indépendant renferme une clause indiquant expressément, en application de l'article 56(4) de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. F3, l'obligation de divulguer pleinement et honnêtement la situation financière devant tout tribunal confessionnel, nonobstant tout contrat conclu antérieurement par les époux sous le régime de la partie IV de la même loi (voir la paragraphe 5 du certificat recommandé à l'annexe VII).

La loi doit aussi prévoir qu'avant que la Cour supérieure de l'Ontario ne rende exécutoire la décision du tribunal confessionnel, la partie concernée doit remplir et déposer un affidavit de l'avocat en tant que témoin signataire (voir l'annexe VIII), auquel sera joint à titre de pièce le certificat d'avis juridique indépendant, délivré par cet avocat. Il appartient à la Cour de rendre immédiatement l'ordonnance d'exécution, ou de prévoir une audience en règle pour examiner si la participation de la partie concernée à l'arbitrage confessionnel était vraiment

²⁶⁸ Soumission, B'nai Brith, « Review of the Arbitration Process in Ontario » (31 août 2004).

Suggestions soumises dans les mémoires

volontaire. Pareil processus est une garantie de plus que cette partie a librement et volontairement opté pour l'arbitrage.

Un processus semblable est appliqué à l'heure actuelle à l'égard des époux qui ont des enfants à charge et qui demandent le divorce sous le régime de la *Loi sur le divorce*.²⁶⁹

L'Association nationale des femmes et le droit pense que le certificat d'avis juridique indépendant n'est peut-être pas le moyen de protection qu'il paraît être :

[Traduction] Qui plus est, il est peu probable qu'un avocat accepte de représenter un client devant un tribunal qui applique la loi religieuse, parce que, à l'heure actuelle, l'assurance responsabilité civile courante offerte par la Lawyers' Professional Indemnity Company, la société d'assurance desservant le Barreau du Haut-Canada (membres du Barreau ontarien), ne s'étend pas aux avocats exerçant dans quelque domaine que ce soit, autre que le droit ontarien/canadien.²⁷⁰

Parlant d'arbitrage devant le *Beis Din*, un avocat de Toronto fait observer ce qui suit :

[Traduction] Quand il est question de droit juif  avocats canadiens ne savent vraiment rien du tout. Mais même pour ceux qui ont une certaine notion de *halacha* ... ce serait faire preuve de négligence de comparaître devant le *Beis Din* et de présenter des arguments fondés sur le droit juif, puisque leur contrat d'assurance ne prévoit pas ce cas. Donc s'ils commettent une faute qui entraîne des conséquences financières, ils pourraient en être tenus personnellement responsables.²⁷¹

Ainsi donc, malgré son utilité reconnue, l'avis juridique indépendant ne serait guère un secours pour les clients qui se soumettent à l'arbitrage fondé sur un cadre juridique parallèle; il en est ainsi parce que la plupart des avocats formés en Ontario ne se rendent probablement pas compte des répercussions ou conséquences d'un système de droit qu'ils ne connaissent pas. Les avocats ne sont utiles à leurs clients que dans les limites de l'explication de leurs droits dans le contexte juridique canadien.²⁷²

²⁶⁹ Soumission, B'nai Brith, « Review of the Arbitration Process in Ontario » (31 août 2004).

²⁷⁰ 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) fait état de la conversation qu'elle a eue le 16 juin 2004 avec le conseiller juridique de la Lawyers Professional Indemnity.

²⁷¹ John Syrtash cité dans Lynne Cohen, « Inside the Beis Din » *Canadian Lawyer* (mai 2000) à la p. 30 cité dans 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).

²⁷² 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,

Aide juridique

Même les répondants qui préconisent avec enthousiasme l'impératif d'avis juridique indépendant reconnaissent qu'il peut y avoir des obstacles financiers qui en interdisent l'accès aux personnes vulnérables. La grande majorité de ceux qui recommandent l'avis juridique indépendant préconisent aussi de mettre l'aide juridique à la disposition de ceux qui optent pour l'arbitrage pour résoudre les différends familiaux. La FAEJ fait la recommandation suivante :

[Traduction] Les certificats d'aide juridique ou quelque autre forme de financement public (par exemple, avocat de garde) doivent être mis à disposition afin que toutes les parties puissent s'assurer un avis juridique indépendant et se faire représenter par avocat dans l'arbitrage en droit de la famille. Des fonds doivent être affectés au paiement des arbitres en droit de la famille (non pas les arbitres confessionnels), afin que toutes les parties aient l'option de l'arbitrage en droit de la famille ontarien, si elles le souhaitent.²⁷³

B'nai Brith fait l'observation suivante :

[Traduction] Le système de justice à base religieuse  ne aux parties la possibilité de résoudre leur conflit à bien moindres frais que le système judiciaire de l'Ontario. Le meilleur moyen de protéger les parties vulnérables et économiquement marginalisées est de mettre l'aide juridique à la disposition de ceux qui recourent volontairement au système d'arbitrage. ... Il faudrait aussi envisager d'étendre l'aide juridique pour permettre la délivrance du certificat d'aide juridique lorsqu'il y a recours à l'arbitrage à titre de méthode extrajudiciaire de résolution dans les affaires de droit de la famille, que ce soit devant les tribunaux confessionnels ou devant des arbitres privés, afin de réduire le coût de la résolution des conflits familiaux.²⁷⁴

Accords d'arbitrage sentences arbitrales soumis à la *Loi sur le droit de la famille*

Nombre de répondants soutiennent que les accords d'arbitrage et les sentences arbitrales doivent être soumis à la *Loi sur le droit de la famille*. En particulier, si la convention d'arbitrage est incluse dans les formes de contrats familiaux visées à la partie IV de cette loi, cela met en jeu nombres d'importantes protections qu'elle prévoit, en particulier la divulgation des éléments d'actif et de passif. Beaucoup estiment que la sentence arbitrale qui n'est pas conforme à cette loi, ne doit pas être rendue exécutoire par l'autorité judiciaire. La FAEJ soutient que la subordination de l'arbitrage des conflits

Natasha Bakht, « Family Arbitration Using Sharia Law : Examining Ontario's Arbitration Act and its impact on women » (13 septembre 2004).

²⁷³ Soumission, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) (17 septembre 2004).

²⁷⁴ Soumission, B'nai Brith, « Review of the Arbitration Process in Ontario » (31 août 2004).

Suggestions soumises dans les mémoires

familiaux à la *Loi sur le droit de la famille* répond à certaines préoccupations relatives à la Charte, qu'expriment des militantes:

[Traduction] L'objection de la FAEJ ne porte pas sur le recours aux préceptes religieux pour la résolution de conflits, mais sur le fait que la *Loi sur l'arbitrage*, telle qu'elle est en vigueur à l'heure actuelle, donne effectivement force de loi à ces préceptes, lesquels ne sont pas susceptibles de contrôle judiciaire au regard de la Charte. L'État est tenu de protéger et de promouvoir l'égalité de la femme, c'est ce qu'il a fait par le régime de droit de la famille de l'Ontario. Les femmes peuvent choisir de se passer de cette protection, mais l'État faillira à l'obligation qu'il tient de la Charte s'il accepte d'assurer l'exécution de contrats de ce genre. Il est de droit constant que les parties n'ont pas le droit de se mettre en marge de la législation sur les droits de la personne; de même, l'État ne peut pas dire aux femmes : « nous vous protégerons, mais seulement si vous voulez être protégées. » Pareille attitude irait directement à l'encontre du principe posant que la Charte est la loi suprême du pays et doit être respectée par le gouvernement dans tous les cas, peu importe le souhait de tel ou tel individu ou même d'une législature démocratiquement élue.²⁷⁵

Certains répondants pensent qu'il faut modifier la *Loi sur le droit de la famille* de façon à prévoir expressément l'impératif d'avis juridique indépendant et à garantir que le consentement à l'arbitrage n'est pas donné sous contrainte. D'autres préconisent de modifier la même loi de façon à garantir l'égalité de fond en arbitrage et dans les modes de résolution extrajudiciaires.

À plusieurs reprises, des membres de la communauté musulmane ont assuré l'étude que les musulmans qui vivent dans les pays non soumis à la loi islamique, sont tenus par leur foi de respecter la loi en vigueur de leur pays de résidence. En réponse aux questions du groupe d'étude, même l'Islamic Institute of Civil Justice a réitéré que l'arbitrage fondé sur la loi islamique de la famille doit respecter la loi canadienne et ontarienne. En réponse à la question expresse de savoir si l'inclusion de l'arbitrage dans la partie IV de la *Loi sur le droit de la famille* créerait des difficultés, la plupart ont fait savoir que si pareille mesure est décidée et adoptée par voie législative, elle serait respectée par les arbitres religieux. D'autres ont souligné l'importance d'une réglementation efficace pour que ceux qui ne respectent pas la loi ne puissent continuer à exercer les fonctions d'arbitre et que ceux qui ont subi un tort par suite d'un tel défaut puissent demander réparation en justice.

Élargissement des motifs d'appel ou de recours en contrôle judiciaire contre les sentences arbitrales

Nombre de participants ont exprimé leurs préoccupations au sujet des restrictions du droit d'appel que prévoit la *Loi sur l'arbitrage*. D'autres font remarquer que celle-ci permet aux parties de renoncer à leur droit d'appel et que certains arbitres ont pris

²⁷⁵ Soumission, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) (17 septembre 2004).

Suggestions soumises dans les mémoires

l'habitude d'inclure la stipulation que les parties renoncent à tout droit d'appel; elles ne peuvent pas renoncer à leur droit au recours en contrôle judiciaire. Certains répondants, comme la FAEJ, recommandent de ne pas permettre aux parties de renoncer à leur droit d'appel pour quelque motif que ce soit :

[Traduction] Il ne faut pas permettre aux parties de renoncer à leur droit d'appel sous le régime de la *Loi sur l'arbitrage*. Cette protection est nécessaire pour garantir que les décisions peuvent être soumises, si on le souhaite, au contrôle judiciaire de leur conformité avec le droit de la famille en Ontario. La finalité de ces décisions doit être sanctionnée par un délai d'appel strict et il doit y avoir un mécanisme de contestation des appels frivoles ou abusifs.²⁷⁶

Certains répondants s'inquiètent de ce que les avantages de l'arbitrage ne soient anéantis si le droit d'appel était élargi. En particulier, comme noté supra, la FACT et Fathercraft préconisent toutes deux de restreindre le droit d'appel, notamment en matière de lignes directrices sur les aliments pour enfants et de pension alimentaire pour conjoints. Il s'agit justement là des domaines qui retiennent l'attention de ceux qui préconisent l'élargissement du droit d'appel; pour eux, le risque d'appauvrissement des femmes et des enfants du fait des règles inévitables de la loi religieuse en matière d'aliments est le résultat le plus grave possible de l'acceptation de l'arbitrage dans ces régimes de justice à base religieuse.

Certains répondants préconisent un mécanisme par lequel les tribunaux judiciaires peuvent refuser de rendre exécutoires les décisions contraires à l'ordre public, citant à ce propos la possibilité pour les tribunaux judiciaires de France et d'Allemagne d'annuler des règlements à base religieuse de conflit familial, s'ils jugent qu'ils sont contraires à « l'ordre public ». Ouahida Bendjedou, étudiante française travaillant à la Faculté de droit d'Osgoode Hall Law School dans le cadre d'un programme d'échange, fait la recommandation suivante :

[Traduction] La convention d'arbitrage pourrait prévoir un appel fondé sur le motif que la décision est contraire à l'ordre public en Ontario.²⁷⁷

Dépôt central des sentences arbitrales :

L'une des questions les plus pressantes mises au jour par les activités du groupe d'étude est la nécessité d'un mécanisme de contrôle sous une forme ou sous une autre. Le manque d'information gouvernementale sur l'ampleur de l'arbitrage dans les affaires de famille et de succession ainsi que sur ses effets sur les personnes vulnérables, a été une principale question soulevée par presque tous ceux qui ont participé à l'étude. Il n'y a aucun dépôt auquel les sentences arbitrales doivent être transmises et il n'y a aucune compilation des causes; il s'ensuit qu'à la différence des décisions judiciaires, il n'y a aucun moyen de suivre les tendances des sentences arbitrales, aucun moyen de

²⁷⁶ Soumission, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) (17 septembre 2004).

²⁷⁷ Soumission, Ouahida Bedjedou (septembre 2004).

Suggestions soumises dans les mémoires

garantir que les personnes vulnérables ne soient pas désavantagées pour avoir choisi cette méthode de résolution des conflits, et aucun moyen pour les parties qui doivent choisir un arbitre de connaître la « fiche » d'un arbitre potentiel.

La FAEJ fait la recommandation suivante :

[Traduction] Il faut prévoir le dépôt obligatoire de toutes les sentences arbitrales en droit de la famille (dont les noms des parties auront été occultés) dans un registre central. Toutes les sentences arbitrales doivent comprendre un exposé des points litigieux, une description concise des preuves et témoignages produits et la conclusion motivée de l'arbitre. Le registre aurait pour objet de donner aux parties accès aux décisions arbitrales antérieures, et aussi de permettre de suivre constamment de près les avantages et les risques de l'arbitrage des conflits en droit de la famille.²⁷⁸

L'Islamic Society of Toronto préconise un vigoureux contrôle gouvernemental.

[Traduction] Le tribunal ... proposé sera tenu de s'inscrire officiellement auprès du ministère du Procureur général sous le régime de la *Loi sur l'arbitrage*. Ce ministère aura une commission, à l'image d'une commission des droits de la personne, et composée de juristes, de leaders de la communauté musulmane et de lettrés musulmans, laquelle commission aura la capacité et le pouvoir nécessaires pour instruire toutes plaintes, dans l'esprit de la loi et à la lumière des lois de la Charia et de la Constitution canadienne.²⁷⁹

Un régime plus détaillé a été présenté dans le mémoire de CAIR-CAN :

[Traduction] En plus des impératifs de participation volontaire et des normes de qualification des arbitres, il est important de veiller à ce que les participants et leurs représentants puissent prendre une décision en connaissance de cause au sujet de celui qui décidera leur affaire. La *Loi sur l'arbitrage* permet aux parties de désigner nommément l'individu qui arbitrera leur différend, mais n'institue pas un cadre dans lequel les décisions antérieures d'un arbitre donné peuvent être examinées et étudiées. Cette lacune est particulièrement troublante en cas d'arbitrage confessionnel, dans lequel l'application de la loi religieuse peut varier considérablement entre les érudits des textes religieux et les écoles de droit.

CAIR-CAN reconnaît que l'un des avantages de l'arbitrage privé des conflits est la confidentialité de la procédure et de l'issue de l'affaire. Cependant, les parties ne pourront prendre une décision éclairée au sujet d'arbitres ou de centres d'arbitrage que s'il y a un mécanisme grâce auquel elles pourront avoir accès aux décisions antérieures qui, sous le régime de la *Loi sur l'arbitrage*, doivent être rendues par écrit.

²⁷⁸ Soumission, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) (17 septembre 2004).

²⁷⁹ Soumission, Islamic Society of Toronto (31 août 2004).

Suggestions soumises dans les mémoires

CAIR-CAN recommande l'institution d'un Registre des sentences arbitrales de l'Ontario (ci-après le Registre). Essentiellement, chaque arbitre agréé serait tenu de transmettre dans le mois une copie « expurgée » de sa décision au Registre. Naturellement, toutes les données confidentielles doivent être occultées avant la transmission au Registre. La référence et le texte de la décision déposée au Registre seraient disponibles au public soit sur Internet soit sur papier, sur demande.²⁸⁰

L'Islamic Council of Imams - Canada, reconnaissant que les préoccupations au sujet de l'arbitrage visent surtout le droit islamique des personnes, est disposé à voir un contrôle des décisions arbitrales islamiques, même si les autres sentences arbitrales ne sont pas soumises à un contrôle semblable. À titre de mesure provisoire, il propose ce qui suit :

[Traduction] Un comité de cinq membres sera constitué à titre de projet pilote pour surveiller les décisions des tribunaux islamiques. Ce comité sera composé :

- de deux avocats musulmans (une femme et un homme);
- de deux lettrés musulmans qualifiés, représentant respectivement les deux grandes sectes, sunnite et chiite;
- d'un juge ou juriste du bureau du Procureur général.

Le coordonnateur de notre Conseil, l'imam Abdul Hai Patel, en sa qualité de membre de la Commission des droits de la personne, offre ses services au comité pour veiller à la conformité avec le Code des droits de la personne du Canada.

Le comité doit être habilité :

- à approuver la création de tribunaux;
- à surveiller leurs décisions; et
- à assister les juges judiciaires dans les appels.²⁸¹

Tandis que d'autres répondants de la communauté musulmane se prononcent en faveur d'une surveillance par l'autorité confessionnelle islamique, certains se montrent très sceptiques devant la perspective d'un organe de surveillance placé sous les auspices du Council of Imams, soutenant que pareil modèle n'est pas doué d'une perspective suffisamment large pour inspirer la confiance de la communauté dans le processus. À titre de mesure alternative, Wahida Valiante du Canadian Islamic Congress suggère un organe de surveillance, largement représentatif de la communauté musulmane, composé d'un nombre égal d'hommes et de femmes, et dont l'expertise serait assurée par des juristes, des travailleurs sociaux, des psychologues, et d'autres qui travaillent dans des domaines spécifiques, comme la violence contre les femmes, au sein de la communauté musulmane.

²⁸⁰ Soumission, Canadian Council on American-Islamic Relations (CAIR-CAN) (10 août 2004).

²⁸¹ Soumission, Islamic Council of Imams - Canada, « Islamic Arbitration Tribunals and Ontario Justice System » (23 juillet 2004).

Suggestions soumises dans les mémoires

Une autre variante sur le thème de la surveillance est la suggestion que la loi soit modifiée pour prévoir que toutes les sentences arbitrales en droit de la famille, en particulier dans l'arbitrage confessionnel, n'aient que valeur consultative. De cette façon, tout comme les accords de séparation ou les règlements de divorce, les sentences arbitrales seraient soumises d'office au contrôle de l'autorité judiciaire.

Examen courant de la pratique de l'arbitrage en droit de la famille

Nombre de participants estiment que, une fois les sentences arbitrales rassemblées en un dépôt central, il faut que les résultats en soient soumis à un examen courant. Voici ce que propose la FAEJ à ce sujet :

[Traduction] Il faut qu'il y ait un examen obligatoire périodique des décisions enregistrées. Après deux examens, il faut qu'il y ait un rapport sur l'ampleur et la nature des conflits familiaux soumis à l'arbitrage, sur la conformité avec le droit de la famille en Ontario, et sur les préoccupations possibles au sujet des femmes vulnérables. L'examen doit comprendre la consultation des groupes intéressés, y compris les représentants de divers groupements de femmes. Les recommandations de changement doivent comprendre les recommandations sur la nécessité de continuer les examens ou études.²⁸²

Éducation publique et responsabilité communautaire

Durant le processus d'étude, nombre de participants ont parlé du défaut manifeste de connaissance et de compréhension de la loi ontarienne et canadienne chez le grand public, notamment au sujet des questions de droit de la famille. Ce défaut de connaissance, qui est un grand sujet de préoccupation dans le contexte du système judiciaire, est d'autant plus grave lorsque les parties envisagent le recours à l'arbitrage sous un régime de droit différent. Beaucoup se demandent comme les parties peuvent « choisir » une loi au lieu d'une autre tandis qu'elles ne savent peut-être pas exactement et pleinement comment l'une ou l'autre peut avoir des conséquences sur leur vie à l'avenir. Preeya Rateja, un membre du Muslim Police Consultative Committee, s'est fait l'écho des sentiments de beaucoup d'autres participants par cette observation :

[Traduction] Il faut que les participants, tout comme le grand public, soient instruits, par l'éducation et en langage courant clair, du processus d'arbitrage ainsi que de toute autre option possible. Plus spécifiquement, cette connaissance permettra aux femmes victimes de violence et aux enfants qui ont été témoins d'actes de violence sur des femmes, de prendre des décisions plus éclairées sur leur vie. Le public profitera aussi de cette connaissance, qui

²⁸² Soumission, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) (17 septembre 2004).

Suggestions soumises dans les mémoires

contribuera à combattre les mythes et les malentendus au sujet de ce processus.²⁸³

Il est important de noter les efforts qui ont été faits pour informer le public de ses droits et de ses responsabilités dans le domaine du droit de la famille en Ontario. Le ministère du Procureur général, avec le concours du ministère fédéral de la Justice, a produit un excellent guide intitulé « Ce que vous devez savoir sur le Droit de la famille en Ontario »; nombre de participants connaissent ce guide mais se plaignent de ce qu'il est disponible seulement auprès du gouvernement en français et en anglais, et ne serait pas également distribué dans toutes les communautés. Bien qu'il y soit question de médiation, l'option d'arbitrage en droit de la famille n'y est pas mentionnée, et encore moins expliquée. Le ministère a aussi mis en place des centres d'information sur le droit de la famille auprès de la Cour de la famille, afin de mettre à la disposition de ceux qui ont besoin d'information une source accessible et fiable à la cour elle-même. Ces services sont offerts en français et en anglais, et ne pourraient pas être assurés dans la multitude de langues parlées au sein de nos communautés de plus en plus multiculturelles.

De même, des organismes comme la Community Legal Education Ontario (CLEO), la Barbra Schlifer Commemorative Clinic et d'autres cliniques d'aide juridique, se sont attachés à produire des guides et à les distribuer largement. La plupart des guides disponibles sont centrés sur le droit pénal et sur le droit administratif comme le logement, l'aide sociale ou les tribunaux d'accidents du travail. Les cliniques d'aide juridique travaillent souvent de concert avec d'autres organisations communautaires, notamment d'installation des immigrants, d'enseignement de l'anglais langue seconde, et d'aide aux femmes victimes de violence, pour organiser des séances d'information publique, qui prennent en compte les différences culturelles et portent sur un large éventail de questions juridiques qui pourraient se faire jour. Néanmoins, nombre de répondants affirment que l'absence évidente d'informations juridiques sur les questions de droit de la famille, dans d'autres langues que le français et l'anglais et sous forme accessible à ceux qui sont en butte aux obstacles linguistiques, représente le problème le plus grave pour les gens les plus vulnérables et les plus marginalisés dans notre société.

Bien que les répondants soient à peu près unanimes à identifier le problème de l'absence de connaissances sur les questions de droit de la famille, il ne s'accordent guère sur la question de savoir quel est le meilleur moyen de le résoudre ou qui doit en avoir la responsabilité. Certains intervenants mettent l'accent sur la valeur d'une campagne de vulgarisation juridique, alors que d'autres préconisent de cibler les groupes vulnérables spécifiques. Certains pensent que l'éducation doit se faire au moment même où un différend familial se fait jour et où les parties pèsent leurs options de résolution extrajudiciaire, imposant ainsi aux avocats l'obligation de s'assurer que leurs clients comprennent les conséquences de leur choix. D'autres estiment que les communautés concernées, qui prônent l'arbitrage fondé sur des principes religieux, doivent assumer la responsabilité de s'assurer que tous leurs membres ont accès aux

²⁸³ Soumission, Preeya Raeja (20 août 2004).

Suggestions soumises dans les mémoires

informations spécifiques nécessaires pour répondre à leurs besoins individuels. Certains sont en faveur des documents imprimés, alors que d'autres préconisent un support multimédias.

Nombre de commentateurs font observer au groupe d'étude qu'il incombe au gouvernement de concevoir et de diffuser les documents de vulgarisation juridique pour sensibiliser le public, pour informer les citoyens de leurs droits et obligations, et pour assurer l'accès aux services et ressources disponibles dans la province. Tous les répondants s'inquiètent du coût d'un effort sérieux d'éducation et la plupart comptent sur le gouvernement pour y pourvoir. Ils soutiennent cependant que le gouvernement ne peut pas et ne doit pas travailler en état d'isolement. Ils pensent qu'il doit assumer un rôle de chef de file en offrant une tribune réunissant tous les groupes intéressés et organisations communautaires pour contribuer à la mise en place des ressources pertinentes. Le gouvernement peut aider les communautés à accroître leur capacité par un partenariat caractérisé par le respect mutuel. Divers répondants estiment que des partenariats entre gouvernement et organisations communautaires sont nécessaires pour garantir des documents de vulgarisation justes, accessibles, sensibles aux disparités entre les sexes et culturellement appropriés.

Pareil modèle appellerait probablement certaines modifications aux programmes de financement en place à l'heure actuelle. Nombre de commentateurs critiquent la façon dont les critères de financement compromettent leur aptitude à avoir accès à l'aide à la vulgarisation. En particulier, beaucoup concluent de leur propre expérience qu'ils ne pourraient pas obtenir des crédits par l'intermédiaire de la Direction générale de la condition féminine de l'Ontario ou du Victim's Justice Fund s'ils veulent faire œuvre de vulgarisation abstraction faite des sexes ou par l'intermédiaire d'un groupement confessionnel. Plusieurs intervenants musulmans font observer que les efforts uniquement centrés sur les femmes et imprégnés d'une perspective féministe pourraient exacerber certaines tensions au sujet du rôle respectif des deux sexes au sein de leur communauté.

Le groupe d'étude a entendu un certain nombre d'organisations communautaires qui offrent des services d'éducation dans le cadre de la médiation et de l'arbitrage confessionnels. Nous avons mentionné en détail les services d'éducation des conseils ismaïliens de conciliation et d'arbitrage ainsi que des services de médiation et d'arbitrage de Masjid El Noor, les uns et les autres ayant fait de l'information sur les options et le processus un élément essentiel de la prestation de leurs services au sein de leurs communautés respectives. Nombre de répondants sont d'avis que ceux qui offrent les services dans ce domaine ont pour responsabilité première de veiller à ce que leurs clients soient pleinement informés de leurs droits et responsabilités sous le régime à la fois de la loi ontarienne et de la loi religieuse à appliquer; certains estiment que pareille responsabilité doit être spécifiée dans le règlement applicable.

La plupart des chefs religieux qui préconisent l'arbitrage confessionnel reconnaissent que l'éducation est essentielle pour garantir que les parties aient véritablement un choix en matière de mécanismes de résolution des conflits. Dans l'ensemble, ils estiment que

les chefs religieux doivent assumer la responsabilité première pour l'éducation. Bien que la plupart se disent disposés à assurer cette éducation, ils se préoccupent de la disponibilité de l'expertise et des ressources pour garantir l'excellence de l'information donnée. Certains répondants se préoccupent de ce que les informations données par les chefs religieux ne soient à sens unique, et ne forcent les membres de leurs communautés respectives à emprunter une voie donnée, au lieu d'avoir un choix éclairé. D'autres se préoccupent de ce que certains leaders ne fassent fonction de gardiens des ressources d'éducation, pour user de leur pouvoir afin d'occulter les informations sur les lacunes possibles de la médiation ou de l'arbitrage.

Il ressort des réponses au groupe d'étude qu'une approche coopérative, à laquelle participeraient les multiples éléments de la communauté, serait probablement l'approche la plus efficace à l'éducation communautaire. Durant le processus d'étude, j'ai rencontré des individus et des groupes dévoués qui assument déjà un rôle de chef de file en informant les membres de leurs congrégations respectives de leurs droits et des services qui sont à leur disposition.

L'une de ces organisations, la Canadian Coalition of Jewish Women for the Get²⁸⁴, a été créée en 1988 pour « atteindre le plus grand nombre de juifs possible afin d'expliquer la nécessité d'un GET (divorce religieux juif), de dénoncer l'abus du droit juif à titre d'outil d'extorsion et de sévices affectifs, et de trouver le moyen de libérer les victimes des abus du GET »²⁸⁵. L'organisation a mis en place des lignes téléphoniques d'aide, une brochure d'information, et une vidéo d'enseignement pour informer les femmes juives de toutes les options qui leur sont ouvertes dans le droit canadien et le droit juif. Ces documents expliquent le processus de divorce juif, ce qu'on peut attendre du Beit Din, et en quoi le divorce juif est différent du divorce civil. La Coalition travaille non seulement à informer la communauté juive, mais aussi les milieux des services juridiques et sociaux, des moyens de résoudre les problèmes auxquels les femmes juives pourraient être en butte dans le processus de *get*. Elle a réussi à mobiliser un mouvement poussant à la modification de la *Loi sur le divorce* (fédérale) et de la *Loi sur le droit de la famille* (ontarienne) pour empêcher les époux récalcitrants de faire obstacle au *get*. Elle représente un modèle à suivre par les autres organisations de femmes qui se préoccupent des abus potentiels de la médiation et de l'arbitrage confessionnels.

Dans la communauté musulmane, il y a déjà plusieurs organisations qui apportent de l'aide aux personnes vulnérables en leur sein. L'étude a eu connaissance de nombre d'exemples de femmes travaillant au niveau de la population de base pour apprendre à la fois à la communauté musulmane et au grand public ce qu'est l'Islam, et pour promouvoir le bien-être collectif de leur communauté respective. Ces femmes ont

²⁸⁴ La Coalition est composée de plusieurs organisations de femmes juives par-delà les sectes, y compris Emunah Women of Canada, Hadassa-WIZO Organization of Canada, Jewish Women International of Canada, Na'amat Canada, le Conseil national des femmes juives du Canada, le Comité de la condition féminine du Congrès juifs canadien, Toronto Jewish Women's Federation, Women's Canadian ORT, Women's Federation CJA, Women's League for Conservative Judaism.

²⁸⁵ Norma Baumel Joseph, Evelyn Beker Brook, et Marilyn Bicher, «Untying the Bonds Jewish Divorce: A GET Education Video and Guidebook » The Coalition of Jewish Women for the Get, 1997.

Suggestions soumises dans les mémoires

travaillé depuis des années avec divers secteurs, dont les services sociaux, les organismes d'éducation, les organismes d'établissement des immigrants, les médias et les organisations confessionnelles, afin de les aider à assurer de meilleurs services aux femmes musulmanes, aux handicapés, aux nouveaux immigrants et aux réfugiés appartenant à différentes cultures. Le Conseil canadien des femmes musulmanes est une organisation qui a travaillé infatigablement depuis sa création avec les diverses communautés musulmanes pour promouvoir le rôle de la femme dans la congrégation et accroître la compréhension du principe d'égalité qui est au cœur des préceptes islamiques. Au fil de mes rencontres avec d'autres organisations, comme l'Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible du Canada, l'Ontario Council of Agencies Serving Immigrants, le Council of Agencies Serving South Asians, l'Islamic Humanitarian Service, le Muslim Canadian Congress, et d'autres encore, j'ai été frappée par la grande richesse de talents, de savoir et de direction au sein de la communauté musulmane.

À plusieurs reprises, les répondants ont souligné qu'il est important que l'œuvre d'information publique émane des communautés concernées elles-mêmes. Tel est le sens de cette observation d'Ouahida Bendjedou :

[Traduction] Un important travail de base est nécessaire au sein de la communauté musulmane. En premier lieu, l'information des femmes musulmanes doit être entreprise par les organisations qui représentent les femmes musulmanes au Canada (par exemple le Conseil canadien des femmes musulmanes). Par information, je veux dire en premier lieu qu'il faut leur faire apprendre l'anglais, car l'une des raisons majeures de l'exclusion des femmes musulmanes de la société canadienne est qu'elles ne savent pas la langue du pays où elles immigreront; en conséquence, elles sont dépendantes de leurs maris. En second lieu, qu'il faut leur enseigner l'Islam pour qu'elles sachent quels droits la religion leur reconnaît.²⁸⁶

Lors d'une rencontre avec un groupe de jeunes musulmanes, les participantes soutiennent avec force qu'il incombe à leurs propres organisations et institutions communautaires de compiler et de diffuser les informations sur les droits, obligations et options en matière de droit de la famille. Ces jeunes femmes se sentent insultées par l'affirmation que les femmes musulmanes n'ont pas les connaissances, la force ou la volonté pour comprendre et agir afin de protéger les personnes vulnérables au sein de leur communauté. Plusieurs répondantes font savoir que diverses organisations poursuivent leurs efforts pour établir des liens au sein de la communauté musulmane et pour réaliser un consensus sur les questions affectant la même communauté. Une telle organisation, la Coalition of Muslim Organisations, groupe de coordination de 35 mosquées et organisations communautaires de la conurbation de Toronto, est considérée comme un véhicule possible pour assurer l'information communautaire sur le droit musulman des personnes et ses rapports avec le droit ontarien de la famille.

²⁸⁶ Soumission, Ouahida Bendjedou (septembre 2004)

Suggestions soumises dans les mémoires

L'étude a demandé des conseils sur le moyen d'identifier les meilleures pratiques pour la formulation et la diffusion de l'information juridique communautaire. La CLEO et la Barbra Schlifer Commemorative Clinic ont été d'un grand secours. Leur personnel pense que toute stratégie d'information publique serait la plus efficace si elle comprenait les éléments suivants :

[Traduction]

- Définition et recherche des audiences-cibles, vérification de la disponibilité des documents écrits dans les langues et sous les formes utiles; vérification si les documents sont culturellement acceptables, si la Traduction et l'information juridique sont justes, et si la langue est accessible.
- Mise au point et exécution d'une stratégie de partenariat avec les organisations communautaires compétentes. Tous les organismes participants doivent jouir de la confiance de la communauté et comprennent les questions qui doivent être communiquées au public. Des champions sont aussi essentiels au sein de la communauté, de même que le soutien des leaders religieux ou des anciens qui ont une grande sphère d'influence.
- Plan de diffusion efficace pour garantir que les documents de vulgarisation soient disponibles aux lieux fréquentés par les audiences-cibles. Dans le cas des femmes immigrantes en particulier, ils doivent être distribués aux programmes LINK, aux organismes d'aide à l'établissement, aux organismes ethniques, aux cliniques médicales communautaires, aux programmes d'acquisition de nouvelles compétences, y compris les cours de langues, aux organisations confessionnelles et aux organisations civiques dotées de programmes ouverts aux femmes immigrantes.
- Approche globale aux ressources médiatiques, y compris le recours à la radio, à la télévision et à la presse écrite dans la langue-cible au sein de communautés ethniques, afin d'atteindre effectivement de larges audiences.