

**LA CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION
DES LOIS AU CANADA**

SECTION CIVILE

**L'ARBITRAGE RELIGIEUX
EN MATIÈRE FAMILIALE**

**Saint-Jean (Terre-Neuve et Labrador)
Août 2005**

L'ARBITRAGE RELIGIEUX EN MATIÈRE FAMILIALE

John D. Gregory
Anne Marie Predko
Juliette Nicolet
ONTARIO

[1] En 1990, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a adopté la Loi uniforme sur l'arbitrage. Sept provinces ont promulgué cette loi, à savoir : l'Alberta, la Saskatchewan, le Manitoba, l'Ontario, le Nouveau-Brunswick, l'Île-du-Prince-Édouard et la Nouvelle-Écosse. La Colombie-Britannique dispose déjà, quant à elle, de la *Commercial Arbitration Act* promulguée en 1986, tandis que Terre-Neuve et le Labrador ont promulgué des lois sur l'arbitrage inspirées de la *Arbitration Act* anglaise de 1889. Le droit québécois régit d'une toute autre manière les questions abordées dans le présent document. Les lois fédérales n'ont aucune incidence sur le sujet traité dans le présent document.

[2] La Loi uniforme telle que promulguée dans ces sept provinces ainsi que la loi en vigueur respectivement en Colombie-Britannique, à Terre-Neuve et au Labrador, permettent toutes l'arbitrage des contentieux familiaux (et ce, malgré l'emploi de l'adjectif « commercial » dans le titre de la loi de la Colombie-Britannique). La Conférence avait envisagé pendant un certain temps la Loi uniforme sous un aspect purement commercial, étant donné que les principes sous-jacents de celle-ci provenaient principalement de la loi type de la CNUDCI relative à l'arbitrage en droit commercial international. Toutefois, elle a fini par rejeter cette approche restrictive. Cette loi type était également à la base du rapport de l'*Alberta Law Reform Institute* et, par la suite, de ses présentations à la Conférence. Toutefois, la Loi uniforme a subi différents changements au cours des délibérations afin de mieux l'adapter au contexte national.

[3] La Loi uniforme permet aux parties de choisir le droit applicable à leurs différends (Elle y parvient en laissant aux parties l'option de modifier ou d'exclure la disposition régissant l'application de la loi ainsi que les articles relatifs au choix du droit). Les deux autres lois provinciales ne régissent pas expressément l'applicabilité ni le choix du droit en matière d'arbitrage. Il en résulte probablement que des parties à un litige dans ces provinces pourraient également s'accorder pour que l'arbitre suive certains principes particuliers de droit en rendant sa décision. Les tribunaux dans ces provinces disposent d'une marge de manoeuvre plus large que ceux régis par la Loi uniforme pour refuser la mise à exécution d'une sentence arbitrale.

[4] En Ontario, au cours des 18 derniers mois, l'application de la Loi sur l'arbitrage à des contentieux familiaux a fait l'objet d'une controverse. L'objet du présent document est d'examiner cette controverse et de passer en revue les différents moyens de la régler. Vu que toutes les provinces de common law sont susceptibles de voir ce même genre de controverse se produire dans leur ressort du fait des lois qui y sont en vigueur, la

ARBITRAGES EN MATIÈRE FAMILIALE

participation de la Conférence pour l'uniformisation des lois à l'élaboration d'une approche ou d'une solution commune semble indiquée. Toutefois, comme la controverse vise le droit de la famille, lequel n'est pas harmonisé à l'échelle du pays (à l'exception des obligations alimentaires pour les enfants et l'exécution des ordonnances alimentaires, et à l'exception des dispositions fédérales régissant le divorce), les délégués pourraient juger qu'une approche harmonisée n'est pas nécessaire. Le sujet est néanmoins traité dans le présent à toutes fins utiles.

[5] La controverse a pris naissance dans un projet formé par un nouvel organisme portant le nom d'*Islamic Institute on Civil Justice*, aux termes duquel certains arbitrages, y compris l'arbitrage de contentieux familiaux, s'effectueraient conformément au droit islamique de la personne, communément appelé (plus ou moins correctement) la « Sharia ». A l'appui de son projet, l'institut islamique a invoqué la Loi de 1991 sur l'arbitrage, la version ontarienne de la Loi uniforme, et affirmé de ce fait que ses sentences arbitrales seraient exécutoires aux termes de cette loi.

[6] Plusieurs groupes, notamment le Conseil canadien des femmes musulmanes (CCMW), ont manifesté leur opposition à ce projet au motif qu'ils préféreraient le droit de la famille d'application générale et que la Sharia faisait des distinctions injustes à l'encontre des femmes. De nombreux groupes de femmes se sont ralliés au CCMW et ont axé leur opposition sur la question de l'arbitrage familial même. L'opposition est fondée sur ce que l'arbitrage familial expose les femmes vulnérables à des pressions injustes, ce qui ne se produirait pas sur la place publique, notamment dans une cour de justice. En outre, l'application des règles en matière de droit de la famille par les tribunaux est susceptible de contrôle et d'examen critique, contrairement à ce qui se passe en privé. Les décisions privées risquent par ailleurs de nuire au droit à l'égalité que les femmes ont obtenu de peine et de misère au cours des 30 ou 40 dernières années. En somme, leur position est que la justice familiale ne devrait pas être « privatisée ». Le droit de la famille ne devrait pas être soustrait à l'application des droits à l'égalité garantis par la Charte.

[7] Certains groupes musulmans et juifs ont réagi à ces arguments en affirmant que l'arbitrage religieux est un moyen d'expression de la liberté de religion et mérite par ailleurs la protection de l'État au titre du multiculturalisme, conformément à l'article 27 de la Charte. Quelques-uns prétendent même qu'en tout état de cause les sentences arbitrales tiendront nécessairement compte des valeurs canadiennes et des dispositions de la Charte.

[8] D'autres groupes confessionnels s'occupent aussi d'arbitrage. Ainsi, certains d'entre eux font de l'arbitrage en matière familiale dans des contentieux civils mettant en cause, par exemple, le partage des biens et la pension alimentaire à verser en suivant les préceptes de leur droit religieux respectif, quoique le droit religieux soit généralement invoqué le plus souvent pour décider du statut d'un mariage religieux. De fait, on dénombre peu de situations, selon toute apparence, où se décident des contentieux civils susceptibles d'être renvoyés devant les tribunaux judiciaires pour exécution aux termes de la Loi sur l'arbitrage.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[9] En juin 2004, le gouvernement de l'Ontario a mandaté Marion Boyd, ancienne Procureure générale et ministre déléguée à la Condition féminine, afin d'examiner ces questions. Mme Boyd a rencontré de nombreux groupes en plus de recevoir des observations d'un grand nombre de particuliers de façon directe et par correspondance. Elle a déposé en décembre 2004 un rapport de 150 pages accompagné d'annexes, lequel est accessible sur le site web du ministère du Procureur général, en anglais et en français, à l'adresse suivante : <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/about/pubs/boyd/>.

[10] Mme Boyd y formule 46 recommandations. Au nombre des principales recommandations figurent celles voulant que les contentieux familiaux continuent de faire l'objet d'un recours facultatif à l'arbitrage, les sentences arbitrales continuant, elles aussi, d'être exécutoires. Par ailleurs, toujours dans le cas des contentieux familiaux, les parties devraient pouvoir continuer de recourir à l'arbitrage religieux si elles le veulent. Toutefois, ces recommandations étaient assujetties à la nécessité impérieuse d'observer les autres recommandations du rapport. Pour la commodité des discussions, ces recommandations peuvent être réunies dans les quatre catégories suivantes :

- intégrer les règles régissant le règlement privé des différends par arbitrage aux règles déjà prévues à cet effet dans la Loi sur le droit de la famille;
- circonscrire les circonstances ouvrant droit à l'arbitrage des contentieux familiaux de façon à protéger l'aptitude au consentement;
- resserrer le contrôle public des arbitrages en matière familiale;
- fournir des services d'appui juridique et communautaire afin de sensibiliser le public, notamment les femmes vulnérables, quant aux droits dont elles bénéficient selon le régime juridique ontarien, y compris les règles régissant le règlement des différends.

[11] Au moment de la rédaction du présent document, le gouvernement de l'Ontario n'avait pas encore fait connaître sa réaction au rapport Boyd ni aux nombreux arguments soulevés relativement au sujet en question. Les groupes de femmes se sont exprimées d'une voix forte contre le recours à l'arbitrage religieux dans le cas de contentieux familiaux et souvent contre l'exécution de toute sentence d'arbitrage familial tout court. Une déclaration récente à ce sujet, appuyée par de nombreux groupes, est diffusée sur Internet à l'adresse suivante : <http://owjn.org/issues/mediatio/declaration.htm>. Des avocats et avocates en droit de la famille membres de l'Association du Barreau de l'Ontario ont fait parvenir des lettres au gouvernement afin d'appuyer le recours à l'arbitrage pour les contentieux familiaux au motif qu'il constitue l'un des éléments fondamentaux d'accès à la justice en matière familiale, tant au profit des femmes que des hommes. L'ABO n'a pas pris position sur la question de l'arbitrage religieux.

[12] En Ontario, les gens ont le droit de régler les contentieux familiaux en privé, sauf en ce qui concerne les affaires touchant l'état civil, cet aspect du droit étant de nature publique. Ainsi, des personnes ne peuvent s'accorder entre elles pour divorcer l'une de l'autre car c'est aux tribunaux de prononcer le divorce. Des personnes ne peuvent s'entendre entre elles sur le statut de parent d'un enfant. La province tient un registre à

ARBITRAGES EN MATIÈRE FAMILIALE

cet effet et il faut passer par les tribunaux pour le faire modifier. Pour d'autres affaires comme, par exemple, le partage des biens et les obligations alimentaires en cas de rupture d'une relation, les conjoints désunis ou en voie de l'être peuvent régler ces questions au moyen d'une entente, judiciairement exécutoire, à certaines conditions.

[13] Le caractère exécutoire des ententes privées en matière familiale est prévu au paragraphe 2(10) de la Loi sur le droit de la famille lequel dispose que « Sauf disposition contraire de la présente loi, un contrat familial prévaut sur ce que la présente loi prévoit dans la même matière ». Un contrat familial comprend un contrat de mariage, un accord de séparation ou un accord de cohabitation. Les « dispositions contraires » de la Loi sur le droit de la famille sont les suivantes :

- L'accord qui n'est pas dans l'intérêt supérieur des enfants n'est pas exécutoire.
- Les parties doivent pouvoir discerner la nature et les conséquences du contrat ou de l'accord (par conséquent elles devraient presque invariablement obtenir des conseils juridiques indépendants même si la loi ne les y contraint pas).
- Les parties doivent avoir divulgué leur situation financière respective l'une à l'autre.
- Un contrat fixant les obligations alimentaires peut être annulé s'il risque d'aboutir à une « situation inadmissible », si le bénéficiaire se voit obligé de recourir à l'aide sociale ou en cas de défaut de paiement.

[14] L'un des principes politiques fondamentaux à résoudre consiste à déterminer quelles possibilités de rapprochement existent entre les contrats conclus directement (ou avec l'aide d'un médiateur) et les contrats conclus par l'intermédiaire d'un arbitre. L'analyse de cette question donne lieu à deux optiques principales :

- celle de la conclusion du contrat;
- celle de la sentence arbitrale.

[15] Dans l'optique de la conclusion du contrat, les mêmes contraintes actuellement en vigueur à l'égard des contrats familiaux devraient-elles s'appliquer aux contrats d'arbitrage familial, en ce qui concerne la divulgation complète de la situation financière respective des parties, l'acceptation du contrat en toute connaissance de cause (à supposer que les parties aient au préalable obtenu des conseils juridiques indépendants), et ainsi de suite ? Existerait-il d'autres exigences utiles à prévoir ? Marion Boyd recommande dans son rapport que les contrats d'arbitrage familial devraient être conclus seulement, à quelques exceptions près, après que le différend a pris naissance. Si l'arbitrage se déroule conformément à un régime de droit autre que celui de l'Ontario, voire autre que celui d'un autre ressort juridique canadien, il incomberait alors à l'arbitre, d'après elle, de produire par anticipation une déclaration de principes propre à régir le déroulement de l'arbitrage, de façon à ce que les parties en cause sachent à quoi s'attendre.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[16] Dans l'optique de la sentence arbitrale, faudrait-il appliquer les mêmes limites d'exécution aux sentences arbitrales rendues à l'issue d'une procédure d'arbitrage familial qu'à celles qui s'appliquent actuellement aux contrats familiaux ? La Loi sur l'arbitrage fixe des délais pour le dépôt d'une plainte par une partie, peu importe qu'il s'agisse d'une plainte à propos de procédures injustes, d'un excès de compétence ou du bien-fondé d'une décision. Faudrait-il assouplir ces délais dans le cas d'arbitrages en matière familiale ? Les ordonnances alimentaires et certains aspects de contrats familiaux peuvent être annulés lorsque se produisent des changements importants de circonstances. Le même principe devrait-il s'appliquer aux sentences arbitrales rendues dans le cadre d'une procédure d'arbitrage en matière familiale ?

[17] Toujours dans l'optique de la sentence arbitrale, faut-il s'inquiéter sur la possibilité qu'une partie s'adresse aux tribunaux de l'Ontario (ou à une autre cour de justice canadienne) en vue de faire exécuter une sentence arbitrale fondée sur un régime de droit différent, notamment un régime qui ne reconnaît pas le principe de l'égalité des sexes à la base de nos lois et auquel les mesures prises par l'État sont assujetties en raison de la Charte ? Or, il y a présentement tout un débat sur la question de savoir si la Charte s'applique directement à une sentence arbitrale du fait qu'un tribunal peut en ordonner l'exécution. On semble par contre s'accorder plus facilement sur le caractère inopportun de toute mesure émanant de l'État et tendant à soutenir des principes ou des valeurs contraires à celles de la Charte, sans égard à la question de l'applicabilité juridique de la Charte en la matière.

[18] La Loi sur le droit de la famille de l'Ontario (article 58) permet l'exécution de contrats familiaux conclus conformément aux lois d'un ressort autre que l'Ontario, moyennant certaines réserves précises. Ils doivent avoir été conclus selon des modalités compatibles avec celles qui valent pour les contrats familiaux formés en Ontario (en l'occurrence : divulgation complète, qualité du consentement). Ils ne peuvent être frappés d'inadmissibilité. Tout contrat visant la garde ou le droit d'accès aux enfants est inexécutoire. Cette approche pourrait servir de précédent à l'établissement de restrictions quant à l'exécution de sentences arbitrales en matière familiale fondées sur un régime de droit étranger.

[19] Le CCMW et ses alliés prétendent que de nombreuses femmes vulnérables, en particulier les Musulmanes récemment établies au pays, ne possédant que des compétences linguistiques limitées et ne bénéficiant pas de l'appui d'un réseau social en dehors de leurs communautés culturelle et religieuse, n'auront ni le discernement nécessaire, ni la force morale de contrer des pressions personnelles, familiales et communautaires tendant à les soumettre à une procédure d'arbitrage islamique s'il y en a une de disponible. Elles risquent d'être ostracisées ou considérées comme apostâtes si elles résistent. C'est pourquoi leur « consentement » à recourir à l'arbitrage sera dans la plupart des cas illusoire. Qui plus est, elles n'auront pas davantage la force morale de se prévaloir des moyens de protection offerts par le droit, que ce soit les moyens actuellement disponibles ou même les nouveaux moyens qui viendraient se greffer au système juridique, selon les recommandations de Mme Boyd. Par conséquent, l'existence même du recours d'arbitrage représente pour ces femmes une menace.

ARBITRAGES EN MATIÈRE FAMILIALE

[20] Certains groupes de femmes, comme la YWCA, ont affirmé que pour l'ensemble des femmes dans notre société patriarcale, la véritable égalité des sexes est encore à ce point imparfaite qu'on ne peut les considérer aptes à accepter le recours à l'arbitrage en toute connaissance de cause. Les seules décisions susceptibles de les contraindre légitimement émanent des juges sur lesquels s'exercent un contrôle public et des pressions juridiques visant à faire reconnaître l'égalité des sexes en raison de la Constitution et des lois. Pour ces femmes l'arbitrage n'a pas, par conséquent, sa place dans les contentieux familiaux.

[21] Il semble, par contre, pratiquement impossible « d'interdire » le recours à quelque forme d'arbitrage que ce soit. De fait, on aurait beaucoup de peine à faire la distinction entre une décision contraignante à l'égard des parties, d'une part, et des conseils incontournables, de l'autre. Il est difficile par ailleurs de dire aux gens de ne pas observer les préceptes de leur religion. L'outil principal dont dispose le gouvernement réside dans les voies d'exécution. Qu'est-ce que le droit permet aux parties de faire exécuter par les tribunaux ? À quelles conditions peut-on se prévaloir des voies d'exécution ?

[22] En résumé, le recours à l'arbitrage religieux en matière familiale semble valide au regard des lois sur l'arbitrage de l'ensemble des provinces de common law. Il l'est certainement au regard de la Loi uniforme sur l'arbitrage. Différentes options se présentent pour réagir aux défis de l'arbitrage religieux. Toutes sauf la première nécessiteraient des modifications législatives.

- Ne rien faire. Permettre aux intéressés de continuer à y recourir. Faire confiance aux exigences de la loi en ce qui concerne la qualité du consentement, le caractère équitable des procédures et l'imposition de limites à l'exécution des sentences arbitrales afin de protéger les personnes vulnérables.
- Refuser carrément d'exécuter les sentences arbitrales en matière familiale, de sorte que tous les contentieux familiaux soient déferés aux tribunaux pour y être réglés, si les parties ne parviennent pas à s'entendre et à se conformer aux sentences arbitrales (Le droit québécois interdit expressément le recours à l'arbitrage en matière familiale et autres matières ayant trait à l'état civil).
- Refuser d'exécuter les sentences arbitrales en matière familiale fondées sur des règles de droit étrangères à la province légiférante (voire étrangères à la province ou à un autre ressort canadien).
- Refuser d'exécuter les sentences arbitrales en matière familiale fondées sur des principes religieux. Cette option risque de soulever des problèmes d'ordre constitutionnel en raison de la protection accordée par la Charte à la liberté de religion. Toute mesure législative visant une religion en particulier est une solution à écarter à tout prix.
- Refuser d'exécuter les sentences arbitrales en matière familiale sauf si elles respectent les conditions auxquelles les autres contrats privés visant des contentieux familiaux sont soumis pour être exécutoires. Cette

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

approche revient à intégrer la procédure d'arbitrage en matière familiale aux autres modes de règlement des différends familiaux.

- Refuser d'exécuter les sentences arbitrales en matière familiale à moins qu'elles ne respectent certaines conditions supplémentaires (allant au-delà des conditions actuellement fixées dans la Loi sur l'arbitrage et la Loi sur le droit de la famille) quant à leur forme et à leur fond, quant aux qualifications des arbitres, quant à la portée des sentences arbitrales et ainsi de suite.

Il est possible d'aménager les options présentées ci-dessus en y appliquant différentes combinaisons de conditions. En effet, chacune d'elles, sauf la première, suppose la limitation de certains droits actuels afférents aux arbitrages religieux en matière familiale et à l'exécution des sentences arbitrales connexes.

[23] Marion Boyd se préoccupait du fait que si les sentences issues d'arbitrages religieux étaient, de façon générale, rendues inexécutives, cela ne mettrait pas fin au problème. Au contraire, la communauté religieuse intéressée continuerait de recourir à l'arbitrage religieux mais sans tenir compte des garanties juridiques normalement offertes par la Loi sur l'arbitrage ou la Loi sur le droit de la famille. Or, il semble que c'est précisément ce qui serait en train de se produire au Royaume-Uni. La pression exercée par la communauté de recourir à un mode islamique de règlement des différends ne diminue pas du tout, pas plus d'ailleurs que la pression de se conformer à la décision qui en découle. Ce genre d'arbitrage n'est soumis à aucune pression en sens contraire visant à assurer certaines protections juridiques qui auraient sans doute pour effet d'augmenter les chances de rendre les décisions arbitrales exécutoires.

[24] Il découle manifestement de ce qui précède que le gouvernement de l'Ontario n'envisage pas pour la province ni ne recommande à quelque autre ressort :

- d'établir un régime de droit de la famille distinct ou des tribunaux distincts pour les Musulmans;
- d'imposer à qui que ce soit l'obligation de recourir à l'arbitrage pour les contentieux familiaux;
- d'encourager qui que ce soit à recourir à l'arbitrage religieux pour les contentieux familiaux;
- de priver qui que ce soit du droit de s'adresser aux tribunaux de droit commun;
- de permettre à des arbitres d'autoriser des parties à l'arbitrage, ou de leur ordonner, à commettre un crime comme, par exemple, la polygamie, ou encore à contourner les lois d'application générale en ce qui concerne, par exemple, l'âge minimum admissible pour contracter mariage. (Un arbitre ne peut imposer à des parties une exigence sur laquelle elles n'auraient pu s'entendre directement entre elles);
- de permettre à des arbitres de décider des conséquences d'un crime ni d'imposer une peine relativement à un crime.

ARBITRAGES EN MATIÈRE FAMILIALE

[25] La Conférence jugera souhaitable, le cas échéant, d'étudier l'opportunité de modifier la Loi uniforme sur l'arbitrage afin de rehausser le niveau de protection juridique à assurer aux parties à une procédure d'arbitrage en matière familiale ou afin d'éliminer carrément la possibilité de recourir à ce genre d'arbitrage.