Document généré le 12 oct. 2024 00:05

Les Cahiers de droit

L'affaire *Bruker* c. *Marcovitz* : variations sur un thème

Louise Langevin, Louis-Philippe Lampron, Christelle Landheer-Cieslak, Alain Prujiner et Patrick Taillon

Volume 49, numéro 4, décembre 2008

URI : https://id.erudit.org/iderudit/037461ar
DOI : https://doi.org/10.7202/037461ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cette note

Langevin, L., Lampron, L.-P., Landheer-Cieslak, C., Prujiner, A. & Taillon, P. (2008). L'affaire *Bruker* c. *Marcovitz* : variations sur un thème. *Les Cahiers de droit*, *49*(4), 655–708. https://doi.org/10.7202/037461ar

Résumé de l'article

Signe de son temps, la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Bruker* c. *Marcovitz* met en scène le multiculturalisme canadien, le pluralisme juridique, l'inter-normativité, la neutralité de l'État, l'intérêt public, la liberté contractuelle, le droit comparé, les valeurs fondamentales, dont la liberté de religion et l'égalité entre les hommes et les femmes. Elle brouille les frontières entre le droit privé et le droit public, entre la sphère privée et la sphère publique, de même qu'entre les normes juridiques et les normes religieuses. Elle façonne, déconstruit ou reconstruit la norme religieuse par le droit étatique. Dans le présent texte, cinq auteures et auteurs analysent les motifs de la Cour suprême à partir de perspectives différentes. Ils se penchent sur les forces et les faiblesses ainsi que sur les silences, sans oublier les dissonances, de l'opinion majoritaire et de l'opinion dissidente. D'abord, la question du droit international privé est examinée, puisque l'affaire met en jeu les relations entre deux ordres juridiques, soit l'ordre juridique canadien et québécois et l'ordre juridique juif ou hébraïque. Puis la décision est revisitée à partir d'un cadre théorique féministe. Ensuite, la résolution du conflit entre la liberté religieuse et l'égalité des sexes est traitée. Enfin, un auteur se penche sur la conception de la liberté mise en avant dans la décision examinée et une auteure analyse la distinction, les relations et les frontières entre les traditions juridiques étatiques et les traditions juridiques religieuses.

Tous droits réservés © Université Laval, 2008

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

Note

L'affaire Bruker *c.* Marcovitz *: variations sur un thème*

Louise LANGEVIN, Louis-Philippe LAMPRON,
Christelle LANDHEER-CIESLAK, Alain PRUJINER et Patrick TAILLON

Signe de son temps, la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Bruker *c.* Marcovitz *met en scène le multiculturalisme canadien, le pluralisme juridique, l'inter-normativité, la neutralité de l'État, l'intérêt public, la liberté contractuelle, le droit comparé, les valeurs fondamentales, dont la liberté de religion et l'égalité entre les hommes et les femmes. Elle brouille les frontières entre le droit privé et le droit public, entre la sphère privée et la sphère publique, de même qu'entre les normes juridiques et les normes religieuses. Elle façonne, déconstruit ou reconstruit la norme religieuse par le droit étatique. Dans le présent texte, cinq auteures et auteurs analysent les motifs de la Cour suprême à partir de perspectives différentes. Ils se penchent sur les forces et les faiblesses ainsi que sur les silences, sans oublier les dissonances, de l'opinion majoritaire et de l'opinion dissidente. D'abord, la question du droit international privé est examinée, puisque l'affaire met en jeu les relations entre deux ordres juridiques, soit l'ordre juridique canadien et québécois et l'ordre juridique juif ou hébraïque. Puis la décision est revisitée à partir d'un cadre théorique féministe. Ensuite, la résolution du conflit entre la liberté religieuse et l'égalité des sexes est traitée. Enfin, un auteur se penche sur la conception de la liberté mise en avant dans la décision examinée et une auteure analyse la distinction, les relations et les frontières entre les traditions juridiques étatiques et les traditions juridiques religieuses.*

***Les Cahiers de Droit*, vol. 49, nº 4, décembre 2008, p. 655-708**
(2008) 49 *Les Cahiers de Droit* 655

As a sign of our times, the decision handed down by the Supreme Court of Canada in the case of Bruker *v.* Marcovitz *calls into play Canadian multiculturalism, legal pluralism, internormativity, State neutrality, public interest, freedom of contract, comparative law, fundamental rights including freedom of religion and gender equality. It crosses the boundaries separating public law and private law, the private and public domains, as well as legal and religious norms. It shapes, de-structures or restructures religious norms through the law of the State. In this paper, five authors analyze the Supreme Court's decision on the basis of differing perspectives. They underline the strengths and weaknesses, the silences and conflicting views of the majority and dissident opinions. First of all, a private international law analysis is applied, since the case involves relations between two juridical systems, namely the Canadian and Québec system of law and the Jewish or Hebrew legal order. Then the decision is examined in the light of a feminist perspective. From there, the conflict between freedom of religion and gender equality is addressed. An author then delves into the conception of liberty as set forward in the decision under study and last of all, an author analyses the distinction, relations and boundaries separating State legal traditions from their religious counterparts.*

Pages

1 La contribution d'un conflictualiste 661

2 Lorsque la liberté de religion affronte le droit des femmes à l'égalité : une critique féministe 667

2.1 La dichotomie entre la sphère privée et la sphère publique 669

2.2 La liberté contractuelle dans les relations conjugales 671

2.3 Le droit à l'égalité des femmes 672

2.4 L'indemnisation 675

3 La résolution du conflit entre la liberté religieuse et l'égalité des hommes et des femmes : occasion manquée ou manœuvre d'évitement réussie ? 678

4 Entre « non-intervention » et « non-domination » : la conception de la liberté mise en avant par la Cour suprême du Canada 686

4.1 L'approche libérale de la non-intervention 688

4.2 L'approche républicaine de la non-domination 691

5 En quête d'une « juste » intervention judiciaire en matière religieuse 695

5.1 La compétence de principe des juridictions canadiennes pour les litiges opposant deux ex-conjoints sur la remise du *get* 697

5.2 L'engagement de M. Marcovitz : une obligation contractuelle 698

5.3 Le droit à la liberté de religion de M. Marcovitz : un argument inopérant pour se dégager de son obligation à l'égard de Mme Bruker 700
Conclusion 707

Signe de son temps, la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Bruker* c. *Marcovitz*[1] met en scène le multiculturalisme canadien, le pluralisme juridique, l'inter-normativité, la neutralité de l'État, l'intérêt public, la liberté contractuelle, le droit comparé, les valeurs fondamentales, dont la liberté de religion et l'égalité entre les hommes et les femmes. Elle brouille les frontières entre le droit privé et le droit public, distinction si chère au système juridique civiliste, entre la sphère privée et la sphère publique, dichotomie tant décriée par les chercheuses féministes, de même qu'entre les normes juridiques et les normes religieuses. Elle façonne, déconstruit ou reconstruit la norme religieuse par le droit étatique.

Dans le présent texte, les motifs de la Cour suprême font l'objet d'une analyse à partir des perspectives différentes de plusieurs auteures et auteurs. Nous nous penchons sur les forces et les faiblesses ainsi que sur les silences, sans oublier les dissonances, de l'opinion majoritaire et de l'opinion dissidente. Après un bref rappel des faits et des décisions rendues dans cette affaire, nous abordons les aspects suivants de la décision de la Cour suprême :

1) La contribution d'un conflictualiste (Alain Prujiner) ;
2) Lorsque la liberté de religion affronte le droit des femmes à l'égalité : une critique féministe (Louise Langevin) ;
3) La résolution du conflit entre la liberté religieuse et l'égalité des hommes et des femmes : occasion manquée ou manœuvre d'évitement réussie ? (Louis-Philippe Lampron) ;
4) Entre « non-intervention » et « non-domination » : la conception de la liberté mise en avant par la Cour suprême du Canada (Patrick Taillon) ;
5) En quête d'une « juste » intervention judiciaire en matière religieuse… (Christelle Landheer-Cieslak).

Mme Bruker et M. Marcovitz, tous deux de confession juive, se sont mariés en 1969 et ont divorcé en 1981. Le couple avait adopté deux enfants.

---

1. *Bruker* c. *Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607, 2007 CSC 54.

Dans l'entente relative aux mesures accessoires, Mme Bruker avait négocié une clause[2] prévoyant que les parties se présenteraient devant les instances rabbiniques pour obtenir le divorce juif, soit le *get*[3], après l'obtention du divorce civil. Malgré les demandes répétées de Mme Bruker, M. Marcovitz a refusé de lui accorder le *get* pendant quinze ans. Pendant cette période, Mme Bruker ne s'est pas remariée et elle n'a pas eu d'enfants. Elle a intenté une action en dommages-intérêts devant la Cour supérieure en 1989. Elle a demandé la somme de 1 350 000 $.

La Cour supérieure a reconnu l'existence et la validité, en vertu du *Code civil du Québec*[4], de l'entente contractuelle prévoyant l'obtention du *get* par M. Marcovitz[5]. Elle a accordé à Mme Bruker la somme de 47 500 $ en dommages-intérêts en raison du refus de M. Marcovitz de respecter cette entente pendant quinze ans. Le juge a considéré que l'objet du contrat pouvait être librement déterminé par les parties et qu'elles pouvaient donc, si elles le désiraient, y intégrer des obligations à caractère religieux, pour autant que ces obligations ne soient pas contraires à l'ordre public. Dès lors, il était de la compétence de la Cour supérieure de se prononcer sur l'exécution du contrat.

---

2. *Id.*, par. 107 : « La clause [de l'entente] qui concerne le *get* est rédigée ainsi : 12. [Les parties conviennent] de se présenter devant les autorités rabbiniques de la ville et du district de Montréal en vue d'obtenir le *get* [divorce] religieux traditionnel immédiatement après le prononcé d'un jugement conditionnel de divorce. »
3. Selon la religion juive, lorsque deux époux désirent se séparer, une procédure spéciale doit être respectée devant les tribunaux rabbiniques : en présence d'un rabbin, l'époux, par un acte volontaire, doit remettre à son épouse le *get*, acte de divorce religieux manifestant la rupture effective et définitive du mariage au regard de la communauté juive. Si un époux refuse de remettre le *get* à son épouse au moment de leur séparation, cette abstention est lourde de conséquences pour l'épouse juive. En premier lieu, l'épouse qui n'a pas reçu le *get* de la main de son époux ne peut se remarier selon les rites et les pratiques de sa religion puisque le couple, même divorcé civilement, est encore marié au regard de la religion juive. En outre, si elle décide de se remarier civilement, les relations qu'elle entretient avec son nouveau mari sont considérées comme des relations adultérines au regard de la religion juive. Enfin, les enfants qui peuvent naître de cette union civile sont des enfants adultérins ou *mamzerim.* La religion juive ne peut leur être transmise, quand bien même le second mari de l'épouse qui n'a pas reçu le *get* est lui-même juif. Voir, sur cette question, l'article suivant : John SYRTASH, « Removing Barriers to Religious Remarriage in Ontario : Rights and Remedies », (1986-87) 1 *Can. Fam. Law Q.* 309, 312-316.
   Le terme *get* connaît des orthographes multiples (par exemple, *ghet* ou *geth*). Dans les pages qui suivent, par souci d'uniformité, nous avons retenu la même graphie que celle qui avait été employée par la Cour suprême.
4. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.
5. *S.B.B.* v. *J.B.M.*, [2003] R.J.Q. 1189 (C.S., j. Mass) (ci-après « *Bruker* v. *Marcovitz* (C.S.) »).

Dans un jugement unanime, la Cour d'appel a renversé la décision de première instance[6]. Elle a déclaré que, comme la substance de l'engagement de M. Marcovitz était de nature religieuse, les tribunaux séculiers ne pouvaient pas en sanctionner l'inexécution. La Cour d'appel s'est appuyée sur la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Syndicat Northcrest* c. *Amselem*[7], selon laquelle les tribunaux doivent appliquer une approche subjective de la croyance religieuse et qu'ils ne peuvent agir en arbitre des dogmes religieux.

La Cour suprême, dans un jugement majoritaire, a donné raison au juge de première instance et cassé le jugement de la Cour d'appel. Elle a maintenu le montant de 47 500 $ accordé par la Cour supérieure à Mme Bruker à titre de dommages-intérêts.

Au nom de la majorité (la juge en chef McLachlin et la juge Abella, ainsi que les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Fish et Rothstein), la juge Abella reconnaît d'entrée de jeu que le multiculturalisme peut être limité par certaines valeurs fondamentales. Après avoir décrit l'institution du *get* juif, elle rappelle les motifs qui ont guidé l'adoption de l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce* de 1985[8], qui confère aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire

6. *Marcovitz* v. *Bruker*, [2005] R.J.Q. 2482 (C.A., jj. Hilton, Dutil et Bich) (ci-après « *Marcovitz* v. *Bruker* (C.A.) »).
7. *Syndicat Northcrest* c. *Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.
8. *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3 (2e supp.). L'article 21.1 se lit comme suit :

> (1) Au présent article, « époux » s'entend au sens du paragraphe 2(1) et, en outre, d'un ex-époux.
> (2) Dans le cas d'une action engagée sous le régime de la présente loi, un époux (appelé « signataire » au présent article) peut signifier à l'autre époux et déposer auprès du tribunal un affidavit donnant les renseignements suivants :
> *a*) l'indication du fait que l'autre époux est l'époux du signataire ;
> *b*) la date et le lieu de la célébration du mariage, ainsi que la qualité officielle du célébrant ;
> *c*) la nature de tout obstacle, dont la suppression dépend de l'autre époux, au remariage du signataire au sein de sa religion ;
> *d*) l'indication du fait que le signataire a supprimé, ou a signifié son intention de supprimer, tout obstacle, dont la suppression dépend de lui, au remariage de l'autre époux au sein de sa religion, ainsi que la date et les circonstances de la suppression ou de la signification ;
> *e*) l'indication du fait que le signataire a demandé, par écrit, à l'autre époux de supprimer tout obstacle à son remariage au sein de sa religion lorsque cette suppression dépend de ce dernier ;
> *f*) la date de la demande visée à l'alinéa *e*) ;
> *g*) l'indication du fait que, malgré la demande visée à l'alinéa *e*), l'autre époux n'a pas supprimé l'obstacle.
> (3) Le tribunal peut, aux conditions qu'il estime indiquées, rejeter tout affidavit, demande ou autre acte de procédure déposé par un époux dans le cas suivant :

d'empêcher un époux d'obtenir réparation sous le régime de la loi, si ce dernier refuse de supprimer tout obstacle au remariage religieux.

La juge Abella, au contraire de l'opinion dissidente, considère que les tribunaux canadiens peuvent se pencher sur la validité et les effets du contrat entre les ex-conjoints. Comme l'objet de l'obligation contractée par M. Marcovitz — se présenter devant le tribunal rabbinique afin d'obtenir le *get* — n'est pas contraire à l'ordre public, le contrat est valide et exécutoire.

S'agissant de la conciliation des obligations contractuelles de M. Marcovitz avec sa liberté religieuse, la juge ne croit pas que ce dernier ait été empêché de respecter son engagement par une croyance religieuse sincère. Son refus s'explique plutôt par le fait qu'il était fâché contre son ex-conjointe. Même en considérant qu'il y a eu une atteinte à la liberté de religion de M. Marcovitz, la magistrate conclut qu'il est dans l'intérêt public de décourager des comportements comme le sien. Une analyse en droit comparé appuie sa position. Selon la juge Abella, « [u]ne atteinte à la liberté de religion de M. Marcovitz est sans conséquence en comparaison des inconvénients disproportionnés sur la possibilité pour Mme Bruker de vivre pleinement sa vie comme femme juive au Canada[9] ».

Au nom de la minorité (les juges Charron et Deschamps), la juge Deschamps rappelle la neutralité du rôle de l'État en matière religieuse.

---

a) cet époux a eu signification de l'affidavit visé au paragraphe (2) mais n'a pas signifié à son tour au signataire, ni n'a déposé auprès du tribunal, dans les quinze jours suivant le dépôt de cet affidavit ou dans le délai supérieur accordé par le tribunal, un affidavit indiquant que tout obstacle visé à l'alinéa (2)*e*) a été supprimé ;

b) il n'a pas réussi à convaincre le tribunal, selon les modalités complémentaires éventuellement fixées par celui-ci, que tout obstacle a effectivement été supprimé.

(4) Sans préjudice de la portée générale de la faculté d'appréciation que lui confère le paragraphe (3), le tribunal peut refuser d'exercer les pouvoirs octroyés par ce paragraphe dans le cas suivant :

a) l'époux qui a eu signification de l'affidavit visé au paragraphe (2) a signifié à son tour au signataire et déposé auprès du tribunal, dans les quinze jours suivant le dépôt de cet affidavit ou dans le délai supérieur accordé par le tribunal, un affidavit faisant état de motifs sérieux, fondés sur la religion ou la conscience, pour refuser de supprimer tout obstacle visé à l'alinéa (2)*e*) ;

b) il a convaincu le tribunal, selon les modalités complémentaires éventuellement fixées par celui-ci, du fait que ces motifs sont valables.

(5) Pour être valide, un affidavit déposé par un époux auprès du tribunal doit porter la date de sa signification à l'autre époux.

(6) Le présent article ne s'applique pas aux cas où la suppression des obstacles au remariage religieux relève d'une autorité religieuse.

9. *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 93.

Selon elle, les droits civils de Mme Bruker ne sont pas brimés par une norme civile émanant du droit positif. Elle considère que l'engagement des parties de comparaître devant les autorités religieuses afin d'obtenir le divorce religieux ne constitue pas une opération juridique au sens du *Code civil du Québec*. L'engagement n'a pas d'objet et ne peut être considéré comme un contrat. Il s'agit d'un engagement purement moral. De plus, l'octroi de dommages-intérêts sanctionnerait indirectement une loi religieuse qui va à l'encontre du droit de la famille. Ce serait reconnaître que, malgré son divorce civil, Mme Bruker ne pouvait se remarier sans l'obtention du *get*. Selon la juge Deschamps, « le fait de sanctionner les conséquences religieuses du délai à consentir au *get* signifie que le tribunal avalise ces conséquences religieuses, même si elles vont à l'encontre d'acquis de la société canadienne[10] ».

1 La contribution d'un conflictualiste[11]

L'affaire *Bruker* c. *Marcovitz* porte sur la sanction judiciaire et juridique en droit québécois et canadien de l'engagement pris par un époux d'accorder un divorce religieux juif, le *get*, dans une entente passée dans le contexte d'une procédure de divorce au Québec. Les juges de la Cour suprême du Canada, tant de la majorité que de la minorité, ont traité cette question difficile sous plusieurs angles en droit canadien et québécois, mais pas sous celui de la branche du droit la plus directement consacrée aux relations avec les autres ordres juridiques : le droit international privé. Or, tout le monde s'entend pour considérer que le *get* est un divorce juif : c'est la première affirmation de la Cour[12]. Le droit juif du divorce est ensuite décrit de manière détaillée, et il n'y a pas de divergence majeure entre les juges sur le contenu de ce droit.

Au cœur du problème se trouve le refus de l'époux de donner suite à son engagement de procéder au *get*, refus qui bloque irrémédiablement la procédure de divorce en droit juif. Il ne semble pas y avoir de sanction à ce refus en droit juif. Peut-il y en avoir une en droit canadien et québécois ? La question met en jeu les relations entre deux ordres juridiques, l'ordre juridique canadien et québécois (ces deux dimensions sont en partie liées dans ce dossier puisque le divorce est de compétence fédérale) et l'ordre juridique juif ou hébraïque. Or les relations avec les autres ordres juridiques

10. *Id.*, par. 103.
11. L'auteur de cette partie est Alain Prujiner, professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.
12. *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 3.

constituent la matière même du droit international privé[13]. C'est pourquoi il m'a semblé intéressant d'apporter le point de vue d'un conflictualiste sur ce dossier.

Bien sûr, la mise en œuvre de ce « conflit de lois », pour employer la formule traditionnelle, ne résulte pas d'un rattachement territorial donné par un facteur de rattachement factuel, comme c'est le plus souvent le cas en droit international privé, mais de la seule volonté des parties d'en référer à un ordre juridique différent. L'usage de la religion comme facteur de rattachement direct n'existe pas en droit québécois[14], mais l'application du droit étranger désigné y conduit parfois. Par exemple, le droit israélien applique la Torah à tout mariage ou divorce entre juifs. Un juge québécois pourrait donc être amené à l'appliquer en vertu de l'article 3088 du *Code civil du Québec*[15].

Il n'y a rien là d'exceptionnel, surtout en ce qui touche une relation contractuelle : la volonté des parties suffit en ce cas pour apporter l'élément d'extranéité qui est habituellement exigé en droit international privé[16]. C'est explicité en particulier dans le *Code civil du Québec*, à l'article 3111[17]. Si l'extranéité ne résulte que de cette volonté, l'acte juridique (ici

13. Voir Henri BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956.
14. Cet usage est déconseillé sur le plan international par l'Institut de droit international : « Les États doivent éviter d'utiliser la religion comme critère de rattachement pour déterminer le droit applicable au statut personnel des étrangers. » INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Résolution*, Neuvième Commission « Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille », Session de Cracovie, 25 août 2005, p. 2, par. A (1) (rapporteur : Paul Lagarde), [En ligne], [www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/2005_kra_02_fr.pdf] (28 novembre 2008).
15. **Art. 3088 C.c.Q. : « Le mariage est régi, quant à ses conditions de fond, par la loi applicable à l'état de chacun des futurs époux. »**
16. Voir : Gérald GOLDSTEIN et Ethel GROFFIER, *Droit international privé*, t. 2 : « Règles spécifiques », coll. « Traité de droit civil », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 481 et suiv. ; Alain PRUJINER, « Le droit international privé : un droit du rattachement », dans Christian DOMINICÉ, Robert PATRY et Claude REYMOND (dir.), *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 161, à la page 165 « Étrangeté de l'extranéité ».
17. Art. 3111 C.c.Q. :

    L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte.

    Néanmoins, s'il ne présente aucun élément d'extranéité, il demeure soumis aux dispositions impératives de la loi de l'État qui s'appliquerait en l'absence de désignation.

    On peut désigner expressément la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement d'un acte juridique.

l'entente en question) « demeure soumis aux dispositions impératives de la loi de l'État qui s'appliquerait en l'absence de désignation », en l'occurrence le droit québécois.

Il faut aussi distinguer entre le droit applicable à l'entente elle-même et le droit applicable à l'objet de l'entente : c'est seulement ce dernier (la promesse de *get*) qui est soumis au droit étranger, en l'espèce le droit juif. L'entente globale elle-même ne semble pas comporter de désignation d'un droit applicable. La seule référence au *get* pourrait-elle être considérée comme une désignation implicite du droit juif comme droit applicable à l'ensemble de l'entente ? La question n'a pas été posée dans le dossier. En fait, le lien de cette entente avec une procédure judiciaire au Canada rend cette interprétation difficile à soutenir. Le droit applicable à une entente passée au Québec entre parties domiciliées au Québec à l'occasion d'une procédure de divorce en cours au Québec peut difficilement être un autre droit que le droit québécois en l'absence d'une désignation contraire très explicite. Par contre, la référence au *get* introduit bien l'extranéité recherchée.

Une autre objection pourrait être soulevée à l'intervention du droit international privé : c'est que le droit juif est un droit religieux et non étatique. Cela fait pourtant longtemps que le droit international privé n'est pas limité aux droits des autres États et peut porter sur les relations avec tous les ordres juridiques, qu'ils soient religieux, commerciaux, sportifs et autres[18]. Des catholiques québécois pourraient décider d'en référer au droit canon pour certaines de leurs relations de la même manière que les juifs le font ici au droit hébraïque, compte tenu du fait que la religion catholique a une position bien plus radicale sur le sujet et qu'elle interdit le divorce. Elle prévoit cependant des procédures en nullité de mariage. Bien sûr, le droit canon ne donne pas à l'époux le monopole d'une action en nullité de mariage et l'épouse pourrait alors suppléer à la défaillance de l'autre partie, mais une question du même type pourrait quand même surgir. Par exemple, il pourrait y avoir, dans des circonstances semblables, un engagement d'un époux catholique de procéder à des admissions dans une procédure d'annulation religieuse du mariage qui en faciliteraient l'obtention en contrepartie d'autres éléments dans la séparation. S'il ne respectait

18. Voir : H. Patrick Glenn, « Where Heavens Meet : The Compelling of Religious Divorces », (1980) 28 *Am. J. Comp. L.* 1 ; Hélène Gaudemet-Tallon, « Incertaines familles, incertaines frontières : quel droit international privé ? », dans *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard. Liber amicorum*, Paris, Defrénois, 2007, p. 147 ; Marie-Claude Najm, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, t. 49, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Paris, Dalloz, 2005.

pas ensuite cet engagement, sa responsabilité serait-elle engagée ? Et cette question serait-elle déterminée par le droit canon ou par le droit civil ?

C'est une donnée qui doit être soulignée : le divorce religieux juif est un acte qui s'inscrit dans un régime juridique donné, soumis au droit juif, la Torah, qui doit être distingué de la religion juive, même s'il lui est étroitement lié, comme le droit canon est lié au catholicisme, mais ne se confond pas avec lui. Cela ne signifie pas que la nature religieuse du droit en cause n'a aucun impact, mais il faut bien admettre que cette nature n'a pas d'effet sur l'existence de l'extranéité juridique.

Quelles sont alors les questions que se pose le conflictualiste dans un tel dossier ?

La première est celle de la compétence judiciaire : le jugement majoritaire en traite peu, mais le jugement dissident soulève cette question[19]. Il n'y a pas de difficulté dans ce dossier sur la compétence territoriale des tribunaux québécois, mais les juges minoritaires mettent en cause leur compétence matérielle. Ces tribunaux peuvent-ils traiter un problème de droit hébraïque ? En fait, le jugement minoritaire parle plus d'un problème de religion que de droit hébraïque. C'est ainsi que la juge Deschamps en vient à cette question : « le pouvoir des tribunaux peut-il relever d'une norme purement religieuse[20] ? » Cela entraîne sur un tout autre terrain. La norme du divorce juif n'est pas plus « purement religieuse » que celle de toute autre norme de divorce.

Il est certain que tous les juges dans ce dossier ont traité de droit juif. Ils affirment tous, par exemple, que l'époux a seul le droit d'accorder le *get*. Ils font une analyse approfondie du droit juif du *get* et vont jusqu'à évoquer la possibilité de modifier les règles du *get* en droit juif, ce qui leur semble improbable. Les deux jugements contiennent aussi une analyse comparative de la jurisprudence des autres pays sur le *get*, y compris en Israël où le droit juif est celui de l'État.

Il n'y a là rien d'anormal. Les tribunaux québécois et canadiens appliquent régulièrement du droit étranger. C'est même la vocation d'une grande partie du droit international privé de les amener à le faire. Le fait que le droit en question est religieux n'est pas propre au droit juif et n'a pas d'influence sur la compétence judiciaire. Les tribunaux québécois et canadiens appliquent aussi du droit musulman en droit de la famille, par exemple[21].

19. *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 106.
20. *Id.*, par. 130.
21. Voir, par exemple, *Droit de la famille – 1466*, [1991] R.D.F. 492 (C.A.) appliquant la Charia ou *Droit de la famille – 072464*, 2007 QCCS 4822 qui traite du *Talaq*.

Le fondement religieux de la Charia n'influe pas sur son applicabilité par les juges québécois.

Les règles applicables aux juges québécois en droit international privé n'offrent donc aucune ouverture à une dénégation de compétence fondée sur la nature religieuse du droit applicable au litige.

La deuxième question est alors celle de l'application de l'autre droit dans le dossier. Est-il applicable en vertu des règles de droit international privé ? Ici, il ne fait aucun doute que les parties entendaient en référer au droit juif lorsqu'elles ont traité du *get* dans leur accord. En vertu des règles applicables aux engagements contractuels, l'exécution de l'engagement de l'époux est donc soumise au droit juif.

Les raisons qui permettent alors à un juge québécois de ne pas appliquer le droit étranger désigné peuvent relever soit du droit local, soit du droit désigné.

Le droit local peut interdire cette désignation et imposer uniquement ses propres règles selon l'approche dite des lois d'application nécessaire[22] (ou « loi de police » en droit français). Du point de vue d'un divorce entre personnes qui résident au Canada, la loi fédérale sur le divorce peut être considérée comme impérative. Les parties ne peuvent pas divorcer devant une autre autorité qu'un juge canadien. Les règles de reconnaissance des divorces prononcés par d'autres institutions ne leur permettent pas d'être reconnues ici. Rappelons aussi les débats au sujet des divorces religieux en Ontario qu'aurait entérinés une extension du recours à l'arbitrage en matière familiale[23]. Dans le cas qui nous occupe, ce n'est pas ce qui est en question : les parties ont divorcé en droit canadien conformément au droit canadien. Leur entente porte sur un engagement de même nature mais distinct en droit juif. Aucune règle impérative canadienne ne semble interdire un tel engagement. Au contraire, l'existence d'une disposition spécifique sur ce point de la *Loi sur le divorce* de 1985[24] confirme que le droit canadien du divorce ne prohibe pas ce type d'engagement. Celui-ci est bien de nature contractuelle et non de droit familial.

---

22. Gérald GOLDSTEIN et Ethel GROFFIER, *Droit international privé*, t. 1 : « Théorie générale », coll. « Traité de droit civil », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 90 et suiv.
23. Voir le rapport de Marion Boyd et les réactions qu'il a suscitées : ONTARIO, MINISTÈRE DU PROCUREUR GÉNÉRAL, *Résolution des différends en droit de la famille : pour protéger le choix, pour promouvoir l'inclusion*, par Marion BOYD, Toronto, 20 décembre 2004, [En ligne], [www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/about/pubs/boyd/fullreport.pdf] (28 novembre 2008).
24. *Loi sur le divorce*, préc., note 8, art. 21.1.

La disposition de la *Loi sur le divorce* de 1985 concernant le *get* a fait l'objet de diverses évaluations comme interface entre le droit canadien et le droit juif. Elle n'intervient pas directement dans ce dossier, mais elle ouvre la voie à un lien entre la procédure civile et la procédure religieuse. Elle s'inscrit dans une approche d'adaptation à d'autres droits que le droit international privé utilise à l'occasion. Par exemple, en matière de succession, le droit québécois a introduit des mécanismes qui permettent aux juges de tenir compte d'institutions juridiques qu'il ne connaît pas comme la réserve successorale (voir les articles 3099 et 3100 du *Code civil du Québec*). Les mesures de la *Loi sur le divorc*e de 1985 s'inscrivent dans la même logique.

Le dernier obstacle à l'application du droit désigné peut alors venir du contenu de ce droit. Celui-ci est-il contraire à l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales[25] ? Ce concept d'ordre public international est celui qui correspond aux exigences des relations entre ordres juridiques différents[26]. Il faut cependant rappeler qu'en l'espèce l'intervention du droit étranger est due à la seule volonté des parties et que toutes les dispositions impératives de droit québécois restent applicables.

La première question peut alors être de déterminer si le déséquilibre entre les parties dans le droit juif est contraire à l'ordre public international. Dans l'absolu, cela pourrait donner lieu à un débat théorique intéressant, mais ce n'est pas la question que pose le Code civil. Celle-ci est plutôt : le résultat de l'application du droit étranger est-il incompatible avec notre ordre public international ? Dans ce cas, aucune disposition du droit juif n'interdisait à l'époux de prendre cet engagement, ni de le respecter. Rappelons aussi qu'une décision récente[27] a reconnu qu'une répudiation (*Talaq*) faite selon le droit musulman n'était pas nécessairement contraire à l'ordre public international. Ce dernier ne peut donc intervenir sur ce point.

La seconde question concerne le fait que cet engagement en droit juif n'y entraîne pas de responsabilité. Le problème dans l'affaire considérée est que l'engagement lui-même n'a pas été seulement pris en droit juif, mais dans un acte juridique, l'entente, intégrée à une procédure de divorce en

25. Voir l'article 3081 C.c.Q., qui se lit comme suit : « L'application des dispositions de la loi d'un État étranger est exclue lorsqu'elle conduit à un résultat manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales. »
26. Voir Gérald GOLDSTEIN, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire : étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien*, coll. « Thémis. Droit privé », Montréal, Éditions Thémis, 1996.
27. *Droit de la famille – 072464*, préc., note 21, confirmé dans *Droit de la famille – 08689*, 2008 QCCA 549.

droit canadien. À défaut d'une sanction en droit juif, est-il alors possible d'en obtenir une en droit canadien ?

C'est sur ce point que la démarche de la dissidence achoppe. Indépendamment de la portée donnée en droit civil québécois à la notion d'objet comme opération juridique, l'affirmation que « [l]'obtention d'un divorce religieux n'est pas susceptible de qualification juridique[28] » ne résiste pas à l'analyse. Un divorce, religieux ou non, est nécessairement juridique, car il est fait suivant des règles de droit. Que l'origine de ces règles soit religieuse plutôt que civile ne change pas leur nature. Les tribunaux québécois n'ont d'ailleurs jamais hésité à reconnaître les divorces religieux lorsque les règles de droit international privé le requièrent[29].

L'engagement contractuel est donc bien présent et en réfère à un droit autre pour son exécution. Dans l'affaire que nous examinons, le défaut de respect de l'engagement n'est pas sanctionné en droit juif. Cependant, ce n'est pas l'application du droit juif qui est ultimement en cause, mais bien celle du droit québécois, car le contrat dans lequel cet engagement figure n'est pas lui-même soumis au droit juif : il reste plutôt soumis au droit du Québec. C'est ainsi que le droit international privé, tout en pouvant aider à analyser les données de cette affaire, n'intervient finalement pas directement dans une solution qui relève ultimement du droit québécois des contrats.

2 Lorsque la liberté de religion affronte le droit des femmes à l'égalité : une critique féministe[30]

Au cours des dernières années, la liberté religieuse et les pratiques religieuses ont fait les manchettes au Canada. Les tribunaux religieux d'arbitrage en droit familial en Ontario ont été interdits[31]. La décision de la

28. *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 174.
29. *Droit de la famille – 072464*, préc., note 21, confirmé dans *Droit de la famille – 08689*, préc., note 27.
30. L'auteure de cette partie est Louise Langevin, professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval et titulaire de la Chaire d'étude Claire-Bonenfant sur la condition des femmes, à la même université.
31. Le gouvernement de l'Ontario a interdit cette forme d'arbitrage en 2005 : *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990., c. F.3, art. 59.2. Voir : Canada, Centre international des droits de la personne et du développement démocratique, *La justice à huis clos. Comment l'arbitrage religieux compromet les droits des femmes au Canada et dans le monde*, par Karin Baqi, Montréal, 2005, [En ligne], [www.dd-rd.ca/site/_PDF/publications/femmes/arbrrelig.pdf] (28 novembre 2008) ; Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *L'intervention d'instances religieuses en*

Cour suprême du Canada dans l'affaire du kirpan[32], qui a permis à un jeune sikh de porter un petit couteau à certaines conditions à l'école, en a inquiété plusieurs[33], tout comme l'affaire de la souccah[34], dans laquelle la Cour suprême a appliqué une conception subjective de la croyance religieuse et a permis l'installation de petites cabanes sur des balcons pendant la célébration de certaines fêtes juives. En 2007 au Québec, un certain nombre de faux « accommodements raisonnables », accordés par des autorités publiques afin de respecter la liberté religieuse de certaines personnes, portaient atteinte au droit des femmes à l'égalité[35]. Plusieurs interrogations sur les valeurs fondamentales de la société québécoise ont alors été soulevées par la population et dans les médias, dont le respect du droit à l'égalité entre les sexes. Dans l'arrêt *Bruker* c. *Marcovitz*, la juge Abella aborde directement la question du conflit entre deux valeurs fondamentales, soit la liberté religieuse et le droit à l'égalité des femmes.

Dans l'analyse de la présente décision, j'adopte un cadre théorique féministe, qui tient compte des rapports sociaux inégalitaires de sexe et qui remet en question les concepts et leurs interprétations élaborés sans tenir compte des réalités des femmes[36]. Il s'agit de poser la « question sur les femmes » : quels sont les effets de cette décision sur les femmes ? Le droit reproduit-il les rapports sociaux de sexe inégalitaires ?

---

matière de droit familial, par Paul EID et Karina MONTMINY, juin 2006, [En ligne], [www.cdpdj.qc.ca/fr/publications/docs/intervention_instances_religieuses_droit_familial.pdf] (28 novembre 2008).

32. *Multani* c. *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S 256.
33. Voir : José WOEHRLING, « À propos de certaines réactions au jugement sur le kirpan », *Le Devoir*, 4 mars 2006, p. B5 ; Josée BOILEAU, « Rien d'absolu », *Le Devoir*, 3 mars 2006, p. A8 ; Hélène BUZZETTI, « Les affaires du kirpan et de la souccah juive. La Cour suprême s'est trompée. Claire l'Heureux-Dubé juge que les raisonnements juridiques ont ouvert la porte à des accommodements raisonnables », *Le Devoir*, 9 novembre 2007, p. A3.
34. *Syndicat Northcrest* c. *Amselem*, préc., note 7.
35. Voir le chapitre 2 du rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles (commission Bouchard-Taylor) qui résume bien ces cas : QUÉBEC, COMMISSION DE CONSULTATION SUR LES PRATIQUES D'ACCOMMODEMENT RELIÉES AUX DIFFÉRENCES CULTURELLES, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation*, par Gérard BOUCHARD et Charles TAYLOR, 2008, [En ligne], [www.accommodements.qc.ca/documentation/rapports/rapport-final-integral-fr.pdf] (22 juillet 2008) (ci-après « rapport de la commission Bouchard-Taylor »).
36. Voir : Michèle OLLIVIER et Manon TREMBLAY, *Questionnements féministes et méthodologie de la recherche*, coll. « Outils de recherche », Montréal, L'Harmattan, 2000 ; Huguette DAGENAIS, « Méthodologie féministe pour les femmes et développement », dans Marie-France LABRECQUE (dir.), *L'égalité devant soi : sexes, rapports sociaux et développement international*, Ottawa, Centre de recherches pour le développement international, 1994, p. 258.

J'aborde ci-dessous quatre aspects de la décision de la majorité de la Cour suprême : 1) la dichotomie entre la sphère privée et la sphère publique ; 2) la liberté contractuelle dans les relations conjugales ; 3) le droit à l'égalité des femmes ; et 4) l'indemnisation de Mme Bruker.

2.1 La dichotomie entre la sphère privée et la sphère publique

En reconnaissant la validité du contrat entre ex-conjoints et de la clause par laquelle M. Marcovitz s'engage à se présenter devant le tribunal religieux pour accorder le *get*, le jugement fait éclater la dichotomie entre la sphère privée et la sphère publique. Des chercheuses féministes ont démontré la fausseté de cette dichotomie qui confine les femmes dans la sphère privée, loin du pouvoir décisionnel, et assure aux hommes le contrôle de la sphère publique[37]. L'argument du respect de la sphère privée a souvent servi de justification pour ne pas intervenir en faveur des femmes. En fait, « le personnel est politique[38] » : toute décision qui concerne la sphère privée intéresse aussi le domaine public, et vice-versa.

Dans la présente affaire, une question située dans la sphère privée concernant le droit de la famille et les croyances religieuses, réglée par un contrat, est mise sur la place publique devant les tribunaux (et médiatisée). Le privé devient public. Mme Bruker recourt au tribunal pour faire respecter son contrat conclu avec son ex-conjoint. Des questions de rupture conjugale et de pratiques religieuses sont soumises à l'opinion publique.

Le contrat, instrument qui fait partie de la sphère privée et qui découle de la volonté des parties, régule les relations privées, les relations entre ex-conjoints. Ici, le contrat dans la sphère privée est la quintessence du privé[39]. Cependant, en même temps, les règles contractuelles, issues du domaine public et appliquées au privé, sortent le contrat du privé pour le placer dans l'arène publique.

Ce mouvement du privé vers le public présente des avantages pour les femmes. Ainsi, la souffrance vécue par les femmes juives croyantes, à qui l'ex-mari refuse le *get*, sort de la chambre à coucher et de la communauté pour aller sur la place publique. Le jugement donne la parole à ces femmes et traite de cas similaires ailleurs dans le monde. La question se judiciarise.

---

37. Voir Frances E. OLSEN, « The Family and the Market : A Study of Ideology and Legal Reform », (1983) 96 *Harv. L. Rev.* 1497 ; Susan B. BOYD (dir.), *Challenging the Public/Private Divide : Feminism, Law and Public Policy*, Toronto, University of Toronto Press, 1997.
38. Kate MILLETT, *Sexual Politics*, New York, Doubleday, 1970, chap. 2.
39. Voir Brenda COSSMAN, « A Matter of Difference : Domestic Contracts and Gender Equality », (1990) 28 *Osgoode Hall L.J.* 303, 338.

En adoptant l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce* de 1985[40], le législateur canadien a aussi démoli la barrière entre les deux sphères : l'ex-mari ne peut se servir de l'octroi du *get* comme instrument de chantage envers son ex-épouse[41].

La reconnaissance de la validité du contrat et de son caractère public n'a pas que des effets positifs pour les femmes. La Cour supérieure avait accordé une ordonnance de non-publication des noms des parties et de leurs enfants et proposait que cette ordonnance soit respectée dans toute procédure à venir[42]. La Cour d'appel a renversé cette décision[43]. Les parties auraient certainement préféré que certains aspects de leur vie ne soient pas étalés au grand jour.

Bien que la reconnaissance de ce contrat et le recours au tribunal pour sanctionner son inexécution propulsent le contrat dans la sphère publique, la tendance à la contractualisation dans le cadre familial, plus particulièrement pour régler les conséquences de la rupture conjugale comme en témoigne la présente affaire, ramène ces questions dans la sphère privée, loin de l'intervention étatique. Je conclus dans ce cas à une ambivalence : la décision du plus haut tribunal fait éclater la dichotomie entre la sphère privée et la sphère publique (elle reconnaît la validité du contrat), mais elle la maintient aussi, puisque le contrat privatise la relation entre les parties. La critique féministe de la dichotomie entre la sphère privée et la sphère publique n'a pas pour objet de la faire disparaître — dans certaines circonstances, la sphère privée doit être respectée et protégée — mais plutôt d'en dénoncer les effets pervers pour les femmes. Dans la présente affaire, le contrat était la seule façon pour Mme Bruker de neutraliser les effets d'une pratique religieuse patriarcale et de faire respecter sa liberté religieuse et son droit à l'égalité (avant l'entrée en vigueur de l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce* de 1985). Le contrat conclu dans la sphère privée n'est pas alors désavantageux pour elle. Comme le souligne l'auteure Shachar[44], Mme Bruker veut bénéficier des lois de droit commun (comme la *Loi sur*

40. *Loi sur le divorce*, préc., note 8.
41. Pour une application récente de l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce*, préc., note 8, voir *D.A.* c. *J.H.*, 2008 QCCS 838 : application de l'article 21.1 à Monsieur qui refuse d'accorder le *get*. Sur le succès de cette modification, voir Lisa Fishbayn, « Gender, Multiculturalism and Dialogue : The Case of the Jewish Divorce », (2008) 21 *Can. J.L. Juris.* 71.
42. *Bruker* v. *Marcovitz* (C.S.), préc., note 5.
43. *Marcovitz* v. *Bruker* (C.A.), préc., note 6.
44. Voir Ayelet Shachar, « Privatizing Diversity : A Cautionary Tale from Religious Arbitration in Family Law », (2008) 9 *Theor. Inq. L.* 573.

le divorce de 1985 et la *Charte canadienne des droits et libertés*[45]) accessibles à tous les citoyens et citoyennes et, en même temps, être membre de sa communauté religieuse. Nous voyons donc à l'œuvre l'imbrication des différentes formes de discrimination que les femmes peuvent vivre[46].

2.2 La liberté contractuelle dans les relations conjugales

L'affaire *Bruker* illustre aussi l'utilisation du contrat comme instrument de pouvoir pour les femmes. Avec l'aide de ses conseillers juridiques, Mme Bruker a prévu dans une clause contractuelle l'obligation des parties de se présenter devant les autorités rabbiniques en vue d'obtenir le *get* religieux traditionnel. Le contrat devient un outil pour neutraliser les effets de pratiques religieuses patriarcales et dénoncés par des groupes de femmes juives[47]. Si la reconnaissance de l'obligation contractuelle entre les parties dans la présente affaire constitue une manifestation de la liberté contractuelle des femmes, elle peut être à double tranchant. Alors que le principe classique de la liberté contractuelle a été remis en question en droit des obligations et que le législateur est intervenu pour permettre une réelle liberté contractuelle pour toutes les parties au contrat, la tendance à la contractualisation dans le contexte familial, plus particulièrement pour régler les conséquences de la rupture conjugale, est-elle à l'avantage des femmes ?

L'idée de la contractualisation en droit de la famille est séduisante. L'égalité des conjoints et leur liberté contractuelle sont ainsi reconnues. Le mari n'est plus le chef de la famille. Le couple n'est plus considéré comme la seule entité. C'est aussi une conséquence des progrès accomplis par les femmes. Ces dernières sont en mesure de décider pour elles-mêmes. L'idée

---

45. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] (ci-après « Charte canadienne »).
46. Voir : Françoise COLLIN, « La même et les différences », *Les Cahiers du GRIF*, n° 28, 1984, p. 7-16 ; Iris Marion YOUNG, « Le genre, structure sérielle : penser les femmes comme un groupe social », *Recherches féministes*, vol. 20, n° 2, 2007, p. 7-36 ; Chantal MAILLÉ, « Réception de la théorie postcoloniale dans le féminisme québécois », *Recherches féministes*, vol. 20, n° 2, 2007, p. 91-111 ; Farida OSMANI, « L'égalité pour toutes ? L'engagement féministe et les droits des immigrantes au Québec », *Recherches féministes*, vol. 15, n° 2, 2002, p. 141-151 ; Kimberlé CRENSHAW, « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex : A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics », (1989) *U. Chicago Legal F.* 139 ; Kimberlé WILLIAMS CRENSHAW, « Cartographies des marges : intersectionnalité, politique de l'identité et violences contre les femmes de couleur », *Cahiers du genre*, n° 39 (« Féminisme(s). Penser la pluralité »), 2005, p. 51-82.
47. Voir L. FISHBAYN, préc., note 41.

du contrat suppose aussi qu'il y a eu négociation entre les parties et que la solution agrée à celles-ci. Ce n'est pas l'État qui impose son autorité. Il se dégage une idée d'harmonie. La contractualisation en droit de la famille reconnaît une nouvelle conception du contrat comme instrument de coopération, de confiance et non comme instrument de coercition[48].

Cependant, le contexte familial est différent de la réalité commerciale, où deux parties négocient, contractent et exécutent le contrat, et poursuivent leur route séparément[49]. Ainsi, les ententes à la suite d'un divorce ne mettent pas fin à la relation. La présence d'enfants et le versement de pensions alimentaires maintiennent une certaine relation entre les parties. Des circonstances imprévisibles peuvent demander la réouverture du contrat. L'idée d'une liberté contractuelle presque sans limite est donc un leurre. Il est faux de penser que toutes les parties au contrat négocient de façon égalitaire et rationnelle, en tenant compte de leurs seuls intérêts personnels. L'homme marchand, rationnel et raisonnable, qui vise la maximisation de ses échanges, n'existe pas. Il faut donc conclure que le contrat n'est pas toujours juste simplement parce qu'il aurait été négocié. L'affirmation « Qui dit contractuel dit juste » doit donc être nuancée. Dans certaines affaires, les interventions législatives ont été nécessaires pour éviter l'exploitation de la partie vulnérable. Ces considérations doivent être gardées en mémoire lorsqu'il est question de la pertinence de la contractualisation en droit de la famille[50].

Au nom d'une certaine conception du droit à l'égalité, des décisions jurisprudentielles qui considèrent que les deux conjoints sont en position égalitaire de négociation, et qui reconnaissent une autonomie décisionnelle sans tenir compte du contexte, maintiennent la dichotomie entre la sphère privée et la sphère publique[51]. Les tentatives de privatisation et de déjudiciarisation des relations personnelles ne sont pas nécessairement bénéfiques aux femmes.

---

48. Voir Alain Roy, *Le contrat de mariage réinventé. Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002.
49. Voir, par exemple, Wanda A. Wiegers, « Economic Analysis of Law and "Private Ordering" : A Feminist Critique », (1992) 42 *U.T.L.J.* 170.
50. Voir les décisions suivantes dans lesquelles la Cour suprême applique, à mon avis, un faux concept de liberté contractuelle en matière conjugale : *Nouvelle-Écosse (Procureur général)* c. *Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325 ; *Miglin* c. *Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303 ; *Hartshorne* c. *Hartshorne*, [2004] 1 R.C.S. 550.
51. Voir, par exemple, *Hartshorne* c. *Hartshorne*, préc., note 50 et *Miglin* c. *Miglin*, préc., note 50.

2.3 Le droit à l'égalité des femmes

Mme Bruker ne plaide pas l'atteinte à son droit à l'égalité en raison de la discrimination fondée sur son sexe et sur ses croyances religieuses dont elle est victime par cette pratique religieuse. Elle choisit plutôt de faire valoir la validité du contrat. Pourtant, le droit à l'égalité des femmes constitue la valeur sous-jacente à cette affaire[52]. La juge Abella y fait référence. Elle reconnaît les inégalités que vivent des femmes juives divorcées civilement et les conséquences sur celles-ci de la difficulté d'obtenir le *get*[53]. En citant les propos du ministre de la Justice de l'époque, elle rappelle que l'ajout de l'article 21.1 à la *Loi sur le divorce* de 1985 avait pour objet, entre autres, de corriger tout préjugé et tout élément sexiste envers les femmes[54]. Elle affirme que la clause prévoyant l'octroi du *get* respecte la liberté religieuse de Mme Bruker et son droit à l'égalité, que l'entente est compatible « avec notre volonté de mettre fin à la discrimination fondée sur le sexe[55] ». Selon la juge Abella, le non-respect du contrat par M. Marcovitz porte atteinte à des valeurs fondamentales, comme le droit à l'égalité[56]. Le refus d'accorder le *get* constitue à l'égard des femmes juives « une indignité injustifiée[57] ». Le respect du contrat en l'espèce assure la protection des droits à l'égalité et de la dignité des femmes juives[58].

Par ailleurs, cette affaire illustre bien l'imbrication des différentes formes de discrimination que peuvent vivre les femmes[59]. Mme Bruker doit se battre pour obtenir le *get* parce qu'elle est une femme et de religion juive. Les hommes juifs ne sont pas soumis à cette condition en cas de divorce ; les femmes d'autres religions ne vivent pas cette situation particulière (quoiqu'elles puissent vivre d'autres situations de discrimination imposées par leur religion).

---

52. Voir QUÉBEC, COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, « Les accommodements raisonnables en matière religieuse et les droits des femmes : la cohabitation est-elle possible ? », par Paul EID, texte de la conférence prononcée lors du colloque du Conseil du statut de la femme, *L'affirmation religieuse menace-t-elle l'égalité des sexes ? Diversité de foi, égalité de droits*, Montréal, 24 mars 2006, [En ligne], [www.cdpdj.qc.ca/fr/publications/docs/accommodement_religion_femmes.pdf] (28 novembre 2008).
53. Voir, sur ce sujet, Pierre BOSSET et Paul EID, « Droit et religion : de l'accommodement raisonnable à un dialogue internormatif », dans *Actes de la XIIe Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 63.
54. *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 7.
55. *Id.*, par. 16 ; voir aussi le paragraphe 63.
56. *Id.*, par. 80.
57. *Id.*, par. 81.
58. *Id.*, par. 92.
59. Voir *supra*, note 46.

La juge Abella reconnaît le multiculturalisme comme valeur canadienne, mais elle admet qu'il doit être limité : il doit respecter les autres valeurs canadiennes, dont le droit à l'égalité entre les hommes et les femmes. Rappelons que la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec reconnaît explicitement depuis 2008 que le droit à l'égalité entre les sexes constitue une valeur phare de la société québécoise[60]. La plus haute magistrate fait ainsi écho à des auteures qui ont dénoncé les effets négatifs du multiculturalisme à l'égard des femmes[61].

À mon avis, il est possible de conclure de cette décision que de futurs conflits entre la liberté religieuse et le droit à l'égalité des femmes se solderont en faveur des femmes. Dans la présente affaire, la juge Abella est claire : dans le difficile équilibre entre deux droits concurrents, la liberté de religion de M. Marcovitz cède le pas devant la liberté religieuse, le droit à l'égalité et la liberté de choix de Mme Bruker en matière de mariage et de divorce, engagements protégés dans la Constitution et dans des lois. Bien que chaque affaire soit particulière et que l'équilibre entre les droits demeure « un exercice complexe, nuancé, tributaire des faits propres à chaque espèce[62] », il est difficile d'imaginer une pratique religieuse, qui porte atteinte au droit à l'égalité et à la dignité des femmes, qui puisse être protégée en vertu de la liberté religieuse. Cette décision reconnaît aussi indirectement la validité constitutionnelle de l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce* de 1985[63] qui ne viole pas la liberté religieuse protégée dans la Charte canadienne. La juge se réfère aux propos du ministre de la Justice de l'époque qui explique les raisons de l'intervention du législateur dans

60. Art. 50.1 et préambule, *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (ci-après « Charte québécoise »), modifiée par la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 2008, c. 15, entrée en vigueur le 12 juin 2008 en vertu de l'article 4 de cette loi.

61. Voir : Frances RADAY, « Culture, Religion and Gender », (2003) 1 *International Journal of Constitutional Law* 663 ; Ayelet SHACHAR, « Religion, State and the Problem of Gender : New Modes of Citizenship and Governance in Diverse Societies », (2005) 50 *R.D. McGill* 49 ; Susan MOLLER OKIN, « Is Multiculturalism Bad for Women ? », dans Joshua COHEN, Matthew HOWARD et Martha C. NUSSBAUM (dir.), *Is Multiculturalism Bad for Women ?*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 7, à la page 15.

62. *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 2. Certains pourraient affirmer que cette partie du jugement constitue un *obiter dictum* puisque la juge est convaincue qu'il ne s'agit pas d'une croyance sincère de M. Marcovitz qui est fâché contre son ex-épouse et qui utilise le *get* pour obtenir des concessions. La juge aurait donc pu ne pas aller plus loin dans son analyse. Voir les paragraphes 68 et 69.

63. *Loi sur le divorce*, préc., note 8.

des questions religieuses[64]. Ainsi, l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce* de 1985 ne viole pas l'ordre public[65].

2.4 L'indemnisation

L'évaluation des dommages-intérêts est certainement la partie la plus insatisfaisante du jugement. Est-il possible d'y voir la difficulté des tribunaux à évaluer les préjudices dont sont particulièrement victimes les femmes[66] ? Le montant de 47 500 $ accordé à Mme Bruker doit compenser le préjudice qu'elle a subi pour le non-respect des obligations contractuelles de M. Marcovitz pendant quinze années. Ce montant représente 2 500 $ par année pour ne pas avoir pu se remarier dans la foi juive et 10 000 $ pour ne pas avoir eu d'enfant. Il ne s'agit pas d'exécution forcée du contrat, puisque le *get* a finalement été accordé par M. Marcovitz.

À mon avis, le montant, qui a été fixé en première instance, est minime et ne compense pas de manière appropriée les quinze années d'attente de Mme Bruker pour obtenir le *get*. Ces dommages-intérêts devraient compenser l'atteinte au droit à l'égalité et à la liberté religieuse de Mme Bruker certes, mais aussi la violence psychologique qu'elle a subie. Un montant minime envoie le message que l'atteinte — ici une atteinte intentionnelle à des droits fondamentaux — n'a pas été trop grave. Pourtant, le droit civil reconnaît le préjudice moral et les conséquences non pécuniaires qui en découlent (art. 1457 et 1607 C.c.Q.). Évidemment, son évaluation demeure difficile. Dans l'arrêt *Syndicat national des employés de l'Hôpital Saint-Ferdinand*[67], le plus haut tribunal a recommandé d'appliquer les trois approches — fonctionnelle, conceptuelle et personnelle — qui interagissent. La décision rendue dans le cas présent n'utilise pas cette approche.

La Cour suprême n'intervient pas sur cette question et considère que ce montant indemnise « bien » la demanderesse[68]. Pourtant, la Cour supérieure est claire au sujet du poids de ce précédent : l'évaluation des dommages-intérêts par la Cour dans la présente affaire ne doit pas établir un précédent et servir à l'avenir à fixer le montant des dommages-intérêts dans des affaires identiques ou similaires[69]. La Cour supérieure précise

64. *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 7 et 63.
65. *Id.*, par. 63 et 81.
66. Voir, entre autres, Louise LANGEVIN, « L'indemnisation des victimes de violence sexuelle intrafamiliale en droit civil québécois : pour aller au-delà de l'impressionnisme », (2009) 43 *Sup. Ct. L. Rev*. 291.
67. *Québec (Curateur public)* c. *Syndicat national des employés de l'Hôpital Saint-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211.
68. *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 97.
69. *Bruker* v. *Marcovitz* (C.S.), préc., note 5, par. 55.

que les avocats des deux parties n'ont pas fait d'interventions sur ce sujet[70] et elle applique sa discrétion. Les parties au dossier auraient pu s'inspirer d'affaires portant sur l'atteinte à la réputation ou sur la violence conjugale. Il est surprenant que des dommages-intérêts punitifs (le droit à la liberté religieuse et le droit à la sécurité psychologique ont certainement été violés) n'aient pas été demandés en vertu de l'article 49, al. 2 de la Charte québécoise[71]. La satisfaction de la Cour suprême quant au montant des dommages-intérêts peut s'expliquer par la réticence des tribunaux de common law à compenser de tels chefs[72].

En dissidence, la juge Deschamps souligne que l'octroi de dommages-intérêts aurait pour effet de sanctionner une norme religieuse qui va à l'encontre des lois civiles[73]. L'octroi de dommages-intérêts contribue-t-il à maintenir les femmes juives croyantes dans une position d'infériorité ? Il faut rappeler que l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce* de 1985 n'existait pas lorsque Mme Bruker a intenté son action en 1989 et que le contrat était la seule façon pour elle de corriger cette règle religieuse. De plus, selon les experts, il n'existe pas de possibilité de modifier cette norme religieuse. Les dommages-intérêts doivent permettre d'indemniser Mme Bruker pour les conséquences du comportement entêté de M. Marcovitz.

Selon la Cour supérieure, la condamnation ne porte pas sur des principes religieux, pas plus qu'elle ne tente d'approuver ou de désapprouver une norme religieuse[74]. Cependant, bien que la condamnation concerne le comportement de M. Marcovitz, je ne peux m'empêcher de conclure qu'elle condamne indirectement la norme religieuse selon laquelle seul le mari peut donner le *get*, ce qui constitue une norme patriarcale. D'ailleurs, l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce* de 1985 tente de neutraliser les effets de cette norme.

Bien qu'ils découlent de l'exécution tardive d'un contrat dans la présente affaire, des dommages-intérêts pourraient aussi être accordés sans contrat, puisque le fait d'utiliser le *get* comme instrument de chantage constitue une faute au sens de l'article 1457 C.c.Q.[75]. La règle de

70. *Id.*, par. 41.
71. Charte québécoise, préc., note 60.
72. Voir Louise BÉLANGER-HARDY, « Négligence, victimes indirectes et préjudice moral en common law : les limites à la réparation se justifient-elles ? », (1998) 36 *Osgoode Hall L.J.* 399.
73. *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 103.
74. *Bruker* v. *Marcovitz* (C.S.), préc., note 5, par. 30.
75. La juge Abella fait référence au droit français qui considère le refus d'accorder le *get* comme une faute délictuelle : Trib. civ. Seine, 22 février 1957, *Dame Muskat* c. *Danan*, Gaz. Pal. 1957.1^er^ sem.Jur.246. Voir aussi *infra*, note 134.

conduite est ici imposée par l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce* de 1985, qui condamne le recours au *get* comme outil de négociation dans le règlement d'un divorce. La norme de conduite découle aussi des chartes canadienne et québécoise qui garantissent l'égalité entre les sexes et la liberté religieuse. Par son comportement entêté, M. Marcovitz empêche Mme Bruker d'exercer sa liberté religieuse. Le présumé fautif ne pourrait pas faire valoir sa liberté religieuse pour expliquer son comportement. Le refus d'accorder le *get* constitue à la fois une faute contractuelle (ici en vertu de la clause) et une faute extracontractuelle. En plus de la procédure de divorce, une femme victime de chantage en raison du *get* pourrait demander des dommages-intérêts, comme elle pourrait le faire en cas de violence conjugale[76].

Certaines chercheuses féministes ont douté du droit et du système judiciaire comme instrument de changement social pour les femmes[77]. Comment le droit, institution patriarcale, pouvait-il entendre les revendications des femmes ? D'ailleurs, la décision de la Cour d'appel dans la présente affaire, qui a refusé de reconnaître la validité de l'engagement contractuel du mari au nom de sa liberté de religion et de la séparation entre tribunaux civils et religieux, en est la preuve. Voilà un exemple que la laïcité n'est pas toujours à l'avantage des femmes (les tribunaux civils ne voulant pas s'immiscer dans le religieux). Certes, les progrès en droit pour les femmes se gagnent d'arrache-pied et les succès demeurent incertains. Pourtant, la décision dans l'affaire *Bruker* c. *Marcovitz* est un exemple que le droit peut corriger les injustices dont sont victimes les femmes. Il peut servir d'« arme », comme le qualifie en dissidence la juge Deschamps[78]. La demanderesse, une femme d'une minorité religieuse, aura dû faire preuve de courage pour porter sa cause devant les tribunaux civils afin de faire valoir son droit à l'égalité et à la liberté religieuse, au risque d'être ostracisée par sa communauté[79].

J'ai ici privilégié une lecture de la décision qui va dans le sens d'une meilleure protection des droits des femmes à l'égard de la liberté religieuse. Une lecture de cet arrêt qui lui donnerait une portée plus limitée est aussi possible.

---

76. Voir par exemple *T.L.* c. *M.L.*, REJB 1999-15676 (C.S.) ; *A.L.* c. *M.D.*, [2002] R.R.A. 1312, REJB 2002-33916 (C.S.) ; *Droit de la famille – 1601*, [1992] R.D.F. 346, [1992] n^o^ AZ-92011647 (C.A.) ; *V.D.* c. *G.D.*, 2008 QCCS 3694.
77. C'est le cas notamment de Carol Smart, *Feminism and the Power of Law*, Londres, Routledge, 1989, p. 164.
78. *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 101.
79. Voir *Bruker* v. *Marcovitz* (C.S.), préc., note 5, par. 39 : Mme Bruker affirme avoir intenté l'action pour faire pression sur M. Marcovitz, afin qu'il lui accorde le *get*.

3 La résolution du conflit entre la liberté religieuse et l'égalité des hommes et des femmes : occasion manquée ou manœuvre d'évitement réussie[80] ?

Lorsque la Cour suprême a rendu sa décision dans l'affaire *Bruker* c. *Marcovitz*, divers analystes de la scène politique et judiciaire ont conclu qu'elle venait de faire primer l'égalité entre les hommes et les femmes sur la liberté de religion (ou, plus largement, sur la protection *supralégislative*[81] des convictions religieuses individuelles)[82]. Cette lecture de l'arrêt a également contribué à raffermir l'opinion de différents intervenants concernant le caractère alarmiste[83] d'un bon nombre des positions exprimées dans le contexte — ou dans la foulée[84] — des travaux de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodements reliées aux différences culturelles[85], selon lesquelles l'évolution de la jurisprudence canadienne en matière de protection des convictions religieuses était de nature à nourrir des inquiétudes quant à l'intensité de la protection accordée par les chartes québécoise et canadienne au droit à l'égalité entre les hommes et les femmes[86].

---

80. L'auteur de cette partie est Louis-Philippe Lampron, professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.
81. Cette protection peut être de nature constitutionnelle (ex. : Charte canadienne, préc., note 45) ou quasi constitutionnelle (ex. : Charte québécoise, préc., note 60).
82. Voir notamment : Karine Fortin, « La Cour suprême se mêle d'un divorce religieux entre juifs orthodoxes », *Le Devoir*, 15 décembre 2007, p. A5 ; Louise Leduc, « Jugement de la Cour suprême : Un contrat est un contrat », *La Presse de Montréal*, 15 décembre 2007, p. A10 ; Jean-Claude Hébert, « Les juges et la religion. Mise à plat de la liberté religieuse », (2008) 40-2 *J. du Bar.* 10.
83. Voir notamment : Barreau du Québec, *Les droits fondamentaux : une protection pour toutes et tous*, mémoire présenté à la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, décembre 2007, p. 5-6, [En ligne], [www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2007/200712-accomodements-raisonnables.pdf] (1er avril 2008) ; André Pratte, « Il y a des limites ! », *La Presse de Montréal*, 18 décembre 2007, p. A26 ; Association du jeune Barreau de Montréal, « Modifications à la Charte : Réalités juridiques ou uniquement politiques ? », communiqué par Mathieu Piché-Messier (février 2008), [En ligne], [wp.ajbm.qc.ca/wp-content/uploads/pub/divers/ajbm-charte-fev2008.pdf] (29 novembre 2008).
84. Malgré leur absence de lien direct avec les travaux de la commission Bouchard-Taylor (voir le rapport de la commission Bouchard-Taylor, préc., note 35), j'ai considéré comme pertinent de tenir compte des positions exprimées dans le contexte des travaux devant mener à l'adoption de la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 60.
85. Rapport de la commission Bouchard-Taylor, préc., note 35.
86. Voir notamment : Québec, Conseil du statut de la femme, *Droit à l'égalité entre les femmes et les hommes et liberté religieuse*, Québec, Conseil du statut de la femme, 2007 ; Forum des femmes juristes de l'Association du Barreau canadien – Division Québec, *L'égalité entre les femmes et les hommes : une valeur fondatrice essentielle*

Sans pour autant prendre position dans le débat ayant actuellement cours concernant l'opportunité d'octroyer formellement un statut hiérarchiquement supérieur à la protection du droit à l'égalité entre les hommes et les femmes au sein des différentes *lois sur les droits fondamentaux* applicables au Québec[87] ni me prononcer sur l'impact réel que les dispositions interprétatives récemment insérées dans la Charte québécoise devraient produire en droit québécois[88], j'estime clair que le raisonnement de la majorité de la Cour suprême dans l'affaire *Bruker*, non seulement ne déroge en

---

de la société québécoise, mémoire présenté à la Commission des affaires sociales du Québec à l'occasion de la consultation générale relative au projet de loi nº 63 modifiant la Charte des droits et libertés de la personne du Québec, Montréal, Association du Barreau canadien, 2008, [En ligne], [www.bibliotheque.assnat.qc.ca/01/mono/2008/02/961174.pdf] (6 avril 2008) ; Yolande GEADAH, *Accommodements raisonnables. Droit à la différence et non-différence des droits*, coll. « Partis pris actuels », Montréal, VLB éditeur, 2007, p. 70-82.

87. La *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 60, a en effet été lancée d'une manière qui pouvait laisser croire à la volonté politique d'instaurer une hiérarchie formelle entre les droits fondamentaux de la personne et de réserver au droit à l'égalité entre les hommes et les femmes une place élevée au sein de celle-ci. L'intention du gouvernement concernant la modification de la Charte québécoise a été annoncée quelque temps après le dépôt, par le Conseil du statut de la femme, de l'avis intitulé *Droit à l'égalité entre les femmes et les hommes et liberté religieuse*, préc., note 86, devant la commission Bouchard-Taylor et certaines déclarations de membres du gouvernement laissaient clairement sous-entendre que la modification permettrait de répondre à la principale recommandation formulée dans l'avis du Conseil du statut de la femme, à savoir l'établissement d'une hiérarchie juridique en faveur du droit à l'égalité entre les hommes et les femmes par rapport aux autres droits et libertés protégés par la Charte québécoise (voir à ce sujet : Denis LESSARD, « L'égalité des sexes primera la liberté de culte. Charest amendera la Charte », *La Presse de Montréal*, 10 octobre 2007, p. A1). Or, la consécration législative d'une telle hiérarchie entre les droits et libertés fondamentaux (hiérarchie que la Cour suprême s'est toujours refusée à établir : voir, entre autres, l'arrêt *Dagenais* c. *Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, par. 70-73) me semble impliquer une analyse approfondie permettant de justifier ou de vérifier l'opportunité et les conséquences juridiques potentielles d'une telle modification. C'est pourquoi je préfère réserver mes observations quant à ce débat.

88. Qu'il me soit toutefois permis de souligner la formulation plutôt « inoffensive » qui a été adoptée par l'Assemblée nationale, laquelle, *grosso modo*, se limite à l'insertion d'une clause interprétative principale dont la terminologie est clairement « plus faible » que celle qui est actuellement prévue dans l'article 28 de la Charte canadienne, préc., note 45, lequel article n'a pourtant pas été la source d'un grand « renforcement » jurisprudentiel du droit à l'égalité entre les hommes et les femmes. Alors que l'article 50.1 de la Charte québécoise, préc., note 60, se lit désormais ainsi : « Les droits et libertés énoncés dans la présente Charte sont garantis également aux femmes et aux hommes », l'article 28 de la Charte canadienne fait précéder un énoncé similaire d'une affirmation supplémentaire : « *Indépendamment des autres dispositions de la présente charte*, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes » (l'italique est de nous).

rien de la tendance lourde établie par la jurisprudence canadienne concernant l'ampleur de la protection accordée aux dispositions *supralégislatives* protégeant les convictions religieuses, mais ne peut, de surcroît, être analysé comme ayant fait primer — à tout le moins directement — l'égalité entre les sexes sur la protection des convictions religieuses.

Il est en effet indéniable que le litige à la base de l'arrêt *Bruker* offrait à la Cour suprême une occasion magnifique de traiter directement l'épineuse question de l'approche judiciaire qui doit être réservée aux convictions religieuses comportant, en soi, un aspect attentatoire à un autre droit fondamental (désignées ci-après comme les *convictions religieuses préjudiciables*), en l'occurrence le droit à l'égalité entre les hommes et les femmes. S'agissant du caractère *a priori* discriminatoire de la conviction religieuse invoquée par M. Marcovitz, la description des règles du *get* juif (divorce religieux) faite par la majorité de la Cour suprême ne me semble permettre aucune interprétation contraire :

> L'époux doit accorder volontairement le *get*, et l'épouse doit accepter de le recevoir. Si le premier ne l'accorde pas, la seconde est sans recours religieux ; elle conserve le statut d'épouse et ne peut se remarier jusqu'à ce que l'époux décide, à son entière discrétion, de divorcer. Elle est considérée comme une *agunah* — une « femme enchaînée ». Tout enfant né d'un remariage civil serait considéré comme « illégitime » selon la loi juive[89].

Or, la majorité de la Cour suprême, confirmant de ce fait le principe que celle-ci avait établi dans les arrêts précédents (selon lequel il n'appartient pas aux juridictions étatiques de juger de la « valeur » d'une conviction religieuse[90] — principe auquel il semble qu'il soit désormais possible d'ajouter : fût-elle, en soi, opposée à un autre droit fondamental[91]), a refusé de traiter de cet aspect de la question, choisissant plutôt d'aborder le litige comme un conflit privé entre deux individus croyants (convictions reli-

89. *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 4.
90. Voir, à ce sujet, les arrêts *Multani* c. *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, préc., note 32, par. 32-41, et *Syndicat Northcrest* c. *Amselem*, préc., note 7, par. 38-56.
91. Depuis l'arrêt *R.B.* c. *Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, il était clair que la Cour suprême refusait qu'une conviction religieuse donnée soit intrinsèquement exclue du giron de protection des lois sur les droits fondamentaux au motif que son respect pouvait avoir pour conséquence d'entrer en opposition avec un autre droit fondamental. Le litige en l'espèce touchait à la conviction de deux individus, témoins de Jéhovah, quant au refus de toute transfusion sanguine (qui ne pose, en soi, aucune opposition avec un autre droit fondamental), laquelle conviction avait pour effet de mettre en danger la vie de leur enfant dont l'état de santé nécessitait, de l'avis du personnel médical, une telle transfusion (ce qui constituait donc une opposition entre le respect de la conviction religieuse des parents et le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur enfant). La majorité de juges de la Cour suprême avait alors décidé de trancher la question sous l'égide de l'article premier de la Charte canadienne, préc.,

gieuses *vs* convictions religieuses) et de focaliser son intérêt sur la mesure dans laquelle le droit étatique (et plus précisément, dans le présent cas, les règles de la responsabilité contractuelle) était susceptible d'être invoqué dans un litige « religieux »[92].

Ce faisant, non seulement la majorité de la Cour suprême ne s'est pas prononcée directement sur le conflit de droits fondamentaux inhérent à la nature de la croyance religieuse invoquée, mais, de surcroît, elle s'est efforcée (volontairement ou non) de court-circuiter l'applicabilité des conclusions pertinentes de l'arrêt *Bruker* aux futurs litiges qui impliqueront des *convictions religieuses préjudiciables*, y compris celles qui sont relatives à l'octroi du *get* juif (pourtant au centre du litige).

En effet, les juges de la majorité ont clairement affirmé que la seule raison pour laquelle ils s'autorisaient à analyser le contexte dans lequel était exercé, au sein des principales communautés juives partout au monde[93], le

---

note 45 : voir les paragraphes 109-110 de l'arrêt. Il était toutefois possible de croire que la question demeurait ouverte quant aux convictions dont la nature posait, en soi, une opposition avec un autre droit fondamental… mais il semble qu'il n'en soit rien.

92. Pour la majorité de la Cour suprême, les questions soulevées par le litige se résument ainsi (*Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 40) : « Comme je l'ai indiqué, le présent pourvoi soulève les questions de savoir si cette obligation constitue une obligation civile valide et exécutoire en droit québécois et, dans l'affirmative, si M. Marcovitz est exonéré de toute responsabilité pour ne pas avoir respecté son obligation au motif qu'elle violait sa liberté de religion. ».

93. Pour une rare fois depuis l'adoption de la Charte canadienne, la majorité de la Cour suprême a dérogé à l'approche essentiellement subjective et individualiste qu'elle a toujours suivie pour évaluer la mesure dans laquelle des « convictions religieuses » données pouvaient être susceptibles de faire l'objet de la protection des chartes (c'est-à-dire le critère de la « croyance sincère », tel qu'il est précisé dans les arrêts *Syndicat Northcrest* c. *Amselem*, préc., note 7, et *Multani* c. *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, préc., note 32, critère en vertu duquel toute preuve de conformité de la conviction invoquée avec un dogme ou une pratique religieux préexistant au sein d'une communauté de croyants est exclue), et elle a accepté d'analyser les règles dogmatiques à la base de la conviction religieuse devant elle en vertu d'une preuve contextuelle concernant l'interprétation et l'application « communautaire » des mêmes règles, dans le présent cas : l'interprétation et l'application qui sont faites, au sein des différentes communautés juives, des règles du judaïsme relatives à la « liberté d'action » du mari quant à l'octroi du *get*. La majorité de la Cour suprême s'est fondée sur l'analyse de cette preuve contextuelle, qui figure aux paragraphes 6, 81, 84 et 89-90, pour attaquer la « raisonnabilité » de la position défendue par M. Marcovitz, selon laquelle (en simplifiant) sa conviction religieuse lui permettait de changer d'avis tant que le *get* n'avait pas été officialisé. Au paragraphe 69, les juges majoritaires confrontent directement la conviction invoquée par M. Marcovitz avec le dogme religieux sur lequel il la fonde : « Cet aveu confirme, selon moi, que son refus d'accorder le *get* était fondé moins sur une conviction religieuse que sur le fait qu'il était fâché contre Mme Bruker. *Sa religion ne l'oblige pas à refuser d'accorder le get à Mme Bruker, bien au contraire. Il ne fait aucun doute que selon la loi*

« privilège religieux » octroyé aux hommes quant à l'acceptation ou au refus d'octroyer le *get* à leurs épouses reposait sur la preuve qu'avait existé une entente initiale relative au *get* entre M. Marcovitz et Mme Bruker :

> [La majorité de la Cour suprême commence par rappeler un passage de la décision majoritaire dans l'arrêt *Lakeside Colony of Hutterian Brethren* c. *Hofer*[94].] Une fois que le tribunal se déclare compétent pour connaître d'un litige comportant des aspects religieux […], il doit s'efforcer « d'arriver à la meilleure compréhension possible de la tradition et de la coutume applicable » (p. 191).
>
> […]
>
> Le fait que le par. 12 de l'entente comporte des éléments à caractère religieux ne le soustrait pas par le fait même à l'examen judiciaire. Nous n'avons pas à examiner des principes religieux doctrinaux, à savoir par exemple si un *get* donné est valide […] *La promesse de M. Marcovitz de supprimer les obstacles religieux au remariage en accordant le get a été négociée entre deux adultes consentants, tous deux représentés par un avocat, et faisait partie d'un échange volontaire d'engagements censés avoir des conséquences juridiquement exécutoires. De ce fait, les tribunaux peuvent à bon droit examiner l'obligation à la loupe*[95].

Ainsi, alors qu'une approche plus large fondée sur la nature *préjudiciable*[96] de la conviction religieuse invoquée aurait pu permettre d'analyser l'arrêt *Bruker* comme affirmant la légitimité d'intervention des juridictions étatiques pour sanctionner civilement la conduite d'un individu qui, se fondant sur de telles convictions religieuses (ou plutôt sur une interprétation « archaïque » ou « déraisonnable » du dogme religieux à la base de la conviction[97]), adopterait un comportement de nature à causer un important préjudice (lié ou non aux convictions religieuses de la victime) à une autre personne, les fondations « contractuelles » du raisonnement de la majorité de la Cour suprême restreignent considérablement l'applicabilité des conclusions de l'arrêt *Bruker*, les limitant intrinsèquement, dans l'interprétation la plus large[98], aux litiges impliquant 1) deux coreligionnaires,

---

juive, il pouvait refuser de l'accorder, mais c'est tout autre chose de dire qu'un principe religieux l'a empêché de respecter une obligation légale qu'il a volontairement conclue et dont il s'est prévalu des avantages négociés » (l'italique est de nous).

94. *Lakeside Colony of Hutterian Brethren* c. *Hofer*, [1992] 3 R.C.S. 165.
95. *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 45-46 (l'italique est de nous).
96. Cet adjectif est employé au sens utilisé dans l'expression néologique « *conviction religieuse préjudiciable* ».
97. Voir *supra*, note 95.
98. La majorité de la Cour suprême affirme en effet clairement son intention de limiter la portée de l'arrêt à des litiges fondés sur des faits analogues à ceux qui sont à la base de l'arrêt *Bruker*. « Je conviens qu'il peut très bien exister des ententes comportant des aspects religieux qui seraient contraires à l'ordre public. Cela dépendra manifestement, dans chaque cas, de la nature de l'engagement et, plus particulièrement, de la mesure dans laquelle la promesse est compatible avec nos lois, nos principes et nos valeurs

dont l'un refuserait de réaliser un acte/obligation à caractère religieux 2) après s'y être préalablement engagé par contrat.

Le premier aspect de la « limite intrinsèque » qu'il convient de déduire du (et d'imposer au) raisonnement majoritaire de l'arrêt *Bruker* laisse perplexe pour deux raisons principales. D'abord, il exclut l'application de ce même raisonnement aux litiges impliquant des individus de religion différentes, litiges qui constituent pourtant une grande partie — sinon la plus grande — des litiges judiciaires impliquant une ou plusieurs convictions religieuses[99]. En deuxième lieu, la majorité de la Cour suprême se trouve à réserver, presque exclusivement, l'application de son raisonnement aux règles dogmatiques entourant l'octroi ou le refus d'octroi du divorce religieux. En effet, outre ces règles qui se prêtent particulièrement bien à l'« approche contractuelle » adoptée par la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Bruker*[100], il est plutôt difficile de penser à d'autres formes de *convictions religieuses préjudiciables* qui pourraient faire l'objet d'un « contrat » entre coreligionnaires.

Le second aspect de la limite intrinsèque imposée au raisonnement de la majorité est sans doute le plus surprenant puisqu'il concerne les futurs litiges impliquant les règles du *get* juif, concept religieux pourtant au cœur de l'arrêt *Bruker*. Ainsi, le raisonnement des juges majoritaires, malgré tous les passages où ces derniers affirment l'importance que la société canadienne accorde à la protection du droit à l'égalité entre les hommes et

---

démocratiques […] Toutefois, je n'ai aucun doute pour ce qui est de l'engagement de M. Marcovitz à accorder le *get*. Cet engagement est conforme – et non contraire – à l'ordre public » : *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 62-63. C'est pourquoi, à la lumière de cet « avertissement casuistique », il nous apparaîtrait tout à fait plausible de soutenir une position d'interprétation restrictive en vertu de laquelle le raisonnement de l'arrêt *Bruker* ne pourrait être applicable qu'aux litiges impliquant les règles du *get* juif.

99. Cela découle logiquement du fondement de la protection *supralégislative* des convictions religieuses individuelles, à savoir le désir (ou la nécessité) de protéger les (membres des) divers courants religieux minoritaires de l'oppression/intolérance/ingérence pouvant être exercée par les membres du courant religieux majoritaire au sein des différents territoires étatiques. La Cour suprême a très clairement confirmé cet état de fait dans l'arrêt de principe *R.* c. *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, au paragraphe 96 : « Une majorité religieuse, ou l'État à sa demande, ne peut, pour des motifs religieux, imposer sa propre conception de ce qui est bon et vrai aux citoyens qui ne partagent pas le même point de vue. *La Charte protège les minorités religieuses contre la menace de "tyrannie de la majorité"* » (l'italique est de nous).

100. Les règles religieuses concernant le *get* juif impliquent en effet la question du « consentement » (« l'époux décide, à son entière discrétion » : *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 4) à « donner » quelque chose (« accorder volontairement le *get* » : *id.*).

les femmes[101] — importance sur laquelle ils fondent d'ailleurs en partie leur légitimation de l'intervention étatique dans le litige religieux (et donc privé) qui opposait M. Marcovitz et Mme Bruker[102] — empêche toute interprétation permettant de conclure à l'existence d'un droit d'intervention des tribunaux canadiens au sein des litiges impliquant le *get* juif et dans le contexte desquels, contrairement au cas de l'arrêt *Bruker*, jamais le mari n'aurait convenu d'accorder le *get* à son ex-épouse. En fait, une interprétation combinée de la jurisprudence antérieure de la Cour suprême du Canada en matière de protection des convictions religieuses[103] et des paragraphes 45 et 46 des motifs de la majorité (selon une lecture *a contrario*) laisse plutôt croire que, n'eût été de l'existence d'une entente initiale sur l'octroi du *get*, une majorité de juges de la Cour suprême aurait plutôt refusé d'intervenir dans le contexte du litige religieux qui opposait les deux ex-époux Bruker et Marcovitz. À mon avis, la question de la constitutionnalité de l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce* de 1985[104] en vertu des dispositions

101. *Id.*, par. 63, 80, 92-93. Qu'il me soit d'ailleurs permis de jeter un pavé de plus dans la mare des analystes qui considèrent que les juges majoritaires de l'arrêt *Bruker* ont fait primer le droit à l'égalité entre les sexes sur la protection des convictions religieuses en soulignant que la structure même des motifs de la majorité semble clairement reléguer au domaine de l'*obiter dictum* les passages clés sur lesquels il pourrait être possible de déduire une affirmation casuistique de la prépondérance du droit à l'égalité entre les hommes et les femmes sur la liberté de religion. En effet, les juges majoritaires se trouvent à régler le cas de l'argument religieux avancé par M. Marcovitz en affirmant, aux paragraphes 67 à 69 de l'arrêt, que ses prétentions n'étaient fondées sur aucune « croyance religieuse sincère » ; en conséquence, elles ne pouvaient être couvertes par le paragraphe 2 (a) de la Charte canadienne, préc., note 45, qui protège la liberté de religion. Comme il est possible de le constater clairement en lisant le début du paragraphe 70 de l'arrêt, c'est de leur propre chef que les juges majoritaires ont ensuite décidé de continuer sur leur lancée et d'être plus explicites sur les différents motifs qui pourraient justifier l'atteinte à la liberté de religion de M. Marcovitz… ils n'avaient pas à le faire : « *Même si l'on peut affirmer* que le fait de l'obliger à respecter son engagement d'accorder le *get* va à l'encontre d'une croyance religieuse sincère et a des conséquences non négligeables pour lui – *et je vois difficilement qu'il en soit ainsi* » (l'italique est de nous).

102. « *L'intérêt que porte le public à la protection des droits à l'égalité et de la dignité des femmes juives dans l'exercice indépendant de leur capacité de divorcer et se remarier conformément à leurs croyances*, tout comme l'avantage pour le public d'assurer le respect des obligations contractuelles valides et exécutoires, comptent parmi les intérêts et les valeurs qui l'emportent sur la prétention de M. Marcovitz selon laquelle l'exécution de l'engagement […] pourrait restreindre sa liberté de religion » : *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 92 (l'italique est de nous).

103. Cette interprétation se trouve cristallisée par les arrêts *Syndicat Northcrest* c. *Amselem*, préc., note 7, et *Multani* c. *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, préc., note 32.

104. *Loi sur le divorce*, préc., note 8, art. 21.1.

protégeant les convictions religieuses au sein de la Charte canadienne n'a pas été tranchée[105].

Force est donc de constater que l'arrêt *Bruker*, loin de confirmer (ou de concrétiser) une certaine primauté du droit à l'égalité entre les sexes au sein de l'ensemble des droits protégés par les chartes canadienne et québécoise, se limite plutôt à une décision à l'applicabilité extrêmement restreinte, n'octroyant aux instances judiciaires canadiennes qu'un mince « pouvoir d'intervention supplémentaire » en ce qui concerne le traitement, non pas des *convictions religieuses préjudiciables*, mais d'une seule : les règles religieuses analogues à celles du *get* juif. Même s'il est indéniable que la légitimation d'un pouvoir limité de sanctionner civilement les époux qui, bénéficiant d'un « privilège décisionnel » en matière de rupture religieuse de l'union conjugale, se serviraient de ce privilège d'une manière « abusive[106] » constitue une avancée politique certaine pour les défenseurs de la primauté qui devrait être accordée au droit à l'égalité entre les sexes par rapport aux autres droits et libertés fondamentaux (notamment la protection *supra-législative* accordée aux différentes convictions religieuses), la problématique du traitement devant être accordé aux *convictions religieuses préjudiciables* demeure, quant à elle, entière…

105. En effet, considérant l'importance fondamentale que la majorité des juges de la Cour suprême a accordé à la formation initiale d'un contrat et « au changement d'avis » de M. Marcovitz dans le présent litige, il est difficile de prévoir le traitement que la même Cour suprême réserverait à la plainte d'un homme juif qui, dès le début de la procédure de divorce civil, affirmerait ne jamais vouloir ni pouvoir octroyer le divorce religieux à son ex-épouse au nom de ses convictions religieuses (en vertu desquelles, par exemple, *on ne se marie qu'une seule fois devant Dieu*) et qui, en vertu de la même croyance, contesterait la constitutionnalité des mesures punitives qui lui seraient imposées en vertu de l'article 21.1. de la *Loi sur le divorce*, préc., note 8, concernant, entre autres, la garde des enfants.

106. Ce qualificatif doit être entendu comme, aux termes du raisonnement de la majorité de l'arrêt *Bruker*, désignant exclusivement la conduite des époux qui, après avoir accepté d'octroyer le divorce religieux, reviendraient sur leur parole avant que ce divorce ne soit officialisé par les « instances » religieuses compétentes.

4 Entre « non-intervention » et « non-domination » : la conception de la liberté mise en avant par la Cour suprême du Canada[107]

Les dogmes les plus vrais et les plus saints
peuvent avoir de très mauvaises conséquences,
lorsqu'on ne les lie pas avec les principes de la société ;
et, au contraire, les dogmes les plus faux en peuvent avoir d'admirables,
lorsqu'on fait qu'ils se rapportent aux mêmes principes[108].

Charles de Secondat MONTESQUIEU

Maintenant qu'il n'y a plus et qu'il ne peut plus y avoir de Religion nationale exclusive,
on doit tolérer toutes celles qui tolèrent les autres,
autant que leurs dogmes n'ont rien de contraire aux devoirs du Citoyen.
Mais quiconque ose dire, hors de l'Église point de Salut, doit être chassé de l'État,
à moins que l'État ne soit l'Église, et que le Prince ne soit le Pontife[109].

Jean-Jacques ROUSSEAU

Ceux et celles qui restent préoccupés par la manière dont certaines personnes instrumentalisent la liberté de conscience et de religion au détriment de l'égalité homme-femme ne seront que partiellement rassurés par la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Bruker*. Certes, en privilégiant le droit de Mme Bruker d'obtenir la sanction de l'inexécution des obligations contractées par M. Marcovitz, la majorité de la Cour suprême fait preuve de « bons sentiments » à l'endroit de l'ex-conjointe qui, à défaut d'obtenir le *get*, se retrouvait dans une position vulnérable. Quant aux juges de la minorité, l'aspect le plus déterminant de leur dissidence réside dans leur refus de reconnaître le caractère contraignant des obligations contractées par M. Marcovitz à l'endroit de Mme Bruker. Toujours est-il que, au-delà de ce désaccord sur la nature de ces obligations, les motifs défendus par les juges Abella et Deschamps convergent vers un dénominateur commun : une politique d'indifférence et de non-intervention à l'égard des pratiques religieuses susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés de la personne. Loin d'ouvrir la voie à l'indemnisation du préjudice causé par ce que Louis-Philippe Lampron appelle les « convictions religieuses préjudiciables[110] », la majorité des juges de la Cour suprême dans l'arrêt *Bruker* se cantonne dans une analyse axée essentiellement sur la dimension contractuelle du litige.

---

107. L'auteur de cette partie est Patrick Taillon, professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.
108. Charles de Secondat MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. 2, coll. « Folio/Essais », Paris, Gallimard, 1995, p. 818 [livre XXIV, chapitre XIX].
109. Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, coll. « Garnier Flammarion », Paris, Flammarion, 2001, p. 179.
110. Voir *supra*, la partie 3 du présent texte.

Cette politique de non-intervention est d'autant plus étonnante que la Cour suprême reconnaît qu'il résulte du refus de l'ex-époux d'accorder le *get* une forme de « domination ». Cela représente en effet pour Mme Bruker un sérieux frein à l'établissement d'une nouvelle union avec un homme issue de la même confession religieuse, car les enfants nés de ce second mariage seraient alors considérés comme « illégitimes » et se verraient dans l'impossibilité de pratiquer leur culte religieux. Pour reprendre la formule employée par la Cour, Mme Bruker a été « dramatiquement limitée dans ses choix de vie personnelle[111] ». De par le refus de son ex-époux de remettre le *get*, « [s]a faculté de vivre sa vie conformément aux lois et aux valeurs de notre pays et à ses croyances juives s'est ainsi trouvée gravement et arbitrairement entravée », ajoute la juge Abella pour le compte de la majorité[112].

Bien qu'elle constate le préjudice engendré par la situation dominante de l'ex-époux dû aux règles relatives à l'obtention du *get*, la Cour suprême n'est pas pour autant disposée à sanctionner cette atteinte à l'égalité homme-femme qui résulte des pratiques religieuses préjudiciables. Comme l'a pertinemment démontré Louis-Philippe Lampron, la Cour suprême ne sanctionne pas explicitement l'atteinte aux droits et libertés qui résulte du chantage exercé par l'ex-époux avantagé par les règles religieuses relatives au *get* ; elle se limite simplement à condamner le non-respect des engagements pris par ce dernier dans une entente sur les mesures accessoires conclue à l'occasion du divorce civil[113]. Or, sans cette entente, la Cour suprême ne serait probablement pas intervenue dans le dossier ou, du moins, elle aurait dû le faire sur un autre fondement.

Pour expliquer et critiquer cet état de la jurisprudence, la tendance est d'opposer l'*égalité homme-femme*, d'un côté, et la *liberté de religion*, de l'autre, et de voir dans la jurisprudence de la Cour suprême le triomphe de cette dernière sur le principe de l'égalité. C'est certainement une manière fort valable d'analyser la chose, ce qui permet en pratique d'insister sur la recherche d'équilibre, de pondération et de conciliation qui est toujours nécessaire en matière de droits et libertés de la personne. Cela dit, il me semble néanmoins utile de poser le problème autrement. C'est du moins ce que je voudrais explorer ici en analysant les motifs de la Cour suprême dans l'arrêt *Bruker* non pas tant sous l'angle des tensions entre l'égalité homme-femme et la liberté de religion, mais plutôt au regard de la conception de la liberté mise en avant par la Cour suprême.

---

111. *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 93 (j. Abella).
112. *Id.*
113. Voir *supra*, la partie 3 du présent texte.

Sans écarter définitivement l'étude des rapports entre égalité homme-femme et liberté de religion, j'aimerais insister sur les avantages d'une conception philosophiquement républicaine de la liberté par opposition à l'approche strictement libérale mise en avant par la Cour suprême. Pour ce faire, il faut d'abord souligner la manière dont cette dernière se campe traditionnellement dans une conception *libérale* de la liberté axée sur le principe de *non-intervention* des autorités étatiques dans la sphère privée des individus. Par la suite, je plaiderai en faveur d'une définition plus *républicaine* de la liberté définie autour du principe de *non-domination*[114], mieux à même de circonscrire le concept de liberté de religion et de réduire les problèmes liés aux convictions religieuses préjudiciables. J'examinerai également la manière dont les motifs de la juge Abella intègrent, à tout le moins en partie, l'approche républicaine de la liberté. En somme, il s'agit de voir comment la « querelle » philosophique entre libéraux et républicains sur la signification du concept de liberté permettrait de résoudre la question des pratiques religieuses susceptibles de porter atteinte au principe de l'égalité homme-femme.

4.1 L'approche libérale de la non-intervention

L'approche libérale propose une conception déterminée de l'État axée sur la limitation des pouvoirs étatiques et la protection de la sphère privée des individus. Pour ce faire, des digues sont posées, notamment à travers l'interprétation des dispositions supralégislatives, en vue de restreindre le champ des interventions de l'État, ainsi que leur nombre et leur ampleur, dont l'action est considérée comme susceptible de violer l'autonomie des

114. Il s'agit d'une manière de concevoir la liberté qui, bien qu'elle ait été éclipsée au Canada par l'approche libérale, a de profondes assises dans l'histoire de la pensée occidentale. Marc CHEVRIER, « L'idée républicaine au Québec et au Canada français – les avatars d'une tradition cachée », dans Paul BAQUIAST et Emmanuel DUPUY (dir.), *L'idée républicaine dans le monde. XVIIIe-XXIe siècles. Nouveau monde, Afrique, Monde musulman*, t. 2 « La république universelle », coll. « Questions contemporaines », Paris, L'Harmattan, 2007, p. 31, aux pages 42 à 59 ; en fait, la montée en puissance du libéralisme a entraîné une mutation du sens généralement admis du terme « liberté ». À l'origine conçue comme une *absence de domination*, celle-ci s'est progressivement individualisée à travers l'idée de *non-intervention* de l'État dans la sphère privée. Il n'en reste pas moins que, dans son sens premier, la liberté signifie la maîtrise de son destin, la capacité de faire des choix, autrement dit l'absence de domination par un pouvoir tyrannique ou arbitraire. Philip PETTIT, *Républicanisme. Une théorie de la liberté et du gouvernement*, trad. par Patrick Savidan et Jean-Fabien Spitz, coll. « NRF Essais », Paris, Gallimard, 2004, p. 363, 35-38 et 40-48 ; Hans KELSEN, *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, trad. par Charles Eisenmann, coll. « Bibliothèque Dalloz », Paris, Dalloz, 2004, p. 9 et 10.

individus[115]. En ce sens, le libéralisme préconise une conception strictement négative de la liberté définie comme *non-interférence*[116]. Est libre l'individu dont les actions ne sont pas entravées par les autorités étatiques[117]. La liberté repose alors sur la capacité de l'État de ne pas faire ni de s'ingérer et de s'autolimiter à des fonctions minimales et respectueuses du droit de chaque individu à la « sécurité dans les jouissances privées[118] ». En somme, la liberté de l'individu est assurée par la *non-intervention* de l'État.

Appliquée à la liberté de conscience et de religion, l'approche libérale se caractérise par une forme d'indifférence de l'État à l'égard des pratiques religieuses. Tout ce qui relève de l'ordre de la spiritualité est alors considéré comme faisant partie de la sphère privée de l'individu. L'État est donc tenu de ne pas s'ingérer dans ce domaine. De cette façon, l'individu demeure libre de pratiquer le culte de son choix sans interférence du législateur ou des tribunaux. C'est du moins ce qui ressort de la jurisprudence de la Cour suprême en matière de liberté de conscience et de religion. Fidèle à cette conception et non contredite sur ce point par les juges de la majorité, la juge Deschamps écrit ceci :

> De longue date, les tribunaux se sont refusés à endosser le genre d'intervention proposée par l'appelante. Le rôle des tribunaux est neutre en matière de religion. Il se limite à s'assurer que les lois sont conformes à la Constitution et, dans le cas d'un litige privé, à déterminer le point de convergence des droits dans une quête de respect de la liberté de religion […] Les conditions de délivrance d'un *get* et les conséquences de l'absence de divorce religieux sont régies par les normes de la religion juive. L'État ne s'immisce pas dans ce domaine[119].

Résolument imprégnée de cette approche libérale, la juge Deschamps interprète la faculté de consentir ou de ne pas consentir au *get* comme une pratique religieuse relevant de la sphère privée et pour laquelle les autorités étatiques sont tenues à un devoir de non-intervention. Cette politique du « laisser-faire » s'impose d'autant plus que la liberté de religion se conjugue avec une conception de la laïcité orientée vers la neutralité

115. Norberto BOBBIO, *Libéralisme et démocratie*, trad. par Nicola Giovannini, coll. « Humanités », Paris, Éditions du Cerf, 1996, p. 22-23.
116. P. PETTIT, préc., note 114, p. 35-75.
117. Friedrich A. VON HAYEK, *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, trad. par Raoul Audouin, t. 3 « L'ordre politique d'un peuple libre », coll. « Libre échange », Paris, PUF, 1983 ; Vincent VALENTIN, *Les conceptions néo-libérales du droit*, coll. « Corpus. Essais », Paris, Economica, 2002 ; Russell HARDIN, *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, New York, Oxford University Press, 1999.
118. Benjamin CONSTANT, *Écrits politiques*, coll. « Folio/Essais », Paris, Gallimard, 1997, p. 603 [*De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*].
119. *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 126 et 129 (j. Deschamps).

et la non-ingérence de l'État. Ainsi définies, laïcité et liberté de religion convergent vers une même exigence, soit celle de la neutralité et de la non-interférence de l'État à l'égard des pratiques religieuses.

Plutôt que de concevoir la laïcité comme un principe de séparation des Églises et de l'État, et d'assumer la part de hiérarchisation qui découle de ce principe de séparation entre les lois civiles et les obligations religieuses incompatibles avec les autres droits et libertés garantis, l'accent mis sur la neutralité et la non-intervention de l'État dans la sphère privée des individus amène les tribunaux à s'abstenir de toute forme de contrôle de la conformité des pratiques religieuses avec les droits et libertés garantis. Après tout, reconnaître que certaines pratiques religieuses peuvent être contraires au principe d'égalité homme-femme serait une forme d'ingérence des tribunaux à l'opposé de cette politique de neutralité et de non-intervention. Dès lors, il apparaît difficile de sanctionner des pratiques religieuses préjudiciables, car agir ainsi constituerait, dans la perspective libérale, une violation directe de la sphère privée des individus que représente la liberté de conscience et de religion. Si bien que, en optant pour cette conception négative de la liberté, les tribunaux sont nécessairement tenus de ne pas s'immiscer dans le champ des pratiques religieuses et de s'abstenir de tout jugement sur la conformité de ces pratiques avec les autres droits et libertés garantis, notamment l'égalité homme-femme.

Dans l'arrêt *Bruker*, majorité et minorité de la Cour suprême semblent se rejoindre sur cette politique de neutralité et de non-interférence : l'ex-époux est libre de ne pas consentir au *get*, car il s'agit d'un geste qui relève évidemment de la sphère privée des individus[120]. En fait, c'est uniquement parce que l'ex-époux s'est engagé à acquiescer au *get* que la majorité des juges a accepté d'indemniser Mme Bruker pour l'inexécution de cette obligation[121]. Sans cet engagement, tout laisse croire que l'ensemble des juges s'en serait tenu au principe de non-ingérence. Suivant l'approche libérale, majorité et minorité de la Cour suprême se conforment donc à l'idée selon laquelle il ne revient pas aux tribunaux de se prononcer sur l'impact que peuvent avoir des pratiques religieuses préjudiciables sur des principes juridiques fondamentaux tels que l'égalité homme-femme.

120. C'est le cas, à tout le moins, avant l'adoption de l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce*, préc., note 8 par le législateur fédéral.

121. Sur ce point, nous renvoyons à l'argument développé par Louis-Philippe Lampron dans la partie 3.

4.2 L'approche républicaine de la non-domination

En concurrence avec l'approche libérale, la conception républicaine de la liberté peut, de mon point de vue, se révéler des plus utiles pour résoudre le problème soulevé par les pratiques religieuses préjudiciables. Il en est ainsi dans la mesure où la conception de la liberté mise en avant par les théories républicaines repose avant tout sur l'émancipation et la dignité de l'individu, de même que sur sa capacité à s'autodéterminer. Il s'agit donc d'insister non pas tant sur la *non-intervention* de l'État, mais plutôt sur la *non-domination*[122]. Ce dernier terme signifie la liberté des individus de s'affranchir de l'emprise des décisions, des pouvoirs ou des contraintes arbitraires — tant publics que privés — qui freinent leur émancipation[123]. En conséquence, nul ne doit — par son action ou son inaction — interférer *arbitrairement*, c'est-à-dire selon son bon plaisir, dans les choix d'une personne libre[124]. En brisant ainsi les « chaînes » qui caractérisent chaque forme de vulnérabilité, cette conception de la liberté défend un idéal qui dépasse largement la simple protection de la sphère privée.

Plus qu'une limitation du rôle de l'État, la conception républicaine de la liberté prend la forme d'un objectif autrement plus substantiel que la liberté négative défendue par les libéraux. Il en est ainsi dans la mesure où est distinguée clairement la *non-intervention* de la *non-domination*. En effet, dans la perspective républicaine, il est tout à fait possible de concevoir une intervention étatique dans la sphère privée d'un individu sans pour autant contrevenir à l'idéal de non-domination, au même titre que l'inaction des organes de l'État peut parfois entraîner une atteinte au principe de non-domination. L'important est que l'action ou l'inaction de l'État favorise l'autonomie et l'émancipation des individus ou, à tout le moins, qu'elle ne soit pas propice à la perpétuation d'une situation oppressante. Alors que, dans la perspective libérale, toute interférence étatique dans la sphère privée est *a priori* assimilée à une atteinte à la liberté des individus, dans la perspective républicaine cela dépend avant tout de l'impact de l'intervention sur la situation concrète des personnes visées. Vues ainsi, toutes les interférences ne sont pas nécessairement arbitraires ni susceptibles de freiner l'émancipation des individus. L'inverse est d'ailleurs également vrai. De la non-intervention des autorités étatiques peut résulter une domination arbitraire des individus. Dans ce dernier cas de figure, ce qui

122. Quentin SKINNER, *La liberté avant le libéralisme*, trad. par Muriel Zagha, coll. « Liber », Paris, Éditions du Seuil, 2000 ; P. PETTIT, préc., note 114, p. 363, 35-38 et 40-48.
123. M. CHEVRIER, préc., note 114, p. 62.
124. P. PETTIT, préc., note 114, p. 121.

est dénoncé par la conception républicaine de la liberté reste parfaitement conforme à l'approche libérale de non-intervention.

Appliquée à la liberté de religion, l'approche républicaine a des conséquences importantes. Si toute forme d'intervention des autorités étatiques dans le domaine des pratiques religieuses est contraire à l'approche libérale, il n'en est pas automatiquement de même dans la tradition républicaine[125]. Encore faut-il déterminer si l'intervention étatique tend à perpétuer une forme de domination ou si, à l'inverse, l'interférence favorise l'émancipation et la dignité des individus conformément au principe de non-domination. Or, dans le cas des pratiques religieuses préjudiciables, les interventions étatiques destinées à assurer la non-domination des femmes — perçues comme une atteinte à la sphère privée par les libéraux — sont susceptibles d'apparaître comme des interventions conformes au principe de non-domination. Après tout, sanctionner le refus arbitraire de M. Marcovitz n'a rien d'une intervention oppressante. Au contraire, cela permet à l'ex-épouse de s'engager plus facilement dans la reconstitution d'une famille où les enfants pourront pratiquer librement leur culte religieux. En somme, plutôt que de protéger uniquement la sphère privée de l'ex-époux pris isolément, la liberté comme non-domination s'attache plutôt à préserver la capacité de chacun à s'autodéterminer et à s'émanciper des contraintes arbitraires tant dans le domaine privé que dans le domaine public.

Le passage d'une conception de la liberté axée sur la non-intervention à une autre axée sur le principe de non-domination est cependant loin d'être acquis au Canada. Comme le souligne Christelle Landheer-Cieslak[126], la Cour suprême a traditionnellement défini la liberté comme la protection d'une sphère privée à l'intérieur de laquelle l'État ne doit pas s'ingérer.

---

125. L'intérêt de la liberté comme non-domination est qu'elle rend possible l'intervention des organes étatiques dans la sphère privée des individus dès lors que cette intervention est nécessaire pour assurer le respect des droits des femmes. C'est le cas, entre autres, de l'adoption en 1991 par le législateur fédéral de l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce*, préc., note 8, une mesure censée éviter à l'avenir ces situations où un ex-époux dispose, à travers les règles relatives à l'obtention du *get*, d'une emprise sur son ex-épouse et sur sa capacité de construire comme elle l'entend son avenir. Autrement dit, pour éviter d'exposer certaines catégories de femmes à un usage arbitraire des règles relatives à l'obtention du *get*, le législateur fédéral a préféré porter atteinte à la faculté des ex-époux de consentir ou non au *get*, pratique religieuse pourtant constitutionnellement protégée. Or, même si cette intervention du législateur représente une forme d'ingérence de l'État dans la sphère privée des individus que représentent les pratiques religieuses, elle n'en est pas moins absolument justifiée au regard du principe de non-domination qui se dégage de la conception républicaine de la liberté.

126. Voir *infra*, la section 5 du présent texte, ainsi que Christelle LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 198-216.

S'appuyant sur la métaphore de la « barrière invisible » entre les autorités étatiques et les individus, la Cour suprême a eu tendance à voir dans la liberté une simple limite au domaine d'intervention de l'État, consacrant ainsi une forme d'inviolabilité de la sphère privée de l'individu[127]. Or, dans le cas particulier de l'arrêt *Bruker*, les juges de la majorité ayant préféré résoudre le litige en s'appuyant sur des arguments relatifs à la responsabilité contractuelle, il reste difficile de se prononcer avec certitude sur le sort réservé par la Cour suprême à la conception républicaine de la liberté axée sur la non-domination.

Malgré cela, les motifs de la majorité laissent entrevoir quelques signes prometteurs qui méritent d'être soulignés. Premièrement, la majorité fait clairement état de la situation vulnérable dans laquelle se trouve Mme Bruker et de l'emprise de son ex-époux sur sa capacité à fonder une nouvelle famille. Elle constate l'atteinte au principe de non-domination qui résulte du refus arbitraire de M. Marcovitz de remettre le *get* en condamnant ce geste qui cause, selon les termes employés par la Cour suprême, une « indignité injustifiée[128] ». Deuxièmement, la majorité, à travers l'exercice de conciliation et de pondération des droits et libertés, s'emploie à mesurer la gravité des inconvénients que chaque solution comporte tant pour M. Marcovitz que pour Mme Bruker. Sur ce point, la juge Abella affirme que « l'atteinte à la liberté de religion que représente pour l'époux l'obligation de payer des dommages-intérêts en raison de la violation unilatérale de son engagement est beaucoup moins grave que le préjudice causé par sa décision unilatérale de ne pas respecter cet engagement[129] ». Faisant cela, la Cour suprême cherche à produire une décision la plus respectueuse possible de la dignité de chacun, une décision davantage guidée par le principe de non-domination que par celui de non-intervention.

Enfin, troisièmement, à force d'insister sur les conséquences du refus de l'ex-époux de consentir au *get*, la Cour suprême en arrive presque à porter un jugement sur la conformité de cette pratique religieuse au regard des autres droits et libertés. À tout le moins, c'est ce qui ressort implicitement du paragraphe 18 où la juge Abella déclare ce qui suit :

> Lorsqu'ils tranchent des affaires dans lesquelles la liberté de religion est en cause, les tribunaux ne peuvent faire abstraction de la religion. Pour déterminer si le droit à la liberté de religion que revendique une personne doit être protégé, un tribunal doit tenir compte de cette religion en particulier, du droit religieux en cause et des

127. *R.* c. *Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, par. 227 et 228 (j. Wilson).
128. *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 81 (j. Abella).
129. *Id.*, par. 17.

> conséquences précises, y compris les conséquences religieuses, que la décision de faire respecter ce droit aura pour la personne et le public[130].

Prenant quelque peu ses distances avec la tradition libérale de non-intervention, la juge Abella, dans ce passage de ses motifs, laisse clairement entendre que l'essentiel réside dans les « conséquences » que peuvent avoir les pratiques religieuses sur les personnes visées par le litige et sur le public en général. Si bien que, dans un autre passage, la Cour suprême se montre encore plus explicite en définissant son rôle de la manière suivante : « veiller à ce que les membres de la société canadienne ne soient pas arbitrairement défavorisés en raison de leur religion[131] ». Or, si le fait d'être « arbitrairement défavorisés » peut être assimilé à une forme d'atteinte au principe de non-domination, nous ne pouvons en revanche en dire autant du principe de non-intervention. En choisissant de s'exprimer ainsi sur le rôle des tribunaux devant des pratiques religieuses préjudiciables, la Cour suprême tend à s'écarter du libéralisme qui caractérise habituellement ses jugements au profit d'une conception républicaine de la liberté comme non-domination.

Il est malheureux que, en structurant leur décision autour d'arguments de nature contractuelle, les juges de la majorité aient semblé faire preuve d'ouverture à l'égard de la question de l'effet préjudiciable de certaines pratiques religieuses sans pour autant prendre une position explicite à ce sujet. En d'autres termes, l'obligation contractuelle de M. Marcovitz à remettre le *get* a pour effet d'éclipser du devant de la scène la question de la conformité des pratiques religieuses et des rapports de domination qui résulte du refus arbitraire de l'ex-époux de remettre le *get*. Même s'il est clair que les juges de la minorité privilégient l'approche libérale de neutralité et de non-intervention[132], il reste des raisons de croire que, en tenant compte de l'impact de certaines pratiques religieuses sur les autres droits et libertés garantis, la majorité de la Cour suprême puisse petit à petit évoluer vers une conception philosophiquement plus républicaine de la liberté axée sur le principe de non-domination. C'est là une approche qui, tout en étant fondée sur le principe de séparation de l'Église et de l'État, reste mieux à même d'assumer — lorsque cela est nécessaire — les rapports de hiérarchisation qui s'imposent entre les lois de l'État et les pratiques

130. *Id.*, par. 18.
131. *Id.*, par. 19.
132. Notons toutefois que même les juges de la minorité conviennent de l'existence de certaines limites pratiques au principe de non-intervention. Ils affirment que « [l]e droit canadien ne prohibe donc pas la prise en considération par les tribunaux de questions à caractère religieux, à condition que la réclamation soit fondée sur la violation d'une règle reconnue en droit positif » : *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 122 (j. Deschamps).

religieuses incompatibles avec les autres droits et libertés constitutionnellement garantis.

5 En quête d'une «juste» intervention judiciaire en matière religieuse[133]…

La situation de l'épouse juive qui, au moment du divorce, ne reçoit pas le *get* de la part de son ex-conjoint est une situation complexe à appréhender d'un point de vue juridique, pour une large part, en raison du difficile questionnement qu'elle implique sur la distinction, les relations et les frontières entre les traditions juridiques étatiques et les traditions juridiques religieuses. Que faire, pour l'ordre juridique étatique, lorsqu'un conjoint juif utilise le désir de sa conjointe de recevoir le *get* pour obtenir des avantages particuliers au cours de la procédure du divorce civil ou, par la suite, lors de l'exécution des ententes prévues au moment de ce divorce ? Que faire, pour l'ordre juridique étatique, lorsqu'une femme juive divorcée civilement choisit de ne pas se remarier selon les lois de l'État parce que, au regard du droit juif, les liens matrimoniaux qui l'unissent à son ex-conjoint sont encore persistants en raison du refus de ce dernier de lui remettre le *get* ?

Pour faire face à cette situation, depuis les années 50, la France a fait le choix du droit commun et plus particulièrement du droit de la responsabilité civile. Au regard de l'article 1382 du *Code civil* français, est une faute[134] le fait pour un époux qui s'est marié selon le droit juif de ne pas remettre le *get* à son épouse puisque cette non-remise cause à cette dernière un

133. L'auteure de cette partie est Christelle Landheer-Cieslak, professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval.

134. Même si, en France, depuis les années 50, le juge français traite les questions relatives au *get* sous l'angle de la responsabilité civile, il est important de noter que l'appréciation de la faute a connu deux phases jurisprudentielles importantes. Dans les premiers temps de la jurisprudence française relative au *get*, l'épouse devait prouver l'intention de nuire de son conjoint lorsque celui-ci refusait de lui remettre le *get*. En effet, selon les juges français, comme le conjoint avait le droit de ne pas agir en vertu de sa liberté religieuse, il importait pour l'épouse de prouver que le refus d'agir de son ex-conjoint manifestait un exercice abusif de son droit de lui refuser le *get* (Cass. civ. 2e, 13 décembre 1972, D. 1973.Jur.493 (note Larroumet)). Ensuite, pour les juges français, peu à peu, le fait pour l'époux de s'abstenir de remettre le *get* à son épouse a été considéré comme une faute, un comportement abusif, à charge pour l'époux défendeur de prouver un juste motif pour ne pas avoir remis la lettre de répudiation à son épouse. Pour certains juges, l'abstention de l'époux est une faute puisqu'il a une obligation de respecter les règles juives de sa communauté en raison de sa soumission à l'ordre juridique juif du fait de son appartenance religieuse et de son mariage selon les rites de la religion juive. Pour d'autres, la simple abstention constitue une faute en soi dans la mesure où, de celle-ci, découle un préjudice pour l'ex-épouse au regard des règles de sa communauté de croyants (Cass. civ. 2e, 15 juin 1988, J.C.P. 1989.II.21223 (note Morançais-Demeester)).

préjudice moral, à savoir l'impossibilité pour elle, d'une part, de se remarier religieusement et, d'autre part, d'avoir des enfants légitimes avec un autre homme que son ex-conjoint selon la tradition juive. Quant au Canada, il a fait le choix, en 1990, d'édicter un article spécial dans la *Loi sur le divorce* de 1985, l'article 21.1, qui prévoit, d'abord, la possibilité pour une partie de demander à son conjoint ou à sa conjointe de lever les obstacles à son remariage religieux lorsque ceux-ci ne relèvent pas d'une autorité religieuse puis, si ce dernier ou cette dernière ne s'exécute pas, la faculté pour le juge de suspendre, si cela est nécessaire, la procédure du divorce civil pour obtenir la levée des obstacles demandée[135].

Dans l'affaire *Bruker* c. *Marcovitz*, c'est la situation d'une ex-épouse juive que la Cour suprême du Canada a dû résoudre, Mme Bruker, à qui son ex-conjoint, M. Marcovitz, a refusé de remettre le *get* pendant quinze ans. Cependant, la particularité des faits tenait à leur antériorité par rapport à la promulgation de l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce* de 1985 et à l'existence d'une entente relative aux mesures accessoires sur le divorce. Dans cette entente, M. Marcovitz s'était engagé en 1980 à se présenter devant le tribunal rabbinique pour remettre le *get* à Mme Bruker, son épouse, « immédiatement après le prononcé d'un jugement conditionnel de divorce[136] », finalement prononcé en octobre 1980. Or, ce n'est que le 5 décembre 1995 que M. Marcovitz a consenti à remettre le *get* à son épouse, soit quinze ans après la signature de l'entente.

Au regard du droit canadien, et plus particulièrement du droit civil québécois, trois questions étaient donc posées aux juges de la Cour suprême. Premièrement, ce litige opposant deux ex-conjoints juifs religieux sur la non-remise du *get*, pourtant prévue dans une entente, relève-t-il de la compétence des juridictions canadiennes en raison de ses aspects religieux (5.1) ? Deuxièmement, l'engagement à la charge de M. Marcovitz de se présenter devant le tribunal rabbinique et de remettre le *get* à son épouse après le prononcé d'un jugement conditionnel de divorce constitue-t-il une obligation contractuelle ayant force exécutoire (5.2) ? Troisièmement, si l'engagement de M. Marcovitz est une obligation contractuelle, peut-il s'en dégager en invoquant son droit à la liberté de religion consacré par l'article

135. *Loi sur le divorce*, préc., note 8.

136. *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 107 : « La clause [de l'entente] qui concerne le *get* est rédigée ainsi : 12. [Les parties conviennent] de se présenter devant les autorités rabbiniques de la ville et du district de Montréal en vue d'obtenir le *get* [divorce] religieux traditionnel immédiatement après le prononcé d'un jugement conditionnel de divorce. »

2 de la *Charte canadienne des droits et libertés*[137] et par l'article 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*[138] (5.3) ?

5.1 La compétence de principe des juridictions canadiennes pour les litiges opposant deux ex-conjoints sur la remise du *get*

Bien que, au Canada, la distinction entre l'ordre temporel et l'ordre spirituel n'est pas expressément formulée dans un texte constitutionnel ou légal, cette distinction existe, et elle résulte notamment de l'activité jurisprudentielle de la Cour suprême et de la sécularisation progressive des institutions juridiques canadiennes[139]. Ainsi, même si, dans la Charte canadienne, il est affirmé que « le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit[140] », cela ne signifie pas pour autant que l'État canadien subit l'influence des communautés de croyants. D'ailleurs, comme le fait remarquer la juge Abella en reprenant les analyses d'Ogilvie[141], en raison de l'héritage constitutionnel anglais, le pouvoir temporel canadien peut exercer sa compétence sur les manifestations terrestres de l'ordre spirituel, les institutions religieuses et les croyants. Au niveau fédéral, la souveraineté du Parlement est affirmée et elle peut s'exercer sur toutes les personnes et sur toutes les institutions qui se trouvent sur le territoire relevant de sa compétence, donc *a priori* également sur les affaires des institutions religieuses et des croyants. D'ailleurs, le partage des compétences prévu par la Constitution entre l'État fédéral et les provinces ne semble pas remettre en cause cette compétence potentielle de l'État fédéral en matière religieuse[142]. Dans le partage

137. Charte canadienne, préc., note 45.
138. Charte québécoise, préc., note 60.
139. Ce processus de sécularisation existe dans tous les pays occidentaux, mais, dans chacun d'eux, il a débuté à des moments historiques distincts et a pris des formes institutionnelles particulières. Pour certains auteurs, comme Marcel GAUCHET, *Le désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », Paris, Gallimard, 1985, p. 1-23, en Occident, ce processus de sécularisation trouve son origine profonde dans le christianisme qui serait la religion de la sortie de la religion, c'est-à-dire la religion qui aurait permis la reconstruction du séjour des hommes à part de la dépendance divine, en marquant l'avènement d'un « homme occidental », libre de ses propres choix et autonome. Selon cet auteur, le « désenchantement du monde » serait le processus historique par lequel, progressivement, le séjour des hommes s'est construit hors de la dépendance divine, par lequel, au sein des sociétés occidentales contemporaines, l'immémoriale emprise organisatrice de la religion a été dissolue.
140. Charte canadienne, préc., note 45, préambule.
141. *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 42.
142. Dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, nº 5, la distribution des pouvoirs législatifs est organisée par l'article 91 (compétences du Parlement du Canada) et par l'article 92 (compétences des législatures

des compétences organisé par la Constitution canadienne, la religion et ses différentes manifestations sociales ne sont pas envisagées. Il n'est pas mentionné si les religions relèvent de la compétence fédérale ou provinciale ou si elles font l'objet d'une compétence partagée. *A priori*, rien ne s'oppose donc à ce que le Parlement de l'État fédéral ou la législature des différentes provinces envisagent l'un et l'autre les questions que les religions peuvent soulever au cours d'un litige[143]. Toutefois, comme l'affirme la juge Deschamps, les juridictions canadiennes n'ont pas à « sanctionner les préceptes et engagements religieux […] L'adhésion du Canada au multiculturalisme et son attachement aux valeurs fondamentales que constituent la liberté de conscience et de religion et le droit à l'égalité garantissent à tous les Canadiens et Canadiennes que les tribunaux demeureront neutres devant les préceptes religieux[144]. »

Dès lors, dans le litige opposant Mme Bruker et M. Marcovitz, comment était-il possible de concilier cette faculté pour les juridictions canadiennes d'intervenir juridiquement en prenant en considération des faits religieux en vue d'en déduire des effets de droit tout en respectant en même temps la nécessaire « neutralité » des juridictions étatiques, neutralité dont le sens n'est pas des plus faciles à déterminer et dont la mise en œuvre est parfois des plus ardues ?

5.2 L'engagement de M. Marcovitz : une obligation contractuelle

Au regard des faits particuliers de la décision *Bruker* c. *Marcovitz*, au regard des spécificités du droit des contrats québécois, il me paraît incontestable que l'engagement pris par M. Marcovitz en octobre 1980 mettait à sa charge une obligation contractuelle, valide civilement. Bien sûr, et en cela les affirmations de la juge Deschamps aux paragraphes 102 et 184 sont justes, les juridictions canadiennes n'ont pas à devenir « le bras séculier » des ordres religieux en sanctionnant des règles religieuses[145]. En

provinciales). Dans les deux listes dressées par ces deux articles, la compétence sur les matières religieuses n'est pas envisagée, ce qui laisse penser qu'il s'agit d'une compétence partagée entre l'État fédéral et les provinces.

143. Pour l'étude des fondements constitutionnels organisant les rapports entre l'État fédéral canadien et les religions, voir l'ouvrage suivant : Margaret H. Ogilvie, *Religious Institutions and the Law in Canada*, 2e éd., Toronto, Irwin Law, 2003, p. 99-155.

144. *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 102.

145. *Id.*, par. 184 : « Je conclus en soulignant que l'approche réservée des tribunaux canadiens face aux préceptes religieux est, à mon avis, saine. Les droits civils naissent du droit positif, non du droit religieux. Si la violation d'un engagement religieux correspond aussi à la violation d'une obligation civile, les tribunaux peuvent jouer leur rôle civil. Les tribunaux ne doivent cependant pas être placés dans une situation où ils doivent sanctionner la violation des droits religieux. »

effet, en tant que tel, et cela dépasse la question de la constitutionnnalité de l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce* de 1985, il n'est pas possible pour des juridictions canadiennes d'imposer à un individu de suivre certaines règles de sa communauté de croyants. Une telle attitude des juridictions étatiques constituerait, d'une part, une atteinte à la liberté de religion de l'individu garantie constitutionnellement et, d'autre part, une ingérence dans un ordre juridique qui n'est pas celui de l'État et dont ce dernier est désormais distingué. Néanmoins, dans ce cas d'espèce, M. Marcovitz a choisi volontairement de s'engager à remettre le *get à* son épouse dans une entente sur les mesures accessoires à leur divorce. De ce fait, M. Marcovitz, par sa volonté, a incorporé des règles de nature religieuse à cette entente, instrument juridique leur conférant une nature contractuelle.

En outre, comme l'affirme la juge Abella et contrairement à l'analyse de la juge Deschamps, toutes les conditions nécessaires à la formation d'un contrat valide selon les règles du droit civil québécois ont été remplies. Pour reprendre la terminologie qu'emploie la Cour de cassation en France pour qualifier juridiquement des contrats composés d'obligations de nature religieuse et valides civilement[146], M. Marcovitz et Mme Bruker ont conclu un

146. Dans des litiges impliquant l'appréciation d'affaires internes à une communauté de croyants, le juge français ne se déclare pas incompétent. Au fil des décisions, il a même élaboré une méthode d'analyse particulière afin de prendre en considération les règles de la communauté religieuse tout en appliquant les règles de droit civil. Cette méthode jurisprudentielle particulière consiste à incorporer les règles religieuses dans un contrat distinct d'un contrat nommé : un contrat *sui generis*. Par exemple, en France, en principe, les relations particulières existant entre un ministre du culte, un moine ou une moniale et sa hiérarchie sont analysées comme un contrat synallagmatique *sui generis* dont la teneur des obligations qu'il contient est déterminée par référence aux règles religieuses en vigueur dans la communauté religieuse à laquelle ils appartiennent. Ainsi, dans la décision de la Cour de cassation du 13 mai 1958, (Cass. civ. 1re, 13 mai 1958, Bull. civ. 1958.I.789, no 260), pour arbitrer le conflit entre un évêque et un prêtre qui demandait à l'évêché le versement de subsides pour la période pendant laquelle il avait quitté le diocèse avec l'autorisation de son supérieur afin de poursuivre des études juridiques et d'exercer la profession de publiciste, la première chambre civile de la Cour de cassation a adopté un raisonnement en deux étapes. Premièrement, en se référant à l'analyse de la Cour d'appel de Nancy, la Cour de cassation a considéré « que le contrat qui se conclut, au moment de l'ordination du nouveau prêtre, entre ce dernier et son évêque, s'analyse du point de vue civil en un véritable contrat synallagmatique ou bilatéral, comportant des obligations réciproques, tel que le définit l'article 1102 du Code civil et que les obligations de l'une des parties trouvent leur cause dans les obligations de l'autre ». Deuxièmement, pour définir la teneur de ses obligations, la Cour s'est référée au canon 981 du *Code de droit canonique* (*Codex Iuris Canonici* (1917)) qui dispose « [qu']à condition que l'ordinand se consacre par serment au service perpétuel du diocèse ou de la mission, sous l'autorité de l'Ordinaire du lieu en fonction », celui-ci « doit accorder au prêtre, qu'il a promu au titre de service de l'Église ou de la mission, un bénéfice ou un office ou un subside suffisant pour assurer son honnête sustentation ».

contrat *sui generis* : ce contrat met à la charge de M. Marcovitz une obligation de faire déterminée et licite, à savoir remettre le *get* à son épouse dans un lieu et à un moment précis, devant le tribunal rabbinique et immédiatement après le prononcé du jugement conditionnel de divorce. Ce contrat a une cause non prohibée par la loi et non contraire à l'ordre public, les deux parties étant animées par le désir de mettre un terme à leur mariage religieux en suivant la procédure de leur communauté de croyants juive. Dès lors, en n'exécutant pas son obligation, c'est-à-dire en ne remettant pas le *get* à Mme Bruker devant le tribunal rabbinique après le jugement conditionnel de divorce, M. Marcovitz a engagé sa responsabilité contractuelle à l'égard de Mme Bruker justifiant que cette dernière puisse recevoir des dommages-intérêts en raison du défaut d'exécution de son ex-conjoint.

Toutefois, une fois la validité et le caractère exécutoire de l'entente reconnus, M. Marcovitz pouvait-il justifier de ne pas exécuter son obligation en invoquant des motifs métaphysiques fondés sur son droit à la liberté de religion ?

5.3 Le droit à la liberté de religion de M. Marcovitz : un argument inopérant pour se dégager de son obligation à l'égard de Mme Bruker

Depuis la décision rendue dans l'affaire *Syndicat Northcrest* c. *Amselem*[147], il est désormais acquis qu'un contractant peut refuser d'exécuter une obligation prévue à son contrat s'il est en mesure d'invoquer une atteinte à son droit à la liberté de religion garanti par la Charte canadienne et par la Charte québécoise. Il est établi que trois éléments essentiels[148] doivent être prouvés pour qu'une partie puisse s'exonérer de son obligation contractuelle pour des motifs religieux, éléments repris par la juge Abella[149] : 1) les croyances religieuses invoquées par la partie qui estime sa liberté de religion atteinte doivent être sincères ; 2) ses croyances doivent être entravées d'une manière plus que négligeable et insignifiante par l'obligation contractuelle mise en cause ; 3) la protection des croyances religieuses de la partie par le droit à la liberté de religion ne doit pas avoir d'incidence sur l'exercice des droits fondamentaux d'autrui, pas plus qu'elle ne doit porter atteinte à la sécurité, à l'ordre, à la santé ou aux mœurs publics.

147. *Syndicat Northcrest* c. *Amselem*, préc., note 7. Dans cette décision, il s'agissait de reconnaître la possibilité pour un cocontractant de ne pas respecter une obligation dans un contrat de copropriété interdisant l'édification de construction sur les balcons et donc de tentes de fortune, des *souccah*, pour célébrer la fête juive de *Soukot*.

148. *R.* c. *Big M Drug Mart Ltd.*, préc., note 99, par. 295 et 337 ; *R.B.* c. *Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, préc., note 91, par. 107 ; *Hôpital Sainte-Justine* c. *Giron*, [2002] R.D.F. 732, REJB 2002-32270 (C.S.).

149. *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 65 et suiv.

Je souscris pleinement à l'analyse que la juge Abella a pu faire des deux premiers critères. M. Marcovitz n'a pas formulé une croyance religieuse sincère pour ne pas exécuter son obligation contractuelle : il a plutôt manifesté que son attitude reposait sur le refus de Mme Bruker de lui accorder certains des avantages prévus dans leur entente de divorce[150]. De même, en l'espèce, ses croyances n'ont pas été entravées de manière plus que négligeable et insignifiante puisque l'obligation qu'il avait de remettre le *get* à son épouse résultait d'un engagement valide civilement auquel il avait pleinement et volontairement souscrit. Quant au troisième critère, je pense que, effectivement, même si M. Marcovitz avait eu une croyance religieuse sincère pour ne pas s'exécuter, même s'il avait été entravé de manière plus que négligeable et insignifiante dans l'exercice de sa liberté de religion par le respect de son engagement contractuel, il aurait été difficile pour lui de ne pas voir cette atteinte à sa liberté de religion justifiée par la nécessaire prise en considération des droits des tiers et par la protection d'un certain ordre public contractuel.

Premièrement, Mme Bruker avait un droit à la liberté de religion égal à celui de M. Marcovitz. Ce droit consistait notamment, pour elle, à pouvoir se remarier selon les lois et les rites de sa religion. Deuxièmement, comme les obligations contractuelles doivent être respectées, sauf dérogation justifiée et justifiable, il est difficile d'admettre que M. Marcovitz aurait pu ne pas exécuter son obligation de remettre le *get* à son épouse en invoquant des arguments religieux qu'il aurait pu faire prévaloir en 1980 pour ne pas signer l'entente et, de ce fait, ne pas incorporer de règles de nature religieuse dans le champ d'un contrat valide civilement. Bien sûr, M. Marcovitz aurait toujours pu invoquer une situation religieuse nouvelle justifiant finalement son impossibilité à s'exécuter sans que soit atteinte sa liberté de religion. Or, dans ce cas, n'aurait-il pas été possible de lui opposer que l'engagement qu'il avait pris de remettre le *get* à son épouse en 1980 constituait une renonciation volontaire à l'exercice de son droit à la liberté de religion, limitée dans le temps — seulement après le jugement conditionnel de divorce — et limitée par son objet — seulement en lien avec la remise du *get* à Mme Bruker[151] ?

Au regard du raisonnement juridique, je souscris donc parfaitement à la décision prise par la juge Abella. Toutefois, j'exprimerai des réserves sur certaines de ses motivations qui, à terme, si elles justifiaient une nouvelle

150. *Id.*, par. 27.

151. Dans la décision *Syndicat Northcrest* c. *Amselem*, préc., note 7, par. 100 et 101, il est important de noter que le juge Iacobucci introduit l'idée qu'il est possible de renoncer dans un contrat à un droit fondamental comme le droit à la liberté de religion si cette renonciation est volontaire et formulée en termes clairs, précis et explicites.

tendance jurisprudentielle de la Cour suprême, pourraient conduire les juges à sortir de leur « neutralité » en matière religieuse et à s'écarter d'une « juste » intervention en matière religieuse. Dans l'affaire *Bruker* c. *Marcovitz*, la juge Abella a rappelé à plusieurs reprises la nécessité d'encadrer la liberté de religion par des limites qu'il convenait, selon elle, d'apprécier *in concreto*, par l'analyse et le respect de la complexité des faits de chaque cas d'espèce[152]. Cependant, dans cette décision, sa manière de traiter les faits de l'espèce et certains passages de son jugement indiquent chez elle une tendance à vouloir tendre de plus en plus vers une analyse *in abstracto* des limites posées à la liberté de religion. Pour elle, la Charte peut devenir un outil contenant des « valeurs canadiennes fondamentales[153] » que les juges pourraient utiliser « pour veiller à ce que les membres de la société canadienne ne soient pas arbitrairement défavorisés en raison de leur religion[154] ». Comme l'analyse très justement mon collègue, Patrick Taillon, dans son commentaire[155], la juge Abella, dans bien des passages de sa décision, évolue vers une conception plus républicaine des libertés contenues dans la Charte canadienne, en faisant de cette dernière un outil pour protéger la personne humaine contre toute forme d'oppression, notamment celle qui peut résulter de son appartenance religieuse. À bien des égards, cette nouvelle compréhension du rôle de la Charte canadienne est critiquable.

Premièrement, cette compréhension élargit de façon contestable le champ d'application de la Charte canadienne. En effet, la théorie générale qui sous-tend l'application de cette dernière consiste « [à] savoir que l'État respectera les choix de chacun et, dans la mesure du possible, évitera de subordonner ces choix à toute conception particulière d'une vie de bien[156] ». La Charte canadienne permet aux individus de prendre « des décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État[157] », en

152. *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 2, 20 et 78.
153. *Id.*, par. 2.
154. *Id.*, par. 19 :

> C'est aux tribunaux que les législateurs partout au pays ont confié la tâche de concilier les revendications, hautement personnelles, des droits religieux et l'intérêt public, plus général. Il s'agit d'une fonction bien acceptée que les commissions des droits de la personne exercent depuis des dizaines d'années en vertu des lois fédérales et provinciales, et que les juges exercent depuis vint-cinq ans en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour veiller à ce que les membres de la société canadienne ne soient pas arbitrairement défavorisés en raison de leur religion.

155. Voir *supra*, la partie 4 du présent texte.
156. C'est la position de la juge Bertha Wilson exprimée dans la décision *R.* c. *Morgentaler*, préc., note 127, par. 229.
157. *Id.*, par. 228.

dressant « une barrière invisible[158] » entre le gouvernement et le législateur, d'un côté, et la société civile, de l'autre côté.

En matière religieuse, la Charte canadienne a été utilisée pour préserver la sphère d'autonomie des individus certes, mais aussi des communautés de croyants, les juges s'efforçant toujours dans un litige de ne pas apprécier les doctrines ou les règles des communautés de croyants[159]. D'ailleurs, comme le rappelle à juste titre la juge Deschamps[160], c'est cette volonté de non-ingérence de l'ordre juridique au sein des ordres juridiques religieux qui a conduit à une appréciation subjective de l'identité religieuse des parties par les juges de la Cour suprême. Or, dans l'affaire *Bruker* c. *Marcovitz*, certains passages rédigés par la juge Abella semblent sous-entendre que la Charte canadienne et notamment les valeurs de dignité et d'égalité entre les sexes qu'elle contient pourraient être utilisées pour venir en aide aux femmes juives victimes « [d']une indignité injustifiée » en raison du refus de leur ex-époux de leur remettre le *get*[161].

Par cette approche, le juge Abella délaisse le pluralisme d'arbitrage et le pluralisme d'harmonisation qui caractérisent le droit canadien et qui s'efforcent de distinguer au mieux les sphères de compétence de l'État de celle des religions et même des individus. La juge Abella, dans sa décision, opte plutôt pour un pluralisme de conflit qui met en tension l'ordre temporel et les ordres religieux et qui tend à faire de l'individu l'objet du conflit entre les deux ordres[162]. Cette nouvelle perspective ne correspond pas, selon moi, à une « juste » intervention en matière religieuse. Elle pourrait, en effet, avoir deux effets néfastes dans les litiges de nature religieuse : les juges pourraient en arriver à préjuger des faits de ces litiges en les envisageant d'emblée comme la nécessaire résolution de l'incompatibilité entre l'ordre temporel et les ordres religieux ; les juges pourraient aussi en venir à ne plus traiter toutes les religions de la même manière en portant des jugements de valeur sur les différentes communautés de croyants, voire même en les hiérarchisant en fonction de leurs doctrines et de leurs règles ainsi que de leur compatibilité avec les « valeurs canadiennes fondamentales ».

---

158. *Id.*, par. 226 : « Ainsi, les droits garantis par la Charte érigent autour de chaque individu, pour parler métaphoriquement, une barrière invisible que l'État ne sera pas autorisé à franchir. Le rôle des tribunaux consiste à délimiter, petit à petit, les dimensions de cette barrière. »
159. Voir les propos de la juge Deschamps, dans l'affaire *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 132.
160. *Id.*, par. 131.
161. *Id.*, par. 81 et 82.
162. Sur la distinction entre le pluralisme de conflit, d'arbitrage et d'harmonisation, voir : Christelle Landheer-Cieslak, « Jupiter, Hercule et Minerve : trois modèles d'élaboration du droit des croyants par le juge étatique », (2006) 47 *C. de D.* 623.

Par cette approche, la juge Abella tend également à remettre en cause la distinction entre l'ordre temporel et l'ordre spirituel en donnant le sentiment que la Charte canadienne peut servir d'outil pour s'immiscer au sein des traditions religieuses en vue de les réformer de l'extérieur, notamment sur les questions relatives aux femmes. Une telle tendance, si elle devait se confirmer, risquerait de porter atteinte à la distinction affirmée par les juges de la Cour suprême entre l'ordre temporel et l'ordre spirituel, à leur intervention prudente dans les litiges de nature religieuse ainsi qu'à l'intégrité des traditions religieuses en remettant en cause leur spécificité historique, les particularités de leur fonctionnement, leur dynamique interne et surtout les spécificités de leur expression dans chaque cas concret s'exprimant par l'entremise du vécu toujours très particulier des parties mises en cause.

Par cette approche, enfin, la juge Abella, en voulant faire de la Charte canadienne un outil au service des femmes juives atteintes dans leur dignité au sein de leur communauté par la non-remise du *get* par leur conjoint, intervient paradoxalement dans la sphère d'autonomie dont bénéficient les femmes adultes en matière religieuse. En effet, devant un traitement qu'elle juge contestable au sein de sa communauté de croyants, une femme adulte devrait pouvoir faire un choix : quitter sa communauté de croyants pour une autre communauté en raison de son opposition aux valeurs et aux règles qui y sont exprimées ou agir et œuvrer au sein de cette même communauté pour obtenir les transformations qu'elle juge nécessaires en usant des règles et de la cohérence interne de son propre groupe religieux ainsi que des multiples courants de pensée inhérents à toute tradition religieuse comme à toute autre tradition humaine. L'autonomie des femmes en matière religieuse n'est pas mieux protégée, me semble-t-il, par les interventions des juridictions étatiques fondées sur des analyses juridiques de la Charte canadienne et portant sur des questions qui relèvent directement de la compétence des ordres juridiques religieux. Les juges se doivent bien sûr de corriger les discriminations fondées sur le sexe et de sanctionner les atteintes à la dignité et à l'intégrité des personnes humaines, que ces discriminations ou ces atteintes soient ou non la conséquence de comportements fondés sur des motifs religieux. Cependant, les juges ne peuvent intervenir que sur des matières qui relèvent légitimement de leur compétence, comme le « chantage » du conjoint juif au cours de la procédure du divorce civil ou les contraintes de nature religieuse exercées par un ex-conjoint pour éviter le remariage civil de son ex-conjointe. Les juges ne peuvent intervenir qu'en évaluant les actes et leurs conséquences concrètes sur les personnes humaines sans interpréter les motifs religieux invoqués. En aucun cas, leur intervention ne peut porter directement sur les doctrines et les règles religieuses, surtout, de surcroît, si celles-ci ne sont pas envisagées selon les

spécificités de leur expression dans chaque cas d'espèce. C'est alors que l'intervention des tribunaux deviendrait une ingérence.

Deuxièmement, la compréhension que la juge Abella retient de la Charte canadienne peut avoir pour conséquence de créer une hiérarchisation des libertés et droits fondamentaux *in abstracto* en raison de choix de valeurs *a priori*. Or, jusqu'à présent, en la matière, les juges de la Cour suprême ont toujours fait le choix de distinguer l'articulation théorique des libertés et droits fondamentaux de leur articulation pratique. Par exemple, au Canada, d'un point de vue théorique, il n'existe aucune hiérarchie *a priori* entre le droit à l'égalité, le droit à la dignité et le droit à la liberté de religion. C'est au juge qu'il revient, dans chaque cas d'espèce, de réaliser une articulation, voire une hiérarchisation *ad hoc* des droits fondamentaux en présence au regard de la complexité et de la spécificité de faits. Cette absence de hiérarchisation *a priori* des libertés et droits fondamentaux, même si elle laisse aux juges une large part d'appréciation qui peut parfois être difficile à réaliser dans certains litiges, présente un double avantage : d'une part, d'un point de vue théorique, elle permet d'insister sur l'égale importance des libertés et droits fondamentaux pour permettre à la personne humaine d'exister, d'être respectée et d'être protégée de même que de pouvoir se réaliser ; d'autre part, d'un point de vue pratique, elle permet de réaliser un agencement, une articulation, une hiérarchisation des libertés et droits fondamentaux telle que le cas concret l'exige. Cependant, la juge Abella semble sous-entendre, dans cette décision, qu'il pourrait exister, dans tous les litiges relatifs au *get*, une hiérarchie *a priori* entre le droit à l'égalité, le droit à la dignité et le droit à la liberté de religion au profit des deux premiers droits. Certaines formulations, dans son jugement, laissent sous-entendre, en effet, que le droit à la dignité et le droit à l'égalité des femmes juives pourraient venir borner *a priori* la revendication par leur ex-conjoint de leur droit à la liberté de religion. Ainsi, au paragraphe 92, selon la juge Abella, c'est le choix de l'ordre juridique canadien de protéger l'égalité et la dignité des femmes juives envisagées de manière abstraite qui semble venir justifier que M. Marcovitz ne puisse pas revendiquer son droit à la liberté de religion pour ne pas avoir respecté son engagement de remettre le *get* à son ex-épouse en 1980[163]. Dans cette décision, ce n'est pas au terme d'une analyse *in concreto* concluant à la nécessité, en l'espèce, de faire prévaloir le droit à la dignité et le droit à l'égalité en matière religieuse de Mme Bruker sur le droit à la liberté de religion de M. Marcovitz que la juge

163. Voir les propos de la juge Abella, dans l'affaire *Bruker* c. *Marcovitz*, préc., note 1, par. 92.

Abella fonde sa décision, ce qui correspondrait davantage, à mon avis, à une « juste » intervention judiciaire en matière religieuse.

Dans l'affaire *Bruker* c. *Marcovitz*, le dispositif et le raisonnement juridique de la juge Abella sont pertinents : les juridictions canadiennes peuvent se saisir des litiges relatifs au *get* ; l'engagement de M. Marcovitz est une obligation contractuelle exécutoire ; ce dernier ne pouvait s'en exonérer en invoquant son droit à la liberté de religion. Toutefois, bien que, dans ce litige, la juge Deschamps dresse une frontière un peu trop haute entre l'ordre juridique étatique et les ordres juridiques religieux, c'est à juste titre qu'elle souligne que la position majoritaire dans l'affaire *Bruker* c. *Marcovitz* peut conduire les juges canadiens à sortir de leur neutralité sur les questions de nature religieuse. Dans cette affaire, l'approche parfois trop systématique proposée par la juge Abella pourrait présenter certains dangers : premièrement, les juges pourraient véhiculer une certaine conception de bien au sein de la société civile et, alors que la Charte canadienne avait pour projet de préserver l'autonomie de cette dernière, ce serait les juges qui, eux-mêmes, viendraient l'atteindre en se voulant les défenseurs d'une certaine conception de la « personne humaine libre », de la « femme adulte libre » ; deuxièmement, des citoyens canadiens pourraient se sentir en tension entre le droit de leur religion et le droit de l'État, situation potentiellement préjudiciable à la cohésion de la société canadienne ou de la société québécoise, riches de tant de diversités qu'elles soient religieuses, culturelles ou autres ; troisièmement, les juges pourraient préjuger des litiges de nature religieuse en accordant une moins grande importance à l'analyse des faits ou en en faisant une lecture trop systématique et trop systématisée, ce qui les amènerait à négliger ainsi les « passions » des parties à apaiser dans ce type de litige comme dans tout autre type de litige.

Au sein de la société canadienne, comme dans toute autre société, les tensions de nature religieuse touchent à la complexité de l'identité des personnes humaines, à leur histoire personnelle, à leur sensibilité, à leur manière unique de répondre à des souffrances ou à des questions métaphysiques profondes. De ce fait, elles peuvent déchaîner très facilement les passions. En conséquence, il serait plus sage pour les juges canadiens de s'efforcer de ne pas y participer et de rendre des décisions en quête d'une « juste » intervention judiciaire. Une telle intervention devrait, entre autres, se fonder de manière rigoureuse sur le droit étatique ainsi que sur des analyses pondérées, pacificatrices et respectueuses de la complexité des faits de chaque litige de nature religieuse. Elle pourrait également rappeler la nécessité de protéger la personne humaine tout en reconnaissant la diversité des traditions religieuses ainsi que la légitimité des quêtes religieuses contemporaines protégées par la liberté de religion.

Conclusion

Il est des décisions qui, par la complexité de leur objet, par la pertinence de leurs faits ou par leurs enjeux axiologiques, transcendent les clivages du droit et interrogent le système juridique en profondeur. Tel est le cas de la décision rendue dans l'affaire *Bruker* c. *Marcovitz* que nous avons voulu saisir au sein de la Faculté de droit de l'Université Laval en recourant à une pluralité de regards juridiques. En tant que privatiste ou en tant que publiciste, chaque personne ayant collaboré à la présente note a pu envisager cette décision sous un angle particulier : celui des conflits de loi, de l'analyse féministe du droit ou des libertés et droits fondamentaux. Il a aussi été possible de la remettre en question en réfléchissant aux limites générales et aux limites particulières à la liberté de religion de même qu'au sens de toute intervention judiciaire en matière religieuse.

L'affaire *Bruker* c. *Marcovitz* remettait en question l'application du droit étatique, ses valeurs et leur mise en œuvre en matière religieuse. Cette décision posait la question de l'existence et de la validité d'un contrat contenant des obligations de nature religieuse : pour plusieurs d'entre nous, l'obligation signée au moment du divorce par M. Marcovitz de remettre le *get* à son épouse était une obligation contractuelle exécutoire, non contraire à l'ordre public (Alain Prujiner, Louise Langevin, Christelle Landheer-Cieslak). Cette décision posait également la question de la reconnaissance du droit à l'égalité des femmes en matière religieuse. Pour notre collègue Louise Langevin, la protection de ce droit est maintenant mieux assurée par la décision rendue dans l'affaire *Bruker* c. *Marcovitz* qui constitue une avancée intéressante, notamment pour la protection des droits des femmes juives. Pour notre collègue Louis-Philippe Lampron, il ne s'agissait que d'une tentative timide, bien peu prometteuse. Cette décision posait enfin la question de l'intervention judiciaire en matière religieuse, notamment pour définir les limites à la liberté de religion. Ainsi, la mise en évidence de ces limites venait de prendre une perspective toute nouvelle en évoluant vers une détermination plus abstraite (Louise Langevin, Patrick Taillon, Louis-Philippe Lampron, Christelle Landheer-Cieslak). Pour notre collègue Louise Langevin, cette évolution jurisprudentielle méritait d'être bien accueillie. Pour d'autres, elle ne pouvait l'être qu'avec réserve parce que trop insuffisante (Louis-Philippe Lampron) ou trop importante (Christelle Landheer-Cieslak).

Nos différents regards juridiques, loin d'épuiser l'entière analyse de la matière de cette décision, traduisent donc plusieurs manières de l'interpréter en considération du droit, en général, et en considération du droit des religions, en particulier. Au-delà de leur divergence, ces différents regards juridiques convergent toutefois vers un même constat : l'affaire *Bruker* c.

Marcovitz, comme tous les litiges de nature religieuse, pousse les juristes étatiques dans leurs retranchements en leur demandant de mettre en œuvre leur savoir-faire juridique tout en réalisant un difficile arbitrage entre une pluralité de valeurs : celles qui leur sont propres, celles qui ont été exprimées par les parties, celles de leur ordre juridique, celles des communautés de croyants et, enfin, celles de la société dans son ensemble.