

L'égalité des identités religieuses : principe ou finalité pour les juges français et québécois de droit civil?

Christelle Landheer-Cieslak

Volume 47, numéro 2, 2006

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043887ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043887ar>

[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 cet article

Landheer-Cieslak, C. (2006). L'égalité des identités religieuses : principe ou finalité pour les juges français et québécois de droit civil? *Les Cahiers de droit*, 47(2), 239–317. <https://doi.org/10.7202/043887ar>

Résumé de l'article

Dans les textes constitutionnels et quasi constitutionnels français et québécois, la notion d'égalité présente un double sens : un sens formel qui fait de l'égalité un principe au fondement de l'application de la règle de droit ; un sens matériel qui fait de l'égalité une finalité de l'application de la règle de droit.

Ce double sens de l'égalité n'est pas accueilli de manière semblable par les juges français et québécois de droit civil. Pour le juge français, l'égalité n'est ni un principe ni une finalité de la règle de droit civil : ce juge traite de manière différenciée les identités religieuses, en favorisant celles qui s'enracinent dans une « religion » et en déniaient celles qui reposent sur une « secte ». Au contraire, pour le juge québécois, l'égalité est un principe et une finalité de la règle de droit : tout en s'imposant un traitement uniforme des différentes identités religieuses, ce juge reconnaît, toutefois, sur le fondement du droit à l'égalité, la possibilité de favoriser certaines identités religieuses, minoritaires sur le territoire national.

En fait, la défiance du juge français à l'égard de la différence des identités religieuses l'incite à la contrôler en organisant un régime différencié des cultes, alors que le désir du juge québécois de préserver la différence des identités religieuses le conduit à intervenir pour la préserver en affirmant et en assurant l'égale expression de chacune des identités religieuses au sein de la société.

L'égalité des identités religieuses : principe ou finalité pour les juges français et québécois de droit civil ?

Christelle LANDHEER-CIESLAK*

Dans les textes constitutionnels et quasi constitutionnels français et québécois, la notion d'égalité présente un double sens : un sens formel qui fait de l'égalité un principe au fondement de l'application de la règle de droit ; un sens matériel qui fait de l'égalité une finalité de l'application de la règle de droit.

Ce double sens de l'égalité n'est pas accueilli de manière semblable par les juges français et québécois de droit civil. Pour le juge français, l'égalité n'est ni un principe ni une finalité de la règle de droit civil : ce juge traite de manière différenciée les identités religieuses, en favorisant celles qui s'enracinent dans une « religion » et en déniaient celles qui reposent sur une « secte ». Au contraire, pour le juge québécois, l'égalité est un principe et une finalité de la règle de droit : tout en s'imposant un traitement uniforme des différentes identités religieuses, ce juge reconnaît, toutefois, sur le fondement du droit à l'égalité, la possibilité de favoriser certaines identités religieuses, minoritaires sur le territoire national.

En fait, la défiance du juge français à l'égard de la différence des identités religieuses l'incite à la contrôler en organisant un régime différencié des cultes, alors que le désir du juge québécois de préserver la différence des identités religieuses le conduit à intervenir pour la préserver en affirmant et en assurant l'égale expression de chacune des identités religieuses au sein de la société.

* Professeure, Faculté de droit, Université Laval.

The notion of equality has a dual meaning in French and Quebec constitutional and quasi constitutional texts: a formal meaning, which establishes equality as a founding principle for the application of the rule of law; a material meaning whereby equality is a purpose of the application of the rule of law.

French and Quebec civil law judges do not accept this dual meaning of equality in the same way. For the French judge, equality is neither a founding principle nor a purpose of the civil rule of law: his treatment will differentiate between religious identities, by favouring those which are rooted in a « religion » and by denying those which stem from a « sect ». On the other hand, for the Quebec judge, equality is a founding principle and a purpose of the rule of law: while taking it upon himself to treat different religious identities equally, he will nonetheless recognize, on the basis of the right to equality, the possibility of favouring certain religious identities which are minorities on the nation's territory.

In fact, the French judge's distrust of the difference between religious identities prompts him to control it by organizing a system of different cults, whereas the Quebec judge's wish to preserve the difference between religious identities, brings him to intervene in order to preserve it, while asserting and insuring the equal expression of each religious identity within society.

	<i>Pages</i>
1 L'égalité et la différence des identités religieuses dans les textes juridiques	248
1.1 Le sens constitutionnel et quasi constitutionnel de l'égalité en France et au Québec.....	248
1.1.1 Le sens formel de l'égalité ou l'égalité comme principe	248
1.1.1.1 La description du sens formel de l'égalité	248
1.1.1.2 L'effet juridique du sens formel de l'égalité.....	249
1.1.2 Le sens matériel de l'égalité ou l'égalité comme finalité	250
1.1.2.1 La description du sens matériel de l'égalité	250
1.1.2.2 L'effet juridique du sens matériel de l'égalité.....	252
1.2 La réception de l'égalité dans les codes civils français et québécois	252
1.2.1 Le <i>Code civil</i> français: un code civil universel fondé sur l'égalité formelle.....	253

1.2.1.1	Des actes de l'état civil pour tous, sous la seule emprise du pouvoir étatique.....	253
1.2.1.2	Un mariage civil obligatoire pour tous, organisé par les seules règles étatiques	255
1.2.2	Le <i>Code civil du Québec</i> : un code civil de primauté entre égalité formelle et matérielle	257
1.2.2.1	Le Code civil québécois, un code marqué par l'affirmation de l'égalité formelle.....	258
1.2.2.2	Le Code civil québécois, un code civil de primauté reconnaissant l'égalité matérielle	265
2	L'égalité et le choix jurisprudentiel du traitement différencié des identités religieuses	269
2.1	En France: un traitement différencié fondé sur la négation de l'égalité	269
2.1.1	La négation de l'égalité lors de la reconnaissance positive des identités religieuses	269
2.1.1.1	La protection des identités religieuses fondées sur une religion	270
2.1.1.2	Le refus de protéger les identités religieuses fondées sur une secte.....	274
2.1.2	La négation de l'égalité lors de la reconnaissance négative des identités religieuses	277
2.1.2.1	Le contrôle <i>in concreto</i> des effets négatifs de l'appartenance à une religion	277
2.1.2.2	Le contrôle <i>in abstracto</i> des effets négatifs de l'appartenance à une secte.....	280
2.2	Au Québec: un traitement différencié fondé sur le respect strict de l'égalité.....	287
2.2.1	Le respect de l'égalité formelle et l'uniformisation du traitement des identités religieuses.....	287
2.2.1.1	La protection de principe de toutes les identités religieuses par le droit à l'objection de conscience.....	287
2.2.1.2	L'uniformisation du contrôle des effets négatifs de la religion des parties	293
2.2.2	Le respect de l'égalité matérielle et la correction des inégalités entre les identités religieuses.....	295
2.2.2.1	La reconnaissance d'un droit à l'égalité en matière religieuse pour tout croyant.....	295
2.2.2.2	Le droit à un accommodement raisonnable pour tout croyant, corollaire de droit à l'égalité en matière religieuse....	299
3	L'égalité et les modèles de réactions du juge à la différence des identités religieuses	304
3.1	Le modèle français ou l'inquiétude à l'égard de la différence des identités religieuses.....	304
3.1.1	Le juge français: un juge qui hiérarchise les identités religieuses	304
3.1.1.1	La mise en évidence de la hiérarchie des appartenances religieuses	305

3.1.1.2	Les conséquences de la hiérarchie des appartenances religieuses	306
3.1.2	Le juge français : un juge qui contrôle la différence des identités religieuses	310
3.1.2.1	La défiance du juge français à l'égard de la différence des identités religieuses	310
3.1.2.2	Les conséquences de la défiance du juge français	310
3.2	Le juge québécois ou le désir de préserver la différence des identités religieuses	311
3.2.1	Le juge québécois : un juge qui assure l'égalité concrète des identités religieuses	311
3.2.1.1	La reconnaissance de toutes les identités religieuses par le juge québécois de droit civil	312
3.2.1.2	L'égal droit des sentiments d'identité religieuse à exister et à s'exprimer au sein de la société	312
3.2.2	Le juge québécois : un juge qui protège la différence des identités religieuses	313
3.2.2.1	Un effort de conciliation entre les différentes identités religieuses	313
3.2.2.2	La recherche d'un équilibre entre le retrait et l'intervention en matière religieuse	314
Conclusion		316

*Admettre l'égalité des hommes, c'est poser en face de moi
un être qui m'est équivalent, qui s'affirme à côté de moi,
sur lequel je ne peux rien entreprendre.
Dans l'égalité, il y a l'altérité.*
Gabriel MADINIER¹

Depuis le XVIII^e siècle, la référence à l'égalité est devenue incontournable dans la plupart des textes constitutionnels occidentaux. Chaque individu, dans ces textes constitutionnels, est reconnu égal à autrui, quelles que soient ses caractéristiques particulières (son origine sociale, sa fortune, son rang, sa couleur, ses opinions politiques et religieuses, son sexe, son orientation sexuelle, ses handicaps, etc.). Chaque individu, dans ces textes constitutionnels, bénéficie de la reconnaissance de sa dignité en tant qu'être humain, la reconnaissance de cette dignité première transcendant, à première vue, toutes les différences. Dans une telle perspective, l'égalité est

1. G. MADINIER, *Conscience et amour. Essai sur le « nous »*, coll. « Bibliothèque de philosophie contemporaine », 2^e éd., Paris, PUF, 1947.

affirmée comme une valeur fondamentale qui repose sur le choix collectif de retenir avant tout, devant les différences profondes qui marquent les êtres humains, leur caractéristique commune, soit leur appartenance à une même humanité. La France et le Québec participent de cette inspiration générale : leurs textes constitutionnels et quasi constitutionnels consacrent la notion d'égalité et posent comme valeur fondamentale l'égalité des êtres humains, quels que soient les éléments extérieurs qui les différencient.

Parmi les différentes caractéristiques qui distinguent les êtres humains, il en est une particulière que le présent article se propose d'étudier : la religion. En effet, parfois, il peut se produire que le socle solide de l'individu que constitue son identité personnelle s'enracine dans une religion, c'est-à-dire dans une représentation métaphysique de l'humanité et du monde selon laquelle il entretient des liens étroits avec « un au-delà de la réalité sensible » qui détermine son salut et les perspectives eschatologiques de son existence². Selon une telle approche, l'individu considère que son identité repose sur la croyance en un dieu ou en des puissances surnaturelles, créatrices et ordonnatrices de l'Univers, qui déterminent le rôle et la place qu'il doit prendre au sein de sa famille, de sa communauté et de la société qui l'entoure. L'individu manifeste alors, aux yeux des autres, une identité religieuse particulière qui s'exprime à travers des caractéristiques diverses comme ses valeurs morales, ses habitudes alimentaires et vestimentaires et le plus souvent, également, par un sentiment d'appartenance pour une communauté particulière s'organisant autour de règles et de pratiques singulières et se structurant ou non sous la forme d'une église.

La différence des identités religieuses³ est une des caractéristiques des sociétés française et québécoise. Depuis longtemps, en France et au Québec,

2. Cette définition a été élaborée à partir de celle qui a été proposée par S. COTTA, « Droit et religion : entre « clos » et « ouvert » », (1993) 38 A.P.D. 147-154.

3. Dans le présent article, nous préférons parler de la « différence religieuse » plutôt que du « pluralisme religieux ». Ce choix nous a semblé pertinent à la suite d'une discussion avec Pauline Côté, professeure au Département de science politique de la Faculté des sciences sociales de l'Université Laval, discussion au cours de laquelle elle nous a exposé la distinction qu'elle établit entre ces deux notions. En effet, selon Pauline Côté, alors que la référence au « pluralisme religieux » renvoie à l'aspect positif de la diversité religieuse (la pluralité des valeurs, des normes des croyances, des habitudes et des styles de vie), la notion de « différence religieuse » se réfère plutôt à son aspect négatif, c'est-à-dire lorsque la diversité religieuse conduit à des clivages culturels, sociaux, religieux et politiques significatifs pour toute la population ou une partie de celle-ci. Or, il est incontestable que, lors du traitement des revendications religieuses par les juges français et québécois de droit civil, la question qui leur est posée par les parties au litige concerne davantage la « différence religieuse », le plus souvent à la source du contentieux, que le « pluralisme religieux ». C'est la raison pour laquelle nous avons retenu ici l'expression « différence religieuse ».

coexistent à côté de l'identité religieuse majoritaire catholique des identités protestante, orthodoxe ou juive dont l'égale légitimité d'expression a été affirmée en France en 1789 par la reconnaissance de la liberté des opinions religieuses⁴ et au Québec en 1851 par la reconnaissance de la liberté des cultes⁵. Toutefois, à ces différentes identités religieuses traditionnellement installées en France et au Québec, apprenant au fil des siècles à coexister, sont venues s'adjoindre depuis le début du xx^e siècle de nouvelles identités religieuses, ce qui accentue encore la différence des identités religieuses au sein des populations française et québécoise. Ainsi, à la suite de l'immigration relativement massive des communautés maghrébines, sont venus s'installer, en France et au Québec, des musulmans dont la religion, l'Islam, ne se structure pas en église et qui n'envisagent pas les rapports entre l'État et la religion de manière semblable aux communautés chrétiennes traditionnellement présentes dans ces deux sociétés. En outre, à la suite de la sécularisation de la société française et de la société québécoise, marquée notamment par le relâchement de l'attachement des croyants aux églises instituées que sont l'Église catholique, l'Église orthodoxe ou les Églises luthériennes et calvinistes, sont apparues de nouvelles identités religieuses s'enracinant dans de nouveaux mouvements religieux, le plus souvent qualifiées de «sectes». En effet, depuis une quarantaine d'années, se sont formés de nouveaux groupements religieux volontaires aux adhésions religieuses radicales, réunissant des convertis sur une base contractuelle, qui se considèrent comme les élus d'un dessein religieux précis⁶. La particularité de cet élitisme religieux est qu'il conduit ces nouvelles communautés religieuses à former de véritables contre-sociétés, qui refusent les croyances et les pratiques des traditions religieuses instituées ainsi que généralement les valeurs de la société environnante.

4. Article 10 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789: «[N]ul ne peut être inquiété pour ses opinions même religieuses, pourvu que leurs manifestations ne troublent pas l'ordre public établi par la loi.»

5. *Acte pour abroger cette partie de l'Acte du Parlement de la Grande-Bretagne passé dans la trente-unième année du Règne du Roi George Trois, chapitre trente-un, qui se rapporte aux Rectoreries et à la nomination des titulaires à icelles, et pour d'autres fins liées aux dites Rectoreries*, 1850-51, 14 et 15 Vict., c. 175: «[...] que le libre exercice et la jouissance de la profession et du culte religieux, sans distinction ni préférence, mais de manière à ne pas servir d'excuse à des actes d'une licence outrée, ni de justification de pratiques incompatibles avec la paix et la sûreté de la province, sont permis par la constitution et les lois de cette province à tous les sujets de Sa Majesté en icelle.»

6. Ces caractéristiques principales des «sectes» sont exposées dans l'encyclopédie philosophique suivante: A. JACOB (dir.), *Encyclopédie philosophique universelle*, t. 2: «Les notions philosophiques», Paris, PUF, 1990, p. 2331, s.v. «Secte».

Depuis le début du xx^e siècle, à la diversité des identités religieuses chrétienne et juive, sont donc venues s'adjoindre, en France et au Québec, des identités religieuses «nouvelles» : nouvelles parce que, comme l'identité religieuse musulmane, elles participent d'une culture religieuse distincte de celle qui a été héritée du christianisme et du judaïsme, influant fortement sur la pensée occidentale et plus particulièrement sur les sociétés française et québécoise⁷ ; nouvelles également parce qu'elles sont fondées sur des révélations contemporaines suscitant des communautés de croyants peu structurées et reposant sur une religiosité encore très émotionnelle⁸. Pour être complet, il faudrait également ajouter les sikhs, les bouddhistes, les taoïstes et bien d'autres identités religieuses minoritaires existant sur le territoire national de la France et du Québec, ce qui accentue encore la description de ce tableau très impressionniste de la différence des identités religieuses dans ces deux pays.

La très grande diversité des identités religieuses, en offrant un large éventail de représentations du monde et de modes d'appréhension de l'existence humaine, représente une richesse incontestable des sociétés française et québécoise. Cependant, en raison des aspirations propres à chacune de ces identités, la différence des identités religieuses est à la source de questions juridiques particulières. Premièrement, cette différence est-elle une réalité sociale qu'un ordre juridique doit organiser pour y apporter des réponses juridiques claires et univoques ou, au contraire, est-elle une réalité

7. Voir, par exemple, l'ouvrage de M. GAUCHET, *Le désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*, coll. «Bibliothèque des sciences humaines», Paris, Gallimard, 1985, dans lequel il soutient l'idée que le christianisme est à la source de la sécularisation des sociétés occidentales, c'est-à-dire du processus historique par lequel, progressivement, le séjour des êtres humains s'est construit hors de la dépendance divine. L'hypothèse originale de l'auteur est que le christianisme serait «la religion de la sortie de la religion», c'est-à-dire la religion qui aurait permis la reconstruction du séjour des êtres humains en dehors de la dépendance divine, en marquant l'avènement d'un être occidental, libre de ses propres choix et autonome.

8. Une des caractéristiques de ces communautés religieuses est de s'accommoder difficilement de la rationalité moderne. Elles affirment le primat du sentiment sur la raison, et c'est en leur sein que se développe «une religiosité émotionnelle», c'est-à-dire une nouvelle forme de religiosité qui se manifeste dans des groupes religieux volontaires, qui soutiennent l'importance des sens et du corps dans la vie spirituelle, qui refusent toute intellectualisation des croyances et qui sont fondés non sur l'idée d'obligation mais sur le désir et l'attachement affectif des individus à un groupe, voire à un individu charismatique de ce groupe. Voir les développements de deux sociologues des religions sur «la religiosité émotionnelle» : F. CHAMPION, «Religieux flottant, éclectisme, syncrétismes», dans J. DELUMEAU (dir.), *Le fait religieux*, Paris, Fayard, 1993, p. 745-749 ; D. HERVIEU-LÉGER, «Vers un christianisme de communautés émotionnelles», dans M. CLEVENOT (dir.), *L'état des religions dans le monde*, Paris, La Découverte-Le Cerf/Montréal, Boréal Express, 1987, p. 507-509.

sociale dont l'organisation ne relève pas de la compétence étatique mais exclusivement de l'autonomie privée ? Deuxièmement, face à la différence des identités religieuses, si un ordre juridique fait le choix d'intervenir, doit-il les reconnaître toutes, c'est-à-dire accepter de les prendre toutes en considération pour en déduire des effets juridiques particuliers en faveur ou au détriment des individus qui ont choisi de faire reposer leur identité personnelle sur une religion particulière ? Enfin, face à une tension entre deux individus se fondant sur la différence de leur religion, un ordre juridique doit-il faire prévaloir une religion sur une autre ? Ensuite, si tel est son choix, sur quels critères peut-il s'appuyer ? Bien évidemment, l'ensemble de ces questions, du point de vue des ordres juridiques français et québécois qui consacrent la notion d'égalité, peut se résumer en une seule et unique interrogation : comment la notion d'égalité guide-t-elle, en droit français et en droit québécois, l'appréhension de la différence des identités religieuses ?

Pour répondre à cette question, nous avons fait le choix d'envisager principalement la perspective du droit civil français et du droit civil québécois, plus particulièrement celle du juge de droit civil. Le choix de cette perspective à deux volets, celle du droit civil et celle du juge, repose sur une double motivation. Premièrement, la notion d'égalité est, avant tout, une notion de droit public, généralement consacrée dans des textes constitutionnels et quasi constitutionnels et, le plus souvent, étudiée hors du champ du droit civil. Or, notre article se propose de revoir cette tendance pour comprendre de quelle manière cette notion est « civilisée » et de quelle manière elle influence l'application des règles juridiques dans des domaines comme le droit des personnes, le droit de la famille ou le droit des contrats. Deuxièmement, en France et au Québec, les règles de droit civil sont très souvent qualifiées de règles de droit commun. Elles sont généralement désignées comme telles en raison de leur fonction au sein de l'ordre juridique national : par principe, elles s'appliquent à tous les rapports de droit privé, à moins qu'un droit spécial n'y déroge explicitement ; par principe, elles suppléent aux défaillances des droits spéciaux, lorsque ceux-ci manquent de règles pour organiser une matière déterminée. D'ailleurs, au Québec, cette spécificité du droit civil est consacrée explicitement dans la Disposition préliminaire du Code civil qui énonce que « le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun ». Cependant, en France et au Québec, les règles de droit civil sont également des règles de droit commun en raison de la manière dont elles envisagent les personnes, objet de leur application : elles constituent le droit commun de la nation, française et québécoise, car elles s'appliquent à tous les citoyens, membres de la communauté

nationale, quelle que soit leur origine culturelle, religieuse ou ethnique. Elles s'appliquent en envisageant, *a priori*, «l'autonomie de l'individu, isolé comme citoyen, égal aux autres, n'ayant pas de place pré-établie par des critères religieux ou coutumiers⁹» et bénéficiant de droits subjectifs, c'est-à-dire «de pouvoirs conférés par l'ordre juridique positif d'exiger, et le cas échéant, d'imposer, en mettant en mouvement la contrainte sociale, le respect de sa sphère individuelle¹⁰». Dès lors, puisqu'en raison de leur qualité de droit commun, le droit civil français et le droit civil québécois ont vocation à traiter de manière égale tous les citoyens, il importe d'interroger l'effectivité de cette affirmation fondée sur la notion d'égalité lors du traitement jurisprudentiel de la différence des identités religieuses dans les litiges civils : les juges français et québécois, qui appartiennent à la même tradition de droit civil d'expression française, considèrent-ils la notion d'égalité comme déterminante pour examiner les revendications religieuses des parties et résoudre la question du traitement de la différence des identités religieuses ?

Pour appréhender la différence des identités religieuses, la notion d'égalité, consacrée par les textes constitutionnels et quasi constitutionnels français et québécois, est une notion fondamentale qui présente un double sens, distinctement compris en droit civil français et québécois (1). L'appréhension distincte de la notion d'égalité se retrouve également dans la jurisprudence civile, française et québécoise, lorsqu'il s'agit de déduire des effets juridiques de l'identité religieuse des parties à un litige : même si, en France et au Québec, les identités religieuses sont traitées de manière différenciée, ce n'est pas, pour les juges français et québécois de droit civil, en accordant la même importance à la notion d'égalité (2). En fait, la place distincte laissée à la notion d'égalité dans la jurisprudence civile s'enracine

9. Voir l'article de H.P. GLENN, «Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance», dans H.P. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : Communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 577, qui note une différence fondamentale dans l'évolution des droits civils français et québécois quant à la perception de l'individu, sujet de droit. Par exemple, si, en France, le *Code civil* de 1804, dès ses origines, reconnaît l'individu, doué d'une volonté propre et autonome par rapport aux réseaux communautaires et religieux, au Québec, l'affirmation de l'autonomie du sujet de droit ne s'est imposée qu'au *xx^e* siècle. Alors que le *Code civil du Bas Canada* percevait les individus comme «participants dans un réseau social préexistant de caractère coutumier et autres», le *Code civil du Québec* de 1994 se réfère désormais à des règles sécularisées qui consacrent l'autonomie de l'individu au sein de la société québécoise.

10. Cette définition du droit subjectif est empruntée à H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, coll. «Bibliothèque Dalloz», 2^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 26.

dans un modèle de réaction particulier à la différence des identités religieuses, propre aux juges français et québécois de droit civil (3).

1 L'égalité et la différence des identités religieuses dans les textes juridiques

Dans les textes constitutionnels et quasi constitutionnels français et québécois, la notion d'égalité connaît un double sens qui, l'un et l'autre, conduisent à une prise en considération distincte de la différence des identités religieuses (1.1). Or, le double sens de l'égalité est compris de manière particulière en droit civil français et en droit civil québécois (1.2).

1.1 Le sens constitutionnel et quasi constitutionnel de l'égalité en France et au Québec

L'analyse des textes fondateurs des ordres juridiques français et québécois révèle que la notion d'égalité n'est pas univoque. Elle y connaît un double sens : un sens formel qui fait de l'égalité un principe au fondement de l'application de la règle de droit (1.1.1) ; un sens matériel qui fait de l'égalité une finalité de l'application de la règle de droit (1.1.2).

1.1.1 Le sens formel de l'égalité ou l'égalité comme principe

Le sens formel de l'égalité, en raison de son sens particulier (1.1.1.1), impose un traitement uniforme des identités religieuses (1.1.1.2).

1.1.1.1 La description du sens formel de l'égalité

En France et au Québec, le sens formel de l'égalité fait de l'égalité un principe, une valeur fondatrice hors de toute discussion qui sert de référence pour l'application de la règle de droit. Cette première conception de l'égalité est marquée par « l'exigence d'une application uniforme de la loi¹¹ », indifféremment des caractéristiques particulières de l'individu et notamment de sa religion.

L'appréhension formelle de l'égalité est très présente dans les textes français. Elle se trouve dans l'article 1 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789¹², dans le Préambule de la Constitution du

11. D. PROULX, « Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne. Étude comparative », (1980) 10 *R.D.U.S.* 381, 416.

12. Article premier de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit. »

27 octobre 1946¹³ et dans l'article 1 de la Constitution du 4 octobre 1958¹⁴. Dans les textes européens, ce type d'égalité est également présent dans le Protocole n° 12 complétant la Convention européenne¹⁵ et dans l'article 20 de la Charte européenne¹⁶. Au Québec, dès les premières lignes de la *Charte des droits et libertés de la personne*, c'est aussi l'égalité des citoyens qui est proclamée. Notamment, la Charte québécoise énonce que «tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi» et fait ainsi écho à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁷.

1.1.1.2 L'effet juridique du sens formel de l'égalité

L'ensemble de ces textes, pour reprendre la terminologie élaborée par Charles Taylor, est fortement inspiré par la politique de l'égalité¹⁸.

13. Préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946 : «[T]out être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés» et «la France forme avec les peuples d'outre-mer une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs, sans distinction de race ni de religion». Voir : *Préambule de 1946*, [En ligne], [http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/p1946.htm] (15 mai 2006).
14. Article 1 de la Constitution française du 4 octobre 1958 : la République «assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion». Voir : *Constitution de 1958*, [En ligne], [http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/constit.htm] (15 mai 2006).
15. Voir le *Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, Rome, 4 novembre 2000, qui affirme notamment «le principe fondamental selon lequel toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi». Voir : CONSEIL DE L'EUROPE, *Protocole no. 12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, [En ligne], [http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/177.htm] (15 mai 2006).
16. Article 20 de la Charte européenne : «[T]outes les personnes sont égales en droit.». Voir : COMMISSION EUROPÉENNE – JUSTICE ET AFFAIRES INTÉRIEURES – CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX, *Chapitre III – Égalité*, article 20, [En ligne], [http://ec.europa.eu/justice_home/unit/charte/fr/charte-equality.html] (15 mai 2006).
17. Article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe 13 de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982) R.-U., c 11] : «La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi.»
18. Selon C. TAYLOR, *Multiculturalisme, différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 1997, p. 56-59, «avec la politique de l'égalité des dignités, ce qui est établi est censé être universellement le même, un ensemble identique de droits et de privilèges [...] La politique de la dignité égalitaire est fondée sur l'idée que tous les êtres humains sont également dignes de respect. Ainsi, selon Kant, ce qui exigeait en nous le respect était notre statut d'agents rationnels, capables de diriger nos vies selon des principes. Ce qu'il relève comme digne de valeur, c'est un potentiel humain universel, une capacité que tous les êtres humains partagent. Cette protection est même étendue à ceux qui sont hors d'état d'en profiter normalement.»

Il a pour objet l'égalisation des droits, des attributions et des devoirs des citoyens sans établir de distinction entre eux en raison de leurs caractéristiques religieuses, sociales ou biologiques.

Une telle conception de l'égalité dite formelle impose à l'ordre juridique étatique un traitement uniforme de tous les citoyens. Or, l'obligation de traitement uniforme peut prendre une double forme en matière religieuse. Soit l'ordre juridique étatique revendique le sens formel de l'égalité pour être « aveugle » aux différences religieuses entre les individus. Dans un tel cas, sur le fondement du sens formel de l'égalité, il s'impose une ignorance de principe de la différence des identités religieuses, chaque individu devant être traité par la loi de manière égale, hors de toute prise en considération de sa religion. Soit l'ordre juridique étatique revendique le sens formel de l'égalité pour traiter toutes les identités religieuses de manière semblable quelle que soit la religion sur laquelle chacune repose. Dans un tel cas, sur le fondement du sens formel de l'égalité, l'ordre juridique s'impose de tenir compte de l'identité religieuse des parties mais aussi de les soumettre toutes au même régime juridique.

1.1.2 Le sens matériel de l'égalité ou l'égalité comme finalité

Quant au sens matériel de l'égalité, en raison de son sens particulier (1.1.2.1), il permet, au contraire, la prise en considération de la différence des identités religieuses pour assurer l'égalité concrète des uns par rapport aux autres (1.1.2.2).

1.1.2.1 La description du sens matériel de l'égalité

Dans les textes constitutionnels ou quasi constitutionnels français et québécois, le sens matériel de l'égalité fait de celle-ci un droit « opposable au contenu de la loi¹⁹ ». Alors que la première conception de l'égalité est un principe de l'ordre juridique étatique au fondement de l'application de la règle de droit, la seconde conception de l'égalité, au contraire, se tourne vers la réalité et se révèle une finalité de la règle de droit, le constat des inégalités concrètes nécessitant, dans une telle perspective, l'intervention de la loi ou des tribunaux pour les corriger.

Cette approche de l'égalité n'est pas présente en tant que telle dans les textes nationaux français, mais elle est affirmée dans la *Convention européenne des droits de l'Homme*, directement applicable au sein de l'ordre

19. D. PROULX *loc. cit.*, note 11, 417.

juridique français en vertu de l'article 55 de la Constitution de 1958²⁰. Ainsi, après avoir consacré l'égalité de tous les citoyens, la Convention de même que les chartes canadienne et québécoise dressent les jalons d'une politique de la différence²¹ qui fait du concept d'égalité une finalité de l'application de la règle de droit et permet de nouveau la prise en considération des différences entre les individus. La Convention, en consacrant le principe de non-discrimination et le principe de la jouissance égalitaire des libertés et droits fondamentaux²², permet aux individus de revendiquer un droit à l'égalité opposable aux tiers et même aux institutions publiques en vue d'obtenir des tribunaux qu'ils tiennent compte de leur identité particulière. Sur ce fondement, les juges doivent alors vérifier que l'individu, en raison de ces caractéristiques, a néanmoins pu jouir des libertés et droits fondamentaux comme n'importe quel autre citoyen. De même, dans son article 10, article d'ailleurs inspiré par celui de la Convention européenne, la Charte québécoise affirme aussi que l'égalité est un droit subjectif qui peut

20. Article 55 de la Constitution française du 4 octobre 1958 : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. » Voir : *Constitution de 1958*, [En ligne], [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/constit.htm>] (15 mai 2006).
21. Cette terminologie est encore empruntée à C. TAYLOR, *op. cit.*, note 18, p. 58-59. Selon cet auteur, « la politique de la différence est aussi fondée sur un potentiel universel celui de former et de définir sa propre identité en tant qu'individu et en tant que culture. Mais, dans un contexte interculturel, un égal respect a souvent été accordé à des cultures effectivement développées ce qui a pu conduire à une distinction entre les cultures dignes de respect et les autres. Dès lors, dans la mesure où ce reproche est en jeu, l'exigence d'une reconnaissance égale va au-delà d'une reconnaissance de la valeur égale de toutes les potentialités humaines et en arrive à inclure l'égalité de valeur de ce qu'elles ont effectivement fait de ce potentiel [...] Dans le cadre de la politique égalitaire, le principe de respect égal implique que nous traitions tout le monde en étant aveugles aux différences. Dans le cadre de la politique de la différence, on doit reconnaître et même favoriser la différence. »
22. Article 14 de la *Convention européenne* : « [Interdiction de discrimination] : La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe ; la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre distinction. » ; voir : CONVENTION DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTÉS FONDAMENTALES TELLE QU'AMENDÉE PAR LE PROTOCOLE N° 11, [En ligne] [<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/005.htm>] (15 mai 2006). Article 21-1 de la Charte européenne : « [Non-discrimination] : Est interdite, toute discrimination, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. » ; voir : COMMISSION EUROPÉENNE – JUSTICE ET AFFAIRES INTÉRIEURES – CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX, précitée, note 16.

être revendiqué devant les tribunaux. Selon la Charte québécoise, « toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge [...], la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap ». L'article 15 (1) *in fine* de la Charte canadienne, quant à lui, refuse aussi toute discrimination sur des motifs comme la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques²³.

1.1.2.2 L'effet juridique du sens matériel de l'égalité

L'ensemble de ces textes condamne donc l'impossibilité pour un citoyen européen ou canadien de jouir d'une liberté ou d'un droit fondamental en raison d'une de ses caractéristiques particulières. Par une telle approche de l'égalité fondée, les textes européens, québécois et canadiens invitent donc les tribunaux à prendre conscience de la très grande diversité de la population et à agir pour s'assurer qu'il existe une égalité effective entre les citoyens en protégeant ceux qui, minoritaires, pourraient subir la pression de la majorité. Ainsi, alors que la conception formelle de l'égalité impose à la loi et aux juges d'être « aveugles » aux particularités religieuses des individus dans l'application de la règle de droit, l'appréhension matérielle du même concept, au contraire, en instituant un droit subjectif à l'égalité, leur permet de prendre en considération une identité religieuse particulière pour s'assurer qu'elle n'est pas entravée et que la partie qui l'exprime jouit pleinement de ses libertés et droits fondamentaux, même si son identité religieuse est minoritaire sur le territoire national. Dans une telle perspective, la notion d'égalité comme finalité de la règle de droit permet de tenir compte des identités religieuses pour les préserver et s'assurer de leur égale expression au sein de la société.

1.2 La réception de l'égalité dans les codes civils français et québécois

Le sens formel et le sens matériel de l'égalité sont consacrés dans les textes de droit public français et québécois, textes à valeur constitutionnelle ou quasi constitutionnelle. Cependant, le double sens de l'égalité n'est pas

23. Article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 17 : « La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. »

réceptionné de manière semblable dans les codes civils français et québécois. Si le *Code civil* français est, avant tout, un code civil universel, fondé exclusivement sur l'égalité formelle (1.2.1), le *Code civil du Québec* est plutôt un code de primauté qui respecte tant le principe d'égalité formelle que celui de l'égalité matérielle (1.2.2).

1.2.1 Le *Code civil* français: un code civil universel fondé sur l'égalité formelle

En France, la reconnaissance de la possible différence des identités religieuses par l'affirmation de la liberté des opinions religieuses dans la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* en 1789 et la consécration de l'égalité des citoyens hors de tout particularisme dans la même déclaration ont suscité, en 1804, l'avènement d'un code civil universel, c'est-à-dire d'un code élaboré par l'État, se substituant entièrement aux droits religieux définis par les Églises et s'appliquant à tous les citoyens, indifféremment de leur appartenance communautaire, en particulier de leur appartenance religieuse. Le *Code civil* français, en raison de sa dimension universelle, se révèle donc un code exclusivement fondé sur l'égalité formelle, soit sur l'exigence d'une application uniforme de la règle de droit civil reposant sur une prise en considération abstraite de l'individu, au-delà de tous les particularismes qui peuvent le distinguer et notamment de ses particularismes religieux.

Deux institutions, dans le *Code civil* de 1804, sont révélatrices de cette dimension universelle du droit civil français, fondé sur le respect strict de l'égalité formelle: les actes de l'état civil (1.2.1.1) et le mariage civil (1.2.1.2). En effet, l'affirmation progressive de l'emprise étatique du *xvi^e* siècle au début du *xix^e* siècle sur ces deux institutions, à l'origine sous le contrôle de l'Église catholique, traduit une volonté forte de l'État français de mettre en place un droit civil universel, applicable à tous, sans distinction fondée sur la religion, et d'organiser par là même « la substitution d'une hégémonie laïque à l'hégémonie religieuse²⁴ ».

1.2.1.1 Des actes de l'état civil pour tous, sous la seule emprise du pouvoir étatique

À l'origine, en France, les actes de l'état civil²⁵, « écrits instrumentaires dressés à recevoir, à conserver et à publier l'état d'une personne,

24. T. REVEY, « De l'ordre des célébrations civile et religieuse du mariage », J.C.P. 1987. I.3309.

25. A. PONSARD « Sur quelques aspects de l'évolution du droit des actes de l'état civil », dans *Mélanges R. Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 419.

caractérisé par les grands événements de la vie humaine²⁶», relèvent de la pratique de l'Église catholique. Dès le Moyen Âge, les actes de l'état civil mentionnant les actes de baptême, de mariage et de sépulture sont tenus par les curés des paroisses qui les intègrent dans des registres paroissiaux à finalité sacramentaire. Or, en raison de l'importance qu'ils revêtent pour le pouvoir politique, dès 1539, par l'Ordonnance de Villers-Cotterêts complétée par l'ordonnance civile de 1667, la monarchie rend obligatoire la tenue de ces registres par les prêtres catholiques et les transforme progressivement en des registres d'état civil. De plus, elle ordonne aux prêtres d'en assurer annuellement le dépôt aux greffes des justices royales en vue, certes, de le conserver, mais, surtout, de s'assurer de leur contrôle par le pouvoir royal²⁷. Par cette ordonnance, le clergé catholique devient donc chargé du service public de la tenue des actes de l'état civil, la monarchie organisant ainsi un système de tenue des registres de l'état civil marquée par la dualité en articulant l'intervention des ministres du culte catholiques et des greffiers relevant de l'administration royale.

Au XVIII^e siècle, le pouvoir de l'État s'affirme encore sur les actes de l'état civil. En effet, la période révolutionnaire met un terme au système dual des actes de l'état civil en organisant un système laïcisé des registres de l'état civil relevant de la compétence du seul État par deux types de mesures. Premièrement, le 17 novembre 1787, un édit charge les officiers de justice de constater les naissances, les mariages et les décès des personnes qui ne veulent pas s'adresser aux curés et vicaires catholiques. Deuxièmement, par le décret des 20-25 septembre 1792, les municipalités sont reconnues les seules compétentes pour tenir les registres de l'état civil. En 1804, ce système est consacré par le *Code civil*, qui reprend les acquis révolutionnaires en édictant des dispositions minutieuses, empruntées pour la plupart à l'ordonnance de 1667 ou au décret de 1792 pour réglementer la rédaction et la conservation des actes²⁸. C'est ainsi que, aujourd'hui, dans

26. P. MALAURIE et L. AYNES, *Cours de droit civil. Les personnes. Les incapacités*, 2^e éd., Paris, Cujas, 1994, p. 84-86.

27. Voir : RECUEIL GÉNÉRAL DES ANCIENNES LOIS FRANÇAISES (BIBLIOTHÈQUE DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE), *Ordonnance 188 d'août 1539 (ou « ordonnance de Villers-Cotterêts ») prise par le Roi François I^{er} imposant l'usage du français dans les actes officiels et de justice*, article 53 : « Et lesquels chapitres, couvents et cures, seront tenus mettre lesdicts registres par chacun an, par devers le greffe du prochain siège du baillif ou sénéchal royal, pour y estre fidèlement gardés et y avoir recours, quand mestier et besoin sera. », [En ligne], [http://perso.netpratique.fr/michel.martin47/genealogie/divers/ordonnance_vc_totale.htm] (15 mai 2006).

28. Sur cette question, voir : F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. les personnes, la famille, les incapacités*, coll. « Précis Dalloz, Droit privé », 6^e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 173-175.

le Code civil français, selon ses articles 34 à 39, les actes de l'état civil sont tenus exclusivement par un officier public, soit l'officier de l'état civil.

1.2.1.2 Un mariage civil obligatoire pour tous, organisé par les seules règles étatiques²⁹

L'institution du mariage en France connaît une évolution semblable aux actes de l'état civil. Comme l'organisation du régime des actes de l'état civil par le *Code civil* de 1804, l'affirmation de l'autonomie du mariage civil par rapport aux droits religieux prend sa source au xvi^e siècle, époque marquée par le renforcement du pouvoir royal. En effet, dès le xvi^e siècle, le Roi de France s'efforce de remettre en cause l'hégémonie de l'Église catholique sur cette institution capitale pour la société civile par deux actions³⁰. Tout d'abord, le pouvoir royal réaffirme sa compétence pour juger des litiges relatifs au mariage. Si, dans un premier temps, un partage de compétence existe entre les juridictions religieuses qui connaissent des litiges relatifs à la formation du mariage (*quod vinculum*) et les juridictions royales qui investissent les tensions relatives aux effets du mariage (*quod affectus*), peu à peu, les juges royaux attirent à eux toutes les affaires relatives aux liens matrimoniaux, se déclarant, par exemple, compétents pour statuer sur les demandes en nullité du mariage. D'ailleurs, cette affirmation du pouvoir royal à l'égard des litiges matrimoniaux est tel que peu de temps avant la Révolution, la compétence des juridictions ecclésiastiques est à peu près purement théorique. Ensuite, à ce dessein de connaître des litiges relatifs au mariage, s'ajoute le souci du pouvoir royal de légiférer en la matière. Dès 1556, le pouvoir royal rend des ordonnances, des édits ou des déclarations réglementant les questions relatives au mariage. Par exemple, un certain nombre de textes organisent des sanctions contre les enfants qui se marient sans le consentement de leurs parents (ordonnance de 1576, de 1579, de 1639 et de 1730). Le pouvoir royal, plus soucieux que l'Église catholique des mésalliances, entend exiger le consentement des parents au mariage jugé inutile par l'Église³¹. Quant à l'ordonnance de Blois de mai 1579, elle maintient la célébration religieuse du mariage, mais elle accentue son caractère public : désormais, le mariage doit être célébré par le curé de la paroisse, en présence d'au moins quatre témoins dignes de foi ; en 1629, tous les mariages clandestins sont frappés de nullité par le pouvoir royal. Par l'ensemble de ces édits et de ces ordonnances royales, l'État agit

29. *Id.*, p. 265-268.

30. J. BASDEVANT, *Des rapports de l'Église et de l'État dans la législation du mariage du Concile de Trente au Code civil*, Paris, L. Larose, 1900.

31. Sur cette question, voir l'article suivant : Y. JEANCLOS, «Le consentement dans le mariage à la française aux 17^e et 18^e siècles», *Revue de droit canonique* 53, 2003, p. 41.

pour devenir la seule instance compétente en matière matrimoniale et pour imposer l'idée que les règles du droit civil canonique ne peuvent avoir force légale dans l'étendue du royaume qu'autant qu'elles sont reçues, c'est-à-dire promulguées en France par une ordonnance royale.

Toutefois, comme pour les actes de l'état civil, c'est au cours de la période révolutionnaire que la suprématie de l'État en matière matrimoniale est consacrée de manière définitive. Ainsi, par un édit de 1787, l'Église catholique perd son monopole lui permettant, seule, de célébrer le mariage et de dresser l'acte constatant cette célébration. Comme pour les registres de l'état civil, un système mixte s'organise. Les non-catholiques peuvent désormais déposer leur déclaration de mariage soit devant le juge royal du lieu, soit devant le curé ou le vicaire de leur domicile mais en sa maison et non plus à l'église. Néanmoins, ce système mixte ne s'impose que pour un temps très bref. Il est fort rapidement remplacé par un système laïc, consacré par la Constitution de 1791. En effet, dans l'article 7 de son titre II, cette constitution affirme que « la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil ». Par cette formule, l'État choisit de s'émanciper de la dimension religieuse du mariage et de ne lui reconnaître qu'une dimension civile, c'est-à-dire non religieuse. À part du mariage religieux se dessine donc un mariage civil, régi par les seules règles de l'État. D'ailleurs, par la suite, l'État affirme son monopole pour la célébration de ce mariage civil. Ainsi, le décret des 20-25 septembre 1792 impose que le mariage civil soit célébré par un officier municipal et une instruction du 22 janvier 1793 interdit aux prêtres de tenir des registres des sacrements et de publier les bans du mariage. En outre, au moment du Concordat, alors que l'État est en mesure d'imposer son hégémonie en matière matrimoniale, le principe de l'antériorité du mariage civil sur le mariage religieux est affirmé. Par un arrêté du 1^{er} pluviôse An x, il est interdit aux pasteurs protestants de célébrer religieusement le mariage avant la cérémonie civile et par un arrêté du 18 germinal An x, cette interdiction est étendue aux prêtres catholiques. Désormais, c'est l'article 54 de la loi du 18 germinal An x, contenant les articles organiques du Concordat qui prévaut : il est interdit de procéder à la bénédiction nuptiale avant que les parties aient justifié devant eux de la célébration civile du mariage. Pour l'État français, il n'existe donc plus qu'un seul mariage, le mariage civil régi par les règles de l'État, distinct du mariage religieux, le premier devant par principe être célébré avant le second.

En France, c'est cette conception laïque du mariage qui s'est imposée en 1804 et qui est en vigueur aujourd'hui encore. Elle est consacrée par le *Code civil*, ainsi que par le *Code pénal* et a été entérinée par la Cour de

cassation. Ainsi, selon l'article 165, alinéa 1 du *Code civil*³², le mariage civil doit être célébré publiquement par un officier de l'État, soit l'officier de l'état civil, seul compétent pour accomplir cette tâche. Quant au principe de l'antériorité du mariage civil sur le mariage religieux, son respect est assuré par l'article 433 du *Code pénal*³³. Cet article prévoit une amende et une peine de prison pour les prêtres ne respectant pas l'antériorité du mariage civil sur le mariage religieux. Enfin, pour marquer la distinction nette entre les principes régissant le mariage civil et le mariage religieux, la Cour de cassation a considéré que le mariage contracté par des prêtres ou religieux catholiques, au mépris de leurs vœux, est aussi valable que celui de n'importe quel citoyen³⁴. Pour la Cour de cassation, l'ordre juridique étatique français ne connaît que le mariage civil régi par les règles du *Code civil* et doit être *a priori* aveugle aux règles régissant le mariage religieux. En France, le mariage est donc une institution exclusivement civile, en d'autres termes non religieuse, organisée par les seules règles définies par l'État et ne subissant pas l'influence directe des religions, d'où la possible consécration, dès 1804, du divorce civil, c'est-à-dire d'une possible dissolution du mariage civil du vivant des époux, contrairement aux règles de l'Église catholique qui considère le mariage comme indissoluble.

1.2.2 Le *Code civil du Québec*: un code civil de primauté entre égalité formelle et matérielle

Par certains aspects, le *Code civil du Québec* de 1994 présente des points communs avec le *Code civil* français : si le *Code civil du Bas Canada* entré en vigueur le 1^{er} août 1866 était « le reflet de la société québécoise de l'époque, société très traditionnelle, profondément catholique, de type essentiellement rural³⁵ », le *Code civil du Québec*, adopté le 18 décembre 1991 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, renvoie plutôt l'image d'une société industrialisée, émancipée de la tutelle de l'Église catholique par la Révolution tranquille, affirmant la maîtrise de la province sur les principales institutions du droit civil qui s'appliquent désormais à tous, hors de toute

32. Art. 165, al. 1 *C. civ.* : « Le mariage sera célébré publiquement devant l'officier de l'état civil de la commune où l'un des époux aura son domicile ou sa résidence à la date de la publication prévue par l'article 63 et, en cas de dispense de publication, à la date de la dispense prévue à l'article 169 ci-après. »

33. Art. 433-21, *Code pénal* : « Tout ministre du culte qui procédera, de manière habituelle, aux cérémonies religieuses du mariage, sans que ne lui ait été justifié l'acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil sera puni de six mois d'emprisonnement et de 50 000 francs d'amende. »

34. Cass. civ. 25 janvier 1888, Jur. 97.

35. J.-L. BAUDOUIN, « L'influence religieuse sur le droit civil du Québec », (1984) 15 *R.G.D.* 563, 565.

référence à l'identité religieuse des individus. L'affirmation d'un droit civil québécois fondé sur le principe d'égalité formelle s'exprime, notamment, dans le nouveau régime des actes de l'état civil, mis en place progressivement au cours du xx^e siècle et consacré dans le Code civil de 1994 ainsi qu'à travers le contenu des règles régissant le mariage civil au Québec (1.2.2.1). Cependant, par les conditions de la célébration du mariage, le droit québécois apparaît aussi comme un code de primauté, reconnaissant, dans une certaine mesure et à certaines conditions, l'identité religieuse de certains croyants. En outre, la Disposition préliminaire du Code civil permet la reconnaissance du sens matériel de l'égalité (1.2.2.2).

1.2.2.1 Le Code civil québécois, un code marqué par l'affirmation de l'égalité formelle

Le Code civil québécois de 1994 se révèle davantage attaché à l'égalité formelle que le *Code civil du Bas Canada*, ce qui s'est traduit par l'avènement d'un régime laïcisé des actes de l'état civil et par une émancipation radicale des règles du mariage des règles du droit canonique.

En vertu du *Code civil du Bas Canada*, les actes de l'état civil relèvent principalement de la compétence des communautés de croyants. En matière d'état civil³⁶, lors de la codification de 1866, le législateur québécois a refusé le système français de 1804 où l'état civil des personnes relève du seul officier de l'état civil³⁷. Comme l'explique Jean-Louis Baudouin³⁸, le choix des codificateurs était dicté par l'idée de préserver la coutume installée au pays depuis les origines et par la volonté de l'affirmer tant à l'encontre des Anglais qu'à l'égard de l'individualisme exprimé dans le *Code civil* français. Dans le *Code civil du Bas Canada* de 1866, les actes de l'état civil, rassemblés dans deux registres semblables ayant un caractère authentique, sont donc tenus par les ministres du culte des communautés

36. J.E.C. BRIERLY, R.A. MACDONALD et M. BOODMAN, *Quebec Civil Law. An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 1993, p. 208 : « Status is the condition of the person in society, whether of major or minor age, emancipated or not, of full capacity or under protective supervision, married or single. » Voir aussi les développements dans l'ouvrage suivant : É. DELEURY et D. GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, n° 385.

37. Voir, sur l'évolution historique des actes de l'état civil, l'article de J. PINEAU, « De certains éléments relatifs à l'état des personnes, du registre et des actes de l'état civil », (1988) 1 C.P. du N. 91.

38. J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 35, 566.

religieuses agissant en quelque sorte en double qualité de représentant de l'autorité ecclésiastique et de fonctionnaire de l'État³⁹.

Pendant cette période, la compétence de l'État provincial n'est pourtant pas complètement exclue en matière d'état civil. Elle se renforce même progressivement. Premièrement, dès l'origine, dans le *Code civil du Bas Canada* de 1866, il est prévu que, tous les ans, un double du registre de l'état civil doit être présenté par la communauté religieuse à la Cour supérieure du district où les registres sont tenus⁴⁰. Si ce système tend à assurer une

39. Art. 44 C.c.B.C. : Alinéa 1 : «Les registres sont tenus par les curés, vicaires, prêtres ou ministres desservant ces églises, congrégations ou sociétés religieuses, ou par tout autre fonctionnaire à ce titre autorisé.» Alinéa 2 : «Dans le cas d'une église ou d'une chapelle particulière ou mission de l'Église catholique romaine, ou de l'Église d'Angleterre, ils sont tenus par tout prêtre autorisé par le pouvoir ecclésiastique compétent à célébrer le mariage ou le baptême et à faire sépulture, et, dans le cas d'une église ou d'une congrégation, chapelle particulière ou mission de l'Église-Unie du Canada, ils sont tenus par un ministre qui y a été dûment nommé, mais les inscriptions qui sont faites dans ces registres par tout autre ministre de l'Église-Unie en règle avec cette église, ont la même vigueur et le même effet que si elles avaient été faites par un ministre dûment autorisé à cette fin. Tout tel ministre de ladite Église-Unie est considéré, pour les fins de ces actes de l'état civil ainsi inscrits, comme étant autorisé par la loi à tenir les registres des actes de l'état civil.» Alinéa 3 : «En outre, dans le cas d'une église ou d'une chapelle particulière ou mission de l'Église catholique romaine, les registres peuvent aussi être tenus par tout diacre ou toute autre personne à ce autorisé par le pouvoir ecclésiastique compétent; dans le cas des communautés crie, inuit ou naskapie, les registres peuvent être tenus par un agent local d'inscription nommé en vertu de la Loi concernant les autochtones crie et inuit.» Alinéa 4 : «Dans la partie du district de Hauterive, à l'est de la rivière Portneuf, tout prêtre, missionnaire ou ministre d'une religion quelconque est autorisé à tenir les registres de l'état civil.»

Art. 42 C.c.B.C. : Alinéa 1 : «Les actes de l'état civil sont inscrits sur deux registres de la même teneur, qui sont tenus pour chaque église paroissiale catholique, pour chaque église, chapelle particulière ou mission catholique, et pour chaque église ou congrégation protestante, ou autre société religieuse, légalement autorisée à tenir tels registres, chacun desquels est authentique et fait également foi en justice.» Alinéa 2 : «De tels registres peuvent également être tenus pour chacune des communautés crie, inuit et naskapie visées dans la Loi concernant les autochtones crie et inuit (1978, chapitre 97).» Alinéa 3 : «Tout protonotaire tient de tels registres pour les mariages qui sont célébrés par lui, par son adjoint ou par un célébrant qui n'est pas autorisé à tenir des registres.»

40. Art. 45 C.c.B.C. : Alinéa 1 : «Le double registre ainsi tenu doit, à la diligence de celui qui le tient et avant qu'il en soit fait usage, être présenté pour être authentiqué de la manière ci-après prescrite au protonotaire du district dans lequel est situé l'église, congrégation ou société religieuse pour laquelle il doit servir, si une paroisse est située partie, dans un district et partie dans un autre, le registre peut être présenté au protonotaire de l'un ou l'autre ces districts.» Alinéa 2 : «Les registres tenus par un agent local d'inscription sont présentés au protonotaire du district dans lequel ils doivent être tenus pour être authentiqués de la même façon.» Alinéa 3 : «Les registres tenus par le protonotaire pour les mariages célébrés par lui ou par son adjoint sont authentiqués de la même façon par un juge de la Cour supérieure [...] Dans le cas d'une église, chapelle particulière ou mission

plus grande protection des registres en les conservant dans un autre lieu que les lieux de culte, il permet de garantir un certain contrôle de la province sur les actes de l'état civil. Deuxièmement, à partir de 1888, les greffiers des municipalités commencent à enregistrer les naissances des enfants non baptisés. Dans ce cas, il n'est plus fait mention des sacrements religieux reçus par les personnes : les seuls actes de l'état civil sont les actes de naissance, de mariage et de sépulture, ce qui diffère des mentions prévues dans l'article 54 du *Code civil du Bas Canada*⁴¹. Troisièmement, à partir de 1926, un régime parallèle de collecte de données relatives aux naissances, aux mariages et aux décès s'organise à des fins sociales, médicales et démographiques. Si, à partir de cette date, les ministres du culte peuvent jouer un triple rôle de ministre officiant, d'officier de l'état civil et d'officier de la statistique démographique, la compétence de l'État provincial dans le contrôle de l'identité civile des personnes s'organise aussi de plus en plus. Cela assure une meilleure connaissance de la population québécoise dont la dispersion du régime des actes de l'état civil ne permet qu'une vision éclatée et parcellaire. Cela permet aussi, et surtout, de renforcer la compétence de la province dans le domaine de l'état civil.

Toutefois, c'est dans le Code civil de 1994 que le renforcement progressif de la province de Québec dans le contrôle des actes de l'état civil trouve sa pleine consécration. Ainsi, le nouveau régime de l'état civil de 1994 est simplifié et centralisé. Désormais, le registre de l'état civil relève des institutions de la seule province : il est tenu par un officier public, soit le

catholique, l'attestation du registre doit être accordée sous le même nom indiqué dans le certificat d'autorisation donné par l'évêque au sens de la Loi des fabriques (1965, 1^{re} session, chapitre 76) et la personne qui la présente doit exhiber ce certificat au protonotaire. » Alinéa 4 : « Quant à certaines congrégations religieuses, l'attestation ne peut être donnée avant que les formalités prescrites par des lois spéciales aient été remplies. » Alinéa 5 : « Il est du devoir du protonotaire de refuser l'attestation si le registre qui lui est présenté n'est pas relié d'une manière solide et durable ou si le papier en est peu résistant ou d'une qualité inférieure. » Alinéa 6 : « Au double du registre qui doit être resté entre les mains de celui qui le tient, doit être attachée une copie du titre relatif aux actes d'état civil ainsi que des chapitres premier, deuxième et troisième du cinquième titre relatifs au mariage. »

Art. 47 C.c.B.C. : « Dans les six premières semaines de chaque année, un des doubles est, à la diligence de celui qui les a tenus ou qui en a la garde, déposé au greffe de la Cour supérieure du district où les registres ont été tenus ou s'il s'agit de registres tenus par le protonotaire pour les mariages célébrés par lui ou son adjoint, au bureau du secrétaire de la province. »

41. Voir les particularités des mentions de l'état civil des personnes prévues par l'article 54 C.c.B.C. : « Les actes de naissance énoncent le jour et le lieu de la naissance de l'enfant, celui du baptême, s'il y a lieu, son sexe et les noms et prénom qui lui sont donnés ; les noms, prénoms et domicile des père et mère, ainsi que des parrains et marraines, s'il y a lieu. »

directeur de l'état civil, qui est chargé de dresser les actes, de les conserver et d'en assurer la publicité⁴². En outre, les déclarations sont vidées de toute référence religieuse : il n'est plus fait mention des sacrements religieux⁴³. Désormais, le système de l'état civil est laïcisé : il relève de la seule compétence de l'État et non plus des communautés religieuses et s'applique à tous, quelle que soit leur identité religieuse.

Au Québec, l'institution du mariage civil, comme les actes de l'état civil, s'est également émancipée de la tutelle des religions. Dans le *Code civil du Bas Canada* de 1866, les règles relatives au mariage sont le reflet des règles du droit canon de l'époque⁴⁴. Cette influence se manifeste de cinq manières distinctes. Premièrement, à cette époque, au Québec, le mariage civil n'existe pas. Pour se marier valablement aux yeux de la loi, il faut passer par une cérémonie religieuse⁴⁵. Seuls les ministres du culte peuvent présider à sa célébration. Deuxièmement, dans le *Code civil du Bas Canada*, conformément au droit canon, l'âge pour contracter mariage est fixé à 12 ans pour la femme et à 14 ans révolus pour l'homme, règles imposées par le droit canonique de l'époque. Troisièmement, les empêchements religieux au mariage sont considérés comme des empêchements civils. L'article 129 du *Code civil du Bas Canada*⁴⁶ prévoit que le ministre du culte n'est pas obligé de célébrer un mariage pour lequel, selon sa religion, il existe un empêchement. Quatrièmement, les articles 124 et suivants du Code civil énumèrent les empêchements au mariage, basés sur la parenté ou l'alliance, en ligne directe ou en ligne collatérale. Le Code civil ajoute à l'article 124 que « les autres empêchements, admis d'après les différentes croyances religieuses, comme résultant de la parenté ou de l'affinité et

42. Art. 103 C.c.Q. : Alinéa 1 : « Le directeur de l'état civil est le seul officier de l'état civil. » Alinéa 2 : « Il est chargé de dresser les actes de l'état civil et de les modifier, de tenir le registre de l'état civil, de le garder et d'en assurer la publicité. »

43. Art. 115 C.c.Q. : Alinéa 1 : « La déclaration de naissance énonce le nom attribué à l'enfant, son sexe, les lieu, date et heure de la naissance, le nom et le domicile des père et mère et du témoin, de même que le lien de parenté du déclarant avec l'enfant. » Alinéa 2 : « L'auteur de la déclaration joint un exemplaire du constat de naissance. »

44. J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 35, 565.

45. Art. 411 C.c.B.C. : « Sont des célébrants compétents les ministres du culte autorisés par la loi à célébrer les mariages ou à tenir les registres de l'état civil ainsi que, dans le district judiciaire pour lequel ils sont nommés, le protonotaire et chacun des adjoints qu'il désigne. »

46. Art. 129 C.c.B.C. Alinéa 1 : « Sont compétents à célébrer les mariages, tous prêtres, curés, ministres et autres fonctionnaires autorisés par la loi à tenir et garder registres de l'état civil. » Alinéa 2 : « Cependant, aucun ministre du culte ainsi autorisés ne peut être contraint à célébrer un mariage contre lequel il existe quelque empêchement, d'après les doctrines et les croyances de sa religion et la discipline de l'église à laquelle il appartient. »

d'autres causes, restent soumis aux règles suivies jusqu'ici dans les diverses églises et sociétés religieuses [et qu'il] en est de même quant au droit de dispenser de ces empêchements lequel appartiendra tel que ci-devant à ceux qui en ont joui dans le passé». Au sein de l'ordre juridique québécois, l'interprétation de ce texte a suscité de nombreuses controverses, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence⁴⁷. Pour certains, cet article marque la consécration des empêchements religieux par l'ordre juridique étatique québécois et l'avènement du principe de la *civilizatio*, c'est-à-dire de «l'intégration des normes canoniques dans l'ordonnement juridique québécois⁴⁸». Pour d'autres, cet article n'a pas d'existence autonome et fait double emploi avec l'article 124 du Code civil qui permet au ministre du culte d'opposer les empêchements de sa religion pour célébrer un mariage. Au fil de cette controverse se dessine donc la question de la pénétration au cœur des règles de droit civil des règles religieuses, la distinction entre ces deux types de règles n'étant pas encore pleinement consacrée dans le *Code civil du Bas Canada*. Enfin, dans ce code, la dissolution du mariage durant le vivant des époux, c'est-à-dire le divorce, n'existe pas. L'article 185 de ce code reprend explicitement la doctrine de l'Église catholique sur la question du divorce : le mariage entre deux êtres ne peut être dissous que par la mort d'un des conjoints. Au Québec, avant 1968, les époux ne pouvaient se séparer qu'en obtenant une loi privée spéciale du Parlement ou en obtenant une séparation de corps considérée par certains comme le «divorce des catholiques⁴⁹».

47. Les termes de la controverse jurisprudentielle sont rappelés par J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 35, 567 : «Certaines décisions [comme *Laramée c. Evans*, [1881] 3 L.N. 342 ou *Durocher c. Degré*, [1901] 20 C.S. 456] l'ont interprété comme signifiant que le législateur civil avait incorporé de ce fait les empêchements propres à chaque religion au *Code civil*, avec pour conséquence qu'un mariage religieux célébré contrairement au droit ecclésiastique serait nul sur le plan civil. Une autre école, qui est finalement celle du Conseil privé a, au contraire, limité la portée de l'article 127 du *C.c.B.-C* ; la seule portée du texte, lu en conjonction avec l'article 129 du *C.c.B.-C*, serait de reconnaître une règle de régie interne aux différentes religions : un ministre ou un prêtre ne pourrait ainsi être tenu de célébrer un mariage auquel, d'après les règles du droit religieux qui lui est propre, il existe un empêchement quelconque.» Cette analyse se retrouve, par exemple, dans la décision importante *Ouellette c. Dame Gingras*, (1972) C.A. 247, et dans des décisions comme *Hébert c. Cloutre*, (1912) 41 C.S. 429, et *Despatie c. Tremblay*, [1921] 1 A.C. 702. Voir aussi, sur cette question, l'ouvrage de J. PINEAU, *Traité élémentaire de droit civil. La famille*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1972, p. 45-47.

48. E. CAPARROS, «La "civilizatio" du droit canonique : une problématique du droit québécois», (1977) 18 C. de D. 711, 731.

49. Voir les développements sur le droit du divorce au Québec, avant 1965, dans l'ouvrage de M. CASTELLI et D. GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd., Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 437 : «Le Parlement fédéral a usé de sa compétence et légiféré sur le divorce pour la première fois en 1968. Mais, alors que les autres

Toutefois, progressivement, comme pour les actes de l'état civil, en raison de l'affirmation progressive du pouvoir de la province de Québec en la matière et de la diminution des affiliations à des communautés de croyants, les règles régissant le mariage civil évoluent vers une émancipation de ses règles des droits religieux et vers une pleine application des lois fédérales et provinciales organisant les conditions du mariage⁵⁰. En effet, au Québec, durant les années 60, des réformes s'organisent en matière familiale en vue d'adapter les règles de droit civil à l'évolution de la société québécoise et notamment à son émancipation de la tutelle de l'Église catholique. Ces réformes sont reprises et affirmées dans le Code civil de 1994. Ainsi, dès 1968⁵¹, un système mixte est instauré pour la célébration du mariage : les Québécois peuvent désormais se marier soit religieusement devant le ministre du culte de leur choix, ce mariage ayant une pleine valeur civile, soit civilement devant le protonotaire, fonctionnaire civil désigné par la loi⁵². De plus, symbole de l'émancipation progressive du mariage civil du mariage religieux, l'article 127 du *Code civil du Bas Canada* est abrogé par

provinces avaient antérieurement adopté, selon le modèle de la législation anglaise sur le divorce, des dispositions en la matière, tel n'était pas le cas au Québec pour des raisons religieuses. La solution ordinaire des mésententes entre époux y était donc la séparation de corps. Cependant, les époux québécois pouvaient obtenir le divorce. Celui-ci étant de compétence fédérale, il leur était possible d'obtenir une loi privée du Parlement fédéral puis, à partir de 1963, du seul Sénat, sauf opposition d'un des époux. »

50. Selon la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c 3 en matière de mariage, il existe un partage de compétences entre l'État fédéral et les provinces. Selon l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le mariage et le divorce sont de compétence fédérale et, selon l'article 92 de cette même loi, la célébration du mariage relève de la compétence des provinces. Article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* : « il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces [...] il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir : [...] 26. Le mariage et le divorce. »

Article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* : « Dans chaque province, la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir : 12. La célébration du mariage dans la province ; 13. La propriété et les droits civils dans la province ; 14. L'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle, y compris la procédure en matières civiles dans ces tribunaux. »

51. *Loi concernant le mariage civil*, S.Q. 1968, c. 82, art. 11.

52. Art. 42, 3^e al. C.c.B.C., ajouté en 1968 dans *Loi concernant le mariage civil*, précitée, note 51, art. 1.

la loi du 2 avril 1981⁵³ en raison des difficultés d'interprétation qu'il suscite. Enfin, en 1968, le pouvoir fédéral, à qui la *Loi constitutionnelle de 1867* a donné le droit de légiférer sur le divorce⁵⁴, promulgue la *Loi sur le divorce de 1968*⁵⁵. À partir de cette date, grâce à cette loi fédérale, les Québécois et tous les citoyens des autres provinces du Canada peuvent obtenir de leurs propres tribunaux un divorce judiciaire pour les causes énumérées par la loi. En conséquence, dès 1969, le *Code civil du Bas Canada* est amendé pour reconnaître la possibilité du divorce. Désormais, au Québec, «le mariage se dissout par le décès de l'un des conjoints ou par le divorce⁵⁶», principe repris dans le Code civil québécois de 1994 à l'article 516, qui renvoie à l'application de la *Loi fédérale sur le divorce de 1985*⁵⁷.

L'autonomie du mariage civil par rapport au mariage religieux est donc définitivement consacrée dans le Code civil de 1994 : les règles du mariage civil de la province de Québec sont désormais distinguées des règles du droit canonique, les unes et les autres relevant d'ordres juridiques distincts. D'ailleurs, ce principe a été réaffirmé par la juge Lemelin dans l'affaire *Hendricks c. Québec (Procureur général)*⁵⁸ pour justifier la possible recon-

53. J. CLARK, «De la sanction civile des empêchements religieux au mariage», (1952) 1 R.J.T., 141 ; P.-M. POISSON, «Le mariage chrétien», (1952) 1 R.J.T. 119 ; M. OUELLETTE-LAUZON, «L'article 127 C. civ. fait encore des siennes», (1972) 7 R.J.T. 251.

54. Selon l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le divorce relève de la compétence fédérale. Seul le Parlement du Canada est compétent pour décider des règles relatives au divorce, les provinces du Canada ne pouvant régler que les effets du divorce. Voir les articles 518 à 521 C.c.Q. qui organisent les effets du divorce, les effets patrimoniaux comme la question de la validité des donations à cause de mort, les effets extrapatrimoniaux comme la situation des enfants au terme du divorce de leurs parents.

55. *Loi sur le divorce de 1968*, S.C. 1967-1968, c. 24.

56. Art. 537 C.c.Q (1980).

57. *Loi sur le divorce de 1985*, L.R.C., c. 3 (2^e suppl.). Voir les développements sur l'évolution du droit du divorce au Québec, après 1968, dans l'ouvrage de M. CASTELLI et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 49, p. 437-438 : «Le législateur fédéral a unifié le droit du divorce à travers le Canada en adoptant la loi de 1968 : le divorce relève à partir de cette date de la loi fédérale, laquelle contient cependant quelques renvois à la procédure provinciale lorsque celle-ci est la Loi sur le divorce. Cette première loi a été remplacée en 1985 par la *Loi sur le divorce et les mesures accessoires* (L.R.C. (1985), c. 3 (2^e suppl.)), qui a été modifiée à plusieurs reprises, notamment en 1997 avec l'introduction d'un nouveau modèle de fixation des pensions alimentaires pour les enfants. Le gouvernement a choisi en 1985 de présenter non des modifications ponctuelles à l'ancienne Loi sur le divorce, mais une loi entièrement nouvelle.» Voir aussi sur cette question les développements dans l'ouvrage suivant : M. OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 337 et suiv.

58. *Hendricks c. Procureur général du Québec*, [2002] R.J.Q. 2506, [2002] R.D.F. 1022 (rés.) (C.S.), décision rendue par la juge Louise Lemelin. Cette décision québécoise ainsi que d'autres décisions prises dans le reste du Canada ont été des étapes juridiques importantes pour assurer la reconnaissance du mariage entre conjoints de même sexe

naissance du mariage entre des conjoints de même sexe au sein de l'ordre juridique étatique canadien et québécois et pour exclure la prise en considération des droits religieux qui interdisent ce type d'union. Selon la juge Lemelin, « la sécularisation du mariage oblige le législateur à tenir compte que l'institution est civile et ne peut être définie par la religion [...]. L'État doit s'assurer du respect de chaque citoyen mais aucun groupe ne peut imposer ses valeurs ou définir une institution civile⁵⁹. » Désormais, au Québec, grâce au Code civil de 1994, tous les citoyens, toutes les personnes, indifféremment de leur sexe, de leur âge, de leur orientation sexuelle ou de leur race sont soumis au même régime des actes de l'état civil et à un régime du mariage autonome par rapport aux droits religieux, fondé sur les seules règles de l'État fédéral et de l'État provincial. Ces deux régimes marquent la consécration de l'égalité formelle en droit civil québécois, c'est-à-dire le principe d'une application uniforme de la règle de droit civil à tous les citoyens, quelle que soit leur identité religieuse.

1.2.2.2 Le Code civil québécois, un code civil de primauté reconnaissant l'égalité matérielle

Cependant, il est important de constater que le Code civil québécois n'est pas marqué par le seul sens formel de l'égalité. Malgré l'affirmation de l'autonomie du mariage civil par rapport aux mariages religieux, au Québec, les règles du mariage civil ne marquent pas l'avènement d'un droit civil exclusivement universel. Ainsi, le législateur québécois a maintenu la

au Canada. L'orientation juridique de ces décisions, fondée sur la reconnaissance du droit à l'égalité des couples homosexuels par rapport aux couples hétérosexuels, a été confirmée par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698. En effet, à la suite de ce renvoi du 16 juillet 2003 par le gouverneur en conseil au sujet de la Proposition de *Loi concernant certaines conditions du fond du mariage civil* (Projet de loi, c-38 (1^{re} lecture), 1^{re} session, 38^e législature (Can.)), la Cour suprême a considéré que la proposition de loi qui accordait aux personnes de même sexe la capacité de se marier était conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés* et notamment à son article 15 qui consacre le droit à l'égalité et qui interdit de discriminer les couples homosexuels par rapport aux couples hétérosexuels (par. 43). De plus, la Cour suprême a considéré que « le droit à la liberté de religion garanti par l'alinéa 2 a) de la Charte a une portée assez étendue pour protéger les autorités religieuses contre la possibilité que l'État les contraigne à marier civilement ou religieusement deux personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses » (par. 60). Ce renvoi, confirmant la constitutionnalité du projet de loi au regard des dispositions de la Charte canadienne a ensuite permis la promulgation, le 28 juin 2005, de la *Loi concernant certaines conditions du fond du mariage civil*, L.C. 2005, c. 33, reconnaissant, dans son article 2, que « le mariage est, sur le plan civil, l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne ».

59. *Id.*, par. 164.

mixité de la célébration du mariage civil traduisant le caractère de primauté du Code civil québécois de 1994, c'est-à-dire son ouverture sur une prise en considération conditionnelle des identités religieuses de certains croyants et à une adaptation, en conséquence, de l'application de la règle de droit civil. En outre, par sa Disposition préliminaire, le Code civil québécois offre la possibilité de tenir compte du sens matériel de l'égalité en droit civil pour corriger les inégalités concrètes subies par certains croyants.

Dans le Code civil de 1994, le système mixte de la célébration du mariage a été maintenu. Un mariage peut toujours être célébré soit civilement par un greffier ou un greffier adjoint de la Cour supérieure, soit religieusement par un ministre du culte. Le législateur québécois a maintenu ce système mixte pour respecter le pluralisme religieux, les exigences des différentes confessions ainsi que la liberté de conscience des non-religieux. Avec l'avènement de l'article 366 C.c.Q., les ministres du culte demeurent donc des célébrants compétents. Cependant, en raison de la suppression dans le livre premier des dispositions habilitant les ministres du culte à tenir les registres de l'état civil et donc à célébrer les mariages, il a été nécessaire de prévoir un autre type d'habilitation. Selon l'article 366 C.c.Q., pour célébrer un mariage civilement valable, les ministres du culte doivent recevoir une double habilitation à la fois civile et religieuse : d'une part, l'habilitation du ministre de la Justice déléguant le pouvoir de célébrer mariage aux ministres du culte résidant au Québec et dont la confession a un caractère permanent ; d'autre part, une habilitation de la société religieuse à laquelle il appartient⁶⁰. De plus, pour respecter la liberté de religion des ministres du culte, l'article 367 reproduit l'article 412 C.c.Q. (1980) : « aucun ministre

60. Art. 366 C.c.Q. : Alinéa 1 : « Sont des célébrants compétents pour célébrer les mariages, les greffiers et greffiers adjoints de la Cour supérieure désignés par le ministre de la Justice, les notaires habilités par la loi à recevoir des actes notariés ainsi que, sur le territoire défini dans son acte de désignation, toute autre personne désignée par le ministre de la Justice, notamment des maires, d'autres membres des conseils municipaux ou des conseils d'arrondissement et des fonctionnaires municipaux. » Alinéa 2 : « Le sont aussi les ministres du culte habilités à le faire par la société religieuse à laquelle ils appartiennent, pourvu qu'ils résident au Québec et que le ressort dans lequel ils exercent leur ministère soit situé en tout ou en partie au Québec, que l'existence, les rites et les cérémonies de leur confession aient un caractère permanent, qu'ils célèbrent les mariages dans des lieux conformes à ces rites ou aux règles prescrites par le ministre de la Justice et qu'ils soient autorisés par le ministre responsable de l'état civil. » Alinéa 3 : « Les ministres du culte qui, sans résider au Québec, y demeurent temporairement peuvent aussi être autorisés à y célébrer des mariages pour un temps qu'il appartient au ministre responsable de l'état civil de fixer. » Alinéa 4 : « Sont également compétents pour célébrer les mariages sur le territoire défini dans une entente conclue entre le gouvernement et une communauté mohawk les personnes désignées par le ministre de la Justice et la communauté. »

du culte ne peut être contraint à célébrer un mariage contre lequel il existe quelque empêchement selon sa religion et la discipline de la société religieuse à laquelle il appartient». Si cet article ne marque pas la possible entrée du droit civil religieux dans le droit civil de l'État comme l'ancien article 127 du *Code civil du Bas Canada*, il reconnaît que les ministres du culte, compétents pour célébrer un mariage civil, sont aussi soumis à d'autres types de règles que celles de l'ordre juridique étatique, soit celles de leur communauté religieuse. Au terme de cette longue évolution historique, le mariage civil québécois entretient donc des rapports originaux avec les droits religieux. Sa célébration mixte permet de faire des ministres du culte des célébrants compétents pour célébrer un mariage civil et de reconnaître, dans une certaine mesure, leur identité religieuse et les règles de la communauté de croyants à laquelle ils sont affiliés. Si le mariage civil se fonde désormais sur des règles autonomes des droits religieux, applicables à tous quelle que soit l'identité religieuse des époux, il présente un caractère de primauté en offrant ponctuellement la possibilité de prendre en considération l'identité religieuse de certains croyants, notamment des ministres du culte, habilités à célébrer un mariage civil. À cette originalité du mariage civil au Québec manifestant le caractère de primauté du Code civil québécois s'ajoute également la possibilité pour le juge de droit civil de se référer à la Disposition préliminaire du Code civil pour reconnaître le sens formel de l'égalité et évincer une règle de droit ou une obligation contractuelle.

Grâce à la Disposition préliminaire du Code civil de 1994⁶¹, la notion matérielle de l'égalité peut être considérée en droit civil québécois. En effet, en vertu de cette disposition préliminaire, une directive d'interprétation est imposée en droit civil québécois. Désormais, l'application des règles de droit civil doit se faire en prenant en considération la primauté de la Charte canadienne et de la Charte québécoise ainsi qu'en adoptant des interprétations de la règle de droit civil qui lui sont conformes⁶². Par cette articulation du *Code civil du Québec* et des chartes canadienne et québécoise s'organise donc un système intégré et hiérarchisé qui impose au juge de droit civil l'articulation des règles du Code civil ainsi que des libertés et droits fondamentaux consacrés dans la Charte québécoise. Dès lors, en vertu de cette disposition préliminaire, le sens matériel de l'égalité

61. Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* : «Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.»

62. Sur la question des rapports entre le *Code civil du Québec* et la Charte québécoise, voir, par exemple, l'article suivant : A. BISSON, «Nouveau Code civil et jalons pour l'interprétation : traditions et transitions», (1992) 23 *R.D.U.S.* 25.

peut faire son entrée en droit civil de deux manières distinctes. D'une part, le droit à l'égalité de l'article 15 de la Charte canadienne et celui de l'article 10 de la Charte québécoise peuvent être revendiqués par une partie à un litige pour faire reconnaître, par le juge, qu'une loi ou qu'une disposition contractuelle entrave l'expression de son identité religieuse particulière, ce qui obligera le juge à considérer la différence des identités religieuses et les difficultés d'expression particulières à chacune. D'autre part, le droit à l'égalité consacré par l'article 10 de la Charte québécoise peut être utilisé par le juge de droit civil pour déclarer inopérante une règle de droit qui entrave l'expression d'une identité religieuse particulière⁶³.

En France, au Canada et au Québec, il apparaît que les institutions juridiques que sont notamment les actes de l'état civil et le mariage ont dû s'adapter aux nouvelles exigences imposées par la différence des identités religieuses issue de la reconnaissance de la liberté religieuse. Pour s'y adapter, la France a fait le choix d'élaborer, dès 1804, un code civil universel contrôlé par l'État, se substituant entièrement aux droits religieux définis par les Églises et fondé sur le respect strict de l'égalité formelle. Le *Code civil* français est devenu indifférent aux religions, les règles de ce droit civil s'appliquant désormais indifféremment de la religion des individus. Le *Code civil du Québec* de 1994, quant à lui, ne manifeste pas une perspective aussi radicale que le *Code civil* français. Certes, le Code civil québécois est désormais un code civil sécularisé à l'image de la nation québécoise contemporaine, émancipée de la tutelle de l'Église catholique. Cependant, il se révèle plutôt un code civil de primauté entre égalité formelle et égalité matérielle. Par le régime des actes de l'état civil, il

63. Au Canada, le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois est ancien. Depuis plus d'un siècle, la Cour suprême du Canada, comme la Cour suprême des États-Unis (*Marbury c. Madison*, 5 U.S. 137), est la gardienne de la Constitution. Cependant, depuis l'avènement de la Charte canadienne, les pouvoirs du juge en général se sont encore affirmés. Comme le note le juge en chef Dickson dans l'arrêt *La Reine c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56, 72, «l'adoption de la Charte canadienne des droits et libertés [...] a conféré aux tribunaux un autre rôle vraiment important : la défense des libertés individuelles fondamentales et des droits de la personne contre les ingérences de tout palier et organe de gouvernement.» Cette situation est une conséquence de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui affirme que la Constitution du Canada est la loi suprême du Canada. Par conséquent, peut être déclarée inopérante par les tribunaux québécois toute règle de droit qui n'est pas compatible avec la Constitution canadienne et notamment avec la Charte canadienne qui en est une partie intégrante. Sur cette question, voir l'article suivant : G.-A. BEAUDOIN, «Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois», (2003) 48 R.D. McGill 324, La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* ne fait donc que confirmer la suprématie des libertés et droits fondamentaux dans l'ordre juridique canadien et plus particulièrement québécois, en insistant toutefois davantage sur la *Charte des droits et libertés de la personne*, propre au Québec.

manifeste son souci d'un traitement uniforme de tous les citoyens, hors de toute référence à leur identité religieuse. Toutefois, par la célébration mixte du mariage civil, il manifeste une certaine considération pour des identités religieuses particulières, soumis à d'autres règles que celles de l'État, celles des communautés de croyants. En outre, par sa Disposition préliminaire, le Code civil impose le respect des libertés et droits fondamentaux et, en conséquence, fait du droit à l'égalité, et donc du sens matériel de l'égalité consacré par la Charte québécoise, un outil au service des parties mais aussi du juge de droit civil pour prendre en considération la différence des identités religieuses et l'entrave à leur expression qui peut résulter d'une loi ou d'une obligation contractuelle.

Dès lors, au regard de la place reconnue à la notion d'égalité dans les textes juridiques français et québécois, il importe maintenant d'analyser l'importance que les juges français et québécois de droit civil lui reconnaissent dans leur jurisprudence.

2 L'égalité et le choix jurisprudentiel du traitement différencié des identités religieuses

En France et au Québec, le juge de droit civil traite de manière différenciée les identités religieuses qui s'expriment par des revendications religieuses des parties à un litige. Toutefois, si, en France, ce traitement jurisprudentiel différencié se fonde sur la négation de la notion d'égalité (2.1), au Québec, au contraire, il repose sur son respect strict (2.2).

2.1 En France: un traitement différencié fondé sur la négation de l'égalité

En France, à certaines conditions, le juge de droit civil accepte de reconnaître les identités religieuses, c'est-à-dire de déduire des effets juridiques en faveur (reconnaissance positive) ou au détriment (reconnaissance négative) d'une partie en raison de sa religion. Toutefois, que ce soit lors de la reconnaissance positive ou de la reconnaissance négative des identités religieuses, le juge français de droit civil ne se réfère nullement à la notion d'égalité et il agit comme s'il n'était pas soumis à ce principe constitutionnel.

2.1.1 La négation de l'égalité lors de la reconnaissance positive des identités religieuses

Dans sa jurisprudence, le juge français a mis au service des croyants différents types d'actions pour protéger certains aspects de l'identité religieuse des parties. Il a manifesté ainsi qu'il n'est pas « aveugle » aux identités

religieuses existant au sein de la société (2.1.1.1). Toutefois, certaines identités religieuses se révèlent exclues de cette protection. Ce sont les identités religieuses sectaires qui sont soumises à un traitement différencié, sans que cette différence de traitement puisse se fonder sur le sens matériel de l'égalité (2.1.1.2).

2.1.1.1 La protection des identités religieuses fondées sur une religion

Pour protéger l'identité religieuse des parties, le juge de droit civil peut prendre deux types de mesures : à certaines conditions, il peut appliquer une règle de droit civil pour lever les entraves à l'expression de l'identité du croyant ; en outre, il peut décider de l'octroi de dommages et intérêts pour réparer les atteintes à l'identité religieuse du croyant.

Pour protéger l'identité religieuse d'un croyant, le juge français peut utiliser les effets produits par certaines règles de droit civil en vue de lever les entraves à son expression. Ce souci du juge français d'assurer l'expression libre de la religion des parties se manifeste, par exemple, lorsqu'il accepte de changer le prénom d'une partie qui empêche l'expression de son appartenance religieuse. Si une double condition est remplie, soit l'appartenance constante de la partie à une communauté religieuse et l'existence d'une pratique religieuse que son prénom entrave⁶⁴, le juge français, sur le fondement de l'article 60 du *Code civil*, accepte de modifier le prénom figurant sur l'état civil du croyant. Pour rendre sa décision, le juge français se concentre sur différents aspects de la religion des parties. En premier lieu, il accorde une importance toute particulière au sentiment d'appartenance religieuse des parties et aux croyances religieuses que cela implique. Il veut

64. Voir la décision de la Cour d'appel d'Orléans, 23 janvier 1992, J.C.P. 1993.II.22065, note De Monredon, qui, après avoir constaté que le demandeur était de confession musulmane puisqu'il est « une personne née en Algérie de parents et de confession musulmane », affirme, pour accueillir sa demande, que « tout citoyen français demandant une substitution de prénom pour pratiquer librement sa religion est reconnu disposer d'un intérêt légitime au sens de l'art. 57, alinéa 3 du Code civil ». Selon la Cour d'appel, il peut substituer au prénom de « Marcel-Paul » celui de « Mourad », cette substitution étant nécessaire pour qu'il puisse réaliser un pèlerinage à La Mecque. Voir aussi la décision de la Cour d'appel de Paris, 26 sept. 1996, P.A. 1997.n° 66.17, note Yamba, qui, après avoir précisé la religion de la demanderesse en affirmant qu'« il est constant que l'appelante s'est convertie à la religion juïque en 1979 », décide de lui accorder le droit de substituer à son prénom chrétien celui de « Sarah » qui lui a été donné lors de sa conversion. Pour caractériser l'intérêt légitime au changement de prénom, les juges de la Cour d'appel de Paris se réfèrent à de nombreux témoignages montrant que « son prénom à forte connotation chrétienne lui cause des problèmes tant psychologiques que d'identité religieuse ». Ils mentionnent notamment une attestation d'un rabbin reconnaissant que « lors d'une naissance dans un foyer juif, il [le prénom de Marie-Christine] est même en contradiction avec l'identité juive ».

s'assurer que ce sentiment n'est pas atteint par l'application d'une règle de droit⁶⁵. De plus, le juge français s'efforce également de protéger l'intégration du croyant au sein de sa communauté. D'ailleurs, il considère qu'il doit intervenir lorsque la reconnaissance de l'individu par sa communauté peut être remise en cause⁶⁶.

L'attention que le juge français accorde à la religion des parties peut également le conduire à allouer des dommages et intérêts aux croyants sur le fondement de l'article 1382 du *Code civil*, notamment lorsque des tiers ont porté atteinte à leurs croyances ou à leurs pratiques religieuses. En France, le recours à l'article 1382 du *Code civil* se manifeste dans deux types de contentieux : les litiges relatifs au *get* et ceux qui concernent les œuvres de l'esprit portant atteinte aux croyances et aux représentations des membres d'une religion déterminée. Dans ces décisions, lorsque le juge français considère les revendications d'un croyant invoquant une atteinte à ses croyances ou à sa pratique religieuse en vue d'obtenir réparation, il articule sa décision autour de trois questions principales : 1) En quoi le comportement du tiers est-il constitutif d'une faute à l'encontre du croyant ? 2) Quelles sont les conditions nécessaires pour caractériser cette faute ? 3) En quoi consiste le préjudice subi par le croyant ?

Dans le contexte des litiges où des époux juifs refusent de remettre le *get* ou la lettre de répudiation à leur épouse, le juge français, pour appliquer l'article 1382 du *Code civil*, caractérise le dommage moral subi par l'épouse en considérant que son époux lui cause « un dommage en l'empêchant, par le refus du *get*, de contracter une nouvelle union religieuse⁶⁷ ». Pour l'appréciation de la faute, le juge français se réfère à la théorie de l'abus de droit. Puisque pour le juge français, la remise du *get* relève de la liberté de conscience⁶⁸, un époux juif ne peut être contraint à accomplir cet acte

65. Voir, par exemple, Paris, 26 sept. 1996 : *Juris Data* n° 1996-023786, Petites affiches, 1997, n° 66.17, note Yamba. Dans cette décision, la Cour d'appel de Paris, pour accorder un changement de prénom à une partie, a été particulièrement sensible aux problèmes d'identité religieuse résultant pour la partie « de la coexistence sur son état civil d'un prénom hébraïque et d'un prénom à forte connotation chrétienne ».

66. Voir, également, Paris, 26 sept. 1996 : *Juris Data* no 1996-023786, Petites affiches, 1997, n° 66.17, note Yamba. Dans cette décision, les juges de la Cour d'appel de Paris ont pu prêter une attention toute particulière à l'attestation d'un rabbin qui affirmait que, « lors d'une naissance dans un foyer juif, il [le port d'un prénom chrétien par une mère juive] était en contradiction avec l'identité juive ». Dès lors, comme le port du prénom « Marie-Christine » par la demanderesse était de nature à remettre en cause son intégration et celle de ses descendants dans la communauté judaïque, le changement de prénom était justifié.

67. Civ. 2^e, 13 déc. 1972, D. 1973.493, note Larroumet.

68. Civ. 2^e, 21 nov. 1990, D. 1991.434, note Agostini.

de nature religieuse. Néanmoins, pour le juge français, l'exercice de cette faculté de refus que lui confère sa liberté de conscience peut être abusif, et c'est l'exercice abusif de cette liberté qui est constitutif d'une faute au sens de l'article 1382 du *Code civil*⁶⁹. Dans la jurisprudence relative au *get*, la compréhension de l'exercice abusif de la liberté de conscience de l'époux et donc de la faute au sens de l'article 1382 du *Code civil* a évolué. Dans un premier temps, le juge français a retenu une conception restrictive de l'abus de droit, en établissant un lien étroit entre cette théorie et la preuve d'une intention de nuire. Dans certaines décisions⁷⁰, la Cour de cassation a pu imposer à l'épouse de prouver que le refus de son époux était motivé par une intention de lui nuire, ce qui lui imposait une lourde charge de la preuve, et rendait difficile au final la réparation du préjudice moral qu'elle subissait. Consciente de cette difficulté, dès 1988, la Cour de cassation a abandonné cette jurisprudence. Désormais, le refus de l'époux fondé sur sa liberté de conscience est abusif dès lors qu'il a pour effet de causer un dommage à l'épouse, ce qui facilite grandement la preuve de la faute pour l'épouse puisqu'il lui suffit de prouver le refus de son mari de lui remettre le *get* et son impossibilité de se remarier au sein de sa religion pour obtenir l'octroi de dommages et intérêts⁷¹.

Le raisonnement judiciaire qui vient d'être décrit ne concerne pas les seuls litiges relatifs au *get*. Il existe également dans d'autres contentieux, notamment dans les litiges où des œuvres de l'esprit portent atteinte aux croyances et aux représentations religieuses de certaines parties. Pour le

69. Voir le principe posé par la Cour de cassation dans la décision suivante : Civ. 2^e, 15 juin 1988, J.C.P. 1988.II.21223, note Morançais-Demeester : « si les motivations de la délivrance du *get* échappent à l'appréciation des juridictions civiles, il appartient cependant à celles-ci de déterminer si le refus de délivrance constitue un abus de droit de celui qui l'oppose ».

70. Voir, par exemple, Civ. 2^e, 13 déc. 1972, D. 1973.493, note Larroumet. Elle a affirmé que, « si en principe l'abstention dommageable ne peut entraîner une responsabilité qu'autant qu'il y avait, pour celui auquel on l'impute, obligation d'accomplir le fait omis, il en est autrement lorsque cette abstention dommageable a été dictée par l'intention de nuire et constitue un abus de droit ». En l'espèce, la Cour de cassation a considéré qu'une faute pouvait être caractérisée : le refus de l'époux « avait bien pour but de nuire à son ex-épouse puisqu'il comptait précisément sur le dommage qu'il causait à celle-ci pour la contraindre à lui fournir des garanties quant à l'exercice de son droit de visite ».

71. Voir, par exemple, Civ. 2^e, 15 juin 1988, J.C.P. 1988.II.21223, note Morançais-Demeester. Dans cette décision, la Cour de cassation s'est contentée de constater que le mari empêchait son épouse de se remarier religieusement pour caractériser la faute de l'époux sans se fonder sur son intention de nuire : « la Cour d'appel a pu, sans violer le principe de la séparation des églises et de l'État et hors de toute dénégation, déduire que le comportement de l'ex-époux constituait un abus de droit [et que] la faute ainsi commise engageait la responsabilité de son auteur hors de toute intention de nuire ».

juge français, une œuvre de l'esprit ne doit pas porter atteinte au « tréfonds intime » des croyants⁷². Autrement, sa diffusion ou sa publication leur cause un préjudice moral, ce qui peut leur ouvrir un droit à réparation sur le fondement de l'article 1382 du *Code civil*. Par ailleurs, le juge français considère qu'« il résulte de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : chacun peut donc parler, écrire, imprimer librement⁷³ ». Comme la liberté de conscience de l'époux juif, l'exercice de la liberté d'expression pour un auteur peut être abusif et constituer une faute au sens de l'article 1382 du *Code civil*. Tout auteur d'une œuvre de l'esprit est donc libre, « sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas prévus par la loi⁷⁴ ». Comme dans des litiges relatifs au *get*, l'abus de la liberté d'expression d'un individu est caractérisé lorsqu'il y a « atteinte aux droits fondamentaux de la personne⁷⁵ », notamment au droit au respect de ses croyances religieuses. Par exemple, pour engager la responsabilité d'un magazine qui avait publié sur sa page de couverture l'image d'une femme entièrement dénudée, crucifiée dans la position du Christ, la Cour d'appel de Paris, a donc pu affirmer ceci :

[La] faute civile [...] est caractérisée par l'offense à des convictions résultant, pour le spectateur, de la seule image en soi figurant sur des affiches placardées tant sur les kiosques à journaux qu'en page de couverture de magazine [...] la publication de l'image représentant une femme dénudée associée au symbole de la croix est, par sa présence incongrue et racoleuse, de nature à heurter les sentiments religieux d'un certain nombre de croyants⁷⁶.

Dans cette décision, la responsabilité du magazine a été retenue sans qu'il ait été nécessaire pour les croyants de prouver une quelconque inten-

72. Le souci de protéger le « tréfonds intime des croyants » a été réaffirmé par une décision du Tribunal de grande instance de Paris du 10 mars 2005 : T.G.I., ord. Réf. 10 mars 2005, J.C.P. 2005.II.10109, note Malaurie. Dans cette décision, le Tribunal a considéré que constitue un trouble manifestement illicite qu'il convient de faire cesser immédiatement une affiche qui dénature l'image de la célèbre fresque de la Cène peinte par Léonard de Vinci en substituant à Jésus et à ses apôtres des femmes dans des positions douteuses pendant la période du carême : « Attendu que le choix délibéré d'installer, dans un lieu de passage obligé pour le public, une affiche aux dimensions imposantes, qu'aucun regard ne peut éviter, constitue un acte d'intrusion agressive et gratuite dans le tréfonds des croyances intimes de ceux qui, circulant librement sur la voie publique et ne recherchant aucun contact singulier avec une œuvre ou un spectacle déterminé, se voit, hors de toute manifestation de volonté de leur part, nécessairement et brutalement confrontés à une manifestation publicitaire et commerciale ; que l'injure ainsi faite aux catholiques apparaît disproportionnée au but mercantile recherché. »

73. Paris, 19 nov. 1990, D. 1991.I.R.9.

74. *Ibid.*

75. *Ibid.*

76. Paris, 3 juillet 1995, D. 1995.I.R.189.

tion de nuire. Le fait que la page de couverture du magazine puisse heurter les représentations religieuses des croyants a suffi.

Ces quelques décisions montrent que le juge français de droit civil accepte de déduire des effets de droit en faveur d'une partie en raison de sa religion. Il n'hésite pas à mobiliser les règles du droit civil en vue de réaliser un dessein précis : protéger l'identité religieuse des parties. Toutefois, certaines identités religieuses sont exclues de cette protection : les identités religieuses fondées sur une secte.

2.1.1.2 Le refus de protéger les identités religieuses fondées sur une secte

Si le juge français recourt aux règles de droit civil pour défendre l'identité religieuse des parties, tous les croyants ne semblent pourtant pas bénéficier de la même protection. Certains en sont exclus : ce sont les adeptes des communautés sectaires. Des arguments tirés de la jurisprudence française étayaient cette affirmation, qui tend à établir que les « sectes » et les « religions » font l'objet, en France, d'un traitement différencié qui ne repose pas sur le sens matériel de l'égalité.

Dans la jurisprudence civile française, parfois, des associations de croyants, rassemblant des adeptes d'une « secte », revendiquent devant le juge français de droit civil l'atteinte portée à leurs croyances religieuses par une œuvre de l'esprit. Par exemple, le 2 février 1977⁷⁷, devant le Tribunal de grande instance de Paris, l'Association internationale de la conscience de Krishna a pu demander l'interdiction sous astreinte de la diffusion d'un film utilisant le nom de Krishna à des fins pornographiques et représentant un membre de la conscience de Krishna dans des positions obscènes. Très souvent, des communautés religieuses, comme les Témoins de Jéhovah, la conscience de Krishna ou des Églises évangéliques, sont aussi accusées de manière péjorative d'être des « sectes » par des articles de presse ou par des associations ayant pour objet la lutte contre ce type de communautés. Dans une décision du 24 janvier 1996, une association représentant les intérêts d'une Église évangélique de la Pentecôte a pu revendiquer l'atteinte portée à l'intégrité religieuse de cette communauté par le Centre de documentation, d'éducation et d'action contre les manipulations mentales, Centre Roger Ikor (CCMM). Dans une lettre adressée aux notables de plusieurs communes du Doubs, ce dernier qualifiait l'Église de « secte » c'est-à-dire, selon la définition qu'il en proposait, « de groupement dont les activités sur autrui ont pour résultat une manipulation mentale notoire des esprits, une dégradation profonde de la personne humaine, parvenant à faire perdre

77. T.G.I. Paris, Ord. Réf., 2 fév. 1977, J.C.P. 1977.II.18636, note R.L.

aux gens tout sens critique en les enfermant dans de véritables ghettos intellectuels⁷⁸».

Devant de telles revendications, l'attitude du juge français est généralement la même : il refuse de les accueillir et adopte alors des « parades » jurisprudentielles pour ne pas prendre en considération les prétentions des parties fondées sur leur droit à la liberté religieuse. Les différents arguments du juge français pour refuser de protéger les appartenances religieuses sectaires sont les suivants. Premièrement, pour refuser de telles prétentions, le juge français peut tourner en dérision les croyances de certaines communautés de croyants pour évincer l'application de l'article 809 *Nouveau Code de procédure civile* en leur faveur. C'est ainsi que le Tribunal de grande instance de Paris a rejeté la demande de l'Association internationale de la conscience de Krishna qui voulait faire interdire un film pornographique qui ne respectait pas les croyances de sa communauté. Pour nier l'offense faite à Krishna, le Tribunal a retenu que, « même si l'on admet la recevabilité de la demande à cet égard, il y a lieu d'admettre que Krishna, au cas où il jouirait de l'immortalité, s'il a pu s'offusquer d'entendre chanter son nom au cours d'un film scabreux, a sans aucun doute, dans sa grande sagesse, pardonné cette offense⁷⁹ ». Deuxièmement, pour ne pas appliquer l'article 1382 du *Code civil* au profit des « sectes », le juge français peut aussi minimiser les dommages réels subis par les croyants de ces communautés. Par exemple, la Cour de cassation a pu retenir les arguments du Tribunal d'instance de Besançon pour ne pas poursuivre le CCMM qui dénonçait les pratiques de l'Église évangélique de la Pentecôte. La particularité de son argumentation était de nier le préjudice subi par l'association représentant les intérêts de l'Église évangélique de la Pentecôte. Selon son analyse, « les atteintes à [l'] honneur et [à la] considération [de ladite Église] constitu[aient] un dommage futur relevant de l'hypothèse ou de la conjecture⁸⁰ ». Troisièmement, le juge français peut aussi déplacer l'objet du litige et affirmer que, par l'article ou l'ouvrage, ce ne sont pas les croyances de la communauté qui sont en cause mais son mode de fonctionnement, ce qui ne porte nullement atteinte au « tréfonds intime » des croyants, membres de cette communauté. Par exemple, pour ne pas retenir la responsabilité du CCMM engagée par l'Église évangélique de la Pentecôte, la Cour de cassation a noté que les croyances de la communauté n'étaient nullement mises en cause et que « l'écrit du C.C.M.M. se born[ait] à apprécier le caractère et les tendances d'une communauté religieuse, à signaler certaines de ses pratiques, notamment celles concernant la guérison

78. Civ. 2^e, 24 janv. 1996, *Juridisque Lamy*.

79. T.G.I. Paris, Ord. Réf., 2 févr. 1977, J.C.P. 1977.II.18636, note R.L.

80. Civ. 2^e, 24 janv. 1996 : *Juris Data* n° 1996-000280.

des maladies et ses modes de recrutement par l'intermédiaire d'organismes offrant du secours sans indiquer qu'ils [étaient] des émanations de cette communauté⁸¹». De plus, le juge français peut refuser de caractériser une faute lorsqu'un journal ou un auteur emploie le terme «secte» à l'encontre d'une communauté religieuse, en niant ainsi le caractère péjoratif que ce terme peut revêtir. Ainsi, pour nier tout préjudice pouvant résulter de cette terminologie, la Cour de cassation a pu affirmer que «nul reproche ne peut être fait au C.C.M.M. lorsqu'il appelle «secte» l'Église évangélique de la Pentecôte, s'agissant là de la dénomination habituelle des groupes minoritaires se distinguant des Églises traditionnelles⁸²». Enfin, plus directement, le juge français a pu refuser de constater une atteinte à la réputation d'une «secte» parce qu'il considérerait que les propos tenus par un article ou une association à l'encontre de celle-ci étaient avérés et révélaient une part des activités répréhensibles réelles de la «secte» en question. Les termes employés pouvaient l'être parce qu'ils décrivaient les dangers réels que représentait la communauté sectaire. Par exemple, la Cour de cassation a pu reconnaître qu'«après avoir analysé les activités de l'Église évangélique d'après ses écrits et [avoir] énoncé que les croyances de cette église peuvent légitimement faire l'objet de critiques et que rien ne permet de dire que le C.C.M.M. a fait de ce droit une utilisation abusive de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération de l'Église évangélique, le Tribunal a pu, hors de toute dénaturation, décider que le C.C.M.M. n'avait pas commis de faute⁸³».

L'attitude du juge français de droit civil à l'égard des identités sectaires révèle qu'il n'est pas soucieux de les protéger. Pour le juge français, l'identité religieuse présente un danger pour la partie qu'il ne peut, semble-t-il, cautionner. Néanmoins, les conséquences de son choix sont importantes au regard de la cohérence des principes consacrés par l'ordre juridique français en matière religieuse. Un tel raisonnement remet en cause le principe d'égalité formelle entre les religions qui se déduit de l'interprétation de l'article 2 de la Constitution française du 4 octobre 1958. Il introduit un traitement différencié des croyants selon que leur identité se fonde sur ce que le juge français considère comme une «religion» ou une «secte». Cette tendance de la jurisprudence française s'accroît encore lorsqu'il s'agit pour le juge de droit civil de déduire des effets négatifs à l'encontre d'une partie en raison de sa religion.

81. Civ. 2^e, 9 oct. 1996, *Juridisque Lamy*.

82. Civ. 2^e, 24 janv. 1996, *Juris Data* n° 1996-000280.

83. *Ibid.*

2.1.2 La négation de l'égalité lors de la reconnaissance négative des identités religieuses

Au cours des années 60, le juge français établissait un lien direct entre l'appartenance d'une partie à une « secte » et l'application d'effets négatifs à son encontre. Depuis, sa position s'est nuancée. Désormais, « l'appartenance à une religion ou à une secte ou à une philosophie ne peut constituer en soi une injure grave pouvant être invoquée pour fonder un grief dans les termes de l'article 242 du Code civil, en revanche, si ce choix doit avoir des incidences graves devant perturber la vie du couple et de la famille qui résultent des éléments de preuve à l'appui de la demande en divorce, cette demande peut être déclarée fondée⁸⁴ ».

À la lumière de ce principe jurisprudentiel, l'identité religieuse sectaire ne semble plus pouvoir justifier à elle seule de déduire le prononcé d'un divorce à l'encontre d'un époux. Le juge français est même soumis à une exigence de preuve : il doit s'assurer *in concreto* des perturbations de la vie familiale des époux du fait de la pratique religieuse de l'un d'entre eux. À première vue, ce sont les effets de l'appartenance religieuse d'une partie, les incidences concrètes de sa pratique sur les tiers, qui doivent être considérés, quelles que soient les croyances et les pratiques de la communauté d'appartenance. Ce n'est pas son appartenance en tant que telle qui doit justifier des effets de droit à son encontre. De prime abord, la distinction entre la « religion » et la « secte » n'est pas pertinente. Cependant, l'analyse de la jurisprudence française révèle que ce principe jurisprudentiel n'est pas appliqué de manière stricte par le juge français de droit civil. Si, incontestablement, le juge français contrôle, par principe, *in concreto* les effets négatifs de l'appartenance à une « religion » (2.1.2.1), il n'en est pas toujours de même pour le contrôle de l'appartenance à une « secte ». À bien des égards, lorsqu'une partie appartient à une « secte », les effets négatifs de cette appartenance sont souvent déduits *in abstracto*, par référence à une compréhension *a priori* de ce qu'est la « normalité religieuse » (2.1.2.2).

2.1.2.1 Le contrôle *in concreto* des effets négatifs de l'appartenance à une religion

A priori, pour le juge français, l'appartenance à la communauté juive, catholique, réformée, luthérienne ou musulmane est digne de respect. Elle est l'expression d'un choix en faveur d'une religion notoire, centenaire, voire millénaire, structurée et organisée, n'ayant plus à mobiliser ses membres de manière excessive pour s'imposer au sein de la société. Le

84. Civ. 2^e, 25 janv. 1978, Gaz. Pal. 1978.Jur.505, note Barbier.

juge français présume que cette appartenance induit des comportements religieux «normaux». En conséquence, le contrôle jurisprudentiel d'une telle appartenance peut respecter un cadre strict fondé sur un double principe. D'une part, le contrôle doit porter sur les effets de l'appartenance (les comportements, les pratiques et les rites) et non sur l'appartenance religieuse en tant que telle, ce qui conduirait le juge à analyser les croyances des communautés religieuses d'affiliation, à l'égard desquelles il s'impose une attitude de retrait strict. D'autre part, pour que des effets négatifs soient déduits à l'encontre d'une partie en raison de sa religion, le juge français s'impose la preuve d'une succession de faits précis et concordants pour confirmer que la pratique religieuse d'une partie perturbe sa vie de couple, l'éducation de ses enfants ou même l'exécution d'un contrat. Le contrôle des effets négatifs de l'appartenance à une religion par les tribunaux français est donc un contrôle *in concreto*. La présomption de «normalité religieuse» dont bénéficient les communautés juive, catholique, réformée, luthérienne ou musulmane se manifeste très diversement au sein de la jurisprudence.

En premier lieu, les contentieux se fondant sur des prétentions contestant la pratique religieuse d'un membre d'une «religion» ont une importance moindre que celles qui impliquent le membre d'une «secte». Dans la psychologie des demandeurs, tout se passe comme si l'appartenance à la communauté juive, catholique, réformée, luthérienne ou musulmane était moins facilement contestable devant les tribunaux que l'appartenance à une «secte». Les justiciables semblent hésiter à venir devant les tribunaux pour contester l'appartenance religieuse d'une partie lorsqu'elle appartient à une communauté que le juge français considère comme une «religion». De plus, lorsqu'une partie conteste les effets de l'appartenance d'une autre partie à une religion, le juge français est soucieux de rappeler la légitimité de cette appartenance et de justifier la place que les membres de la communauté occupent au sein de la société. Par exemple, dans une décision de la Cour d'appel de Douai, le 28 novembre 1986⁸⁵, les juges ont considéré qu'une épouse ne pouvait obtenir le divorce aux torts de son époux en raison de son attachement à la religion musulmane et à ses traditions ancestrales. Pour la Cour d'appel, les comportements religieux de l'époux étaient «des conséquences normales résultant de la pratique de la religion musulmane par son mari⁸⁶». Dans cette décision, il est sous-entendu que les pratiques musulmanes du mari sont acceptables au sein de la société française et qu'il est du devoir de l'épouse de s'adapter à l'identité religieuse particulière de

85. Douai, 28 nov. 1986, Gaz. Pal. 1987.Jur.388, note Renard.

86. *Ibid.*

son conjoint. De même, dans un litige opposant une mère catholique et un père juif sur la religion à enseigner à leurs enfants, la Cour de cassation, le 17 mars 1993⁸⁷, a refusé de trancher en faveur d'une religion particulière, sous-entendant l'égale légitimité de ces religions à assurer l'éducation des enfants. Devant les revendications du père qui demandait l'exercice conjoint de l'autorité parentale et la résidence chez lui des enfants « parce que leur mère contrariait la foi judaïque en les inscrivant au catéchisme catholique⁸⁸ », la Cour de cassation a affirmé que, au regard de l'intérêt de l'enfant, « c'est à bon droit que les juges du fond ont décidé de prononcer le divorce aux torts du mari, de confier à la mère l'exercice de l'autorité parentale sur les enfants communs et d'élever ceux-ci dans le respect de la religion du père et de la mère⁸⁹ ». Cet *a priori* favorable du juge français à l'égard des communautés juive, catholique, réformée, luthérienne ou musulmane se déduit aussi de l'analyse d'une décision de la Cour de cassation du 21 janvier 1987 rendue dans le domaine contractuel⁹⁰. En l'espèce, un office d'habitation à loyer modique (HLM) entendait obtenir l'expulsion d'un locataire musulman qui, pour pratiquer sa religion, avait introduit « dans les lieux loués des moutons afin de procéder sur place à leur dépeçage et parfois à leur égorgement⁹¹ ». Selon cet office, le locataire musulman n'aurait pas respecté l'article 1134 du *Code civil* en n'assurant pas une bonne tenue et une paisible occupation de l'habitation, comme prévu dans le contrat de bail. Devant cette revendication, la mise en perspective du litige par la Cour de cassation s'est révélée très nuancée. Plutôt que de vouloir imposer la supériorité d'un modèle culturel et religieux sur un autre, elle s'est efforcée d'intégrer le contentieux dans le problème plus large de la difficile mais légitime conciliation des cultures et des religions au sein de la société. Notamment, elle a affirmé que « le litige procède en fait de la difficulté de faire coexister dans des logements sociaux collectifs des locataires respectueux d'un mode de vie coutumier et d'autres plus imprégnés d'habitudes occidentales⁹² ».

La présomption de « normalité religieuse » dont bénéficient les communautés juive, catholique, réformée, luthérienne ou musulmane explique l'attention que le juge français accorde à l'analyse des faits présentés par les parties pour déduire des effets juridiques négatifs à l'encontre d'une partie, membre d'une religion. Par exemple, pour refuser de retenir la faute d'un

87. Civ. 2^e, 17 mars 1993, *Juridisque Lamy*.

88. *Ibid.*

89. Civ. 2^e, 17 mars 1993, *Juridisque Lamy*.

90. Civ. 3^e, 21 janvier 1987, *Juridisque Lamy*.

91. *Ibid.*

92. *Ibid.*

époux musulman et prononcer le divorce pour faute à son encontre, la Cour d'appel de Douai, le 28 novembre 1986⁹³, note qu'« il résulte des attestations que la femme [...] ne s'appuie sur aucun fait fautif précis différent de ce qu'elle pouvait normalement attendre de son mariage avec un homme de nationalité algérienne⁹⁴ ». La Cour d'appel ne constate pas dans les faits des éléments de preuve suffisants pour caractériser une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations résultant du mariage. De même, dans l'arrêt du 21 janvier 1987, la Cour de cassation refuse de justifier l'expulsion du locataire musulman en raison de sa pratique religieuse⁹⁵. Par référence aux faits rapportés par la Cour d'appel, elle note que « le caractère unique et exceptionnel de ce fait [l'introduction à son domicile de viande à l'occasion d'une fête familiale religieuse] qui depuis 1983 n'a donné lieu à aucune récidive est insuffisante à établir l'existence d'une violation systématique des règles de paisible jouissance des lieux loués, inscrites dans le contrat de bail⁹⁶ ». La preuve n'est donc pas rapportée de la violation systématique d'une obligation contractuelle par le locataire du fait de sa pratique religieuse musulmane.

Devant une appartenance à une « religion », le juge français encadre son contrôle des effets de la religion de la partie mise en cause et adopte une attitude respectueuse à l'égard des choix religieux de la partie. Il analyse *in concreto* les comportements des individus, tout en insistant dans ses décisions sur le caractère néanmoins respectable de la communauté religieuse à laquelle le croyant a choisi d'adhérer. Tout autre est la réaction du juge français à l'égard des communautés religieuses qu'il considère comme des « sectes ». Son attitude est plus radicale et manifeste sa défiance à l'égard de ces communautés.

2.1.2.2 Le contrôle *in abstracto* des effets négatifs de l'appartenance à une secte

Pour le juge français de droit civil, l'appartenance d'une partie à une « secte », comme les Témoins de Jéhovah, l'Église de scientologie ou le Mouvement raëlien, suscite de l'inquiétude. À ses yeux, le choix d'une telle appartenance n'est pas l'expression d'un choix raisonnable. D'emblée, elle marque l'attachement à une communauté qui exige beaucoup de ses membres. Minoritaires sur le territoire national et nouvellement constituées, les communautés sectaires se doivent de développer une activité intense

93. Douai, 28 nov. 1986, Gaz. Pal. 1987.Jur.388, note Renard.

94. *Ibid.*

95. Civ. 3^e, 21 janv. 1987, *Juridisque Lamy*.

96. *Ibid.*

pour se maintenir au sein de la société et convaincre de nouveaux adeptes. Pour le juge français, l'appartenance à une « secte » laisse donc présumer que la partie n'adopte pas des comportements religieux « normaux » et a choisi des pratiques qu'il présume « excessives ». En conséquence, à la différence du contrôle de l'appartenance à une religion, le juge français accorde une attention moins grande à l'analyse des faits pour déduire des effets négatifs de l'appartenance à une « secte ». Les comportements religieux néfastes subis par les tiers relativement à la pratique d'un croyant, membre d'une « secte », paraissent même très souvent se déduire logiquement, voire parfois systématiquement, de son appartenance.

La présomption d'« anormalité religieuse » qui pèse sur l'adepte d'une secte se manifeste dans des exemples variés au sein de la jurisprudence française. Premièrement, à la différence des litiges impliquant les communautés juive, catholique, réformée, luthérienne ou musulmane, l'importance du contentieux où une partie conteste l'appartenance d'une autre à une « secte » est frappant. En fait, tout se passe comme si, dans la psychologie des justiciables, en raison de la méfiance, du rejet, même du scandale qui entourent le phénomène sectaire, il était plus légitime de contester les comportements des membres des « sectes », l'adhésion à une telle communauté n'étant pas *a priori* l'expression d'un choix raisonnable. Deuxièmement, si nous comparons les comportements retenus par les tribunaux à l'encontre des membres des religions et ceux qui sont reprochés aux membres des « sectes », il est saisissant de constater la diversité des reproches qui ont pu être retenus à l'encontre des derniers. Les tribunaux ont pu leur reprocher leur endoctrinement, c'est-à-dire d'avoir fait le choix d'une appartenance religieuse trop exigeante, s'accompagnant d'une perte du discernement et d'esprit critique⁹⁷. Ils ont pu contester le « zèle religieux excessif⁹⁸ » de certains adeptes et leur pratique religieuse

97. Voir, par exemple, la décision de la Cour de cassation, Civ. 1^{re}, 11 juin 1991, *Bull. civ.* 1991.I. n° 196; D. 1991.Jur.521, note Malaurie; *Rev. trim. dr. civ.* 1992.I.75, note Hauser, où la Cour de cassation refuse de permettre à une jeune fille de 16 ans de devenir membre de la communauté des Témoins de Jéhovah puisqu'« il s'agit d'une secte qui exige énormément de ses membres, ce qui implique un endoctrinement considérable ». Voir, aussi, pour justifier une mesure éducative destinée à des enfants vivant dans une communauté religieuse sectaire, l'analyse du juge des enfants dans une décision inédite du Tribunal des enfants, 17 janvier 1997, sur l'attitude des parents à l'égard des croyances de la communauté: « Les parents adhèrent inconditionnellement à l'idéologie du Grand Logis. »

98. Civ. 2^e, 25 janv. 1978, *Gaz. Pal.* 1978.Jur.505, note Barbier. Dans cette décision, les juges ont prononcé un divorce pour faute à l'encontre d'une épouse, membre des Témoins de Jéhovah en raison de « son zèle excessif touchant la pratique de sa religion, son assiduité aux réunions auxquelles elle amenait ses jeunes enfants ». Voir, aussi, Civ. 2^e, 8 juill. 1987,

dangereuse, notamment pour leurs enfants⁹⁹. Surtout, il leur est reproché leur prosélytisme incessant, leur souci permanent de convertir pour former de nouveaux adeptes¹⁰⁰.

La défiance à l'égard des sectes se traduit dans le raisonnement du juge français par une analyse moins précise des faits de l'espèce pour établir les effets préjudiciables d'une pratique sectaire sur la vie familiale ou même sur l'exécution d'un contrat. En outre, le juge français semble parfois établir un lien quasi systématique entre l'appartenance à une « secte » et des effets néfastes sur les tiers, comme il a pu le faire durant les années 60. Ce constat est souvent évident dans le contentieux du divorce. Dans ce dernier contexte, l'attitude du juge français y est double. Tantôt, il manifeste une exigence stricte en matière de preuve et ne retient la faute d'un époux, membre d'une « secte », que lorsque les faits de l'espèce montrent clairement la violation renouvelée et répétée des obligations du mariage¹⁰¹. Tantôt, l'analyse du juge français se fait moins exigeante et il établit plus systématiquement un lien entre l'appartenance à une « secte » et les effets

Juridisque Lamy : « pour prononcer, sur la demande du mari, le divorce des époux aux torts exclusifs de l'épouse, l'arrêt confirmatif attaqué, après avoir relevé que l'épouse, adepte d'une secte, avait fait preuve d'un tel zèle dans son engagement religieux ».

99. Voir, par exemple, Paris, 8 déc. 1986, *Juris Data* n° 86-26947, où les juges refusent d'accorder la garde de ses enfants à une mère membre des Témoins de Jéhovah parce que « [le] père formule des critiques justifiées sur l'incapacité de la mère à tenir les enfants à l'écart de ses engagements au sein des témoins de Jéhovah et à les préserver des risques que comporte pour leur évolution la doctrine religieuse dont elle se réclame ». Voir, aussi, Tribunal des enfants, 17 janv. 1997, inédit, pour déduire des mesures éducatives : « les enfants n'ont pas été vaccinés [...] L'enfant apparaît en l'état privé des moyens nécessaires pour connaître une évolution personnelle et une intégration sociale, processus indispensables pour atteindre l'autonomie et la prise de responsabilité. »
100. Civ. 2^e, 25 janv. 1978, Gaz. Pal. 1978.Jur.505, note Barbier. Pour caractériser la faute de l'épouse, membre des Témoins de Jéhovah, les juges de la Cour de cassation notent aussi « son désir de convertir son mari aux rites de la secte ». De même, dans Civ. 2^e, 8 juill. 1987, *Juridisque Lamy*, « pour prononcer, sur la demande du mari, le divorce des époux aux torts exclusifs de l'épouse, l'arrêt confirmatif attaqué, après avoir relevé que l'épouse [...] avait, petit à petit, oublié son rôle et ses obligations de femme, retient, par motifs propres et adoptés, [...] que cette ferveur religieuse et ce prosélytisme incessant ont eu des conséquences néfastes sur la vie familiale et conjugale [...] la Cour d'appel a légalement justifié sa solution. »
101. Voir, par exemple, Colmar, 11 déc. 1992, *Juris Data* n° 049509. La Cour d'appel a pu constater que « la simple adhésion de la femme à l'Église évangélique de Pentecôte ne constitu[ait] pas un grief suffisant pour prononcer un divorce pour faute si cette adhésion ne s'accompagn[ait] ni de fanatisme religieux, ni même n'[avait] eu d'effet prouvé et négatif sur la vie conjugale ».

néfastes sur la vie conjugale qui en découle¹⁰². En fait, c'est surtout dans le cas des contentieux impliquant des enfants que le raisonnement du juge français est le plus explicite à l'égard des identités sectaires. Lorsqu'un enfant subit ou risque de subir l'influence d'une « secte », le juge français considère que son rôle est de protéger les enfants de la « secte » qui ne peut impliquer, pour lui, que des adultes. C'est cet argument notamment que le juge français a utilisé pour refuser la conversion d'une jeune fille de 16 ans désirant devenir membre de la communauté des Témoins de Jéhovah. Il a considéré que cette religion « exig[ait] énormément de ses membres ». Dès lors, « il [était] tout à fait recommandé de refuser à l'adolescente le baptême selon le rite de cette secte, sacrement qui ne ferait que l'ancrer davantage dans une religion qui, par ses exigences énormes, ne [devait] s'adresser qu'aux adultes¹⁰³ ». Dans ces décisions, le juge français considère que l'appartenance à une « secte » est néfaste tant pour les adultes que pour les enfants. Cet *a priori* détermine nombre des comportements qui sont reprochés aux membres des « sectes ». Il conduit le juge français à ne pas analyser les faits de l'espèce de manière précise et à établir un lien direct entre l'appartenance à une « secte » et les effets néfastes sur les tiers. En premier lieu, lorsqu'un des parents appartient à une telle communauté, le juge français ne l'estime pas toujours apte à remplir ses fonctions parentales. Notamment, le parent peut s'en remettre à la communauté et ne plus vouloir remplir ses obligations parentales. Par exemple, dans la décision du Tribunal des enfants du 17 janvier 1997¹⁰⁴, des parents avaient choisi de vivre dans une cellule communautaire fermée avec leurs enfants. Pour prendre des mesures éducatives, le juge des enfants a noté que « la cellule communautaire se substitue à la cellule familiale entraînant de fait une déresponsabilisation parentale au profit du Grand Logis dont l'organisation apparaît hiérarchisée ». Selon le juge français, le parent, membre

102. Voir, par exemple, Civ. 2^e, 11 mars 1981, Gaz. Pal. 1981.Jur.268. Dans cette décision, alors qu'il était reproché à une femme de ne plus à se conformer à la religion de la famille, la religion catholique, et d'adopter des comportements étranges à la suite de son adhésion à une secte, la Cour de cassation a pu reconnaître que, « sous l'empire de ses convictions religieuses, la femme, adhérente d'une secte, imposait à son entourage et à son fils en particulier, une nourriture étrange et n'élevait pas celui-ci suivant les principes de la religion de la famille, faits constitutifs des excès, sévices et injures graves en même temps qu'une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations nés du mariage, de nature à rendre intolérable le maintien du lien conjugal ». Dans cette décision, le juge français se réfère à un modèle de comportements familiaux *a priori*, que la femme ne respecte plus depuis son adhésion à une « secte ». Or, le manque de respect pour ce modèle familial apparaît comme la conséquence directe de son appartenance religieuse.

103. Civ. 1^{re}, 11 juin 1991, Bull. civ. 1991.I. n° 196 ; D. 1991.Jur.521, note Malaurie ; *Rev. trim. dr. civ.* 1992.I.75, note Hauser.

104. Tribunal des enfants, 17 janv. 1997, inédit.

d'une secte, peut aussi adopter une attitude de prosélytisme incessant à l'égard de ses enfants, manquer de discernement et ainsi risquer de mettre en danger leur équilibre physique¹⁰⁵ ou psychique¹⁰⁶. Enfin, pour le juge français, le caractère marginal de la communauté peut empêcher l'enfant de prendre sa place au sein de la société. L'influence de la « secte » peut l'écarter de toute vie sociale, en l'empêchant d'acquérir les fondements indispensables pour en devenir membre à part entière, une fois adulte¹⁰⁷. Le juge français de droit civil manifeste donc une attitude de défiance à l'égard des « sectes »¹⁰⁸, ce qui explique sans doute que, dans la plupart des

105. *Ibid.* : dans cette décision, le juge des enfants constate, pour décider de mesures éducatives, que les enfants, en raison de leur appartenance à la secte du Logis de Dieu, « n'ont pas été vaccinés ».

106. Nîmes, 23 oct. 1996, J.C.P. 1997.IV.2165 : « Il n'appartient pas à la cour de porter un jugement sur les fondements de la religion dite des témoins de Jéhovah, mais il entre dans ses attributions de protéger les enfants ou mineurs de pratiques qui ont pour but d'atténuer leur libre arbitre et l'éclosion de leur personnalité par un endoctrinement ou un conditionnement précoce. En l'espèce, les méthodes d'éducation, pouvant aller jusqu'aux corrections physiques, qui ont été appliquées sans doute par les deux parents jusqu'à leur séparation et continuées, avec une ferveur accrue par le père, postérieurement, ont abouti à créer un déséquilibre psychologique chez les enfants, ayant nécessité des suivis psychiatriques pendant plusieurs années. »

107. Paris, 8 déc. 1986, *Juri Data* n° 86-26947, dans laquelle, au terme d'un divorce, la garde des enfants n'est pas confiée à la mère, membre des Témoins de Jéhovah, aux motifs qu'« elle est incapable de tenir ses enfants à l'écart de ses engagements religieux au sein des Témoins de Jéhovah et de les préserver des risques que comporte pour leur évolution la doctrine religieuse dont elle se réclame [...], celle-ci présentant un caractère marginal et rendant l'insertion sociale difficile ».

108. En matière de garde d'enfants, notons, toutefois, que certaines communautés s'efforcent de rompre avec cette analyse jurisprudentielle, établissant un lien quasi systématique entre l'appartenance à une secte et des effets néfastes dans l'éducation des enfants. Voir, par exemple, Montpellier, 29 juin 1992, Gaz. Pal. 1993.Jur.547, note Garay et Goni : « dans le cas d'une procédure de divorce ou plus précisément, comme en l'espèce, dans celui d'une procédure relative aux modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge doit non procéder par voie d'affirmations générales, mais rechercher si, dans le cas d'espèce, les activités des père et mère au sein d'une église, d'une secte, d'un parti politique ou de tout autre groupement ou association à finalité religieuse, culturelle, politique, philosophique, culturelle ou autre, présentent des avantages ou des inconvénients au regard de l'intérêt des enfants ». Voir aussi Toulouse, 27 nov. 1995, *Juris Data* n° 051516 : « Force est de constater que rien dans les pièces du dossier ne permet d'affirmer ou même de laisser supposer que les convictions religieuses de l'intéressé puissent présenter un danger moral pour son fils. Les conseils donnés par la secte quant à l'éducation des enfants se rapportent à la morale traditionnelle, à l'effort personnel et à l'élévation spirituelle, toutes règles qui ne sont pas contraires à la bonne éducation. » Voir, enfin, la décision de la Cour de cassation, Civ. 2^e, 3 déc. 1997, *Juridisque Lamy* : « La demanderesse reconventionnelle ne s'est employée qu'à démontrer, par coupures de presse ou attestations, le fonctionnement de la secte Pison et les abus commis par ses dirigeants qui auraient été pénalement poursuivis. Elle n'apporte pas une preuve suffisante de conséquences

décisions opposant un membre d'une secte et un membre d'une religion, le juge choisit de faire prévaloir une communauté sur une autre, notamment la « religion » sur la « secte ». Souvent, il se réfère à la religion pratiquée antérieurement par la famille pour évincer la pratique du parent, converti à une « secte ». Par exemple, le 12 novembre 1988, pour refuser à un père, devenu membre des Témoins de Jéhovah, de faire participer ses enfants à sa foi, le Tribunal de Sarrebourg note que « les époux se sont mariés dans la religion catholique » et donc que « le père ne saurait imposer sa religion à la famille ». Dès lors, « l'adhésion ultérieure du père aux témoins de Jéhovah, secte totalement incompatible avec les principes du catholicisme pratiqué par la mère, doit rester, en raison de l'opposition de celle-ci, sans influence sur la vie quotidienne et spirituelle des enfants¹⁰⁹ ».

Enfin, le lien jurisprudentiel quasi systématique établi entre l'appartenance à une « secte » et les effets néfastes qui en découlent dépasse le cadre familial. Il s'impose également dans le cadre contractuel. Par exemple, dans une décision de la Cour d'appel de Versailles du 23 janvier 1998¹¹⁰, une entreprise reprochait à un formateur d'avoir utilisé les stages de formation qu'il était chargé d'effectuer pour faire du prosélytisme en faveur de l'Église de scientologie, dont il était membre actif. À la lumière des faits de l'espèce, la Cour d'appel a considéré que le formateur avait violé l'article 1134 du *Code civil* parce qu'il avait « utilisé la session de formation pour inciter ses interlocuteurs à partager ses idées philosophiques et rejoindre l'organisation à laquelle il adhérait, détournant ainsi l'objet du contrat¹¹¹ ». Or, l'analyse précise de la décision révèle qu'il n'est pas parfaitement établi que ce prosélytisme ait eu lieu au cours de l'accomplissement des obligations contractuelles. Dans une certaine mesure, la résiliation du contrat apparaît aussi comme une conséquence des convictions religieuses du formateur. En effet, pour caractériser une atteinte objective à l'exécution de bonne foi de son contrat, la Cour d'appel a noté que le formateur a recommandé un livre de L. Ron Hubbard, fondateur de l'Église de scientologie, au cours de la formation et qu'il a aussi invité un salarié de l'entreprise à passer une soirée à son domicile pour l'initier et le soumettre à quelques tests. Enfin, il est mentionné qu'il a également utilisé les repas pris en commun et la

néfastes pour elle-même ou pour leur enfant, les témoignages produits par elle étant imprécis, rédigés en termes généraux et pour certains d'entre eux indirects, voire même reproduisant ses seules affirmations. » Toutefois, ces décisions demeurent plutôt ponctuelles, leur quantité restreinte laissant supposer la défiance du juge français de droit civil.

109. T.G.I. Sarrebourg, 12 nov. 1988, J.C.P. Ed.G. 1988.II.213, note Fossier.

110. Versailles, 23 janv. 1998, J.C.P. 1998.II.781.

111. *Ibid.*

visite à la clientèle pour parler de l'Église de scientologie. À la lumière des faits de l'espèce retenus par la Cour d'appel, deux critiques peuvent être formulées. Premièrement, la Cour d'appel de Versailles ne caractérise pas explicitement, au regard des faits, le prosélytisme du formateur et surtout ses incidences néfastes sur l'entreprise. Elle fait seulement référence à des informations relatives à l'Église de scientologie, apportées lors des sessions de formation certes, mais aussi essentiellement lors des repas et donc hors du champ contractuel. Deuxièmement, dans cette décision, les juges de la Cour d'appel contestent directement la doctrine de l'Église de scientologie refusant d'accepter qu'elle puisse faire l'objet d'un enseignement hors du cadre de cette église. Dans cette décision, les juges français ne prennent pas les précautions suffisantes pour distinguer la doctrine de l'Église de scientologie et les conséquences de cette doctrine qui, au regard des principes fondamentaux, doivent être les seuls faits pris en considération dans le raisonnement judiciaire.

Au terme de cette analyse, il apparaît que le juge français distingue les identités religieuses fondées sur des religions et celles qui le sont sur des sectes lorsqu'il contrôle les effets négatifs d'une appartenance religieuse. Même si, *a priori*, il ne doit opérer aucune différence entre les croyances et les représentations métaphysiques des individus, sa défiance à l'égard des « sectes » le conduit à faire peser sur leurs membres une présomption d'« anormalité religieuse » qui l'amène à déduire, plus facilement, des effets juridiques négatifs à l'encontre d'une partie, adepte d'une « secte ». Dans certaines décisions, le caractère néfaste de l'appartenance religieuse sur les tiers est même déduit de manière quasi systématique, sans analyse précise des faits de l'espèce. Qu'il s'agisse de déduire des effets de droit en faveur ou à l'encontre d'une partie au regard de son appartenance religieuse, le juge français a donc organisé un traitement différencié des communautés religieuses, en distinguant les « religions » et les « sectes », catégories jurisprudentielles désormais déterminantes. En introduisant ces deux catégories jurisprudentielles, il a remis en cause le principe d'égalité formelle qui, normalement, s'impose à lui en vertu des textes constitutionnels français.

À la différence du juge français, le juge québécois applique de manière rigoureuse le principe d'égalité auquel il reconnaît un sens formel mais aussi matériel.

2.2 Au Québec : un traitement différencié fondé sur le respect strict de l'égalité

2.2.1 Le respect de l'égalité formelle et l'uniformisation du traitement des identités religieuses

Au Québec, le juge de droit civil comprend le principe d'égalité formelle comme un principe l'obligeant à traiter de manière semblable toutes les religions et non comme un principe qui le rend « aveugle » à l'existence des identités religieuses au sein de la société. Le respect strict du sens formel de l'égalité s'exprime d'une double manière dans la jurisprudence québécoise. Elle se manifeste, tout d'abord, lorsque le juge québécois s'efforce de protéger la religion des parties en leur reconnaissant, par principe, un droit à l'objection de conscience (2.2.1.1). Elle se déduit aussi du contrôle jurisprudentiel des effets négatifs de la religion d'une partie, semblable pour tout croyant, quelles que soient ses croyances (2.2.1.2).

2.2.1.1 La protection de principe de toutes les identités religieuses par le droit à l'objection de conscience

Dans sa jurisprudence, le juge québécois de droit civil manifeste un souci constant de ne pas voir être violente, par une règle de droit ou par une obligation contractuelle, la teneur des croyances des individus qui sont le fruit de leur religion personnelle. Pour s'assurer de la protection de l'intégrité religieuse des croyants, le juge québécois reconnaît donc, par principe, à tout croyant, un droit à l'objection de conscience lui permettant d'agir en justice pour obtenir la levée des obstacles qui entravent l'expression de sa religion.

Dans la jurisprudence québécoise et la jurisprudence canadienne, le droit à l'objection de conscience repose sur un double fondement textuel : l'article 3 de la Charte québécoise et l'article 2 de la Charte canadienne, l'un et l'autre consacrant le droit à liberté de conscience et de religion. Ce droit à l'objection de conscience est aussi une conséquence de l'activité jurisprudentielle, et notamment de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada qui, dans les décisions *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*¹¹² et *R. c. Jones*¹¹³,

112. *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Dans cette décision, le juge en chef Dickson de la Cour suprême du Canada a affirmé que « la liberté de religion au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques ».

113. Voir *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284. En l'espèce, un père, pasteur d'une église fondamentaliste, éduquait ses enfants dans le sous-sol de son église. Il refusait de les envoyer à l'école publique, comme l'exige l'article 142 (1) de la *School Act* de l'Alberta. Il s'opposait

a reconnu qu'aucune loi, ni aucune obligation légale ou contractuelle ne peut porter atteinte aux convictions religieuses intimes des individus et les entraver lorsqu'ils expriment leur religion.

Inspiré par cette jurisprudence de la Cour suprême, le juge québécois reconnaît donc au croyant le droit de s'opposer à une règle de droit ou encore à une obligation légale ou contractuelle au nom de son *credo*. De surcroît, comme les chartes canadienne et québécoise lui imposent de ne pas distinguer entre les religions, ce droit a été attribué à tout individu, quelle que soit la religion qui fonde son identité, même si cette religion est minoritaire sur le territoire national. Comme le note le juge Martin dans l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Martin*, «l'égalité comme valeur fondamentale ne voudrait plus rien dire si l'on accordait moins de droits à certaines personnes du simple fait qu'elles appartiennent à un groupe social qui se distingue de la majorité compte tenu de caractéristiques profondément personnelles¹¹⁴».

Les exemples de recours au droit à l'objection de conscience sont nombreux dans la jurisprudence québécoise. Dans les litiges de nature religieuse, l'objection de conscience peut être un moyen de défense que le croyant oppose, au cours d'un litige, pour évincer l'application d'une obligation contractuelle. Tel est le cas dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*¹¹⁵ où des copropriétaires juifs revendiquent leurs croyances et leurs pratiques religieuses pour demander au juge d'avoir le droit de

aussi à toute demande d'exemption sur le fondement de l'article 143 (1) a) et e) de cette loi. Pour demander l'éviction à son égard des dispositions de la loi provinciale, le pasteur de l'église fondamentaliste invoquait son droit à la liberté de religion fondé sur l'article 2 a) de la Charte canadienne. Selon lui, l'obligation que contenait la loi provinciale de demander une exemption à l'État pour éduquer ses enfants chez lui portait atteinte à ses croyances religieuses intimes : pour lui, Dieu, et non le gouvernement, détenait l'autorité ultime sur l'éducation de ses enfants et il ne voulait aucunement reconnaître le pouvoir de l'État de lui imposer des règles dans ce domaine. Dans cette décision, la Cour suprême du Canada a reconnu les fondements de la prétention du pasteur. Elle a accepté d'examiner si les dispositions de la *School Act* de l'Alberta étaient de nature à porter atteinte à la liberté de religion du pasteur et à entraver son expression. Elle a reconnu l'existence d'un droit à l'objection de conscience pour le pasteur qui lui permet de contester les dispositions d'une loi provinciale.

114. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Martin*, [1997] J.E. 1476 (T.D.P.Q.).

115. L'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [1998] R.J.Q. 1892 (C.S.), a fait l'objet d'une première décision rendue par le juge André Rochon. Ensuite, en appel, ce sont les juges Baudouin, Morin et Dalphond qui ont entendu la cause des copropriétaires juifs dans l'affaire *Amselem c. Syndicat Northcrest*, [2002] R.J.Q. 906 ; [2002] R.D.I. 233 (rés.) (C.A.). Enfin, c'est par la Cour suprême du Canada qu'a été affirmé le droit pour les copropriétaires juifs de construire des tentes sur les balcons de la copropriété pour la

ne pas respecter une obligation particulière inscrite dans la déclaration de copropriété qui leur interdit de construire des tentes sur leur balcon pour célébrer la fête juive de *Soukhot*. L'objection de conscience peut aussi être un moyen pour s'opposer, au nom de sa foi, à l'application d'une règle de droit ou d'une obligation légale. Par exemple, dans l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Martin*¹¹⁶, le propriétaire d'une maison avait été accusé d'avoir eu une attitude discriminatoire à l'égard de deux homosexuels en refusant de leur louer sa maison au nom de leur orientation sexuelle. Selon les deux homosexuels, l'attitude du propriétaire était discriminatoire et portait atteinte à leur droit à l'égalité, reconnu à l'article 10 de la Charte québécoise. Pour justifier son comportement et son refus de contracter, le propriétaire avait opposé sa foi et ses convictions catholiques sincères qui le conduisaient à condamner l'homosexualité. Par conséquent, en raison de sa religion, il refusait que lui soit opposé l'article 12 de la Charte québécoise qui interdit de refuser de conclure un acte juridique par discrimination. De même, dans l'affaire *Droit de la famille*—39¹¹⁷, un père catholique avait affirmé sa foi et son refus du concubinage pour refuser de verser une pension alimentaire à sa fille de 18 ans vivant maritalement hors du foyer parental sur le fondement de l'article 633 C.c.Q. (1980). Dans l'affaire *Protection de la jeunesse*—224¹¹⁸, pour justifier les mauvais traitements imposés à leur enfant et éviter une mesure de placement en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹¹⁹, des parents avaient aussi affirmé que leurs méthodes éducatives étaient inspirées par « la parole de Dieu telle qu'interprétée par le pasteur de leur église et dictée par lui comme étant la ligne de conduite à [...] adopter dans le cadre de leur foi religieuse¹²⁰ ». Enfin, dans l'affaire *Droit de la famille*—3558, sur le fondement de l'article 21-1 (4) de la *Loi sur le divorce de 1985*, un époux a pu refuser de remettre le *get* à son épouse, car, en agissant sous la contrainte de la loi, il considérait agir contre sa conscience et ne pas respecter la démarche volontaire que lui impose sa religion pour lever les obstacles au remariage religieux de son épouse. Au Québec, le droit à l'objection de conscience est donc un argument qui fonde largement les prétentions des parties. Cependant, à quelles conditions le

fête de *Soukhot*. Voir la décision *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, rendue par les juges McLachlin (juge en chef), Iacobucci, Major, Arbour, et Fish (dissidents : jj. Bastarache, Binnie, LeBel et Deschamps).

116. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Martin*, précité, note 115.

117. *Droit de la famille*—39, [1983] R.J.Q. 74 (C.S.).

118. *Protection de la jeunesse*—224, [1986] R.J.Q. 2711 (T.J.).

119. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.

120. *Protection de la jeunesse*—224, précité, note 118, 2713 (T.J.).

juge québécois accepte-t-il de ne pas imposer à une partie l'exécution d'une obligation contractuelle ou d'une obligation légale? À quelles conditions évince-t-il l'application d'une règle de droit ou d'une obligation contractuelle au regard du *credo* d'une partie?

Pour reconnaître l'effectivité du droit à l'objection de conscience, le juge québécois impose la réunion de trois conditions¹²¹. En premier lieu, la partie doit démontrer que ses croyances personnelles et ses pratiques relèvent d'une religion, cette notion pouvant avoir un sens tant objectif que subjectif pour le juge québécois et le juge canadien. La partie doit donc prouver « qu'elle possède une pratique ou une croyance qui est liée à la religion et requiert une conduite particulière, soit parce qu'elle est objectivement ou subjectivement obligatoire ou coutumière, soit, parce que, subjectivement, elle crée de façon générale un lien personnel avec le divin ou avec le sujet ou l'objet de sa foi spirituelle, que cette pratique ou croyance soit ou non requise par un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux¹²² ». En deuxième lieu, pour le juge québécois, le croyant doit apporter la preuve de la sincérité des croyances religieuses qui fondent sa demande. Selon le juge Fortin, « un citoyen ne peut simplement opposer que tel acte, telle loi répugne à sa conscience sans en faire une démonstration sérieuse [...] L'acte posé doit affecter immédiatement et directement une règle de vie bien démontrée¹²³ ». La sincérité du croyant est donc corroborée par l'importance qu'il accorde à sa croyance et à sa pratique au sein de sa propre existence : « Dans l'appréciation de la sincérité, le tribunal doit uniquement s'assurer que la croyance religieuse invoquée est avancée de bonne foi, qu'elle n'est ni fictive, ni arbitraire et qu'elle ne constitue pas un artifice¹²⁴ ». En troisième lieu, enfin, la partie doit apporter la preuve de l'atteinte réelle subie par l'application de la règle de droit civil ou l'exécution de l'obligation contractuelle. Soit la partie met en évidence que la règle de droit ou l'obligation contractuelle l'empêche de faire ce que lui dicte sa conscience. Soit la partie montre que la règle de droit ou l'obligation contractuelle l'oblige à faire ce que sa conscience lui interdit. Selon le juge Cartier Fortin, « il doit exister une relation immédiate

121. Ces trois conditions sont synthétisées en deux conditions par la Cour suprême du Canada dans la décision *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 C.S.C. 6, par. 34: « pour démontrer l'existence d'une atteinte à sa liberté de religion, le demandeur doit établir (1) qu'il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec une religion, et (2) que la conduite qu'il reproche à un tiers nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à sa capacité de se conformer à cette pratique ou croyance ».

122. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004], précité, note 115.

123. *Droit de la famille* – 39, précité, note 117.

124. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004], précité, note 115, par. 52.

de cause à effet pour invoquer la liberté de conscience¹²⁵ ». La loi ou l'obligation contractuelle doit entraver concrètement l'expression religieuse de la partie. Quant au degré de cette atteinte, il faut qu'il soit plus que négligeable. En invoquant son droit à l'objection de conscience, la partie doit démontrer que « la disposition législative ou contractuelle (ou la conduite) contestée entrave d'une manière plus que négligeable ou insignifiante sa capacité d'agir en conformité avec ses croyances religieuses¹²⁶ ». Ces trois conditions sont cumulatives. Si l'une d'entre elles fait défaut, l'objection de conscience ne peut être caractérisée. Par exemple, dans l'affaire *Droit de la famille* — 39, la revendication du père catholique n'a pas justifié l'éviction de l'application de l'article 633 C.c.Q. (1980) lui imposant de verser une pension alimentaire à sa fille, puisque « l'intimé n'a pas démontré en quoi il pourrait renier sa foi et brimer sa conscience en donnant à manger à son enfant¹²⁷ ».

Lorsque les trois conditions précédentes sont réunies, le juge québécois peut alors considérer que le droit à la liberté de religion du croyant est atteint et que la revendication de son droit à l'objection de conscience qui en est le corollaire est légitime. Il peut donc déduire des effets de droit précis au profit du croyant. D'abord, en vertu de l'atteinte portée par la règle de droit ou l'obligation contractuelle à la conscience de l'individu, il peut exempter la partie de la respecter¹²⁸. En outre, en raison de l'atteinte portée à sa liberté de religion, la partie peut également obtenir des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 49, al. 1 de la Charte québécoise, pendant de la responsabilité civile pour réparer l'atteinte à une liberté fondamentale. De surcroît, si la partie parvient à prouver que cette atteinte est volontaire, que son auteur cherchait expressément à lui nuire ou encore qu'il agissait en pleine connaissance des conséquences sur sa pratique religieuse, elle peut se voir octroyer, selon l'article 49, al. 2 des « dommages intérêts exemplaires¹²⁹ ». Ces dommages et intérêts ont alors

125. *Droit de la famille* — 39, précité, note 117, 77.

126. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004], précité, note 115, par. 59. Dans cette décision, le juge Iacobucci, représentant la position majoritaire, a permis aux copropriétaires juifs de ne pas respecter la déclaration de copropriété au motif que « les clauses contestées de la déclaration de copropriété prohibant les constructions sur les balcons des appelants portent atteinte à la liberté de religion garantie à ceux-ci par la Charte québécoise » (par. 103).

127. *Droit de la famille* — 39, précité, note 117, 77.

128. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004], précité, note 115, par. 103.

129. Article 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec* L.R.Q., c. C-12: Alinéa 1: « Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation

une dimension «punitive» et viennent à sanctionner l'intention de porter atteinte à un droit fondamental comme le droit à la liberté de religion¹³⁰.

Enfin, il est important de noter qu'une atteinte à la liberté de religion peut tout de même être justifiée par le juge, ce qui empêche alors la reconnaissance du droit à l'objection de conscience d'une partie. En effet, comme le note le juge Iacobucci dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, «il convient de souligner qu'un acte ne devient pas inattaquable ni protégé d'office du seul fait qu'on invoque la liberté de religion. Aucun droit, y compris la liberté de religion, n'est absolu¹³¹.» Ainsi, l'atteinte à la liberté de religion d'une partie peut être légitime si l'exercice des droits fondamentaux d'autrui risque d'être compromis par la reconnaissance de cette atteinte¹³². En outre, la reconnaissance du droit à l'objection de conscience est subordonnée «au respect de préoccupations sociales supérieures¹³³». Ces valeurs fondamentales sont, notamment, celles qui sont

du préjudice moral ou matériel qui en résulte.» Alinéa 2: «En cas d'atteinte illicite ou intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires.»

130. *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, J.E. 96-2256; [1996] 3 R.C.S. 211; D.T.E. 96T-1257, rendue par les juges Lamer (juge en chef), La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major. Selon la juge L'Heureux-Dubé, au nom de la Cour (par. 121), «en conséquence, il y aura atteinte illicite et intentionnelle au sens du second alinéa de l'art. 49 de la Charte lorsque l'auteur de l'atteinte illicite a un état d'esprit qui dénote un désir, une volonté de causer les conséquences de sa conduite fautive ou encore s'il agit en toute connaissance des conséquences, immédiates et naturelles ou au moins extrêmement probables, que cette conduite engendrera. Ce critère est moins strict que l'intention particulière, mais dépasse, toutefois, la simple négligence. Ainsi, l'insouciance dont fait preuve un individu quant aux conséquences de ses actes fautifs, si déréglée et téméraire soit-elle, ne satisfera pas, à elle seule, à ce critère.»
131. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004], précité, note 115, par. 61.
132. *Id.*, par. 62: «La liberté de religion, telle qu'elle a été définie plus haut, correspond bien à l'interprétation large et libérale de cette liberté garantie par la Charte québécoise et la Charte canadienne et ne devrait pas être prématurément interprétée de façon restrictive. Toutefois, notre jurisprudence n'autorise pas les gens à accomplir n'importe quel acte en son nom. Par exemple, même si une personne démontre qu'elle croit sincèrement au caractère religieux d'un acte ou qu'une pratique donnée crée subjectivement un lien véritable avec le divin ou avec le sujet ou l'objet de sa foi, et même si elle parvient à prouver l'existence d'une entrave non négligeable à cette pratique, elle doit en outre tenir compte de l'incidence de l'exercice de son droit sur ceux d'autrui. Une conduite susceptible de causer préjudice aux droits d'autrui ou d'entraver l'exercice de ces droits n'est pas automatiquement protégée. La protection ultime accordée par un droit garanti par la Charte doit être mesurée par rapport aux autres droits et au regard du contexte sous-jacent dans lequel s'inscrit le conflit apparent.»
133. *Id.*, par. 63.

définies à l'article 1 de la Charte canadienne¹³⁴ et à l'article 9.1 de la Charte québécoise¹³⁵.

Le souci du juge québécois de traiter de manière semblable toutes les religions se manifeste lorsqu'il s'efforce de protéger la religion des parties par le droit à l'objection de conscience, quelle que soit la religion sur laquelle l'identité religieuse de la partie repose. Ce souci se retrouve également lorsque le juge contrôle les effets négatifs de la pratique religieuse d'une partie.

2.2.1.2 L'uniformisation du contrôle des effets négatifs de la religion des parties

Devant les revendications négatives de la religion des parties, si la partie a la pleine capacité juridique, les tribunaux s'imposent un contrôle *in concreto* des effets de sa religion sur les tiers et s'efforcent de rassembler des éléments de preuve précis pour restreindre la pratique religieuse d'un parent ou d'un conjoint en raison du préjudice subi par les tiers.

Pour appréhender le contrôle des effets négatifs de la religion d'une partie, un principe fondamental s'impose au juge québécois : la liberté de religion, consacrée par l'article 3 de la Charte québécoise, lui interdit d'entraver la pratique religieuse des parties par ses décisions. Par conséquent, si le juge québécois entend restreindre la pratique religieuse d'un individu en raison de son incidence sur les tiers, il se doit de justifier sa décision par des éléments de preuve précis. Surtout, cette liberté de religion reconnue à tout croyant lui impose d'uniformiser ses méthodes de contrôle : elles ne doivent, en aucun cas, être distinctes selon la religion qui fonde l'identité d'une partie. Les principes de ce contrôle ont été posés par la décision *Droit de la famille — 1456*¹³⁶. Lors de ce contentieux, opposant une mère, membre des Témoins de Jéhovah, et un père, catholique, sur l'éducation religieuse de leur enfant commun de 5 ans, le juge Brossard a rappelé le sens du droit à la liberté de religion et le principe d'égalité qui l'inspire. Selon son analyse, tous les membres de la cellule familiale sont également titulaires du droit à la liberté de religion et les tribunaux doivent s'efforcer de concilier les

134. Article 1 de la Charte canadienne, précitée, note 17 : « 1. [Droits et libertés au Canada] La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

135. Article 9.1 de la Charte québécoise, précitée, note 129 : « [Exercice des libertés et droits fondamentaux] Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. »

136. *Droit de la famille — 1456*, [1991] R.D.F. 610 (C.A.).

droits fondamentaux en présence. En vertu de ce principe jurisprudentiel, l'enfant a aussi le droit au libre choix de sa religion lorsqu'il a atteint la maturité. Chaque parent peut également pratiquer sa religion, à condition de s'imposer le respect de la religion de l'autre conjoint. Cependant, une fois encore, ce droit n'est pas absolu : son exercice ne doit pas perturber l'enfant ni sa relation avec l'autre parent. Si tel est le cas, le juge se trouve en droit de limiter la pratique religieuse du parent, à condition d'établir précisément, au regard des faits de l'espèce, les incidences néfastes de cette pratique sur l'enfant¹³⁷. Le juge québécois adopte alors un contrôle *in concreto* des effets négatifs de la religion. En analysant précisément les faits, il met en évidence les effets des croyances ou des pratiques religieuses du parent sur l'enfant. À la différence du juge français, le juge québécois n'envisage pas le comportement religieux de la partie comme une conséquence directe de son appartenance religieuse. Selon son approche, les comportements religieux qu'elle adopte sont, par principe, l'expression d'un choix responsable et personnel. Lors du contrôle des effets négatifs de la religion d'une partie, le raisonnement du juge québécois se décompose donc en deux temps : d'abord, il analyse la manière dont la partie a choisi de pratiquer sa religion ; ensuite, il détermine les incidences de cette pratique sur les tiers¹³⁸. Dans

137. *Ibid.*, p. 616 : « 1- Le droit fondamental à la liberté de religion est tel qu'il autorise et justifie chacun des ex-conjoints de pratiquer librement sa religion en présence de l'enfant et d'enseigner à ce dernier les préceptes de la religion de son choix, sujets aux réserves qui suivent ; 2- Cet enseignement doit cependant être respectueux de la religion de l'autre conjoint et, surtout, respectueux du droit de l'enfant au libre choix de sa propre religion lorsqu'il aura atteint l'âge et la maturité pour ce faire ; 3- Toute forme de prosélytisme, toute tentative d'endoctrinement forcé, tout enseignement dont soit la forme soit le contenu serait de nature à perturber l'enfant ou à engendrer entre cet enfant et l'autre parent un état conflictuel ou un état de tension qui nuirait à l'intégrité de la relation parentale, justifieront l'intervention du Tribunal et, au besoin, l'imposition de contraintes et de restrictions ; [...] 5- Chaque cas en est un d'espèce dont la situation découle essentiellement de l'appréciation de la preuve qui peut être faite d'une situation indésirable pour le bien-être de l'enfant, domaine dans lequel le rôle du maître de la preuve et des faits qu'est le premier juge doit être respecté par un tribunal d'appel à moins que le premier juge ne se soit mal dirigé en droit ou qu'il ait manifestement erré dans son appréciation de la preuve. »

138. Voir aussi l'affirmation des principes du contrôle des effets négatifs de la religion d'une partie dans *Droit de la famille* – 353, [1987] R.F.L. (3d) 360 (C.A.) : « La foi des témoins de Jéhovah n'est pas en cause mais plutôt la façon dont le père enseigne cette foi à son fils. L'enseignement religieux n'est pas différent d'autres enseignements. Il doit être adapté à l'âge et à la maturité de l'élève. » Voir, aussi, *Droit de la famille* – 955, (1991) R.J.Q. 599 et (1991) R.D.F. 255 : « L'appelante a le droit d'exercer sa religion en présence de l'enfant, de prêcher par l'exemple devant l'enfant et d'enseigner à cette dernière les préceptes de la religion des Témoins de Jéhovah. Le premier juge ne met pas en doute la bonne foi de l'appelante. Il n'existe aucun élément de preuve permettant de croire que l'appelante tenterait d'exercer une influence négative à l'égard de la religion de l'intimée

ces décisions, le juge québécois de droit civil détache ainsi l'individu de sa communauté religieuse d'affiliation. Il le reconnaît pleinement capable d'assumer ses choix religieux et de déterminer la manière dont il entend pratiquer sa religion. Dès lors, ce ne sont pas les pratiques religieuses de la communauté d'affiliation que le juge analyse pour rendre sa décision mais les incidences négatives concrètes résultant de la pratique que la partie a choisi de faire sienne.

Dans sa jurisprudence, le juge québécois de droit civil, par une compréhension particulière du sens formel de l'égalité, s'impose donc un traitement uniforme des identités religieuses lors de leur reconnaissance positive et lors de leur reconnaissance négative. Toutefois, ce principe d'égalité formelle n'est pas le seul dont le juge québécois s'impose le respect. Il s'efforce aussi de prendre en considération le sens matériel de l'égalité.

2.2.2 Le respect de l'égalité matérielle et la correction des inégalités entre les identités religieuses

Au Québec, l'égalité a aussi un sens matériel. L'égalité, comme nous l'avons vu précédemment, est aussi un droit subjectif au contenu spécifique, opposable par tout croyant au contenu d'une règle de droit ou d'une obligation contractuelle qui vient de rompre l'égalité entre les différentes identités religieuses. Au nom de ce droit à l'égalité dont les contours ont été définis par la jurisprudence (2.2.2.1), le juge québécois peut déduire des effets juridiques en vue de réparer les inégalités entre les religions suscitées par l'exécution d'une obligation contractuelle ou par l'application d'une règle de droit : il peut reconnaître à tout croyant un droit à un accommodement raisonnable (2.2.2.2).

2.2.2.1 La reconnaissance d'un droit à l'égalité en matière religieuse pour tout croyant

Au Québec, le droit à l'égalité est un droit subjectif qui repose sur un fondement tant constitutionnel que légal et dont la signification précise a été définie principalement par la jurisprudence tant canadienne que québécoise. La reconnaissance de ce droit a pour corollaire une obligation qui s'impose et à l'État et aux particuliers : l'obligation de non-discrimination.

et/ou qu'elle ne serait pas respectueuse des choix religieux de celle-ci ce qui justifie le premier juge de ne pas traiter de cette question. Le dossier ne révèle, non plus, de la part de l'appelante, aucun prosélytisme, aucune tentative d'endoctrinement forcé ou indu de l'enfant, à qui elle prétend d'ailleurs laisser un certain degré de liberté en ce qui concerne l'assistance aux cérémonies religieuses ainsi que l'accompagnement dans les visites de sollicitation à domicile. »

Le droit à l'égalité est un droit consacré par l'article 10 de la Charte canadienne et par l'article 15 de la Charte québécoise. Selon ces articles, tout citoyen a droit à la même protection et au même bénéfice de loi. Dès lors, il ne peut y avoir ni distinction, ni exclusion, ni préférence dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés en raison de l'identité religieuse d'une partie, sauf dans les cas prévus par la loi. De ces articles, le juge canadien, en général, et le juge québécois, en particulier, ont pu déduire, outre l'obligation d'une reconnaissance égalitaire de toutes les religions, une obligation de contrôle des effets d'une règle de droit ou d'une obligation contractuelle sur la religion des parties. Ils ont pu élaborer une conception de l'égalité qui n'est pas seulement un principe guidant l'application de la règle de droit mais aussi une norme opposable par tout croyant au contenu de la règle de droit ou d'une obligation contractuelle qui crée des inégalités entre les individus en raison de leur identité religieuse. Ce sens du droit à l'égalité a été posé par la Cour suprême du Canada, notamment par le juge McIntyre qui a pu affirmer que l'égalité est un horizon vers lequel doit tendre la société¹³⁹. En conséquence, en raison de l'existence de ce droit à l'égalité, une loi ou une obligation contractuelle ne peut imposer plus de contrainte à un individu en raison de ses caractéristiques personnelles, notamment à cause de son identité religieuse. Ce sens du droit à l'égalité a été repris par la jurisprudence québécoise. Par exemple, dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*¹⁴⁰, après avoir admis que « la Charte québécoise reconnaît le droit à l'égalité tant dans les rapports de droit privé que dans les relations des individus avec l'État¹⁴¹ », le juge Rochon considère qu'un tel principe peut avoir pour conséquence de déclarer sans effet une clause contractuelle, irrespectueuse de l'égalité en matière religieuse, principe repris ensuite, par la Cour suprême du Canada par le juge Iacobucci¹⁴². Pour les juges canadiens et québécois, l'égalité

139. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, J.E. 89-259, j.J. Dickson (juge en chef), Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, McIntyre et Lamer (dissidents). Voir les propos du juge McIntyre: « [p]our s'approcher de l'idéal d'une égalité complète et entière devant la loi et dans la loi – et dans les affaires humaines une approche est tout ce à quoi on peut s'attendre – la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné. Tout en reconnaissant qu'il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d'aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre. »

140. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [1998], précité, note 115.

141. *Ibid.*

142. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004], précité, note 115, par. 103: « À la lumière de l'analyse qui précède, j'estime que les clauses contestées de la déclaration de copropriété prohibant les constructions sur les balcons des appelants portent atteinte à la liberté de

est donc un idéal vers lequel doit tendre la société. Elle doit se réaliser concrètement au sein de la société et les tribunaux ont pour fonction d'aider à sa réalisation. Dans la jurisprudence québécoise, la revendication de ce droit est toutefois marquée par une particularité : ce n'est pas un droit subjectif autonome. Par exemple, dans la décision *Québec (Ville de) c. Commission des droits de la personne du Québec*, le juge Nichols affirme qu'« il n'existe pas de droit à l'égalité en soi en vertu de la Charte. L'égalité de l'article 10 n'est pas un droit autonome mais une simple modalité des droits et libertés par ailleurs garantis et protégés¹⁴³. » De même, dans l'affaire *Commission des droits de la personne du Québec c. Commission scolaire de Saint-Jean-sur-Richelieu*, le Tribunal des droits de la personne reconnaît que « l'articulation nécessaire (obligatoire) entre l'article 10 et un autre droit protégé par la Charte conduit à dire que la Charte québécoise ne réfère pas à un droit à l'égalité *in se* et que celui-ci n'est pas autonome ; il est une modalité de particularisation des divers droits et libertés de la personne¹⁴⁴ ». Pour le juge québécois, il ne peut donc y avoir atteinte au droit à l'égalité que dans le contexte de l'exercice d'une des libertés définies à l'article 3 de la Charte québécoise, parmi lesquelles figure notamment le droit à la liberté de religion.

La reconnaissance de ce droit subjectif à l'égalité a des conséquences importantes. Ainsi, il a pour corollaire la reconnaissance d'une obligation de non-discrimination qui s'impose tant au tiers qu'à l'État. Au Québec, en particulier, et au Canada, en général, la reconnaissance du droit à l'égalité permet d'imposer aux tiers et à l'État une obligation de non-discrimination.

religion garantie à ceux-ci par la *Charte* québécoise. Je suis également d'avis qu'il est impossible d'affirmer que, en signant la déclaration de copropriété, les appelants ont renoncé à leur droit à la liberté de religion ou qu'ils ont implicitement accepté de ne pas installer de souccahs sur leur balcon respectif durant la période prescrite par leur religion. Dans les circonstances, j'estime que les raisons invoquées par l'intimé pour justifier cette atteinte au droit des copropriétaires ne sont pas fondées ; les inquiétudes exprimées relativement à la sûreté personnelle des copropriétaires ont été largement dissipées et l'atteinte causée à leurs droits de propriété est tout au plus minime. Les appelants ont donc légalement le droit d'installer un souccah sur leur balcon respectif uniquement pendant la période correspondant à la fête du Soukhoth, dans la mesure où la structure laisse un passage suffisant pouvant servir de voie d'évacuation en cas d'urgence et s'intègre le plus possible avec l'apparence générale de l'immeuble. »

143. *Québec (Ville de) c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1989] R.J.Q. 831 ; (1989) 21 Q.A.C. 216 ; D.T.E. 89T-448 (C.A.), décision rendue par les juges Paré, Nichols et Jacques (dissidents). Ces propos sont tenus par le juge Nichols qui reprend la position de P. CARIGNAN, « Une méthode d'approche appliquée à l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne », (1987) 21 R.J.T. 490.

144. *Commission des droits de la personne du Québec c. Commission scolaire de Saint-Jean-sur-Richelieu*, [1991] R.J.Q. 3003, 3036 (T.D.P.Q.).

Cette obligation repose sur une certaine compréhension de la notion de discrimination dont le juge a défini les conditions de mise en évidence. Au Québec, la conséquence de la reconnaissance du droit à l'égalité est que toutes les institutions étatiques et même les particuliers, notamment, dans leur activité contractuelle, ont une obligation de non-discrimination : «le principe d'égalité se concrétise dans la norme de non-discrimination car c'est par l'application de cette dernière qu'on aboutit à la réalisation du principe d'égalité¹⁴⁵». L'obligation de non-discrimination est donc la conséquence «du droit reconnu à chacun de ne pas être traité différemment sur la base de certains motifs interdits et dans le cadre de l'exercice des droits et libertés de la personne¹⁴⁶». Elle est la conséquence du droit pour chacun de ne pas être discriminé en raison d'une ou plusieurs de ses caractéristiques particulières, comme son identité religieuse. Au sein de la jurisprudence tant canadienne que québécoise, pour qu'une discrimination puisse être caractérisée, trois éléments doivent être réunis. Il faut : 1) une différence de traitement, fondée sur un motif interdit comme peut l'être la religion ; 2) qui s'exprime dans le contexte de la reconnaissance ou de l'exercice d'un droit fondamental de la personne ; et 3) qui a pour effet de détruire ou de compromettre le droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice de ce droit¹⁴⁷. Au regard des conditions permettant de mettre en évidence une discrimination, une remarque s'impose. Le juge québécois retient une approche objective de la notion d'égalité. En effet, pour la caractériser, il ne retient pas le critère subjectif de l'intention discriminatoire de son auteur. Il n'exige pas que le croyant, victime d'une discrimination, fasse la preuve qu'une personne l'a traité différemment des autres, tout en étant consciente que le fondement de sa distinction était un motif discriminatoire. Plutôt, le juge québécois a choisi de retenir le critère objectif de l'effet concret ou encore des conséquences réelles d'une règle de droit ou d'une obligation contractuelle sur une partie¹⁴⁸. D'ailleurs, tel est le critère retenu par l'article 10, al. 2 de la Charte québécoise qui renvoie «aux effets

145. M. BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 38.

146. D. PROULX, *loc. cit.*, note 11, 511.

147. Voir, pour la détermination des trois conditions constitutives de la discrimination : *Johnson c. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61 ; *Forget c. Québec (procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90.

148. Voir, sur l'importance reconnue au critère objectif de la notion de discrimination, *Commission des droits de la personne du Québec c. L'homme*, [1982] 3 C.H.R.R. 849 (C.A.): «La Charte établit la valeur d'égalité. Cette valeur est attaquée par la discrimination. D'où l'article 10 qui n'exige pas la preuve de l'intention de poser un acte discriminatoire. C'est l'effet discriminatoire de l'acte posé qui doit être examiné. L'article 49 soutient cette interprétation. Aussi n'y a-t-il pas lieu de prouver la mauvaise foi de l'auteur de

discriminatoires de l'acte incriminé ¹⁴⁹ » et qui ne se réfère pas aux intentions de l'auteur de la discrimination.

Sur le fondement de cette approche objective de la discrimination, le juge québécois distingue deux types de discrimination : la discrimination directe et la discrimination indirecte. La discrimination est directe lorsque la règle de droit ou l'obligation contractuelle opère une différence de traitement en se fondant explicitement sur un motif prohibé comme la religion. Plutôt rare, la discrimination directe laisse plus généralement la place à la discrimination indirecte qui, selon Daniel Proulx, est la conséquence d'« un type de mesure qui, d'apparence inoffensive, catégorise en fait les individus sur la base d'un motif discriminatoire¹⁵⁰ » tel que la religion. Dès lors, sur le fondement de l'article 10 la Charte québécoise, peut être déclarée sans effet une règle de droit ou une obligation contractuelle, à première vue neutre, qui, pourtant, a pour effet préjudiciable de discriminer de façon indirecte un citoyen ou un cocontractant. Le droit à l'égalité en matière religieuse interdit à l'État et aux individus d'adopter des actes, de définir des normes qui en arrivent à traiter de manière distincte des individus en raison de leur religion.

2.2.2.2 Le droit à un accommodement raisonnable pour tout croyant, corollaire de droit à l'égalité en matière religieuse

Lorsqu'une partie invoque une atteinte à son droit à l'égalité et qu'il est établi à son encontre une discrimination indirecte en raison de sa religion, le juge québécois lui reconnaît généralement un droit à un accommodement raisonnable.

Dans la jurisprudence canadienne et québécoise, le droit à un accommodement raisonnable est la conséquence d'une obligation particulière : l'obligation d'accommodement raisonnable ou d'adaptation aux particularismes de certains individus qui s'impose aux particuliers comme à l'État lorsqu'une règle de droit ou une obligation contractuelle est à l'origine d'une discrimination indirecte. Selon José Woehrling, cette obligation, de construction essentiellement jurisprudentielle, progressive, casuistique et pragmatique, « pèse sur l'État, les personnes ou les entreprises privées et vise à modifier des normes, des pratiques ou des politiques légitimes justifiées qui s'appliquent sans distinction à tous, pour tenir compte des

l'acte. » Cette interprétation est conforme à quelques décisions de la Cour suprême. Voir *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears limited*, [1985] 2 R.C.S. 536, ou *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84.

149. Article 10, al. 2 de la Charte québécoise, précitée, note 129.

150. D. PROULX, *loc. cit.*, note 11, 476.

besoins particuliers de certaines minorités, principalement les minorités ethniques et religieuses¹⁵¹ ».

Le principe de l'obligation d'accommodement raisonnable est très largement répandu dans les domaines relevant du droit du travail et du droit public. Par exemple, il est au fondement de la décision *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*¹⁵², rendue par la Cour suprême du Canada, le 2 mars 2006, autorisant le port du kirpan par les élèves sikhs orthodoxes dans les écoles publiques québécoises. Dans cette décision, selon la juge Charron, « il ressort de la jurisprudence en matière de discrimination qu'il existe une obligation de prendre des mesures d'accommodement raisonnable en faveur des individus qui subissent les effets préjudiciables d'une politique ou d'une règle neutre en apparence, et ce, jusqu'au point où le respect de cette obligation entraîne des contraintes excessives pour la partie qui est tenue d'instaurer les mesures d'accommodement¹⁵³ ». Le principe de l'obligation d'accommodement raisonnable trouve aussi sa place dans le domaine du droit civil. Par exemple, dans la décision *Syndicat Northcrest c. Amselem*, le juge Rochon reconnaît qu'« il serait [...] loisible à un cocontractant qui, de bonne foi, a convenu d'une condition neutre en soi, mais qui, par effet indirect, contrevient aux droits à l'égalité établis par l'article 10 de la Charte des droits, de maintenir l'intégrité de son contrat en proposant des mesures raisonnables d'accommodement¹⁵⁴ », principe confirmé, en dernière instance, par la Cour suprême du Canada¹⁵⁵. L'exécution d'un contrat peut donc donner lieu à la reconnaissance d'une obligation d'accommodement à la charge d'une partie au bénéfice d'une autre, en raison de la discrimination indirecte qu'elle subit à cause de son identité religieuse.

Cependant, la reconnaissance du droit à un accommodement raisonnable est encadrée de limites. L'auteur de la discrimination indirecte n'est pas soumis à une application systématique de l'obligation d'accommodement raisonnable. À certaines conditions et dans certains cas, il peut invoquer des moyens de défense pour échapper à l'obligation d'accommodement puisque l'obligation d'adaptation qui s'impose à lui n'est pas absolue mais « raisonnable ». Des moyens de défense sont à sa disposition.

151. J. WOEHRLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 *R.D. McGill* 325, 327.

152. *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, précité, note 121. Cette décision a été rendue par la juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

153. *Id.*, au par. 53.

154. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [1998], précité, note 115, 1911.

155. *Ibid.*

Premièrement, dans le cas d'une entreprise ou de l'exécution d'un contrat, l'auteur de la discrimination indirecte peut faire valoir que ces efforts d'accommodement n'ont pu aboutir en raison de la mauvaise foi de la personne ou même du groupe qui subissait la discrimination¹⁵⁶. Deuxièmement, il peut aussi montrer que l'obligation d'accommodement raisonnable lui impose des contraintes excessives qu'il ne peut assumer. Soit l'accommodement raisonnable est d'un coût trop élevé. Soit il entrave le bon fonctionnement de son établissement. Ou encore, il porte atteinte aux droits des autres membres de l'établissement. Ou bien, enfin, le premier accommodement risque de provoquer dans l'établissement une multiplication des demandes semblables, ce qui peut créer ainsi un effet dit «boule de neige» et rendre impossible la gestion de la situation. Troisièmement, dans le contexte de l'application d'une règle de droit, les tribunaux peuvent aussi considérer que l'atteinte qu'elle porte au droit à l'égalité est «une limite raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique», au sens de l'article 1 de la Charte canadienne. Une telle limite est caractérisée si trois conditions sont réunies : 1) les objectifs de la mesure ont un intérêt social urgent et substantiel dans une société libre et démocratique ; 2) les moyens mis en place par la mesure sont raisonnables et proportionnés aux objectifs recherchés ; 3) il existe une proportionnalité entre les effets de la mesure limitant la liberté de religion de certaines personnes et l'objectif social visé. Ces trois conditions sont cumulatives, et c'est à ces trois conditions qu'une règle de droit qui a un effet discriminatoire indirect pourra être maintenue.

Dans un cas de discrimination indirecte, les juges canadiens et québécois considèrent généralement que l'obligation d'accommodement raisonnable impose à l'auteur de la règle de droit ou au cocontractant de considérer les personnes pénalisées afin de trouver un arrangement tenant compte de leurs besoins liés à leur origine et à leurs pratiques religieuses. Comme le note le juge Rochon, «l'obligation d'accommodement raisonnable vise essentiellement à rétablir l'égalité rompue par l'effet préjudiciable d'une loi, d'un règlement et, dans le cas qui nous occupe, d'un contrat [...] Cette obligation consiste à procurer un aménagement raisonnable à l'autre partie

156. Voir, par exemple, *Autobus Legault inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [1998] J.E. 2371. Dans cette affaire, une conductrice, en raison de son appartenance à l'Église adventiste du septième jour, ne pouvait plus travailler les vendredis après-midi de l'automne et de l'hiver. Son église prescrit, en effet, qu'il est interdit de travailler après le coucher du soleil le vendredi pour respecter le sabbat. Il a été décidé par la Cour d'appel de la province du Québec que la véritable cause de la suspension de tout dialogue en vue de l'obtention d'un accommodement raisonnable était la démission soudaine, prématurée et non motivée de la salariée qui a mis fin au lien d'emploi et à toute possibilité d'entente.

permettant à cette dernière de préserver l'intégrité de son droit ou de sa liberté¹⁵⁷.» Par exemple, concrètement, dans le cas des copropriétaires juifs, en première instance, le respect de l'obligation d'accommodement raisonnable par le syndicat de copropriété avait consisté à leur proposer un terrain voisin pour qu'ils puissent y construire leurs tentes pour leur fête religieuse, solution que, par la suite, la Cour suprême du Canada avait jugé insuffisante. En outre, il est important de noter que ce droit à un accommodement raisonnable profite à tout croyant, quelle que soit la religion sur laquelle repose son identité personnelle. Le juge québécois et le juge canadien n'établissent pas de distinction, comme le juge français, entre les identités religieuses fondées sur une religion et celles qui le sont sur une secte. Toutefois, en raison de l'inégalité concrète d'expression qui existe entre les religions anciennement établies au Québec et les «nouvelles» religions, le droit à l'égalité et le droit à un accommodement raisonnable sont le plus souvent revendiqués par des parties et reconnus pour des parties qui fondent leur identité religieuse sur une «nouvelle» religion comme les musulmans, les sikhs pour les croyants nouvellement arrivés au Québec, comme les membres des Témoins de Jéhovah, du Mouvement raëlien ou de l'Église de scientologie pour les groupements religieux nouvellement constitués. D'ailleurs, dans l'affaire *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*¹⁵⁸, c'est le souci de reconnaître les minorités religieuses sikhs orthodoxes qui a guidé la décision majoritaire exprimée par la juge Charron en faveur du port du kirpan à l'école publique par les élèves sikhs. Selon ce juge, «le fait de prendre une mesure d'accommodement en faveur de Gurbaj Singh et de lui permettre de porter son kirpan sous réserve de certaines conditions démontre l'importance que notre société accorde à la protection de la liberté de religion et au respect des minorités qui la composent¹⁵⁹».

En cas de discrimination directe ou indirecte, les règles qui fondent le droit à réparation sont les mêmes que pour l'atteinte au droit à la liberté de religion. Lorsqu'un croyant est victime d'une discrimination directe ou encore lorsque l'absence ou l'insuffisance d'accommodement est caractérisée, le juge québécois peut décider de verser des dommages et intérêts aux victimes de la discrimination sur le fondement de l'article 49 de la Charte québécoise. En vertu de cet article, une atteinte à un droit fondamental, tel que le droit à l'égalité en matière religieuse, ouvre droit à réparation

157. *Ibid.*

158. *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, précité, note 121. Cette décision a été rendue par la juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

159. *Id.*, par. 79.

en raison du préjudice moral et matériel qui en résulte. En outre, comme lorsqu'il y a atteinte à la liberté de religion d'un croyant, le juge québécois peut aussi prévoir de verser des dommages et intérêts exemplaires¹⁶⁰. Le juge québécois peut donc verser des dommages et intérêts à la victime d'une discrimination directe ou indirecte si cette dernière réussit à prouver que l'auteur de la discrimination savait que, à défaut d'un accommodement raisonnable, elle subirait une atteinte à son droit fondamental à l'égalité et qu'elle subirait une discrimination en raison de sa religion. Bien entendu, dans le cas d'une discrimination directe à cause de la religion d'une partie, une telle preuve est plus facile à apporter. L'intention de discriminer se déduit de la référence explicite à un motif de discrimination prohibé, sans justifications.

Ainsi, en France et au Québec, l'identité religieuse des parties fait l'objet d'un traitement différencié par le juge de droit civil. En France, ce traitement différencié se fonde sur la négation du sens formel et du sens matériel de l'égalité. Même si le sens formel de l'égalité, dont s'inspire fortement le *Code civil* français, devrait rendre le juge civil «aveugle» aux identités religieuses ou lui imposer un traitement semblable de toutes les identités religieuses, celui-ci a fait le choix de distinguer les identités religieuses fondées sur une religion et celles qui le sont sur une secte, en protégeant les premières et en s'efforçant d'évincer les secondes. Or, cette distinction de traitement ne repose nullement sur le sens matériel de l'égalité : plutôt que de corriger les inégalités entre les identités religieuses, elle vient renforcer celles qui existent entre les identités religieuses fondées sur une religion et celles qui le sont sur une secte. À la différence de la France, au Québec, le traitement différencié des identités religieuses repose sur le respect strict de l'égalité tant dans son sens formel que dans son sens matériel, la jurisprudence du juge québécois traduisant assez justement l'esprit du *Code civil du Québec* de 1994, un code civil de primauté entre égalité formelle et égalité matérielle. Ainsi, le souci de respecter le sens formel de l'égalité conduit le juge québécois à uniformiser le traitement des identités religieuses. Toutes les identités religieuses, quelle que soit la religion à leur fondement, bénéficient de la reconnaissance d'un droit à l'objection de conscience et toutes les identités religieuses doivent subir un contrôle *in concreto* de leurs effets pour faire l'objet d'une reconnaissance négative aux yeux du juge de droit civil. En outre, le souci de respecter le sens matériel de l'égalité conduit le juge québécois à reconnaître les revendications

160. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre hospitalier Robert-Giffard*, [1998] R.J.Q. 651 (T.D.P.Q.). Selon le juge Sheehan, «le tribunal peut prononcer une condamnation de dommages exemplaires dans le cas d'une atteinte illicite et intentionnelle».

du droit à l'égalité de certaines identités religieuses minoritaires et à reconnaître en leur faveur un droit à un accommodement raisonnable lorsqu'elles sont l'objet d'une discrimination indirecte en raison du contenu d'une règle de droit particulière ou d'une obligation contractuelle.

Les juges français et québécois de droit civil réagissent donc de manière fort distincte à la différence des identités religieuses, et ce, en reconnaissant une importance très différente à la notion d'égalité.

3 L'égalité et les modèles de réactions du juge à la différence des identités religieuses

La place distincte laissée à la notion d'égalité dans la jurisprudence tant française que québécoise s'explique, en fait, par la manière propre aux juges français et québécois de droit civil de réagir à la différence des identités religieuses, réaction enracinée dans leur tradition juridique et, plus largement, leur tradition nationale. Le modèle du juge français est marqué par une inquiétude forte à l'égard des identités religieuses qui le conduit à hiérarchiser et à contrôler les différentes identités religieuses présentes au sein de la société, ce qui organise ainsi, contre toute attente, un régime différencié des cultes (3.1). Le juge québécois, au contraire, envisage la différence des identités religieuses comme le bienfait d'une société démocratique et pluraliste qu'il importe donc de préserver en traitant de manière semblable toutes les identités religieuses présentes au sein de la société et en assurant leur égalité concrète au sein de la société (3.2).

3.1 Le modèle français ou l'inquiétude à l'égard de la différence des identités religieuses

Le juge français, dans sa jurisprudence, est soucieux de hiérarchiser les identités religieuses en présence au sein de la société, ce qui le conduit à organiser, contre toute attente, un système de religions reconnues, articulé autour de la distinction entre la « religion » et la « secte » (3.1.1). En fait, la jurisprudence civile française repose sur l'idée que l'État doit légitimement contrôler la quête spirituelle des individus au sein de la société ainsi que la différence des identités religieuses qui résulte de la reconnaissance de la liberté des opinions religieuses (3.1.2).

3.1.1 Le juge français : un juge qui hiérarchise les identités religieuses

Devant la complexité de la réalité religieuse, la particularité du juge français à l'égard des identités religieuses est qu'il se fonde sur une approche abstraite de ces identités qu'il s'est efforcé de hiérarchiser (3.1.1.1), ce qui

remet en question la nature du régime jurisprudentiel de l'identité religieuse des parties à un litige (3.1.1.2).

3.1.1.1 La mise en évidence de la hiérarchie des appartenances religieuses

Pour appréhender la différence des identités religieuses, le juge français a établi une hiérarchie fondée sur la nature de la communauté d'affiliation du croyant. Au plus bas de la hiérarchie se trouve l'appartenance à une « secte ». En raison des dangers qu'elle implique pour la personne et pour l'ordre public, le juge français de droit civil choisit de ne pas protéger cette appartenance. En raison de sa défiance, il la soumet même, le plus souvent, à un contrôle *in abstracto* de ces incidences sur les tiers lorsqu'elle est contestée au cours d'un litige. En fait, pour le juge français, la « secte » est une communauté religieuse présentant deux caractéristiques précises. Premièrement, lorsqu'il envisage la « secte » dans sa globalité, le juge français la considère comme une communauté de croyants constituée depuis moins d'un siècle, minoritaire sur le territoire national, particulièrement intransigeante, qui emploie des méthodes actives pour étendre son influence et qui est présumée adopter des activités répréhensibles à l'encontre de la personne des adeptes et de leur patrimoine¹⁶¹. Deuxièmement, lorsque le juge français considère les effets de la « secte » sur les adeptes, il la voit comme une appartenance religieuse qui absorbe complètement le sujet de droit. Elle le prive de son libre arbitre et de sa capacité d'analyse en raison des manipulations psychologiques des dirigeants du groupe. De fait, cette situation conduit l'adepte à un prosélytisme ardent, à un certain extrémisme religieux mais aussi, dans la plupart des cas, à une désocialisation¹⁶².

Après, plus haut dans la hiérarchie des identités religieuses, vient l'appartenance à une « religion ». Pour le juge français, la définition

161. Cette définition de la « secte » se déduit de l'analyse du régime jurisprudentiel de la religion des parties, défini par le juge français de droit civil. Elle s'inspire également de la définition de P. MALAURIE, « Droit, sectes et religion », (1992) A.P.D. 211, 213. Pour cet auteur, une « secte » est « une communauté religieuse minoritaire et séparatiste, qui a le sentiment d'être persécutée, particulièrement intransigeante, convaincue de ses différences et de sa supériorité, et dont l'organisation est structurée, les méthodes actives et le prosélytisme ardent ».

162. Pour confirmer cette approche de la « secte » sous-entendue dans les décisions du juge français de droit civil, il convient de se rapporter à la Circulaire du 7 novembre 1997 (p. 3), émanant du ministère de l'Intérieur et adressée aux préfets qui propose une définition de la « secte » très proche, semble-t-il, de celle qui a été retenue par la jurisprudence civile française : le phénomène sectaire est « l'expression de multiples mouvements philosophiques, spirituels ou religieux, créés parfois en dissidence ou en opposition des pratiques religieuses dominantes, et caractérisés notamment par l'endoctrinement intensif de leur disciple ».

jurisprudentielle de la « religion » se déduit *a contrario* de la définition de la « secte ». Pour le juge français, une « religion » est une communauté de croyants constituée depuis des centaines d'années, implantée le plus souvent de longue date sur le territoire national, qui n'est pas présumée adopter des activités répréhensibles à l'encontre de ses membres et de leur patrimoine, voire de la société dans son ensemble, et qui, du fait de son caractère établi, n'emploie plus de méthodes actives de prosélytisme. En outre, lorsque le juge français envisage les effets de la « religion » sur ses membres, il présume le caractère raisonnable de leur appartenance puisqu'elle n'altère ni leur libre arbitre ni leur capacité d'analyse et qu'elle n'implique *a priori* ni fanatisme religieux ni prosélytisme incessant. En d'autres termes, si l'appartenance à une « secte » est présumée dangereuse pour ses adeptes, l'appartenance à une « religion » est considérée comme l'expression d'un choix raisonnable.

À première vue, au sein de la catégorie « religion », il serait loisible de penser que toutes les communautés de croyants font l'objet d'une reconnaissance égalitaire par l'ordre juridique français. Ainsi, le principe d'égalité formelle pourrait alors s'appliquer, la catégorie des « sectes » ayant été exclue. Or, au sein des « religions », il est possible de distinguer, une fois encore, une hiérarchie. Au plus bas de la catégorie des « religions », se trouve sans nul doute la communauté musulmane. Même si le juge français considère cette communauté comme « une religion », il manifeste quelques hésitations au regard des valeurs que cette communauté de croyants véhicule, valeurs bien différentes de la société majoritaire française, inspirée fortement par le christianisme. En position intermédiaire se trouvent des communautés de croyants comme la communauté protestante, juive, orthodoxe ou bouddhiste. Ces communautés sont bien des « religions » que le juge français choisit de protéger. Elles traduisent une appartenance religieuse raisonnable qui ne posent pas de difficultés d'intégration au sein de la société. Enfin, au sommet de la hiérarchie, se trouve incontestablement l'appartenance à la communauté catholique. Même si, désormais, cette communauté est juridiquement une religion comme une autre, elle bénéficie toutefois d'un respect fort de la part des juges français qui n'hésitent pas à la protéger par l'entremise de revendications particulières. Religion historique de la France, religion de la majorité des Français, la plupart du temps religion du juge également, elle est un culte qui bénéficie d'un statut privilégié au sein de l'ordre juridique français.

3.1.1.2 Les conséquences de la hiérarchie des appartenances religieuses

Au terme de cette présentation de la hiérarchie française des appartenances religieuses, il apparaît clairement que, dans le domaine du droit

civil, le régime jurisprudentiel de la religion des parties est bien plus proche d'un régime de cultes reconnus que d'un régime laïc, qui établit une égalité absolue entre les cultes. Le régime jurisprudentiel de la religion des parties repose sur une distinction des effets juridiques à déduire de la religion d'une partie en fonction de la légitimité de sa communauté d'appartenance aux yeux de l'État. D'ailleurs, il est important de noter que, parmi les « religions » au sens du droit civil, se trouve un grand nombre des cultes reconnus sous le système concordataire en vigueur en France au XIX^e siècle. En fait, cet effort de hiérarchisation des appartenances religieuses par le juge français traduit l'idée que, pour lui, toutes les identités religieuses particulières n'ont pas un droit égal à la reconnaissance. Pour le juge français, la fonction des tribunaux n'est pas de reconnaître toutes les identités particulières mais bien de choisir celles qui, en raison de leur sérieux et de leur respect pour les valeurs de la République, peuvent faire l'objet d'une protection par le droit civil. Or, ce régime jurisprudentiel différencié des identités religieuses pose deux difficultés particulières, l'une au regard de l'ordre juridique national français et l'autre par rapport à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Au regard du principe de la reconnaissance égalitaire du droit à la liberté religieuse consacrée par les textes constitutionnels français, cette classification des croyants par le juge français est contestable pour une triple raison. Premièrement, elle est en contradiction avec l'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui affirme que « la France respecte toutes les croyances ». Désormais, en France, en raison de cette distinction, certaines croyances sont plus respectables que d'autres : les croyances des « religions » l'emportent sur celles des « sectes ». Deuxièmement, ce traitement différencié des croyants risque de conduire à une discrimination des membres des « sectes » par l'ordre juridique étatique, légitimée par les dangers qu'est censée représenter leur communauté d'appartenance pour la collectivité. D'ailleurs, cette discrimination à l'encontre des membres des « sectes » se manifeste déjà dans la distinction des modes de contrôle des effets négatifs de l'appartenance à une communauté religieuse, les membres des « sectes » faisant l'objet d'un contrôle *in abstracto*, alors qu'un contrôle *in concreto* s'applique aux membres des « religions ». Troisièmement, le maintien d'une telle distinction est de nature à renforcer l'immixtion de l'ordre juridique étatique dans les choix religieux individuels. Puisque, désormais, certains choix religieux sont l'expression d'une faiblesse qui se traduit par l'altération de la capacité juridique du croyant¹⁶³, le juge français

163. Dans certaines décisions, pour le juge français, l'adepte d'une « secte » a pu être appréhendé comme un adulte « à la capacité juridique altérée », ce qui lui imposait, dans une telle perspective, de prendre des mesures en vue de le protéger. Dans une décision du

peut être tenté d'intervenir de manière plus insistante pour servir de tutelle à la volonté défaillante de l'adepte de la « secte » lorsqu'il exerce sa liberté religieuse. Dès lors, sur le fondement de la notion de « secte », l'autonomie religieuse de l'individu à l'égard de la sphère de l'État français pourrait être mise à mal, celui-ci trouvant de plus en plus de raisons pour intervenir au sein de la sphère intime de l'individu.

En outre, pour les juges de la Cour européenne des droits de l'Homme, la jurisprudence française qui distingue entre les « sectes » et les « religions » n'est pas acceptable. Premièrement, elle manifeste une attitude discriminatoire de l'ordre juridique français fondée sur la religion. C'est la raison pour laquelle elle a été remise en cause dans la décision *Palau-Martinez c. France* du 16 décembre 2003¹⁶⁴. Deuxièmement, le plus souvent, les

Tribunal de grande instance de Nantes, cassée par la Cour de cassation le 2 octobre 2001, les juges du fond ont ainsi pu être sensibles à ce mode de raisonnement, en décidant de placer sous curatelle, à la demande de ses parents, une jeune femme, membre d'une « secte ». Ces derniers ont exposé que la communauté d'appartenance de leur fille avait été répertoriée dans la commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur les sectes comme un mouvement sectaire et que l'ecclésiastique qui dirigeait la communauté avait été suspendu de ses fonctions par les autorités religieuses. Ils avaient alors soutenu que leur fille, en raison de son caractère influençable et de son manque d'autonomie personnelle, était sous l'emprise de la secte à laquelle elle avait adhéré et qu'elle avait été privée de son libre arbitre. Le Tribunal, après avoir commis un expert psychiatre, avait conclu à la nécessité de placer la jeune femme sous un régime de protection, même si elle ne présentait ni maladie, ni infirmité, ni affaiblissement dû à l'âge au sens de l'article 490 du *Code civil*: selon le Tribunal, sa personnalité était du type « états limites ». Voir les commentaires de la décision du Tribunal de grande instance de Nantes et de l'arrêt de la Cour de cassation: S. CHAILLE DE NERE, « L'interprétation *a contrario* de l'article 490 alinéa 1 du Code civil ou l'étonnante défiance de la Cour de cassation vis-à-vis des régimes de protection des majeurs », *Petites affiches*, 2002.n° 104.22; J. MASSIP, « De l'adhésion à une secte comme cause de curatelle », *Petites affiches*, 2002. n° 51.21; J. MASSIP, « Chronique de jurisprudence civile générale », *Répertoire du Notariat Defrénois*, février 2002, n° 3, 197. Voir la décision de la Cour de cassation: Civ. 1^{re}, 2 oct. 2001, *Bull. civ.* I n° 238.150: « Sur le moyen unique: Vu les articles 490, alinéa 1, et 508 du Code civil; Attendu qu'il résulte de ces textes que l'altération des facultés mentales justifiant la mise sous curatelle doit être causée par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge; attendu que pour placer Mlle X..., née en 1974, sous le régime de la curatelle renforcée par les dispositions de l'article 512 du Code civil, le jugement attaqué retient que, sans souffrir de maladie, l'intéressée présente une altération de ses facultés personnelles médicalement constatée; attendu qu'en se déterminant ainsi, sans relever l'une des causes prévues par les textes susvisés, le tribunal a violé ceux-ci; et attendu qu'il y a lieu conformément à l'article 627, alinéa 2, du nouveau Code procédure civile de mettre fin au litige en appliquant la règle de droit appropriée; par ces motifs: casse et annule. »

164. *Palau-Martinez c. France*, Journal des tribunaux Droit européen, janvier 2004, n° 105, 25-26 (arrêt partiellement reproduit). Dans cette décision, la Cour européenne a reconnu la légitimité de la plainte d'une requérante, membre des Témoins de Jéhovah et a condamné

communautés de croyants qualifiées de « sectes » par le juge français font aussi l'objet d'une autre qualification en droit européen. Au regard de ce droit, elles sont des « minorités religieuses » qui doivent être protégées des pressions de la majorité. Elles ne sont pas des « sectes » contre lesquelles il importe de lutter. Dès lors, cette approche distincte des groupes religieux remet en question la conciliation entre le concept français de « secte » et le concept européen de « minorité religieuse ». En effet, si nous envisageons maintenant le concept de « secte » tel qu'il se dégage du droit français, il s'avère qu'il englobe incontestablement certains des aspects de la « minorité religieuse ». Une « secte » en droit français est toujours une communauté de croyants minoritaire sur le territoire national. Cependant, à la différence du concept de « minorité religieuse », ce concept justifie une défiance forte de la part de l'ordre juridique français, en particulier, et de la société, en général. Elle est bien loin d'assurer la protection par le droit français des « minorités religieuses ». En conséquence, par la confrontation de la notion française de « secte » avec la philosophie qui anime certains juges de la Cour européenne des droits de l'Homme, le juge français est aux prises avec l'impossible conciliation de son concept jurisprudentiel avec celui de « minorité religieuse ». Comment peut-il justifier la lutte contre les « sectes » dans un contexte européen et international favorable à la protection par le droit étatique des « minorités religieuses » ? Comment peut-il justifier que

la France, sur le fondement de l'article 41 de la Convention européenne, à réparer le préjudice moral subi par cette mère du fait de la décision des tribunaux lui retirant la garde de ses enfants. La Cour européenne a contesté que la Cour d'appel puisse se prononcer en se fondant sur l'appartenance religieuse de la mère, « *in abstracto* et en fonction de considérations de caractère général, sans établir de lien entre les conditions de vie des enfants auprès de leur mère et leur intérêt réel ». Selon la Cour européenne, les juges français ont accordé « une importance déterminante à la religion de la requérante », ce qui les a conduit à opérer « entre les parents une différence de traitement reposant sur la religion de la requérante, au nom d'une critique sévère des principes d'éducation qui seraient imposés par cette religion ». Or, cette différence de traitement était discriminatoire « en l'absence de justification objective et raisonnable ». Certes, elle reposait sur un intérêt légitime, l'intérêt de l'enfant, mais il n'existait pas « un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés, c'est-à-dire la fixation de la résidence des enfants au domicile de leur père, et le but légitime poursuivi ». En fait, pour la Cour européenne, la Cour d'appel de Nîmes s'est contentée de « généralités relatives aux témoins de Jéhovah » et elle n'a noté aucun « élément concret et direct démontrant l'influence de la religion de la requérante sur l'éducation et la vie quotidienne de ses deux enfants ». Selon le juge européen, il n'est donc pas possible pour le juge français de déduire directement de l'appartenance d'une partie à une « secte » des effets préjudiciables pour les enfants. En raison de l'article 14 de la Convention européenne qui implique la jouissance égalitaire des droits et libertés sans distinction fondée notamment sur la religion, le juge français se doit de traiter de manière semblable tous les croyants, qu'ils appartiennent à une « secte » ou à une « religion. »

certaines communautés de croyants soient perçues comme des «sectes» et non comme des «minorités religieuses» à protéger?

À la lumière de ces questions, nous comprenons mieux la perspective difficile dans laquelle se trouve le juge français par l'attitude qu'il a choisi d'adopter à l'égard de la religion. Son souci de distinguer les «sectes» et les «religions» le place en contradiction non seulement avec des principes nationaux fondamentaux mais aussi avec la philosophie et les principes en matière religieuse qui existent en droit européen et en droit international.

3.1.2 Le juge français : un juge qui contrôle la différence des identités religieuses

En fait, le régime jurisprudentiel des identités religieuses en France s'enracine dans une défiance forte à l'égard de la différence des identités religieuses (3.1.2.1) conduisant à son contrôle strict par le juge de droit civil (3.1.2.2).

3.1.2.1 La défiance du juge français à l'égard de la différence des identités religieuses

Pour le juge français, la différence des identités religieuses représente un danger pour la société pour une double raison. Premièrement, à ses yeux, cette différence risque de porter atteinte à la cohésion nationale : la perte de valeurs religieuses communes à l'ensemble des citoyens peut rendre plus difficile la définition de valeurs communes autour desquelles la société peut se rassembler dans son ensemble. Deuxièmement, cette différence risque d'infléchir la fonction de l'ordre juridique étatique en le conduisant vers la pente glissante de la reconnaissance des particularismes individuels, comme le particularisme religieux. En raison du manque d'homogénéité de la population, l'ordre juridique étatique pourrait être amené à reconnaître par trop les identités religieuses particulières au point de nourrir la fragmentation sociale et de ne plus être à même de véhiculer une identité nationale forte, transcendant les particularismes.

3.1.2.2 Les conséquences de la défiance du juge français

Dès lors, pour le juge français de droit civil, il importe de contrôler le pluralisme religieux et d'éviter la fragmentation de la nation française «une et indivisible». Sans doute, la lutte contre les «sectes» dans laquelle s'est lancé l'ordre juridique français dans son ensemble participe-t-elle de cette volonté de contrôle du phénomène religieux. Par la lutte contre les communautés sectaires, l'ordre juridique entend éviter l'absorption des membres de la nation dans des groupes séparatistes qui ne respectent pas

les valeurs de la République mais qui manifestent un fort attachement à des valeurs particulières dont ils veulent assurer la propagation. D'ailleurs, derrière la distinction qui se dessine entre les « bonnes » et les « mauvaises » religions, fondée sur une représentation *a priori* de la normalité religieuse, se dissimule le souci de protéger les appartenances religieuses « normales », conciliables avec l'appartenance nationale française, et de remettre en cause les appartenances religieuses « dangereuses », incompatibles avec les valeurs cohésives de la République. C'est peut-être cette « dimension muette » des décisions civiles françaises qui explique pourquoi, à travers le régime jurisprudentiel de la religion des parties, le juge français de droit civil protège certaines appartenances religieuses et dissuade l'appartenance à d'autres. Bien loin d'adopter une attitude de retrait à l'égard de la religion, le juge français de droit civil révèle plutôt une attitude interventionniste. Il s'efforce d'intégrer les communautés de croyants dans les « moules » de la République en vue d'asseoir le pouvoir de l'État dans la société et de lutter contre le « communautarisme » dangereux pour l'équilibre des institutions de l'État.

3.2 Le juge québécois ou le désir de préserver la différence des identités religieuses

Le juge québécois, à la différence du juge français, pris au milieu de la multiplicité des revendications religieuses identitaires, est plutôt soucieux de comprendre les justiciables dans leurs dimensions les plus intimes, de reconnaître au plus près le sentiment d'identité religieuse de chacun. Il s'est lancé dans la tâche ambitieuse de refléter toutes les aspirations religieuses identitaires qui s'expriment au sein de la société, chaque croyant, dans la perspective du juge québécois, devant être en mesure de bénéficier d'une égalité concrète au sein de la société (3.2.1). En fait, pour le juge québécois, la préservation de l'égalité concrète des identités religieuses est une étape décisive pour préserver la différence des identités religieuses au sein de la société, symbole, pour lui, de la réussite d'une société démocratique (3.2.2).

3.2.1 Le juge québécois: un juge qui assure l'égalité concrète des identités religieuses

Selon le juge québécois, à la différence du juge français, il importe pour les tribunaux de reconnaître toutes les identités religieuses particulières sans établir de distinction entre elles (3.2.1.1). En outre, il est aussi important de s'assurer que toutes peuvent exister et s'exprimer librement au sein de la société (3.2.1.2).

3.2.1.1 La reconnaissance de toutes les identités religieuses par le juge québécois de droit civil

À la différence du juge français, le juge québécois ne hiérarchise pas les sentiments d'identité religieuse. Pour lui, toutes les identités particulières ont droit à une égale reconnaissance par les tribunaux, quelles que soient les croyances sur lesquelles elles reposent. Le juge québécois refuse de porter un jugement de valeurs sur les croyances et de privilégier certaines plutôt que d'autres. En fait, au Québec, les tribunaux acceptent de reconnaître toutes les identités particulières pour une double raison : d'une part, parce que tout individu a le droit de développer sa propre originalité ; d'autre part, parce qu'au Canada il existe la conviction profonde que cette reconnaissance est un facteur de paix sociale plutôt que de tensions. En conséquence, le juge québécois s'efforce d'appréhender la religion de manière concrète, sans déformer le sens profond que chaque individu peut lui reconnaître au sein de son existence. La particularité du juge québécois est de ne rechercher aucune définition *a priori* de la religion. Il préfère une approche concrète et pragmatique des faits de l'espèce pour comprendre au mieux le sentiment d'identité religieuse des parties. Sans doute ne s'est-il pas engagé dans la voie de la définition, conscient de la complexité de la question et de la difficulté à établir des critères de définition pertinents. Sans nul doute ne s'est-il pas non plus attelé à cette tâche en raison du lien étroit qu'il établit entre le sens de la religion et la liberté individuelle. En effet, pour le juge québécois, la religion relève d'un choix personnel intime qui ne souffre d'aucune ingérence, ni de la part des tiers ni de la part de l'État. La religion structure l'identité de nombreux individus au sein de la société et suscite une tendance chez le croyant à se joindre à des communautés rassemblant des individus aux particularismes religieux semblables. Or, en raison du sens profond et personnel que l'individu a pu donner à sa religion, il importe au juge québécois de ne pas enfermer cette signification dans une définition juridique *a priori* pour ne pas blesser le sentiment d'identité religieuse des parties.

3.2.1.2 L'égal droit des sentiments d'identité religieuse à exister et à s'exprimer au sein de la société

Si le juge québécois a choisi de ne pas définir et de ne pas hiérarchiser les identités religieuses de peur de les contraindre, il se révèle toutefois conscient de leurs différentes potentialités d'expression au sein de la société. Pour le juge québécois, les membres des « religions minoritaires » et les membres des « religions majoritaires » ne sont pas dans la même situation au sein de la société, les secondes étant dans une situation plus favorable que les premières. En conséquence, il importe au juge québécois

d'intervenir pour corriger ces inégalités concrètes, notamment en reconnaissant le droit à l'égalité et le droit à un accommodement raisonnable des croyants en difficulté. Par cette protection particulière des identités religieuses se dessine donc le souci du juge québécois de réaliser une égalisation de la situation concrète des croyants, en vue de permettre une égale expression de l'identité religieuse de chacun au sein de la société et de maintenir le pluralisme religieux, propre aux sociétés libres et démocratiques. Toutes les religions ont un égal droit à la reconnaissance par les tribunaux et ces derniers doivent tout faire pour assurer leur égal droit à l'existence et à la reconnaissance au sein de la société, surtout lorsqu'il s'agit de « religions minoritaires ». Le juge québécois adopte donc une démarche concrète fondée sur le souci de la reconnaissance égalitaire des sentiments d'identité religieuse par les tribunaux et sur le respect de leur égal droit à l'existence au sein de la société. En fait, cet effort pour assurer l'égalité concrète entre les identités religieuses repose sur le souci de préserver la différence des identités religieuses.

3.2.2 Le juge québécois : un juge qui protège la différence des identités religieuses

Comme le juge français, le juge québécois est conscient des difficultés inhérentes à la différence des identités religieuses. Toutefois, en raison des principes fondamentaux qui s'imposent à lui, il s'efforce de concilier les différentes croyances en présence (3.2.2.1) et de trouver un équilibre entre le retrait et l'intervention à l'égard de la religion (3.2.2.2).

3.2.2.1 Un effort de conciliation entre les différentes identités religieuses

À l'instar du juge français, le juge québécois sait que la diversification des croyances est un risque pour la cohésion de la société, d'où, semble-t-il, l'importance, pour lui, de réaffirmer les valeurs fondamentales de la société québécoise lors de la reconnaissance du droit à l'égalité et du droit à un accommodement raisonnable. Pourtant, à la différence du juge français, le juge québécois ne considère pas que l'identité nationale doit transcender les particularismes individuels, comme les particularismes religieux. Il s'efforce plutôt de concilier l'identité nationale et les identités religieuses qui s'expriment au sein de la société. Dès lors, l'office du juge québécois de droit civil à l'égard de la religion ne consiste pas en un contrôle de la différence des identités religieuses fondé sur une représentation *a priori* de la normalité religieuse mais plutôt en un effort pour réguler cette différence en trouvant un équilibre entre la liberté individuelle et le souci d'assurer l'unité de la nation québécoise. Cet effort de régulation et de préservation de la différence des identités religieuses se manifeste, par exemple, par la

reconnaissance de principe du droit à la liberté de religion pour tout croyant et pour tout groupe religieux. Il apparaît aussi lors des conflits interreligieux par la quête d'un équilibre entre les revendications individuelles des parties que le juge québécois s'efforce de concilier. Enfin, il se voit par l'entremise du recours au droit à un accommodement raisonnable qui permet aux revendications identitaires de ne pas s'exacerber par défaut de reconnaissance au sein de la société mais de s'exprimer au sein des prétoires par des arguments encadrés et médiatisés par les avocats et le juge.

3.2.2.2 La recherche d'un équilibre entre le retrait et l'intervention en matière religieuse

Devant le pluralisme religieux, le juge québécois doit donc trouver un juste équilibre entre le retrait et l'intervention en matière religieuse. Le respect de la sphère religieuse individuelle et collective reconnue par les droits fondamentaux impose au juge québécois une attitude de retrait à l'égard de la religion pour ne pas entraver les identités religieuses particulières qui ont toutes droit à une égale existence au sein de la société. En même temps, l'obligation de maintenir la libre expression des croyances au sein de la société lui impose aussi d'intervenir en reconnaissant le droit à l'égalité et le droit à un accommodement raisonnable pour corriger les inégalités criantes au sein de la société entre les communautés de croyants, notamment entre les communautés « minoritaires » et « majoritaires ». Dans les litiges de nature religieuse, le juge québécois de droit civil apparaît, en fait, comme une instance étatique à laquelle il a été reconnu deux fonctions : d'une part, assurer l'inscription des revendications identitaires particulières au sein de l'ordre juridique étatique ; d'autre part, réguler et préserver la différence des identités religieuses pour assurer l'égal droit à l'expression de toutes les religions au sein de la société, notamment l'égalité d'expression entre les identités religieuses minoritaires et majoritaires.

La perspective jurisprudentielle tendant à protéger la différence des identités religieuses en assurant une protection renforcée des identités religieuses minoritaires par rapport aux identités religieuses majoritaires présente un avantage certain par rapport au modèle français. À la différence de la distinction française fondée sur la « secte » et la « religion », l'avantage de la distinction québécoise entre les identités religieuses minoritaires et majoritaires est de reposer sur un critère objectif, soit un critère numérique, et non sur un jugement de valeur porté sur les communautés religieuses existant au sein de la société. À première vue, pour décider qu'un croyant se rattache à une religion minoritaire, il suffit seulement d'envisager le nombre de croyants qui partagent les mêmes croyances et de déterminer si ce groupe est minoritaire ou non au sein de la société pour décider de

le protéger tout particulièrement. Cette distinction permet donc au juge québécois de ne pas fonder le régime juridique de la religion des parties sur l'appréciation des valeurs d'une communauté de croyants particulière. Toutefois, la perspective québécoise présente aussi deux inconvénients majeurs. Première difficulté : même si la distinction québécoise établie entre les « religions minoritaires » et les « religions majoritaires » se fonde sur un critère objectif, elle risque à terme de perdre de son efficacité en raison de l'atomisation des croyances que connaît la société québécoise. Comment distinguer entre les « religions minoritaires » et les « religions majoritaires » lorsque toutes les croyances sont minoritaires ? Cette remarque prend d'ailleurs tout son sens lorsque l'on constate que les juges de la Cour suprême ont de plus en plus tendance à retenir une conception subjective de la religion des parties, en faisant de l'identité religieuse, dans tous les cas, une réalité individuelle et minoritaire¹⁶⁵. La seconde difficulté posée par le particularisme de la protection québécoise des membres des minorités religieuses réside dans l'importance accordée aux juges dans le processus de reconnaissance des identités particulières. En effet, cette protection laisse aux tribunaux le soin de résoudre et d'aménager les tensions sociales résultant du pluralisme religieux. Ils doivent désormais définir dans quelle mesure les identités minoritaires peuvent être protégées. Or, forcément axée sur la revendication de libertés et de droits individuels, cette importance accordée au juge peut donner l'impression qu'au Québec, en particulier, et au Canada, en général, les droits et les libertés fondamentaux ne font l'objet d'aucun compromis au sein de la société et que le juge tend à pallier, par sa jurisprudence, les difficultés résultant d'un défaut de cohésion sociale. En fait, n'y a-t-il pas un risque à vouloir reconnaître aux tribunaux une telle importance dans la promotion d'une politique culturelle et religieuse ? Si les juges peuvent exprimer des valeurs d'unité dans leur décision, ils le font toujours dans un contexte particulier, peu propice à la conciliation, le cadre pathologique du procès. Dans quelle mesure le choix jurisprudentiel de protéger les minorités religieuses est-il un facteur de cohésion plutôt que de division au sein de la société ?

165. Ainsi en a-t-il été dans la décision *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004], précitée, note 115, décision rendue par la juge McLachlin (juge en chef) et les juges Iacobucci, Major, Arbour, et Fish ; Bastarache, Binnie, LeBel et Deschamps (dissidents) ; pour le juge Iacobucci, il importe de retenir « une conception personnelle ou subjective de la liberté de religion. Une telle conception est intrinsèquement liée à la manière dont une personne se définit et s'épanouit et elle est fonction des notions de choix personnel et d'autonomie de l'individu, facteurs qui sous-tendent le droit. »

Conclusion

Pour appréhender la différence des identités religieuses, la notion d'égalité n'a pas la même importance pour le juge français et le juge québécois de droit civil.

En France, même si le *Code civil* est un code universel fondé sur l'égalité formelle, pour le juge de droit civil, devant les revendications religieuses, l'égalité des identités religieuses n'est ni un principe ni une finalité. La distinction que la jurisprudence civile établit entre les identités fondées sur une « religion » et celles qui le sont sur une « secte », selon le sens qu'elle donne à ces deux notions, conduit à un traitement différencié des identités religieuses lors de leur reconnaissance positive et lors de leur reconnaissance négative. Or, cette différence de traitement ne peut se justifier par le souci du juge français de consacrer, au sein de sa jurisprudence, le sens matériel de l'égalité. Ce traitement différencié permet de protéger l'appartenance aux « religions » et de dissuader l'appartenance aux « sectes ». Il ne tend aucunement à préserver l'expression religieuse de ces dernières par le droit à l'égalité, en les envisageant comme minoritaires sur le territoire national.

Au Québec, au contraire, la jurisprudence du juge de droit civil est en conformité avec les spécificités du Code civil de 1994 : un code civil de primauté attaché tant à l'égalité formelle qu'à l'égalité matérielle. Pour le juge québécois de droit civil, l'égalité des identités religieuses est bien un principe et une finalité de la règle de droit. Ainsi, dans sa jurisprudence, il s'efforce de prendre en considération l'identité religieuse des parties et, par un respect strict de l'égalité formelle, il s'impose une uniformisation du traitement des identités religieuses tant lors de leur reconnaissance positive que lors de leur reconnaissance négative. En outre, par le souci de respecter l'égalité matérielle et par la reconnaissance du droit à l'égalité qui en est le corollaire, le juge québécois intervient pour corriger les inégalités concrètes entre les identités religieuses majoritaires et minoritaires au sein de la société, notamment par la reconnaissance d'un droit à un accommodement raisonnable, le plus souvent à l'avantage des minorités religieuses.

En fait, la place différente laissée à la notion d'égalité en France et au Québec repose sur deux modèles de réaction à la différence des identités religieuses : le modèle français où le juge de droit civil éprouve une inquiétude profonde à l'égard de la différence des identités religieuses qu'il envisage comme un risque pour la cohésion sociale et auquel il répond par l'organisation d'un régime jurisprudentiel différencié des identités religieuses ; le modèle québécois où le juge de droit civil est mû par le désir de

préserver la différence des identités religieuses, vécue comme le bienfait d'une société démocratique et pluraliste, ce qui le conduit à agir pour la mise en œuvre d'un régime jurisprudentiel égalitaire des identités religieuses, axé sur la réalisation concrète de l'égalité des identités religieuses minoritaires et majoritaires au sein de la société.