

**LIBERTÉ DE RELIGION
OU ÉGALITÉ ENTRE LES SEXES?
LA COUR SUPRÊME DU CANADA SE PRONONCE
SUR UN CAS DE DIVORCE.**

par Francesca ASTENGO*

Encore une fois en l'espace de quelques années, la Cour suprême canadienne s'est occupée d'une question relative à la religion avec le jugement Bruker c. Marcovitz. Par une majorité de sept contre deux, elle a établi que les accords qui ont un contenu religieux ne sont pas exempts d'examen judiciaire et a condamné un individu de religion juive à payer des dommages-intérêts à son ex-épouse pour n'avoir pas tenu son engagement contractuel de concéder le divorce religieux.

Le jugement Bruker c. Marcovitz qui fait l'objet de la présente note est un exemple de la tendance, montrée par la Cour suprême canadienne dans ses arrêts les plus récents dans la matière, à mettre l'accent sur la dimension multiculturelle de la liberté de religion, plutôt que sur la liberté de religion en tant que droit individuel.

Once again in the space of a few years, the Supreme Court of Canada has dealt with a matter concerning religion in the decision Bruker v. Marcovitz. By a 7-2 majority, the Court ruled that agreements having a religious object are not exempt from judicial scrutiny and condemned a Jewish man to pay his ex-wife damages to compensate for losses arising from his refusal to provide her with a religious divorce, as he had contractually agreed. This decision is an example of the tendency, shown by the Canadian Supreme Court in its recent decisions on matters of this nature, of stressing the multicultural dimension of freedom of religion rather than as an individual right.

* . Ph. D., Institut d'études canadiennes de McGill.

508 *Liberté de religion ou égalité entre les sexes?*
La Cour suprême du Canada (2008-09) 39 R.D.U.S.
se prononce sur un cas de divorce.

SOMMAIRE

1.	Introduction	509
2.	Le cas <i>Bruker c. Marcovitz</i>	510
3.	Le jugement de la Cour suprême.....	514
4.	Commentaire.....	519
5.	Une décision qui laisse quelque peu perplexe	527

1. Introduction

Encore une fois en l'espace de quelques années, après la *souccah* des Juifs¹ et le *kirpan* des *Sikhs*², la Cour suprême du Canada s'est occupée d'une question relative à la religion avec le jugement *Bruker c. Marcovitz*³.

De telles décisions s'inscrivent dans un courant de jurisprudence qui a débuté dans les années 80, quand la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur les premières questions relatives à la liberté de religion en s'appuyant sur la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴. La complexité culturelle et religieuse de la société canadienne qui découle de sa réalité démographique composite est de fait à l'origine d'une série de questions auxquelles la Cour suprême a répondu en fondant sa jurisprudence sur les principes suivants : une définition extensive de la liberté de religion, le caractère subjectif et individuel de cette liberté, le principe de la neutralité de l'État en matière de religion et le lien entre liberté de religion et principe d'égalité⁵. Dans ce

-
1. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551. Ce jugement traitait d'un cas dans lequel, au nom de la liberté de religion, il a été reconnu à des copropriétaires de religion juive le droit de construire des *souccahs* sur leurs balcons à l'occasion des célébrations de la fête de *Souccot* (ou «fête des Cabanes»), en dérogation à une clause de copropriété spécifique.
 2. *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256. La question concernait la possibilité pour un étudiant de se rendre à l'école avec le poignard cérémoniel des *Sikhs* au nom de la liberté de religion.
 3. *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607.
 4. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11 [*Charte canadienne*]. La «liberté de conscience et de religion» figure en première place – paragraphe a) – dans une liste de libertés fondamentales dont jouit toute personne, garanties par l'article 2 de la *Charte canadienne*. Cette liste comprend aussi la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.
 5. Voir généralement José Woehrling, «La Cour suprême du Canada et la liberté de religion» (2005), *Rev. fr. dr. Constl.*, 404.; Brad Elberg et Mark C. Power, «Freedom of Conscience and Religion» dans *Gérald-A. Beaudoin*

contexte, le thème dominant du multiculturalisme, qui de son côté postule les principes de tolérance et de protection des minorités⁶, a pris une importance croissante.

Les arrêts les plus récents en matière de liberté de religion sont dans la lignée de la jurisprudence qui s'articule autour des principes fondateurs mentionnés⁷, mais ils se révèlent aussi par certains aspects significativement novateurs. En particulier, les décisions du nouveau millénaire se distinguent par le fait que la Cour suprême semble mettre l'accent sur la dimension multiculturelle de la liberté de religion, plutôt que sur la liberté de religion en tant que droit individuel. Le jugement *Bruker c. Marcovitz* qui fait l'objet du présent commentaire en est un exemple.

2. Le cas *Bruker c. Marcovitz*

Sur la question de savoir si un tribunal civil peut ou non intervenir dans un litige privé qui a pour objet la religion, la Cour

et Errol Mendes, dir., *Canadian Charter of rights and Freedoms*, 4^e éd., Markham, Ontario Lexis Nexis, 2005, aux pp. 219 et s.; William W. Black, «Religion and the Right of Equality» dans Anne F. Bayafsky et Mary Eberts, dir., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1985, aux pp. 131 et s.; Mahmud Jamal, «Freedom of Religion in the Supreme Court: Some Lessons from Multani» (2006) 21 N.J.C.L. 291.

6. Pays d'immigration par son histoire et sa vocation, l'ouverture du Canada et son respect pour la diversité sont réaffirmés de manière irrévocable dans l'article 27 de la *Charte canadienne* (*supra* note 4), selon lequel «toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens». Sur la contribution des tribunaux à l'affirmation du multiculturalisme, voir récemment François Crépeau, Idil Atak, «Le multiculturalisme en droit : l'expérience canadienne» (2007) 23 *L'Observateur des Nations Unies*, 253.
7. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 [*Big M Drug Mart*]; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.* [1986] 2 R.C.S. 713 [*Edward Books*.]; *Jones c. R.* [1986] 2 R.C.S. 284.; *B.(R) c. Children's Aid society of Metropolitan Toronto* [1995] 1 R.C.S. 315 [*Children's Aid society*.]; *Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825 [Ross].

suprême a rendu, dans la cause *Brucker c. Marcovitz*, une décision aussi attendue que controversée. Elle a ainsi mis fin, plus de vingt-sept ans à la suite de leur divorce civil, à la saga judiciaire d'un couple dont la cause a été renvoyée entre tribunaux civils et religieux. Par une majorité de sept contre deux, la Cour a établi que les accords qui ont un contenu religieux ne sont pas exempts d'examen judiciaire et a condamné un individu de religion juive à payer des dommages-intérêts à son ex-épouse pour ne pas avoir tenu son engagement de concéder le divorce religieux.

Les faits sont les suivants. Deux conjoints, Stephanie Brucker et Jason Marcovitz, tous deux pratiquants juifs (la première conservatrice, le second orthodoxe), se sont mariés dans une synagogue montréalaise en 1969. En 1980, l'épouse engage une action en divorce. Trois mois plus tard, les parties négocient un accord contenant une série de mesures accessoires à la procédure de divorce. D'après la clause 12 de cette entente, les deux parties conviennent de se présenter devant un tribunal rabbinique pour obtenir le *get*, c'est-à-dire le divorce religieux traditionnel, et cela «immédiatement après le prononcé du divorce».

Le *get* (ainsi est communément appelé le *sefer k'ritut* ou 'cutting off scroll') est l'acte de divorce qui, en vertu de la loi religieuse, doit être accordé par l'époux à sa femme dans le cadre d'une cérémonie devant les autorités rabbiniques (*Beth Din*, tribunal constitué de trois rabbins). L'épouse ne peut donc obtenir le divorce que comme une concession venant de son époux, qui ainsi la «libère» des liens du mariage et l'autorise par là à se remarier. L'époux doit accorder volontairement le *get*, tandis que l'épouse doit accepter de le recevoir.

En l'absence du *get*, l'épouse reste formellement liée à son époux et ne peut se remarier selon la loi juive. Lorsque l'époux ne concède pas le *get*, l'épouse est considérée comme une *agunah*, c'est-à-dire une femme «enchaînée», et les enfants nés d'éventuelles unions ultérieures – par exemple de mariages civils – sont considérés *mamzerim*, individus illégitimes au regard de la

foi. Dans les faits, le monopole de l'initiative du divorce aux mains de l'époux s'est parfois révélé une arme de chantage, par exemple en relation avec le paiement des pensions alimentaires ou la garde des enfants. Pour parer à cet inconvénient, beaucoup de couples juifs signent un contrat pré-matrimonial dans lequel il est établi que l'épouse pourra obtenir le *get* quand les circonstances le demanderont. Dans d'autres juridictions, par exemple dans l'État de New York, il existe une loi qui impose la concession du divorce religieux avant l'ouverture de la procédure de divorce civil sous peine de sanctions pécuniaires. Le problème au Canada, du moins jusqu'à aujourd'hui, était de faire valoir des contrats de ce type devant un tribunal civil.

Dans le cas du couple Bruker-Marcovitz, le divorce civil a été prononcé en 1981, quand mari et femme avaient respectivement 48 et 31 ans (incidemment, l'époux avait déjà été marié et avait concédé le *get* à sa première épouse). Cependant, en dépit de la clause 12 contenue dans le contrat et des demandes répétées de l'épouse, M. Marcovitz n'a concédé le *get* qu'en 1995 (alléguant que celui-ci était utilisé comme «monnaie d'échange» contre le droit à la visite des enfants), c'est-à-dire 15 ans après le divorce civil, quand son ex-épouse était au seuil de ses 47 ans, un âge désormais avancé pour la conception et la procréation. Pour cette raison, M^{me} Brucker intenta auprès de la Cour supérieure du Québec un procès contre son ex-époux pour violation du contrat signé à l'époque du jugement civil du divorce et réclama des dommages-intérêts. Le montant réclamé, initialement de 500 000 \$, puis augmenté à 1 350 000 \$ en 1996, était justifié par le préjudice physique et moral subi par l'épouse qui, à cause du comportement de son mari, n'avait pas pu se remarier ni avoir d'enfant au sein de sa religion. La défense de M^{me} Brucker argumenta que, bien qu'un tribunal civil ne puisse contraindre M. Marcovitz à concéder le divorce religieux, il pouvait cependant fixer le montant des dommages et intérêts du préjudice découlant de la violation d'une clause contractuelle. De son côté, M. Marcovitz soutenait que le refus de concéder le *get* était une question de conscience religieuse, que l'engagement signé constituait une obligation purement morale et, en tant que tel, ne

pouvait avoir valeur d'obligation contractuelle civile exécutoire en droit québécois, ni faire l'objet d'un examen par un tribunal séculaire. Il prétendait aussi, en tout état de cause, que la garantie fondamentale de liberté de religion prodiguée par la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*⁸ l'exonérait du respect d'un tel engagement⁹.

En 2003, le juge de première instance conclut que l'entente entre les deux époux était valide et obligatoire et que la réclamation de dommages-intérêts fondée sur la violation de cet accord contractuel relevait de la compétence d'un tribunal civil. La Cour supérieure déclara donc que l'époux devait payer une somme de 47 500 \$ en dédommagement du préjudice infligé à son ex-épouse.

Cependant, en septembre 2005, la Cour d'appel du Québec renversa cette décision et retint les raisons invoquées par l'époux. Au nom du principe de la neutralité de l'État en matière religieuse, les juges statuèrent qu'étant donné la nature essentiellement religieuse de la clause 12, sa violation ne pouvait entraîner une sanction par un tribunal civil. Ordonner l'exécution d'une telle obligation morale serait incompatible avec le droit au libre exercice

8. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12 [*Charte québécoise*]. En vigueur depuis 1976 et ayant, au dire de la même Cour suprême, valeur quasi constitutionnelle, présente un contenu similaire mais non identique à celui de la *Charte canadienne*. Les principales différences sont, pour la *Charte québécoise*, l'inclusion des droits économiques et sociaux, son applicabilité non seulement dans les rapports entre les citoyens et l'État, mais aussi dans les rapports entre personnes privées et la prévision d'un mécanisme de recours auprès de la Commission des droits de la personne et de la jeunesse, et éventuellement auprès du Tribunal des droits de la personne, dans les cas de discrimination. Pour un approfondissement, voir André Morel, «La Charte québécoise des droits et libertés : un document unique dans l'histoire législative canadienne», (1987) 21 R.J.T. 1.

9. *Supra* note 8 art. 3. «Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association».

de la liberté de religion, qui doit être à l'abri de toute interférence, y compris d'une intervention judiciaire.

3. Le jugement de la Cour suprême

Les neuf juges de la Cour suprême considèrent que les contrats concernant des affaires religieuses peuvent faire l'objet d'un examen par un tribunal séculaire. Ils sont cependant divisés quant à la classification de l'entente en question, qui est considérée comme un véritable engagement contractuel par les juges de la majorité, et comme une obligation purement morale par ceux de la minorité.

Le jugement de la Cour suprême offre une vue d'ensemble de la question du divorce religieux et un rappel de l'amendement de 1990 à la *Loi sur le divorce* (ainsi que des motivations alors fournies par le ministre de la Justice au cours du débat parlementaire)¹⁰, amendement véritablement introduit avec l'intention d'abattre certaines barrières religieuses en faisant tout particulièrement référence à l'égalité entre les sexes.

À la différence d'autres religions (catholique romaine, grecque orthodoxe ou musulmane par exemple), où il existe des tribunaux religieux détenant le pouvoir définitif de prononcer un divorce ou d'annuler un mariage, et ce, indépendamment de l'existence d'un accord entre les deux époux (en substance, un seul des époux, même s'il est récalcitrant, ne peut, au maximum, que faire durer la procédure de divorce mais non la bloquer et le pouvoir décisionnel relève, en dernière analyse, de l'autorité du tribunal), la procédure de divorce dans la religion juive est initiée

10. Le projet de loi C-61 de modification de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.), avait été présenté par le ministre de la Justice Doug Lewis à la suite de consultations avec cinquante groupes religieux canadiens et après avoir obtenu l'accord spécifique des Églises catholique romaine, presbytérienne et anglicane. Débats de la Chambre des communes, *Procès-verbaux*, 34^e lég. 2^e sess. n^o 6 (15 février 1990). Sur les motivations de la ministre Kim Campbell, successeure de Lewis, voir Débats de la Chambre des Communes, *Procès-verbaux*, 34^e lég. 2^e sess., n^o 8 (4 mai 1990).

par un acte volontaire et unilatéral de l'époux. De plus, il n'y a pas de possibilité pour le conjoint lésé de s'adresser aux autorités religieuses. L'amendement législatif ajouté par le paragraphe 21.1 à la *Loi sur le divorce* en 1990 fournit précisément les instruments juridiques de recours aux tribunaux à la personne qui subit la présence d'obstacles à son nouveau mariage religieux introduits par son ex-conjoint. Le refus de concéder le *get* tombe clairement dans cette catégorie. Grâce à cet amendement, les tribunaux obtiennent le pouvoir discrétionnaire de dénier les bénéfices de la loi au conjoint qui se refuse à éliminer tout obstacle à la possibilité pour l'autre de contracter un nouveau mariage religieux.

Au nom de la majorité, la juge Abella souligne la situation dichotomique de la femme juive pratiquante au Canada. D'un côté, en droit canadien – dans le cadre duquel mariage et divorce sont accessibles aux hommes et aux femmes sur un pied d'égalité –, elle est libre de divorcer de son époux même si celui-ci n'y consent pas. Mais d'un autre côté, pour la loi religieuse juive, elle reste mariée à son époux à moins que celui-ci ne lui concède le divorce. Ce qui signifie que, sans le consentement de l'époux, un nouveau mariage est admis par la loi canadienne, mais pas par la loi juive, avec la conséquence évidente de la perte de la faculté de se remarier pour de nombreux canadiens de religion juive qui décident d'obéir à leur foi¹¹. Cet écartèlement entre condition religieuse et situation juridique se révèle inacceptable dans un pays comme le Canada qui, s'il valorise d'un côté la diversité culturelle et religieuse et fait du multiculturalisme un des fondements essentiels de la cohabitation civile et démocratique, de l'autre met des limites à la protection des différences quand celles-ci ne sont pas compatibles avec les valeurs canadiennes.

Comme mentionné par la juge Abella, il y a essentiellement deux questions fondamentales dans le cas *Brucker c. Marcovitz* : 1) si un engagement relatif à la concession du *get* constitue une obligation contractuelle valide et exécutoire en droit québécois, et,

11. *Supra* note 3 au par. 5.

dans l'affirmative, 2) si une personne peut invoquer sa liberté de religion (protégée par l'art. 3 de la *Charte québécoise*) pour se soustraire aux conséquences juridiques entraînées par la violation d'une clause contractuelle.

En ce qui concerne la première question, il s'agit, en d'autres termes, d'établir si une obligation morale ou religieuse peut être convertie en une obligation civile. La Cour a jugé que oui. Parlant au nom de la majorité, la juge Abella conclut qu'il n'y a rien dans le *Code civil du Québec*¹² qui empêche de transformer une obligation morale en une obligation civile au moyen d'un contrat¹³. À ce propos, elle cite l'exemple de la charité : bien que celle-ci soit une obligation de nature morale, du moment où il existe un engagement à faire un don à une organisation caritative, il n'y a pas de raison de considérer qu'une telle forme de contrat ne soit pas valide¹⁴. En outre, il n'est pas demandé à la Cour de se prononcer sur des questions de doctrine religieuse (par exemple, de décider si un *get* donné est valide, ou de spéculer sur la position qu'adopterait un tribunal rabbinique à ce sujet) qui concernent exclusivement les tribunaux religieux. Au contraire on demande aux juges de se prononcer sur les conséquences d'un engagement spécifique – celui d'éliminer les obstacles à un nouveau mariage – négocié volontairement «entre deux adultes consentants, tous deux représentés par un avocat», et qui fait partie d'une entente destinée à avoir des conséquences juridiquement exécutoires. En conséquence, soutient la Cour, «les tribunaux peuvent à bon droit examiner [cette] obligation à la loupe»¹⁵.

Pour ce qui est de la deuxième question, qui est de savoir si la condamnation au paiement de dommages-intérêts pour non-respect du contrat constitue ou non une violation du droit à la liberté de religion de l'époux, la Cour s'appuie sur divers arguments pour réfuter les raisons de M. Marcovitz. Tout d'abord

12. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c.64.

13. *Supra* note 3 aux par. 16 et 20.

14. *Ibid.* au par. 52.

15. *Ibid.* au par. 47.

elle cite des précédents jurisprudentiels¹⁶ qui ont exclu le caractère absolu de la liberté de religion, en particulier lorsqu'elle entre démesurément en conflit avec d'autres droits et intérêts publics importants. Elle rappelle aussi que l'art. 9.1 de la *Charte québécoise* prévoit que la liberté de religion, au même titre que les autres libertés et droits fondamentaux, doit s'exercer «dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec» et, de ce fait, demande aux tribunaux d'assurer la protection des droits des citoyens en appréciant et en conciliant ces droits avec les autres valeurs publiques. En second lieu, une analyse du comportement de M. Marcovitz laisse présumer une motivation non religieuse à son refus, soit son ressentiment admis envers son épouse¹⁷. Enfin, comme cela s'est déjà produit en d'autres occasions, la Cour porte un regard sur des jugements rendus dans d'autres pays¹⁸. En ce qui concerne le traitement de cette question spécifique, par exemple, elle rappelle un cas en Israël¹⁹ où, dans des circonstances analogues à celles de M^{me} Bruker, le juge avait concédé des dommages et intérêts. D'après son collègue israélien – dont l'attitude à l'égard de cette question «présente un intérêt particulier» pour la Cour canadienne – ce sont les dommages sérieux résultant de «longues années d'*aginit*, de solitude et de souffrance morale» imposées par l'époux qui ont fait l'objet de l'indemnisation. Cette question, selon l'opinion partagée des juges des deux juridictions, est tout à fait étrangère à la

-
16. *Supra* note 1; *McCaw c. United Church of Canada* (1991), 4 O.R. (3^e) 481; *Lindenburger c. United Church of Canada* (1985), 10 O.A.C. 191; *Nathoo c. Nathoo*, [1996] B.C.J. No. 2720 (QL); *Amlani c. Hirani* (2000), 194 D.L.R. (4^e) 543.; *M. (N.M.) c. M. (N.S.)* (2004), 26 B.C.L.R. (4^e) 80; *Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer*, [1992] 3 R.C.S. 165; *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3^e) 550; *Big M Drug Mart, supra* note 7; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *Children's Aid Society, supra* note 7; *Ross, supra* note 7; *Multani supra* note 2.
 17. *Supra* note 3 au par. 69.
 18. Les rappels comparatifs du traitement d'une question analogue dans des jugements en France, en Australie, en Grande-Bretagne, aux États-Unis, en Israël et par la CEDH apparaissent dans les motivations avancées tant par la majorité que par la minorité.
 19. *Jane Doe c. John Doe*, Jerusalem Family Court, 19270/03, December 21, 2004.

solution «religieuse» du problème de la réticence à concéder le *get*, qui à l'inverse est de la compétence exclusive du tribunal rabbinique²⁰.

Sur la base de ces considérations, la Cour suprême du Canada arrive aux conclusions suivantes : les tribunaux civils peuvent intervenir dans des litiges qui comportent un aspect religieux, et la présence «d'éléments à caractère religieux» dans une promesse d'accorder le *get* ne la rend pas nécessairement non justiciable; de plus l'entente relative à l'obtention du *get* est considérée comme une obligation contractuelle valide et exécutoire en droit québécois; cette entente est compatible avec l'intérêt public, l'approche canadienne en matière de divorce et la volonté d'éliminer la discrimination fondée sur le sexe; enfin, la revendication du droit à la liberté de religion doit être appréciée et conciliée avec les droits et valeurs fondamentaux canadiens²¹. L'argument de l'époux selon lequel l'exécution de la clause 12 de l'entente en cause restreint sa liberté de religion est sans conséquence en comparaison aussi bien des inconvénients disproportionnés causés personnellement à son épouse par son comportement²² que de l'intérêt public général. Selon les mots de la Cour, l'intérêt public «à la protection des droits à l'égalité et de la dignité des femmes juives dans l'exercice indépendant de leur capacité de divorcer et se remarier conformément à leurs croyances, tout comme l'avantage pour le public d'assurer le respect des obligations contractuelles valides et exécutoires, comptent parmi les inconvénients et les valeurs qui l'emportent sur la prétention de M. Marcovitz selon laquelle l'exécution de l'engagement pris au par. 12 de l'entente pourrait restreindre sa liberté de religion»²³. Par conséquent, il n'y a pas de raison de modifier la décision du juge de première instance relativement au paiement des dommages-intérêts²⁴.

20. *Supra* note 3 au par. 89.
21. *Ibid.* aux par. 2, 20 et 77.
22. *Ibid.* au par. 93.
23. *Ibid.* au par. 92.
24. *Ibid.* aux par. 97 et 99.

4. Commentaire

Le jugement à l'étude ouvre une brèche dans le mur de séparation entre religion et droit. L'approche pragmatique de la Cour suprême du Canada consiste à estomper la ligne de démarcation qui sépare les litiges civils relevant de la compétence de l'organe judiciaire des questions à caractère strictement religieux qui, au contraire, en sont exclues. Bien que son objet concerne une situation de fait assez courante propre à la communauté juive, le jugement est appelé à avoir des répercussions générales sur les rapports entre moralité religieuse et justice civile, et ce, pour toutes les religions représentées dans la société canadienne.

L'impact immédiat sur la communauté juive du Canada est que dorénavant, les couples pourront signer des ententes concernant le *get* avec la conscience que celles-ci pourront faire l'objet d'un examen par les tribunaux civils. Pour les épouses, jusqu'ici piégées par la logique du divorce religieux, ceci représente un soulagement parce qu'est ainsi admise la possibilité qu'elles puissent user d'instruments légaux pour faire valoir leur droit à «refaire leur vie».

D'un point de vue plus général, avec la décision *Bruker c. Marcovitz*, la Cour suprême manifeste une double intention. En premier lieu, la volonté de s'occuper de litiges qui concernent la liberté de religion selon ses propres termes, acceptant ainsi de prendre en considération le point de vue de la religion même. La Cour intervient directement sur l'aspect religieux, sans barrières et sans crainte de contaminations, quand elle affirme que «le refus de l'époux d'accorder le *get* à son épouse la prive donc arbitrairement de l'accès à un recours qu'elle possède de façon indépendante en droit canadien, et il lui enlève la possibilité de se remarier et de refaire sa vie conformément à ses croyances religieuses»²⁵. En cas contraire, raisonne la Cour, le principe de liberté de religion fournirait un blanc-seing pour des

25. *Ibid.* au par. 82.

comportements illicites et le simple appel à la liberté de religion garantirait automatiquement l'impunité pour des actions normalement sanctionnables (comme la violation d'une clause contractuelle) qui, ainsi privées de conséquences sur le plan juridique, aboutiraient à une sorte de *no-fly zone* judiciaire. Les comportements ayant des retombées sur les droits d'autrui et sur les intérêts collectifs de la société ne sont ainsi pas mis à l'abri de l'examen judiciaire simplement parce qu'ils entrent dans la sphère de la liberté de religion. Comme l'avait déjà noté le juge Iacobucci dans *Amselem*, aucun acte ne devient inattaquable ou protégé d'office du seul fait qu'il se fonde sur la liberté de religion. En d'autres termes, la liberté de religion telle que définie dans la *Charte* et interprétée dans la jurisprudence de la Cour «n'autorise pas les personnes à commettre n'importe quel acte en son nom»²⁶. Du reste, la ligne jurisprudentielle de la Cour suggère que la disparition totale de la religion de la scène juridico-sociale n'entre pas dans les objectifs de la société canadienne, pluraliste encore plus que laïque. Au contraire, la promotion de la tolérance et du pluralisme, même religieux, est compatible avec la vision d'une société qui propose une interprétation tolérante et «bienveillante» du sécularisme²⁷. Une société qui aspire à s'affirmer dans toutes ses facettes et qui prend ses distances avec l'interprétation rigide

26. *Supra* note 1 aux par. 62 et 63.

27. Une telle conception ouverte et tolérante de la neutralité religieuse de l'État a été appliquée dans *Chamberlain c. Surrey School District* [2002] 4 R.C.S. 710, relativement à la non-autorisation d'utilisation de textes pour l'école primaire qui illustraient des situations familiales homoparentales. La Cour, dans l'évaluation de l'application, de la part d'un conseil scolaire de Colombie-Britannique, de l'obligation de prendre des décisions sur la base de principes strictement «séculaires et non sectaires», n'a pas exclu qu'un organisme public puisse fonder ses décisions en tout ou partie sur la religion, mais a interprété la notion de *sécularisme* dans le sens qu'aucune conception particulière de la morale ne devait servir à exclure d'autres points de vue. José Woehrling, «Les principes régissant la place de la religion dans les écoles publiques du Québec» dans Myriam Jézéquel, dir., *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, p. 220.

et « hostile » de la laïcité comme synonyme de l'abstention de toute forme de reconnaissance ou d'assistance envers la religion²⁸.

Les juges de la minorité (Deschamps et Charron) dans *Bruker c. Marcovitz*, sont en désaccord très net avec la position adoptée par leurs collègues en ce qui concerne l'inéluçabilité d'une prise en considération de l'argument religieux, soulignant que le droit canadien n'interdit bien sûr pas l'examen par les tribunaux de questions à caractère religieux, à condition que la réclamation soit fondée sur la violation d'une règle reconnue en droit positif. Dans le cas présent, la réclamation de l'épouse ne portait pas sur la violation de ses droits civils par une norme civile émanant du droit positif. De fait, personne, en droit canadien ou québécois, ne l'empêchait de se remarier ou d'avoir d'autres enfants (qui auraient joui des mêmes droits que tout autre citoyen canadien), donc sa situation provenait strictement d'une conviction religieuse. En l'espèce, la minorité dissidente ne reconnaît pas à l'entente entre les deux conjoints la qualification juridique de contrat : du moment que ni les engagements à consentir un divorce religieux, ni le divorce religieux lui-même n'ont de conséquences civiles, et que les parties n'avaient donc pas l'intention de souscrire une opération juridique, l'un des éléments essentiels à la formation du contrat, soit l'objet, est inexistant²⁹.

28. C'est sur la base de ce principe que s'est trouvée mise en œuvre la notion d'accommodement raisonnable. Bâtie par voie jurisprudentielle, pragmatique et progressive (initialement au sujet des relations de travail, en faveur des femmes et des personnes handicapées), l'obligation d'accommodement en matière religieuse était déjà présente dans *Big M Drug Mart*, *supra* note 7; *Edward Books*, *supra* note 7. Voir également *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpson Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536. Il s'agit d'une intervention visant à réparer les discriminations indirectes, d'une sorte de correction des inégalités effectives, ayant pour objectif de permettre l'exercice complet de la liberté de religion aux individus appartenant à des groupes religieux minoritaires. Sur le sujet, voir José Woehrling, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 McGill L. J. 325. Voir aussi Jézéquel, *supra* note 27.

29. *Supra* note 3 aux par. 157 à 161 et 174 à 176.

En second lieu, la Cour suprême manifeste la volonté de trouver un équilibre entre la liberté de religion d'un côté, et les droits individuels concurrents, les intérêts d'ordre public et les valeurs démocratiques de l'autre. Rappelons que la mise en balance de la liberté de religion avec d'autres principes fondamentaux est une nécessité découlant des dispositions constitutionnelles mêmes, qui se limitent à affirmer cette liberté sans rien spécifier d'autre quant à sa portée et à l'extension de sa protection. En effet, la *Charte canadienne* relativise de fait la liberté religieuse, en en suggérant une lecture combinée avec la prise en compte d'une architecture de valeurs constitutionnelles complexes. La liberté de religion est un concept inscrit dans certaines limites, dont la plus importante est représentée par l'art. 1 de la *Charte*, qui admet la restriction des droits et libertés qui y sont énoncés «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».

C'est donc aux tribunaux que revient le double exercice de fournir un contenu à une disposition constitutionnelle aux contours fuyants, rédigée en des termes propres à lui donner la flexibilité nécessaire aux changements sociaux et à la diversité culturelle³⁰, et de la mettre en balance avec d'autres droits et libertés. La Cour suprême a élaboré une abondante jurisprudence dans laquelle elle s'est attachée à soupeser et à concilier des droits opposés dans le cadre d'une analyse fondée sur l'art. 1 de la *Charte canadienne*. Sur la base du test de constitutionnalité de cet article, elle a reconnu que la portée de la liberté de religion peut être soumise à des limitations si la liberté personnelle d'agir selon ses croyances religieuses compromettrait les droits d'autrui ou en entravait l'exercice³¹.

De même, lorsqu'elle admet des «accommodements» à l'égard des individus qui, au nom de la liberté de religion et du

30. Voir Michèle Rivet, «Introduction» dans Myriam Jézéquel, dir., *La justice à l'épreuve de la diversité culturelle*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, p. 7.

31. *R. c. Big M Drug Mart*, supra note 7 à la p. 337; *Children's Aid Society*, supra note 7 à la p. 315.

droit fondamental à l'égalité, invoquent un «traitement différencié», la Cour a souligné que selon l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*, les droits et les libertés de chacun sont inséparables des droits et libertés d'autrui et de l'intérêt général³², et que la protection des droits garantis par la *Charte* s'apprécie en fonction des droits d'autrui et en prenant en compte le contexte dans lequel s'inscrit l'éventuel conflit³³. Dans la même optique, la liberté de religion peut donc être subordonnée au respect de «préoccupations sociales supérieures», qui sont en dernière analyse celles exposées à l'art. 1 de la *Charte canadienne* et à l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*.

Dans le cas en question, comme on l'a vu, le droit à la liberté de religion invoqué par l'époux est limité par l'atteinte «grave et arbitraire» au droit de l'épouse à vivre sa vie conformément aux valeurs de son pays et de sa religion³⁴. Ce droit à la liberté de religion se trouve aussi limité par l'intérêt général à la protection de la dignité de la femme et au principe d'égalité sans distinction de sexe³⁵.

L'effort d'équilibrage montré par la Cour s'inscrit dans le cadre plus vaste du multiculturalisme canadien, au sein duquel elle fournit une interprétation de la liberté de religion qui dépasse le champ privé pour entrer en résonance avec la dimension publique de la liberté religieuse. En ouverture, la juge Abella rappelle l'importance du multiculturalisme dans la société canadienne : le principe de la tolérance envers la diversité et l'acceptation toujours croissante du multiculturalisme, qui postule l'acceptation et le respect des différences ethniques, religieuses ou culturelles, ont fait en sorte que «le droit de chacun à s'intégrer dans la société canadienne avec ses différences – et malgré elles – [soit] devenu un élément déterminant de notre caractère national»³⁶. De toute évidence, le binôme religion-culture et

32. *Supra* note 1 au par. 62.
33. *Supra* note 2 aux par. 132 et 155.
34. *Supra* note 3 au par. 93.
35. *Ibid.* au par. 92.
36. *Ibid.* au par. 1.

l'inclusion de la première dans le cadre plus vaste de la seconde, plusieurs fois affirmés en d'autres occasions³⁷, sont désormais tenus pour acquis. Déjà, dans la décision fondamentale *R. c. Oakes* (1986), la Cour incluait «l'acceptation d'une grande diversité de croyances, [et] le respect de chaque culture et de chaque groupe» aux valeurs et principes essentiels qui doivent guider l'activité des juges³⁸. De fait, ces derniers ont fait la preuve qu'ils embrassaient cette approche, en choisissant d'être sensibles, plutôt qu'indifférents, à la diversité religieuse. Le juge en chef Dickson expliquait, dans *Big M Drug Mart* : «une société vraiment libre peut accepter une grande diversité de croyances, de goûts, de visées, de coutumes et de normes de conduite» et «vise à assurer à tous l'égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales», qui doivent «reposer sur le respect de la dignité et des droits inviolables de l'être humain»³⁹.

Mais dans le même temps, dans la cause *Bruker c. Marcovitz*, la juge Abella met en garde contre les excès d'un multiculturalisme pour ainsi dire effréné, sans limites. De fait, souligne-t-elle, le droit à la protection des différences ne signifie pas que celles-ci doivent être dans tous les cas prépondérantes⁴⁰.

37. *Supra* note 1 au par. 1 («un aspect important de notre démocratie constitutionnelle est le respect des minorités, parmi lesquelles on compte bien sûr les minorités religieuses [...]. De fait, une attitude respectueuse et tolérante à l'égard des droits et des pratiques des minorités religieuses est une des caractéristiques essentielles d'une démocratie moderne»).

38. *R. c. Oakes*, [1986], 1 R.C.S. 103, au par. 64. Plus récemment, voir : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

39. *Big M Drug Mart*, *supra* note 7 au par. 94.

40. Dans ce passage, la Cour suprême semble répondre aux préoccupations soulevées dans l'opinion publique par la jurisprudence récente au sujet de la liberté de religion (cause *Multani* notamment). Un débat enflammé – et souvent grossi par les médias – a eu lieu au Québec, où le cas d'Hérouxville a fait la une des journaux. Cette municipalité de 1 300 habitants a adopté un code de conduite destiné aux immigrants pour favoriser leur «participation à la vie communautaire et sociale», et qui interdit entre autres la lapidation, le kirpan à l'école et l'utilisation de bâtiments publics comme espaces de prière. «Hérouxville drops some rules from controversial code», *CBC News* (13 Février 2007) en ligne : CBC News.ca <www.cbc.ca/canada/montreal/story/2007/02/13/qc-herouxville20070213.html>. Le gouvernement a mis en place une

Au contraire, quand elles ne sont pas compatibles avec les valeurs canadiennes fondamentales, il n'est pas nécessairement arbitraire de mettre des obstacles à leur expression⁴¹. L'exercice qui consiste à «[d]éterminer les circonstances dans lesquelles l'affirmation d'un droit fondé sur une différence doit céder le pas à un intérêt public plus pressant» est «complexe, nuancé, tributaire des faits propres à chaque espèce», mais constitue également «une délicate nécessité requise afin de protéger l'intégrité évolutive du multiculturalisme» et d'assurer le public de son importance⁴².

L'interprétation «évolutive du multiculturalisme» à laquelle la Cour fait référence déplace la lecture de la liberté de religion à un nouveau niveau, qui va au-delà de la simple dimension personnelle. Selon la minorité, la situation de M^{me} Bruker était au fond la conséquence directe de son libre choix d'adhérer à des règles religieuses particulières. Sa condition, à savoir se sentir formellement liée à son ex-époux entre 31 et 46 ans, dérivait de convictions religieuses individuelles et les préjudices en découlant étaient en substance auto-infligés. La majorité de la Cour, cependant, penche pour une interprétation plus ample de la liberté de religion, qui dépasse la sphère individuelle. Une interprétation inclusive, plutôt qu'exclusive, de cette liberté, qui ne doit pas nécessairement amener à devoir choisir entre le respect des convictions religieuses et l'adhésion aux règles juridiques de la société.

Commission (appelée du nom de ses présidents, Bouchard-Taylor) qui en juin 2008 a remis un rapport sur «les pratiques d'accomodement reliées aux différences culturelles». Québec, Commission de consultation sur les pratiques d'accomodements reliées aux différences culturelles, *Fonder l'avenir : Le temps de la conciliation*, Québec, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2008.

41. Par exemple, en février 2006 l'Ontario a adopté une loi qui interdit le recours aux tribunaux religieux pour arbitrer des litiges relatifs au droit de la famille, affirmant en substance la prééminence de l'ordre public fondé sur l'égalité entre les sexes et sur les droits de l'enfance. Sur le sujet, voir Jean-François Gaudreault-Desbiens, «Constitutional Values, Faith-Based Arbitration and the Limits of Private Justice in a Multicultural Society», (2005) 19 N.J.C.L.155.

42. *Supra* note 3 au par. 2.

La Cour reconnaît que la religion fait partie de la vie des Canadiens (et des Canadiennes) et possède donc un volet non seulement personnel, mais aussi social. C'est là que se trouve le point de rencontre avec le principe du multiculturalisme, car la religion fait partie de la culture d'une communauté et d'un ensemble de normes et de valeurs partagées. Les juges soulignent quand ils font référence à l'impossibilité pour M^{me} Bruker de vivre sa vie de «femme juive au Canada», c'est-à-dire en même temps selon les valeurs de son pays et celles de sa foi religieuse. Dans l'approche de la Cour, ces valeurs sont réconciliées. Les obligations religieuses ou culturelles font donc partie intégrante de l'expérience de vie des Canadiens qui décident de s'y conformer. La conséquence directe de l'admission du rôle crucial de la religion dans la vie des Canadiens est que les juges ne peuvent l'ignorer : «lorsqu'ils tranchent des affaires dans lesquelles la liberté de religion est en cause, les tribunaux ne peuvent faire abstraction de la religion»⁴³. La juge Abella en réfère aussi au droit à l'égalité et à la non-discrimination fondée sur la religion lorsqu'elle relève que les législateurs ont confié aux tribunaux la fonction de «veiller à ce que les membres de la société canadienne ne soient pas arbitrairement défavorisés en raison de leur religion», concluant que «la présente affaire cadre très bien dans cette tradition»⁴⁴.

Le statut de norme transcendante de l'art. 27 de la *Charte canadienne*, qui joue un rôle charnière entre le principe de la liberté de religion et celui de l'égalité, ainsi que son impact fondamental sur le champ du pluralisme religieux apparaissent évidents. En réalité, liberté religieuse d'un côté et multiculturalisme de l'autre se renforcent réciproquement. Grâce à la reconnaissance de la diversité, chacun est envisagé non seulement dans son individualité, mais aussi en tant que membre de la communauté (religieuse) à laquelle il appartient. D'autre part, précisément en vertu du principe fondamental du pluralisme, les juges sont encouragés à fournir une interprétation

43. *Supra* note 3 au par. 18.

44. *Ibid.* aux par. 19 et 20.

«généreuse et pluraliste» de la liberté de religion au Canada⁴⁵. L'accent mis sur la dimension sociale de la liberté de religion constitue le maillon indispensable à la liaison entre celle-ci et le principe du multiculturalisme.

5. Une décision qui laisse quelque peu perplexe

La volonté de s'occuper de questions religieuses de l'intérieur et la lecture «sociale» de la liberté de religion laissent cependant quelque peu perplexe quant aux principes de l'État pluraliste et de la neutralité étatique en matière de religion.

La Cour suprême du Canada a eu l'occasion de confirmer à travers une solide jurisprudence l'obligation de non-ingérence de l'État dans les choix privés des citoyens en ce qui a trait à leur foi religieuse (comme dans le choix de n'adhérer à aucune foi)⁴⁶. L'insistance à souligner la nature intime des choix relevant de la foi et de ses manifestations⁴⁷ se rattache en fait à l'exigence de neutralité en matière religieuse de la part de l'État, qui doit s'abstenir de privilégier une quelconque religion ou de protéger toute autre activité qui ne soit pas séculaire⁴⁸. Dans la cause *Big M Drug Mart*, la Cour a affirmé qu'une «majorité religieuse, ou

45. À propos de l'influence «rien moins qu'insignifiante» de l'art. 27 sur les décisions qui ont concerné le pluralisme religieux, voir Jack Jedwab, «To preserve and to enhance: Canadian Multiculturalism before and after the Charter» (2003) 19 S.C.L.R. (2d) 309.

46. La définition de la liberté de religion donnée par le juge Dickson reste fondamentale. Cette liberté s'y entend comme liberté d'exercice et d'expression (*freedom for*), mais aussi comme absence d'obligations et de contraintes (*freedom from religion*). *Big M Drug Mart*, *supra* note 7 au par. 95.

47. Ce qui compte, précise la Cour, c'est que la «personne démontre qu'elle croit sincèrement que sa religion lui impose une certaine croyance ou pratique». *Multani*, *supra* note 2 au par. 35.

48. Voir récemment *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Ville de Laval*, 2006 QCTDP 17. , où il est établi que la récitation de prières en ouverture du conseil municipal porte préjudice à la liberté de conscience et de religion de l'appelante qui se déclare athée. Voir également le communiqué du Tribunal des droits de la personne (22 septembre 2006), en ligne : <http://www.tribunaux.qc.ca/TDP/Communiqués/2006/CDPDJ_Payette_c_Ville_de_Laval.pdf>.

l'État à sa demande, ne peut pour des motifs religieux imposer sa conception de ce qui est bon et vrai aux citoyens qui ne partagent pas le même point de vue⁴⁹. Un des objectifs les plus importants de la *Charte* est bien celui de protéger les minorités religieuses de la menace de «tyrannie de la majorité», car en fin de compte, «protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions a pour effet de créer une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société». À cette occasion, se prononçant sur la légitimité de la *Loi sur le dimanche* qui imposait la fermeture dominicale des activités commerciales, la Cour spécifie que le contenu théologique de la législation devient «un rappel subtil et constant aux minorités religieuses canadiennes des différences qui les séparent de la culture religieuse dominante»⁵⁰. Selon cette logique, les tribunaux doivent rester neutres face aux préceptes religieux. Le principe de non-interférence dans les pratiques religieuses permet en substance d'éviter que les tribunaux ne se trouvent à devoir prendre position sur diverses règles religieuses⁵¹ ou entre les règles religieuses et celles du droit laïc.

Or, dans le cas en question, les motifs sur lesquels se fonde la demande d'indemnisation de M^{me} Bruker sont pour les juges de la minorité en opposition manifeste avec ce principe pivot de la société civile et avec les lois laïques que les tribunaux doivent faire respecter. Ils rappellent que l'État laisse de fait à chacun le soin de «s'autoréglementer» en matière religieuse et n'a certainement pas la charge de promouvoir telle ou telle règle religieuse⁵². La liberté de religion n'est pas comprise comme un moyen de contraindre une autre personne à accomplir un acte religieux et les tribunaux civils ne peuvent être utilisés à cette fin. Autrement, du rempart protecteur de la liberté de religion qu'ils sont, les

49. *Supra* note 3 au par. 96.

50. *Big M Drug Mart*, *supra* note 7 aux par. 96 et 98.

51. Le cas *Anselem*, *supra* note 1, vient à l'esprit, dans lequel la Cour suprême avait initialement consulté deux autorités rabbiniques relativement à l'obligation religieuse de construire une cabane à l'occasion de la fête de *Souccoth*, lesquelles avaient abouti à deux conclusions différentes à ce sujet. La Cour avait confirmé que le rôle des cours ne peut et ne doit être celui d'arbitre de dogmes religieux.

52. *Supra* note 3 aux par. 102 et 122 à 132.

tribunaux seraient transformés en arme pour sanctionner des engagements ou des comportements religieux particuliers⁵³. C'est le point auquel fait référence la juge Deschamps quand elle souligne la nouveauté absolue de la prise de position de la Cour, qui «heurte les normes du droit positif québécois et canadien», puisque «le fait de sanctionner les conséquences religieuses du délai à consentir au *get* signifie que le tribunal avalise ces conséquences religieuses, même si elles vont à l'encontre d'acquis de la société canadienne»⁵⁴. Au contraire, «limiter le rôle des tribunaux à l'application de la règle civile est la position la plus claire et la plus compatible avec la neutralité de l'État en droit canadien et québécois»⁵⁵.

On peut effectivement craindre que derrière la décision des juges de la Cour suprême du Canada se profile la dangereuse éventualité de voir les tribunaux laïcs se transformer en arbitres de litiges typiquement religieux. Le risque est que sur la base des arguments utilisés pour arriver aux conclusions données dans la cause *Bruker c. Marcovitz* s'établissent les conditions pour l'irruption d'autres valeurs religieuses potentiellement en conflit avec celles de la société civile. Permettre aux valeurs religieuses de s'exprimer dans l'espace public (l'école, comme dans le cas *Multani*, ou les salles de cours, comme dans le cas en question) pourrait amorcer un *activisme judiciaire* aléatoire sur les sujets religieux, avec des retombées inévitables sur la préservation du principe de l'État séculaire et pluraliste dont le Canada est, à juste titre, si fier.

53. *Ibid.* au par. 101.

54. *Ibid.* au par. 103.

55. *Supra* note 3 au par. 184. Selon la juge Deschamps, en suivant la logique de la majorité les tribunaux pourraient utiliser leur pouvoir laïc pour pénaliser «le non-paiement du *mahr* islamique, le refus d'élever les enfants dans une confession religieuse donnée, le refus de porter le voile», etc.

