

L'impact de la règle religieuse sur la disparition du lien conjugal en droit civil français et québécois

Christelle Landheer-Cieslak

Volume 37, numéro 1, 2007

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1027131ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1027131ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Landheer-Cieslak, C. (2007). L'impact de la règle religieuse sur la disparition du lien conjugal en droit civil français et québécois. *Revue générale de droit*, 37(1), 97-137. <https://doi.org/10.7202/1027131ar>

Résumé de l'article

En droit civil français et québécois, l'impact de la règle religieuse sur la disparition du lien conjugal est, à première vue, incertain : en France et au Québec, le mariage civil et les mariages religieux sont deux institutions désormais distinguées par la loi et par la jurisprudence. Cependant, l'impact de la règle religieuse sur la disparition du lien conjugal se manifeste dans certaines décisions relatives à la nullité du mariage et au prononcé du divorce. Dans ces décisions, la règle religieuse est reconnue pour les juges français et québécois de droit civil comme une règle juridique au statut particulier.

L'impact de la règle religieuse sur la disparition du lien conjugal en droit civil français et québécois¹

CHRISTELLE LANDHEER-CIESLAK

Professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval, Québec

RÉSUMÉ

En droit civil français et québécois, l'impact de la règle religieuse sur la disparition du lien conjugal est, à première vue, incertain : en France et au Québec, le mariage civil et les mariages religieux sont deux institutions désormais distinguées par la loi et par la jurisprudence. Cependant, l'impact de la règle religieuse sur la disparition du lien conjugal se manifeste dans certaines décisions relatives à la nullité du mariage et au prononcé du divorce. Dans ces décisions, la règle religieuse est reconnue pour les juges français et

ABSTRACT

In French and Quebecois civil law, the impact of religious rule on the disappearance of the marital bond is, at first sight, uncertain: in France and in Quebec, civil marriage and religious marriage are two institutions now distinguished by law and jurisprudence. However, the impact of the religious rule on the disappearance of the marital bond appears in certain decisions relating to the annulment of the marriage and to the declaration of divorce. In these decisions, the religious rule is recognized by the French and Quebecois judges of civil

1. Cet article s'inscrit dans le cadre des recherches que nous menons depuis 1998 sur les rapports entre la religion et le droit civil français et québécois. Il participe de la trame des textes suivants : C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Bruxelles et Cowansville, Bruylant et Éditions Yvon Blais, coll. Minerve, 2007 [à paraître] ; « Jupiter, Hercule et Minerve : trois modèles d'élaboration du droit des croyants par le juge étatique », (2006) 47 *C. de D.* 623 ; « L'égalité des identités religieuses : principe ou finalité pour les juges français et québécois de droit civil », (2006) 47 *C. de D.* 239 ; C. LANDHEER-CIESLAK, A. SARIS, « La réception de la norme religieuse par les juges de droit civil français et québécois. Étude du contentieux concernant le choix de la religion, l'éducation et la pratique religieuse des enfants », (2003) 48 *R.D. McGill* 718 ; C. CIESLAK, « Le fait religieux devant le juge civil français », Mémoires de la Faculté de droit de l'Université Paris I-Panthéon-Sorbonne, Paris, Bibliothèque Cujas, 1998.

québécois de droit civil comme une règle juridique au statut particulier *law as a legal rule in its own right, with a particular statute.*

SOMMAIRE

Introduction	98
A- Un impact incertain.....	99
1- En raison de la séparation de principe entre le mariage civil et les mariages religieux en droit civil français	100
2- En raison de l'autonomie affirmée du mariage civil par rapport aux mariages religieux en droit civil québécois.....	101
B- Un impact observable.....	106
1- L'impact de la règle religieuse sur la nullité du mariage civil.....	106
2- L'impact de la règle religieuse sur le prononcé du divorce civil.....	117
C- Un impact déterminant.....	127
1- Pour la reconnaissance de la règle religieuse comme l'expression d'un ordre juridique	127
2- Pour l'identification du statut de la règle religieuse	130
Conclusion	136

Introduction

1. Quand bien même l'union de deux êtres repose généralement sur ce sentiment spontané qu'est l'amour, il n'est pas rare que ce lien se structure également autour d'un cadre juridique précis. D'ailleurs, dans les sociétés occidentales que sont la France et le Québec, ce cadre juridique peut être double et emprunter à deux sphères normatives distinctes : celle de l'État et celle des religions.

2. Cette situation particulière où une même union est soumise à des règles d'origine distincte est une conséquence du choix des époux de ne pas limiter à l'État la reconnaissance des liens particuliers qui les unissent. Elle repose sur le choix, fondé sur leur liberté de religion, de se tourner également vers une communauté de croyants particulière, porteuse d'une vision religieuse de leur alliance.

3. La coexistence de cette double réalité de l'union des époux conduit inévitablement au fait que deux corps de règles distincts organisent les conditions de formation et de disparition de leur mariage. Dès lors, comment cette coexistence de règles différentes portant sur une matière commune, le mariage, s'organise-t-elle du point de vue de l'État et du point de vue de la communauté de croyants ? Difficile question qui renvoie aux modalités d'articulation de la sphère civile de l'État et de celle des religions, constituant l'une et l'autre deux sphères désormais distinguées au sein des sociétés occidentales.

4. Ce texte se propose d'envisager la question de l'articulation de la règle religieuse et de la règle civile en droit matrimonial sous le seul angle de l'État, et plus particulièrement de celui des ordres juridiques étatiques français et québécois. En outre, il se propose d'analyser, au travers d'exemples choisis, l'impact de la règle religieuse sur la disparition du lien conjugal civil, cette notion de disparition renvoyant tant à la dissolution du mariage civil en raison d'une action en divorce qu'à sa disparition rétroactive par le biais d'une action en nullité.

5. À première vue, le choix d'une telle perspective peut étonner : en France et au Québec, au regard de la loi et de la jurisprudence, l'impact de la règle religieuse sur le mariage civil semble incertain (A). Pourtant, dans une certaine mesure et à certaines conditions, les juges français et québécois de droit civil reconnaissent une influence à la règle religieuse sur le maintien ou la remise en cause du mariage civil dans le cadre d'action en divorce ou en nullité (B). D'ailleurs, cette influence reconnue et organisée par la jurisprudence manifeste que la règle religieuse est envisagée comme l'expression d'ordres juridiques religieux, coexistant avec l'ordre juridique étatique sur le territoire national et qu'elle bénéficie d'un véritable statut juridique en droit français et québécois (C).

A- Un impact incertain

6. En France et au Québec, mariage civil et mariage religieux sont des institutions désormais distinguées au point qu'il est difficile d'imaginer, de prime abord, que la règle religieuse puisse avoir une quelconque influence sur le lien civil du mariage. En effet, en France, il existe une séparation de principe entre le

mariage civil et les mariages religieux (1). Quant au Québec, la distinction entre les deux institutions est affirmée, principalement par la jurisprudence (2).

1- En raison de la séparation de principe entre le mariage civil et les mariages religieux en droit civil français

7. Une séparation affirmée au cours de l'histoire. En France, la distinction entre le mariage civil et le mariage religieux est ancienne : elle s'est produite au XVIII^e siècle sous l'effet d'une laïcisation ferme, c'est-à-dire d'une volonté affirmée de l'État de séparer l'institution civile du mariage de l'institution religieuse. Bien que cette volonté de l'État existe depuis le XVI^e², c'est au XVIII^e siècle, pendant la Révolution française, qu'elle trouve sa pleine consécration. En effet, c'est à ce moment que s'organise, pour la première fois, un mariage civil, c'est-à-dire un mariage non religieux, relevant des seules règles de l'État. Le texte juridique fondateur d'un mariage civil autonome par rapport au mariage religieux est l'arrêté du 18 germinal an X. Ce texte juridique impose l'organisation d'une célébration civile du mariage distincte de toute célébration religieuse. En outre, il impose que la célébration civile du mariage se fasse devant un officier de l'État et qu'elle soit nécessairement distincte et antérieure à toute célébration religieuse. Ces principes ont été repris par le Code civil de 1804 et ils sont désormais consacrés par l'article 165 alinéa 1 du *Code civil français*³.

8. Une séparation toujours d'actualité. Dès lors, en France, en raison de la séparation stricte entre la célébration civile et la célébration religieuse du mariage, la règle religieuse ne peut avoir d'incidence sur la formation du mariage civil qui s'organise selon les seules règles de droit civil. Le mariage civil et le mariage reli-

2. Sur la reconquête de l'institution du mariage par le pouvoir royal français, voir l'article suivant : Y. JEANGLIS, « Le consentement dans le mariage à la française au 17^e et au 18^e siècle », R.D.C. 53/1, 2003, p. 41-76, à la page 43 : « À partir du 16^e siècle, le roi de France cherche à reconstruire la société française. Aussi prend-il appui sur le mariage, moule à fabriquer des familles, c'est-à-dire les cellules humaines de base, pour développer et accroître son emprise sur la société civile. »

3. Art. 165 alinéa 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. »

gieux sont formés par deux célébrations distinctes, la célébration civile étant, par principe, antérieure à la célébration religieuse. D'ailleurs, il est important de noter que l'ordre de ces célébrations est impératif : le principe de l'antériorité du mariage civil sur le mariage religieux est assuré par l'article 433-21 du *Code pénal*⁴. Cet article prévoit une amende et une peine de prison pour les ministres du culte qui ne le respecteraient pas. Dans une telle perspective, le mariage civil et les mariages religieux apparaissent comme deux institutions étanches au point que l'incidence de la règle religieuse sur le lien civil du mariage semble plus qu'incertaine tant au moment de la formation de ce lien qu'au moment de sa disparition. Notamment, en raison de la distinction entre les deux institutions, un mariage civil entre deux époux ne peut être annulé au motif que les règles qui régissent la validité de leur mariage religieux n'ont pas été respectées.

2- En raison de l'autonomie affirmée du mariage civil par rapport aux mariages religieux en droit civil québécois

9. Une distinction nuancée au cours de l'histoire. Au Québec, de prime abord, la distinction entre le mariage civil et les mariages religieux est moins évidente qu'en France. Au Québec, comme l'apparition de l'institution civile du mariage résulte d'un processus de sécularisation plutôt que d'une laïcisation ferme, le législateur n'a pas créé une institution civile du mariage, volontairement autonome et séparée des mariages religieux. Au Québec, comme la distinction du mariage civil et des mariages religieux ne résulte pas d'une volonté politique déterminée de séparer le droit civil et les droits religieux mais plutôt d'une combinaison de facteurs politiques, économiques et sociaux qui aboutissent progressivement à la distinction de la sphère étatique et de la sphère religieuse, l'institution civile du mariage, dans une certaine mesure, reste empreinte de mixité. Notamment, cette mixité résulte du choix du législateur québécois de ne pas imposer une célébration civile du mariage, distincte par principe de la célébration religieuse. Ainsi, en 1968, face au choix de nombreux indivi-

4. Art. 433-21 du *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 7 500 euros d'amende. »

dus de ne plus appartenir à une communauté de croyants particulière, et notamment à la communauté catholique, le législateur québécois a choisi de ne plus limiter la célébration du mariage civil à une célébration religieuse, avec pleine reconnaissance civile. Toutefois, à la différence de la France, il a préféré un système mixte de célébration du mariage, plutôt que d'imposer, en la matière, un droit civil universel et impératif. En effet, en 1968, les Québécois ont obtenu la possibilité de 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 loi. En conséquence, plutôt que d'imposer comme en France une double célébration aux individus affiliés à une communauté de croyants, le législateur québécois a préféré continuer à reconnaître que, dans une certaine mesure et à certaines conditions, un ministre du culte pouvait être habilité par l'État à célébrer un mariage valide civilement. D'ailleurs, cette mixité de la célébration du mariage est encore en vigueur aujourd'hui. Pour respecter le pluralisme religieux, les exigences des différentes confessions ainsi que la liberté de conscience des non-religieux, le législateur québécois l'a maintenue dans le Code civil de 1994 : les ministres du culte sont toujours compétents pour célébrer des mariages valides civilement dans la mesure où ils ont obtenu une double habilitation, d'une part, au regard des règles de droit civil, d'autre part, au regard des règles de la communauté religieuse dont ils relèvent⁵.

10. En outre, en raison de la nature mixte de la célébration du mariage, la rencontre entre la règle religieuse et la règle de droit civil peut se produire lors de la formation du lien conjugal. En effet, selon l'article 367 C.c.Q., un ministre du culte ne peut être contraint à célébrer un mariage contraire aux règles de sa communauté de croyants. L'article 367 C.c.Q. protège sa liberté de religion en lui permettant de refuser de célébrer un mariage valide civilement mais nul au regard de sa communauté de croyants⁶. Même si le ministre du culte qui célèbre le mariage est investi d'une délégation civile, il doit aussi être en mesure de respecter les exigences de sa communauté d'appartenance.

5. Art. 366 C.c.Q.

6. Art. 367 C.c.Q. : « Aucun ministre 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. »

11. Une autonomie toutefois affirmée. Néanmoins, l'impact de la règle religieuse sur l'existence du lien conjugal doit être nuancé. Au Québec, l'autonomie de l'institution civile du mariage par rapport aux mariages religieux est aussi affirmée. En premier lieu, l'autonomie affirmée des deux institutions résulte de la loi, plus particulièrement de la loi fédérale. En effet, depuis la *Loi sur le divorce de 1968*⁷, et désormais avec la *Loi sur le divorce de 1985*⁸, au Québec et dans le reste du Canada, le mariage se dissout par le décès de l'un des conjoints ou par le divorce. Cette possibilité de dissolution du mariage du vivant des époux tranche avec la situation juridique du Québec avant 1968, où le divorce n'existait pas en tant que tel. En effet, auparavant, l'article 185 C.c.B.c. reprenait explicitement la doctrine de l'Église catholique sur la question du divorce : le mariage entre deux êtres ne pouvait être dissous que par la mort naturelle d'un conjoint⁹. Dès lors, avant 1968, les époux ne pouvaient se séparer qu'en obtenant une loi privée spéciale du Parlement¹⁰ ou en obtenant une séparation de corps considérée par certains comme le divorce des catholiques¹¹.

12. En second lieu, c'est surtout la jurisprudence qui affirme que la mixité de la célébration du mariage n'implique pas une nécessaire articulation des règles de droit civil et des règles des droits religieux pour définir les conditions de formation et de dissolution du mariage. La célébration du mariage par un ministre du

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

8. *Loi sur le divorce de 1985*, L.R.C. (1985), c. 3 (2^e supp.).

9. Art. 185 C.c.B.C. : « Le mariage ne se dissout que par la mort naturelle de l'un des conjoints ; tant qu'ils vivent l'un et l'autre, il est indissoluble. »

10. Sur cette question, voir les commentaires de G. TRUDE sur l'article 185 C.c.B.C., dans *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942, aux pages 569-570 : « L'exercice [du] droit au divorce se fait différemment selon qu'il s'agit du Québec ou d'une autre province. En dehors de notre province, il existe des tribunaux du divorce qui instruisent et jugent ces instances. Ces tribunaux n'existent pas dans le Québec. On s'est abstenu de les y implanter pour des raisons politiques et de convenance ; la majorité catholique rendait impossible cette institution. N'empêche que la loi fédérale ouvrait un droit que peuvent réclamer des gens résidant dans cette province. En l'absence de tribunaux *ad hoc*, c'est le Parlement lui-même qui instruit ou juge les demandes en divorces qui viennent du Québec. Il s'agit là de procédures spéciales, dont le détail n'entre pas dans l'objet de ce volume. Qu'il suffise de dire qu'un divorce n'est alors obtenu qu'en vertu d'une loi spéciale à chaque cas. Ces lois fédérales sont assimilables à une loi privée qu'une personne obtiendrait d'Ottawa (...). »

11. Dans le *Code civil du Bas Canada*, la séparation de corps était organisée par les articles 186 à 205.

culte a pour effet de former deux mariages distincts : un mariage civil, régi par les seules règles du droit civil et un mariage religieux, régi par les règles de la communauté d'appartenance du ministre du culte. Cette affirmation, pour une large part, est une conséquence des débats juridiques¹² qui ont eu lieu sur l'interprétation de l'ancien article 127 C.c.B.c.¹³. En raison de la référence qu'il contenait aux « autres empêchements, admis d'après les différentes croyances religieuses », d'aucuns ont pu prétendre que cet article avait pour effet de permettre la réception en droit civil québécois des règles des différentes communautés de croyants régissant le droit du mariage religieux¹⁴. Selon leur analyse, un mariage religieux nul devait être reconnu comme tel sur le plan civil, même s'il était valide selon les règles de droit civil. De même, une dispense religieuse ou une décision religieuse affirmant la validité d'un mariage religieux devait avoir pour effet de rendre valide un mariage nul sur le plan civil. Or, face à une telle analyse, la réponse du juge québécois de droit civil a presque toujours été la suivante : « l'annulation ou le refus d'annulation du mariage par le tribunal ecclésiastique doit rester étranger à l'application des règles de droit civil »¹⁵. En d'autres termes, la règle de droit civil et la règle religieuse relèvent de deux espaces normatifs distincts qui n'interfèrent pas l'un sur l'autre. L'application de la règle de droit civil ne peut donc être influencée par

12. L'article 127 C.c.B.C. s'énonçait comme suit : « Les autres empêchements, admis d'après les différentes croyances religieuses, comme résultant de la parenté ou de l'affinité et autres causes, restent soumis aux règles suivies jusqu'ici dans les différentes églises ou sociétés religieuses. 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 par le passé. »

13. Pour une analyse approfondie et théorique de cette controverse, voir l'article suivant : E. CAPARROS, « La "civilizatio" du droit canonique : une problématique du droit québécois » (1977) 18 C. de D. 711.

14. Les termes du débat sont rappelés par J.-L. BAUDOUIIN, « L'influence religieuse sur le droit civil du Québec », (1984) 15 R.G.D. 563, à la page 567 : « Certaines décisions [comme *Laramée c. Evans*, [1881] 3 L.N. 342 ou *Durocher c. Degré*, [1901] 20 C.S. 456] l'ont interprété [l'article 127 C.c.B.C.] 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. » Voir les décisions : *Hébert c. Cloutre*, [1912] 41 C.S. 429 et *Despatie c. Tremblay*, [1921] A.C. 702.

l'application de la règle religieuse telle que l'ont décidé les tribunaux ecclésiastiques.

13. Plus récemment, dans la jurisprudence québécoise, la juge Lemelin a réaffirmé l'autonomie du mariage civil par rapport aux mariages religieux. Dans *Hendricks c. Québec (Procureur général)*¹⁶, elle a considéré que les principes des chartes canadiennes et québécoises devaient prévaloir sur les principes des religions :

14. « La sécularisation du mariage oblige le législateur à tenir compte que l'institution est civile et ne peut être définie par la religion. Nous ne vivons plus dans la communauté homogène du siècle dernier. Le multiculturalisme, les croyances religieuses diverses, la laïcisation de plusieurs institutions témoignent de l'ouverture de la société canadienne. L'État doit s'assurer du respect de chaque citoyen mais aucun groupe ne peut imposer ses valeurs ou définir une institution civile¹⁷ ».

15. Par conséquent, en l'espèce, le droit au mariage du couple homosexuel demandeur devait être respecté : les dispositions légales, fédérales et provinciales qui interdisaient le mariage civil des conjoints de même sexe devaient être déclarées inconstitutionnelles sur le fondement de l'article 15 de la Charte canadienne et de l'article 10 de la Charte québécoise, puisqu'elles remettaient en cause le droit à l'égalité en matière matrimoniale pour les conjoints de même sexe. Dès lors, selon cette position, ne pouvaient plus prévaloir les points de vue de l'Alliance Francophone des Protestants Évangéliques du Québec et de la Ligue Catholique pour les droits de l'homme, qui intervenaient, au cours du litige, pour défendre le mariage traditionnel, réservé exclusivement à deux conjoints de sexes différents. Ces points de vue ne pouvaient être pris en considération pour justifier, dans la sphère du droit civil, l'intervention de l'État pour interdire le mariage entre deux conjoints de même sexe. D'ailleurs, le choix de la juge Leme-

15. Ces paroles ont été prononcées par le juge Mayrand dans *Dame Bergeron c. Proulx*, [1967] C.S. 579, à la page 579. Dans cette décision, la demanderesse demandait devant les juridictions civiles l'annulation de son mariage célébré il y a trente ans. Son action en nullité invoquait la démence de son conjoint au moment de la célébration du mariage. Plus particulièrement, pour obtenir la nullité du mariage sur le plan civil, elle alléguait que son mariage avait été déclaré nul et invalide par les tribunaux ecclésiastiques de l'Église catholique romaine.

16. *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.

17. *Ibid.*, au paragraphe [164].

lin de considérer le mariage civil comme autonome par rapport aux droits religieux a été repris par la Cour suprême du Canada qui, pour les mêmes raisons, dans un renvoi de 2004, s'est prononcée en faveur du mariage des conjoints de même sexe¹⁸.

16. Dès lors, au Québec, comme en France, au regard de la loi et de la jurisprudence, le mariage civil et les mariages religieux apparaissent comme deux institutions distinctes et autonomes. L'impact de la règle religieuse en droit civil québécois semble, à première vue, devoir se limiter à la possibilité pour un ministre du culte de refuser de célébrer un mariage valide civilement mais nul au regard des règles de sa communauté de croyants sur le fondement de l'article 367 C.c.Q.

B- Un impact observable

17. Cependant, à bien des égards, en droit civil contemporain français et québécois, l'impact de la règle religieuse sur le lien civil du mariage peut être observé. L'analyse de la jurisprudence française et québécoise révèle que la règle religieuse peut jouer un rôle sur le prononcé de la nullité du mariage civil ou sur celui d'un divorce.

1- L'impact de la règle religieuse sur la nullité du mariage civil

18. En France et au Québec, la règle religieuse peut être prise en considération pour décider de la nullité du mariage. La règle religieuse peut être un élément important pour apprécier l'absence de consentement d'un des époux ou pour identifier l'erreur commise par l'un d'eux sur la personne de son conjoint ou sur une de ses qualités essentielles.

19. Nullité, règle religieuse et droit civil français. En droit civil français, sur le fondement de l'article 146 C.civ.¹⁹, il est possible d'obtenir la nullité du mariage pour absence de consente-

18. *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 C.S.C. 79, au paragraphe [22] : « La mention de la "chrétienté" est révélatrice. L'arrêt *Hyde* s'adressait à une société aux valeurs sociales communes, dans laquelle le mariage et la religion étaient perçus comme indissociables. Tel n'est plus le cas. La société canadienne est une société pluraliste. Du point de vue de l'État, le mariage est une institution civile. »

19. Art. 146 C.civ. : « Il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. »

ment d'un conjoint, cette nullité étant absolue. Rentre dans le champ d'application de cet article le cas des mariages simulés, c'est-à-dire des mariages motivés par une finalité autre qu'une véritable intention matrimoniale comme, par exemple, l'intention d'obtenir la nationalité française ou un visa de longue durée. Un regard porté sur la jurisprudence française permet de constater que la validité du mariage religieux peut être importante pour apprécier la présence ou non d'un consentement au mariage. Ainsi, dans une même affaire, deux juridictions successives ont pu prendre en considération la règle religieuse comme un élément de fait pertinent pour justifier puis remettre en cause l'intention matrimoniale d'un époux musulman. En l'espèce, une épouse mariée civilement et religieusement, selon les règles du droit musulman, demandait que son mariage soit annulé au motif que son époux, algérien, n'avait consenti au mariage qu'aux seules fins d'obtenir un visa de long séjour. Pour preuve de l'absence d'intention matrimoniale de son conjoint, elle avançait notamment l'argument que leur mariage n'avait pas été consommé : un certificat médical attestait de sa virginité. Pour le tribunal de grande instance de Caen, le 25 septembre 2005, la virginité de l'épouse ne pouvait être prise en considération : le mariage n'avait pas encore été consommé parce que « le couple, très respectueux de la religion musulmane, se devait d'attendre la dernière célébration de la nuit de noce, laquelle n'a[vait] pu avoir lieu »²⁰. Dans cette décision, la règle religieuse a servi de justification au refus de prononcer la nullité du mariage pour absence de consentement. Elle a servi à justifier que le mariage n'a pas été consommé en raison du souci des époux de respecter les règles de la religion musulmane et non en raison de l'absence d'intention matrimoniale de l'époux algérien.

20. Si, en première instance, la règle religieuse a été un argument pour refuser de prononcer la nullité du mariage, devant la Cour d'appel de Caen, la règle religieuse va, au contraire, être un argument pour remettre en cause l'intention matrimoniale de l'époux. En se fondant sur deux attestations rédigées par l'imam qui avait marié les époux à la mosquée d'Hérouville, la Cour d'appel retient que l'« absence de consommation du mariage ne peut s'expliquer par le respect scrupuleux de la religion musul-

20. T.G.I. Caen, 25 septembre 2003, inédit.

mane. » En effet, selon la Cour d'appel de Caen qui fait reposer son analyse sur les attestations de l'imam²¹, le mariage religieux, célébré entre les époux le 24 mai 2001, était suffisant pour qu'au regard des règles de la religion musulmane, après la célébration, les époux soient en droit de consommer le mariage²². Par conséquent, selon la Cour d'appel de Caen, l'absence de relations sexuelles entre époux depuis la célébration du mariage pouvait être retenue comme un argument tendant à prouver que l'époux, en donnant son consentement au mariage, n'était pas animé d'une véritable intention matrimoniale mais seulement par le souci d'obtenir un titre de séjour de plus longue durée. Dans cette décision, la Cour d'appel a fait reposer son analyse sur le témoignage d'un imam et sur son interprétation des règles d'origine musulmane, telles qu'elles sont comprises et appliquées au sein de sa communauté d'appartenance. Dans cette décision, la règle religieuse a été un élément de fait pertinent pour apprécier l'intention matrimoniale des époux, et plus particulièrement de l'époux algérien musulman. C'est en prenant en considération l'appartenance religieuse des époux et les contraintes normatives qui en découlent que la Cour d'appel a choisi de rendre sa décision.

21. Si, en droit français, la règle religieuse peut être prise en considération pour apprécier l'intention matrimoniale des époux, elle peut aussi être importante pour mettre en évidence l'erreur commise par un époux dans la personne de son conjoint ou sur ses qualités essentielles. Selon l'article 180 alinéa 2 C.civ.²³, un époux est en droit de demander la nullité de son mariage, s'il a commis

21. En droit musulman, pour qu'un mariage soit valide et puisse, de fait, être consommé, il importe que soient respectées quatre conditions : le consentement au mariage des époux, le consentement de la famille de la mariée, la remise à l'épouse d'une dot et le consentement en retour de l'épouse à cette dot. Le respect de ces quatre conditions est attesté par la présence de deux témoins musulmans. Au terme de cette cérémonie, est alors lu le « *fatiha* », le premier chapitre du Coran. C'est principalement dans les communautés musulmanes d'origine algérienne que cette lecture est le plus fréquemment faite : elle est un signe de bénédiction. Ces informations nous ont été apportées par M. Abdallah Assafiri, imam au Centre culturel islamique de Québec.

22. Caen, 23 septembre 2004 : JurisData : 2004-264120 : « Bien plus, le mariage n'a jamais été consommé (cf. le certificat médical établi le 14 novembre 2002 par le docteur Desmoulins qui a constaté à cette date que Madame Chouïal épouse Bechirir était toujours vierge). Or, cette absence de consommation du mariage ne peut s'expliquer par le respect scrupuleux de la religion musulmane puisqu'il est établi par deux attestations rédigées par Monsieur El Arabi El Houcine, l'imam de la mosquée d'Hérouville : que le mariage musulman ("*fatiha*") a été par lui célébré le 24 mai 2001 ; qu'après la célébration de la dite "*fatiha*", le couple peut consommer le mariage le jour même. »

une « erreur dans la personne, ou sur les qualités essentielles de la personne » de son conjoint, cette nullité étant relative. Dans une décision du 2 décembre 1997²⁴, la Cour de cassation a considéré que l'erreur commise par une épouse sur les qualités essentielles de son conjoint pouvait s'apprécier en se référant à l'attachement qu'elle portait aux règles de sa communauté de croyants et qu'elle souhaitait respecter. En l'espèce, une épouse catholique demandait que le mariage civil célébré avec son conjoint le 18 août 1973 soit annulé au motif que ce dernier, lors de leur union civile, lui avait dissimulé sa qualité de divorcé. Selon l'analyse de cette épouse catholique, la qualité de non-divorcé de son conjoint était une qualité déterminante de son consentement. En effet, elle considérait que son mariage n'avait été pour elle qu'une première étape qui lui donnait, par la suite, la possibilité de se marier en conformité avec les règles du droit canon. Or, en raison du premier mariage religieux de son conjoint en 1970 et du divorce de ce dernier survenu le 7 août 1971, le mariage religieux qu'elle avait célébré avec lui le 4 septembre 1973 était nul au regard du droit canon. Elle demandait donc que son mariage civil soit aussi annulé au motif que son consentement au mariage civil en 1973 avait été déterminé par le désir de contracter également une union religieuse valide au regard des règles de l'Église catholique. Face à la demande de l'épouse catholique, la réponse de la Cour de cassation a été affirmative. La Haute Cour française a considéré que le fait pour l'époux « d'avoir caché à son épouse qu'il avait contracté un premier mariage religieux et qu'il était divorcé, avait entraîné pour son conjoint une erreur sur des qualités essentielles dans sa personne »²⁵. Pour cette femme catholique, le fait d'avoir cru que son époux était une personne non divorcée avait été déterminant de son consentement. Si elle avait su qu'il était divorcé, elle n'aurait, en aucun cas, consenti au mariage en raison de son appartenance religieuse et des règles religieuses qui s'imposent à elle de ce fait.

23. Art. 180 C.c. : Alinéa 1 « Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre (...). » Alinéa 2 « S'il y a erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage. »

24. Cass. civ. 1, 2 décembre 1997, JurisData : 1997-005067.

25. *Ibid.*

22. Cette décision contemporaine apporte des enseignements importants tant au regard du droit des nullités du mariage qu'au regard de la question de la prise en considération de la règle religieuse. Premièrement, au regard du droit des nullités, cette décision marque l'importance accordée à une approche subjective de l'erreur. En effet, selon les juges de la Cour de cassation, l'erreur sur les qualités essentielles de son conjoint, déterminante du consentement, ne semble pas devoir avoir nécessairement une dimension objective, c'est-à-dire s'apprécier *in abstracto* au regard de « l'opinion commune »²⁶, comme le proposait, dans cette affaire, le conjoint défendeur. Au regard de cette décision, peut être une erreur sur les qualités essentielles, déterminante du consentement, une erreur subjective, c'est-à-dire une erreur qui s'apprécie par référence à l'appartenance religieuse de l'époux qui, au moment de la célébration du mariage, s'est fait une fausse représentation de la réalité. Deuxièmement, au regard de la question de la prise en considération de la règle religieuse, cette décision permet de constater que, même si, en droit civil français, le mariage civil et le mariage religieux sont deux institutions distinctes, le juge civil français peut être conscient que, dans l'esprit du croyant, ces deux institutions sont une seule et même réalité. Au moment de la célébration du mariage civil, le juge français est conscient que l'individu peut exprimer son consentement en fonction d'aspirations, façonnées par le corps de règles de la communauté auquel il a choisi d'appartenir. Le juge français peut apprécier l'erreur sur ses qualités essentielles en se référant aux croyances, aux règles religieuses que l'individu a choisi de respecter et qu'il puise au sein d'une communauté particulière. Dans cette décision, tout se passe comme si le juge français réceptionnait la nullité du mariage religieux au regard du droit canonique dans le champ du droit civil, par le biais des principes religieux de la conjointe catholique, qui sont une conséquence de son appartenance à la communauté catholique. C'est parce qu'elle appartient à la religion catholique, qu'elle entend respecter les règles de cette communauté de croyants, que son consentement a été jugé comme déterminé par la croyance que son conjoint avait la qualité de non-divorcé. De plus, on peut se demander si le choix des juges d'admettre la nullité du mariage de l'épouse catholique n'a

26. *Ibid.*

pas aussi été motivé par le souci de respecter les croyances et l'attachement profond de l'épouse aux règles du droit canon ainsi que par le souci de ne pas la voir les trahir en devenant, elle-même, divorcée. En effet, la Cour de cassation aurait pu refuser de retenir une approche si restrictive de l'erreur en matière matrimoniale et inciter l'épouse à intenter une action en divorce, peut-être moins complexe à mettre en œuvre dans ses effets qu'une action en nullité, surtout pour une union de vingt-quatre années. Dès lors, il est possible que, pour les juges, le choix de retenir la nullité plutôt que de renvoyer à une action en divorce ait été motivé par le souci de respecter le droit de l'épouse au respect de ses croyances religieuses. Enfin, dans cette décision, à la différence de celle qui impliquait des époux musulmans, les juges français ne considèrent pas comme utile de se référer aux témoignages de prêtres ou d'évêques pour connaître la teneur de la règle de droit canon. Ils ne se réfèrent pas à des experts, à des prêtres ou des évêques, pour définir ce que prévoit le droit canon, sans doute parce que, en raison de son appartenance religieuse ou des liens étroits entre la culture française et le catholicisme, le contenu de la règle de droit canon leur apparaît comme une évidence.

23. Nullité, règle religieuse et droit civil québécois. La règle religieuse a pu aussi avoir une incidence sur le prononcé de la nullité d'un mariage en droit civil québécois. Dans une décision rendue le 6 mai 1964, le juge Deslauriers a admis qu'une épouse catholique pouvait aussi demander la nullité de son mariage, au motif que son conjoint lui avait dissimulé sa qualité de divorcé²⁷. En l'espèce, un an et demi après le départ de son mari, une épouse, fervente catholique, avait appris que son époux s'était marié avec une autre femme avant leur union, qu'il en était divorcé et que cette autre femme vivait encore. Or, selon elle, au moment de son mariage, sa religion n'aurait pu lui permettre de contracter une telle union. Si elle avait eu connaissance du statut de « divorcé » de son conjoint, en aucun cas, elle ne l'aurait épousé. En raison de cette situation, intolérable, selon elle, pour sa conscience, la nullité de son mariage pour erreur sur la personne devait être prononcée. Le juge Deslauriers a reconnu la légitimité d'une telle prétention. Il a prononcé la nullité du

27. *Dame Dussault c. Enloe*, [1965] C.S. 448.

mariage en affirmant que « le consentement de l'épouse a été vicié et a été donné sans connaissance complète et suffisante des éléments importants pouvant le déterminer. » D'après lui, si l'épouse avait eu connaissance de son statut de « divorcé », elle n'aurait jamais consenti à l'épouser. Même si le statut de divorcé du conjoint n'est pas en soi une erreur dans la personne justifiant la nullité du mariage, il est incontestable que, dans le cas d'espèce, ce statut était devenu, au regard des croyances et des valeurs particulières de l'épouse, un aspect essentiel de la personne du conjoint. En outre, pour justifier sa décision, le juge Deslauriers a également avancé l'idée d'une atteinte portée à la conscience de l'épouse par le choix de son conjoint de lui dissimuler sa qualité de « divorcé ». Ainsi, le juge Deslauriers a constaté qu'« en épousant la demanderesse sans lui révéler son précédent mariage, le défendeur a prétendu de fait lui imposer un mode d'existence que sa conscience ne pouvait pas lui permettre d'accepter »²⁸. L'époux, en lui dissimulant sa qualité de « divorcé », l'avait contrainte à subir une situation en contradiction avec ses croyances religieuses profondes : « comme la demanderesse appartient à la religion catholique qui n'admet pas qu'un divorcé soit libre de se remarier du vivant de son conjoint divorcé, il aurait fallu que la demanderesse consentît à renoncer à ses croyances religieuses ou qu'elle acceptât un mode de vie en marge de sa religion pour épouser le défendeur »²⁹. Dans cette décision, en raison des croyances religieuses de l'épouse, le juge Deslauriers lui a reconnu un véritable droit de ne pas être contrainte à subir une situation contraire à ses convictions religieuses, fondement implicite de l'application des règles du *Code civil du Bas Canada* relatives à la nullité du mariage³⁰. Dans cette décision, le juge Deslauriers a considéré qu'un époux, par le mensonge de son conjoint, ne pouvait être placé dans une situation contraire à ses convictions religieuses profondes et aux règles de sa communauté de croyants.

28. *Id.*, à la page 450.

29. *Ibid.*

30. Dans *Dame Dussault c. Enloe*, *ibid.*, cette action en nullité du mariage avait été engagée par une épouse catholique, sur le fondement de l'article 148 C.c.B.C., qui reconnaissait la nullité du mariage pour absence de consentement libre des époux ou en cas d'erreur dans la personne.

24. Si l'on envisage maintenant cette décision dans une perspective contemporaine, il est difficile d'apprécier exactement sa portée, notamment au regard des règles du *Code civil du Québec* de 1994. La décision du juge Deslauriers n'a-t-elle qu'une portée limitée, restreinte à une époque où la population québécoise était majoritairement catholique et où le divorce n'existait pas en tant que tel au sein de la législation québécoise ? En d'autres termes, en droit civil contemporain, un époux pourrait-il obtenir la nullité de son mariage en raison d'une erreur qu'il aurait commise dans la personne de son conjoint, cette erreur s'appréciant non pas objectivement mais subjectivement au regard des valeurs primordiales de l'époux induit en erreur et des règles de sa communauté de croyants ? Pour répondre à cette question, il faut envisager une décision du 19 février 2001 rendue par le juge Derek Guthrie : *M.-C.C. c. Mo.M.*³¹. En l'espèce, une jeune femme catholique épouse le 4 août 1999 un jeune homme musulman. Ce dernier, avant leur union au Centre islamique du Québec, lui assure de son souci de respecter ses croyances catholiques et, pendant leur vie commune, de ne pas tenter de la convertir à la religion musulmane. Toutefois, peu de temps après leur mariage, le jeune homme, influencé par sa famille, commence à lui imposer les prières et les rythmes quotidiens de sa religion. Convaincue d'avoir commis une erreur dans la personne de son conjoint en raison du revirement d'attitude de ce dernier et du peu de respect de ses promesses, la jeune femme intente une action en nullité de son mariage au motif que son conjoint « l'a volontairement induite en erreur le jour de la célébration dudit mariage »³². Face à la demande de l'épouse, la réponse du juge Guthrie est ferme. Il refuse d'admettre qu'il ait pu y avoir, en l'espèce, erreur dans la personne au moment de la célébration du mariage. Pour justifier sa décision, il avance deux séries d'arguments. Premièrement, certains passages de la décision laissent penser que le juge Guthrie est défavorable à une approche trop large de la nullité pour erreur dans la personne, l'institution du mariage, en raison de son importance sociale, devant être protégée contre le risque d'être trop facilement remise en cause³³. Selon lui, la nullité du mariage doit même être limitée « aux situations où la nullité est absolue et non rela-

31. *M.-C.C. c. Mo.M.*, J.E. 2001-489 ; [2001] R.D.F. 177 (rés.) (C.S.), j. A. Derek Guthrie (13 p.).

32. *Id.*, au paragraphe [13].

tive (...) »³⁴, en vue de ne pas empiéter sur les situations relevant du droit du divorce. Deuxièmement, dans sa décision, le juge Guthrie refuse d'admettre que l'erreur dans une qualité essentielle de la personne puisse être une cause de nullité : selon lui, « une erreur sur la personnalité, c'est-à-dire sur les qualités de la personne, n'est pas une cause de nullité du mariage au Québec »³⁵. En fait, la qualité d'un conjoint ne peut être prise en considération pour prononcer la nullité du mariage que si elle « a été ou (...) normalement devait être envisagée par les deux parties comme essentielles »³⁶. En conséquence, cette décision manifeste un souci affirmé de limiter les causes de nullité du mariage à des cas très précis, valables dans la plupart des mariages, et en lien avec l'ordre public. À première vue, cette décision laisse peu de possibilités pour prendre en considération la règle religieuse en vue de décider de la nullité du mariage.

25. Toutefois, au regard de certaines remarques du juge Guthrie, cette possibilité n'est pas exclue. Premièrement, bien que le juge Guthrie adopte une approche restrictive de la nullité, il n'exclut pas explicitement la possibilité d'apprécier l'erreur dans la personne au regard des croyances et des règles des conjoints, dans la mesure où l'institution du mariage est encadrée par des règles précises. Par exemple, bien que l'article 380 C.c.Q.³⁷ ne réfère plus explicitement à l'erreur dans la personne, le juge Guthrie admet que l'erreur dans la personne puisse être encore une cause de nullité du mariage, surtout telle qu'elle a pu être comprise dans les décisions antérieures chargées d'interpréter les règles du *Code civil du Bas Canada*³⁸. La décision du juge Deslauriers de 1964 est donc encore pertinente dans l'analyse d'un cas contemporain. Deuxièmement, la décision du juge Guthrie met en cause la ques-

33. *Id.*, au paragraphe [24] : « Le droit doit veiller, dans l'intérêt général, à ce que les mariages soient sérieusement contractés après que toutes les informations nécessaires aient été prises. Il ne doit pas favoriser les unions irréflechies en accordant trop facilement l'action en nullité. »

34. *Id.*, au paragraphe [34].

35. *Id.*, au paragraphe [42].

36. *Id.*, au paragraphe [42].

37. Art. 380 C.c.Q. : Alinéa 1 « Le mariage qui n'est pas célébré suivant les prescriptions du présent titre et suivant les conditions nécessaires à sa formation peut être frappé de nullité à la demande de toute personne intéressée, sauf au tribunal à juger suivant les circonstances. » Alinéa 2 « L'action est irrecevable s'il s'est écoulé trois ans depuis la célébration, sauf si l'ordre public est en cause. »

tion du degré des pratiques d'une religion, celle de l'époux musulman. Elle ne porte pas sur l'identité du conjoint ou sur son statut. Dès lors, le raisonnement du juge aurait sans nul doute été différent si l'époux avait dissimulé à son épouse sa qualité de musulman. Dans un tel cas, il n'aurait plus fallu apprécier la simple faiblesse morale de l'époux mais aussi l'importance de cette identité religieuse pour sa conjointe, qui, au regard des règles de sa religion, aurait pu souhaiter avoir un époux catholique. D'ailleurs, comme dans la décision du juge Deslauriers de 1964, l'importance du droit à la liberté de religion est affirmée par le juge Guthrie. Pour ce dernier, « tout individu est libre de vivre comme il lui plaît. La seule limite à cette liberté est le respect de la liberté d'autrui »³⁹. En conséquence, sur le fondement de l'article 3 de la Charte québécoise⁴⁰ et de l'article 2 de la Charte canadienne⁴¹, « même dans un mariage, chaque époux peut pratiquer sa religion et même tenter de convaincre l'autre d'adopter la sienne, pourvu qu'on n'utilise pas la force, la crainte ou la fraude⁴² ». Dans la décision du juge Guthrie, on retrouve donc l'idée d'un droit à la liberté de religion reconnu à tout époux croyant qui implique le droit de transmettre ses croyances mais qui impose aussi l'obligation à chaque époux de respecter les croyances et les règles religieuses de l'autre, en ne lui imposant pas d'agir à l'encontre de sa conscience et des règles religieuses qu'il respecte. Pour le juge Guthrie, l'autonomie normative de chaque époux en matière religieuse impose une liberté reconnue et égale pour chacun ainsi qu'un res-

38. L'article 365 du Code civil reprend les dispositions du droit antérieur selon lesquelles le mariage requiert le consentement libre et éclairé des futurs époux mais la possibilité d'une nullité pour erreur dans la personne n'est plus affirmée. Toutefois, dans *M.-C.C. c. Mo.M.* (C.S.), *supra*, note 31, au paragraphe [40], le juge A. Derek Guthrie a affirmé que « [m]ême si la structure des trois premiers chapitres du titre premier "Du mariage" du livre deuxième du *Code civil du Québec* est différente de la structure des quatre premiers chapitres du titre cinquième "Du mariage" du livre premier du *Code civil du Bas Canada*, le Tribunal est d'avis qu'aucun changement fondamental n'a été apporté au consentement au mariage dans le nouveau Code. Les mêmes questions se posent et la jurisprudence ancienne garde sa pertinence. »

39. *M.-C.C. c. Mo.M.*, *supra*, note 31, au paragraphe [45].

40. Art. 3 de la Charte québécoise : « [Libertés fondamentales] 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. »

41. Art. 2 de la Charte canadienne : « Chacun a les libertés fondamentales suivantes : a) liberté de conscience et de religion. »

42. *M.-C.C. c. Mo.M.*, *supra*, note 31, au paragraphe [46].

pect mutuel. Dès lors, si l'époux avait dissimulé son identité musulmane à son épouse catholique et si celle-ci avait été en mesure de prouver qu'au regard de ses croyances religieuses intimes et des règles de sa communauté de croyants, sa croyance en son identité catholique avait été déterminante de son consentement, elle aurait été en mesure de prouver qu'il y avait eu erreur dans la personne au moment de la célébration du mariage, cette erreur résultant d'une dissimulation ou pire, d'un mensonge de son conjoint. Ensuite, elle aurait pu justifier l'importance de prononcer la nullité de son mariage civil plutôt qu'un divorce au regard des règles de sa communauté de croyants. En effet, par son comportement et par ses dissimulations, son époux aurait atteint son droit à la liberté de religion : en la conduisant à accepter une situation contraire à ses convictions profondes, elle aurait dû accepter une situation que sa conscience réproouve. En outre, comme l'alternative à la nullité du mariage civil est le divorce, dans un tel cas, l'épouse deviendrait une divorcée, statut lourd de conséquences selon les règles de sa communauté de croyants. Dès lors, au regard du droit étatique, le prononcé du divorce serait contraire au droit à la liberté de religion de l'épouse qui la protège contre toute décision qui lui impose d'agir en contradiction avec ses croyances et les règles de sa communauté de croyants. Dans une telle perspective, les règles religieuses influeraient sur la nullité du mariage d'une double manière : d'une part, pour apprécier l'erreur dans la personne, fondement de la nullité du mariage ; d'autre part, pour justifier cette approche plus subjective de l'erreur au motif que le prononcé d'un divorce brimerait la conscience, les croyances religieuses de l'épouse et donc son droit à la liberté de religion. Une telle solution viendrait confirmer l'approche du juge Guthrie qui reconnaît l'autonomie normative de chacun des époux et la possibilité pour chacun d'eux d'influer sur l'espace normatif de l'autre, à la condition de le faire sans violence, sans menace et surtout, sans dissimulation.

26. En droit civil français et québécois, la règle religieuse est donc importante pour décider de la nullité du mariage. En droit civil français, la règle religieuse peut être appréciée comme un fait pour décider ou non de la nullité du mariage. Au Québec, la règle religieuse peut être envisagée comme l'expression du droit à la liberté de religion de chacun des époux permettant à l'un et à l'autre de se construire son propre univers normatif, à partir

duquel le juge peut apprécier l'erreur dans la personne, cause possible de nullité du mariage.

2- L'impact de la règle religieuse sur le prononcé du divorce civil

27. En droit civil français et québécois, la règle religieuse peut également avoir une incidence au cours de la procédure de divorce, que ce soit pour décider d'imposer des dommages-intérêts à un époux ou pour décider de suspendre la procédure de divorce en tant que telle. Pour comprendre l'impact de la règle religieuse en matière de divorce, il peut être intéressant de comparer l'attitude des juges français et québécois de droit civil à l'égard de la question de la remise du *get* de l'époux juif à l'épouse juive au moment de leur séparation. En effet, tant en France qu'au Québec, la dissolution du mariage juif est à la source d'un contentieux particulier que les juridictions françaises et québécoises traitent de manière distincte.

28. Selon le droit juif, lorsque deux époux désirent se séparer, une procédure spéciale doit être respectée devant les tribunaux rabbiniques : en présence d'un rabbin, l'époux doit remettre à son épouse le *get*, acte de divorce religieux manifestant la rupture effective et définitive du mariage au regard de la communauté juive. Si un époux refuse de remettre le *get* à son épouse au moment de leur séparation, cette abstention est lourde de conséquences pour l'épouse juive. En premier lieu, l'épouse qui n'a pas reçu le *get* de la main de son époux ne peut se remarier selon les rites et les pratiques de sa religion puisque le couple, même divorcé civilement, est encore marié au regard de la religion juive. En outre, si elle décide de se remarier civilement, les relations qu'elle entretient avec son nouveau mari sont considérées comme des relations adultérines au regard de la religion juive. Enfin, les enfants qui peuvent naître de cette union civile sont des enfants adultérins ou *mamzerim*. La religion juive ne peut leur être transmise, quand bien même le second mari de l'épouse qui n'a pas reçu le *get* est lui-

même juif.⁴³ Au moment de la rupture du lien conjugal, le refus d'un époux juif de remettre le *get* à son épouse se révèle donc avoir des conséquences importantes sur la pratique religieuse de cette dernière au sein de la communauté juive. Son refus est

même de nature à remettre en cause son appartenance à la religion juive. En raison de l'importance que revêt la remise du *get* à l'épouse au sein de la religion juive, certains époux se sont alors mis à menacer leur épouse de ne pas leur remettre le *get* aussi longtemps qu'elle ne leur aurait pas consenti certains avantages au cours de la procédure du divorce civil, comme une pension alimentaire ou le droit de garde des enfants... En d'autres termes, au cours de la procédure du divorce civil, la remise du *get* était devenue un moyen de pression entre les mains des époux juifs pour obtenir des avantages substantiels de la part des épouses juives. Face à cette situation, des épouses juives ont intenté des actions devant les tribunaux civils français et québécois en vue d'obtenir la remise du *get* mais aussi, dans certains cas, des dommages-intérêts en raison des pressions subies. En France et au Québec, les juges ont accepté de considérer les prétentions des épouses mais en des termes bien différents.

29. Le *get* et l'application du droit commun en droit français. Face aux prétentions des épouses, le juge français refuse catégoriquement toute contrainte civile imposant à un conjoint juif de remettre sous astreinte le *get* à son épouse. Outre le souci de ne pas brimer la conscience de l'époux et de ne pas porter atteinte à sa liberté religieuse en le contraignant à un acte religieux, il importe aussi pour le juge français d'affirmer que la règle de droit civil n'est pas le bras séculier de la règle religieuse : « il n'appartient pas aux juridictions de l'État d'assurer par une injonction sous astreinte l'exécution d'une obligation qui procède de la loi religieuse du mariage », idée explicitement exprimée par la Cour d'appel de Versailles, le 31 octobre 1994⁴⁴, pour refuser une telle astreinte dans le cadre d'un même contentieux.

30. Cependant, cela ne signifie pas que, pour la Cour de cassation, la règle religieuse ne soit pas un élément de fait pertinent à apprécier souverainement par les juges du fond pour décider, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, de la condamnation de l'époux au versement de dommages-intérêts à son épouse à laquelle il a refusé le *get*. En effet, dans une décision du 14 octobre

43. Voir l'article de J. SYRTASH pour des explications sur le *get* dans la religion juive, sa signification et sa valeur au sein de la communauté : « Removing Barriers to Religious Remarriage in Ontario: Rights and Remedies », C.F.L.Q., 1987, n° 1, 309-344, aux pages 312-316.

44. Versailles, 31 octobre 1994, D. 1995.Jur.245, note E. Agostini.

1987⁴⁵, la Cour de cassation laisse entendre que les juges du fond peuvent, au regard de la règle religieuse, déterminer si un conjoint a commis une faute en refusant de remettre le *get* à son épouse. Ainsi, il confirme la décision des juges de la Cour d'appel de Paris du 20 mars 1986⁴⁶ qui ont estimé qu'une requérante juive « ne rapportait pas la preuve de la règle religieuse dont elle se prévalait » puisque « les conditions prévues par la loi religieuse pour cette délivrance n'étaient pas remplies et que cette conviction s'appuyait sur l'autorité de diverses personnalités religieuses. » De cette décision de la Cour de cassation, trois enseignements peuvent être tirés. Premièrement, la faute au sens de l'article 1382 du Code civil peut être appréciée par référence à une règle religieuse : en l'espèce, il n'existait, semble-t-il, aucune obligation religieuse à la charge de l'époux de remettre le *get* à son épouse, obligation dont le non-respect eût été une faute, si elle eût existée. Deuxièmement, il appartient à la partie qui se prévaut d'une règle religieuse d'en rapporter la preuve. Troisièmement, l'investigation des juges du fond en vue de déterminer la teneur de la règle religieuse est légitime : en l'espèce, la Cour d'appel avait pu à bon droit se référer aux témoignages de cinq rabbins qui émettaient un avis distinct sur la question de savoir si un époux juif devait immédiatement remettre le *get* à son épouse adultérine et si la remise du *get* devait avoir lieu avant ou après le règlement préalable des différends matériels entre époux. Dans le cadre du contentieux relatif au *get*, la règle religieuse permet parfois aussi d'apprécier le préjudice subi par l'épouse qui ne reçoit pas le *get* de son époux. Ainsi, le 31 octobre 1994⁴⁷, après avoir constaté que « la remise du *get* par le mari est une formalité indispensable à la dissolution du mariage selon la loi mosaïque, laquelle l'impose quelles que soient en définitive les convictions de l'intéressé⁴⁸ », les juges de la Cour d'appel de Versailles ont pu affirmer que l'épouse juive subissait alors un préjudice du fait du comportement de son époux : le défaut de remise du *get* lui « interdit de se remarier religieusement en harmonie avec sa tradition familiale et

45. Cass. civ. 2, 14 octobre 1987, *Juridisque Lamy*.

46. Les arguments décisifs de la Cour d'appel de Paris du 20 mars 1986 sont rappelés dans la décision de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 14 octobre 1987, *Juridisque Lamy*.

47. Versailles, 31 octobre 1994, D. 1995.Jur.245, note E. Agostini.

48. *Ibid.*

l'évolution de sa pratique religieuse »⁴⁹. Dans cette décision, il est intéressant de noter que le juge français sanctionne l'époux pour un défaut de respect d'une règle religieuse. Pour la Cour d'appel, tout se passe comme si cet époux était dans l'obligation de respecter cette règle religieuse, même s'il affirmait, au cours de l'instance, « ses convictions de juif laïque et athée »⁵⁰. Pour la Cour d'appel, cette soumission de l'époux à la règle religieuse est une conséquence du choix qui avait pu être le sien au moment de la célébration du mariage de se marier selon les rites de la communauté juive⁵¹. En conséquence, en droit civil français, la règle religieuse est un fait qui peut servir de support, de justification à l'application de la règle de droit civil dans les litiges relatifs au *get*. Elle justifie qu'une ex-conjointe reçoive des dommages-intérêts de son conjoint sur le fondement de l'article 1382 C.civ., lorsque ce dernier refuse de délivrer le *get* à son épouse en vue d'obtenir des avantages au cours de la procédure du divorce civil. Différent est le traitement des revendications des épouses juives par le juge québécois.

31. Le *get* et l'application d'une loi spéciale en droit québécois et canadien. Face aux prétentions des épouses juives, pendant longtemps, les juges canadiens et québécois ont hésité à admettre les revendications des épouses juives, bien que conscients de la pression que pouvaient exercer sur elles leurs époux en refusant de leur remettre le *get* aussi longtemps qu'elles ne leur accordaient pas certains avantages au cours de la procédure de divorce devant les tribunaux étatiques (garde des enfants, partage en leur faveur du patrimoine familial). Certaines cours ont refusé de considérer les prétentions des épouses juives au nom du principe de séparation entre les juridictions civiles et les juridictions religieuses. Par exemple, dans *Morris c. Morris*⁵², la Cour d'appel du Manitoba a refusé d'imposer à un ex-époux juif de remettre le *get* à son épouse. Les arguments avancés par les juges de la Cour d'appel étaient les suivants. Selon le juge Guy, le devoir du juge

49. *Ibid.*

50. *Ibid.*

51. *Id.* : « Il n'est pas discuté que les deux époux Joe Y et Josseline X qui s'étaient mariés le 12 février 1971 devant l'officier de l'état civil de Sarcelles ont également contracté leur union selon la loi mosaïque ; qu'il s'ensuit que la dissolution du mariage religieux obéit à la même loi qui implique la comparution du mari devant le Tribunal rabbinique pour délivrer le *get*. »

52. *Morris c. Morris*, (1978) D.L.R. 550.

canadien est d'appliquer les lois de l'État et non les lois religieuses⁵³. Pour le juge Hall, aucun droit civil de l'épouse n'a été remis en cause par son époux. Dès lors, l'invocation de la procédure du divorce religieux selon le droit juif ne pouvait avoir aucun effet au sein de l'ordre juridique étatique⁵⁴. Au contraire, d'autres cours ont accueilli la demande des épouses en utilisant un expédient juridique, déjà décrit lors de l'analyse de la jurisprudence française, à savoir l'incorporation de la règle religieuse dans une convention entre époux intervenue lors de la procédure de divorce, contenant l'engagement de l'époux de remettre le *get* à son épouse dans un délai raisonnable au terme de la procédure de divorce. Par exemple, dans la décision *B. (S.-B.) c. M. (J.-Be.)*⁵⁵, deux parties juives orthodoxes avaient divorcé le 23 octobre 1980, avant la promulgation de la *Loi sur le divorce de 1985*. Le 23 octobre 1980, un accord avait été signé entre les parties dans lequel elles s'engageaient à se présenter devant les autorités juives de la ville de Montréal pour la remise du *get*, libérant l'épouse des liens religieux du mariage. Mais, pour se venger de son ex-épouse qui refusait de lui permettre de rencontrer ses deux filles et qui lui demandait de l'argent, l'ex-mari ne consentit à lui remettre le *get* que le 5 décembre 1995, soit quinze ans après la signature de la convention. Dans cette décision, l'ex-épouse intentait alors une action en vue d'obtenir des dommages-intérêts pour la non-exécution de l'obligation contractuelle de son ex-époux de lui remettre le *get* et pour obtenir des dommages résultant notamment de l'impossibilité pour elle de se remarier selon la loi juive. Le juge Mass a accueilli la demande de l'ex-épouse juive. Il a considéré que ce cas relevait de sa compétence et non de celle des tribunaux rabbiniques puisque l'engagement de l'époux de remettre le *get* avait été incorporé dans une convention entre époux relevant de la matière civile⁵⁶.

32. Désormais, les incertitudes jurisprudentielles relatives au *get* n'existent plus : la promulgation de l'article 21.1 dans la *Loi*

53. *Id.*, à la page 568 : « We are bound to administer the law of Canada as it is written, and the power of the civil Courts of justice should not be extended to assist rabbinical courts or, indeed, any religious sects, to enforce their orders. The administration of justice in Canada, in so far as it relates to divorce, should be concerned solely with civil law, both statute and common. »

54. *Id.*, à la page 572 : « In the present case the right sought to be declared and enforced [by the wife], in my opinion, affects no civil rights enjoyed by Mrs. Morris. »

55. *B. (S.-B.) c. M. (J.-Be.)*, R.E.J.B. 2003-39500 (C.S.).

sur le divorce de 1985⁵⁷, relatif à la suppression des obstacles au remariage religieux des ex-époux, permet la prise en considération directe des règles organisant la dissolution du mariage religieux. Dans l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce de 1985*, la règle religieuse peut être le fondement de l'action tendant à la suppression des obstacles au remariage religieux des ex-époux. Elle peut être aussi un moyen de défense, opposé à cette demande. Au cours d'une procédure devant les juridictions étatiques, une partie peut désormais déposer devant le tribunal un affidavit tendant à la suppression des obstacles à son remariage religieux sur le fondement de l'article 21.1 (1) de la *Loi sur le divorce de 1985*. Dans cet affidavit, après avoir mentionné « la date et le lieu de la célébration du mariage, ainsi que la qualité officielle du célébrant » (b), la partie doit apporter une triple preuve. Premièrement, elle doit expliquer les obstacles à son remariage religieux qui sont posés dans sa religion et dont la suppression dépend de la seule action de son conjoint (c). Deuxièmement, elle doit apporter la preuve qu'elle a déjà demandé par écrit à son conjoint de lever les obstacles à son remariage religieux qui, malgré sa demande, ne s'est pas exécuté (d et g). Enfin, elle doit prouver qu'elle a déjà levé les obstacles au remariage religieux de son conjoint, dépendant de son action (d). La possibilité pour les parties de rédiger un tel affidavit au cours de la procédure de divorce emporte deux conséquences sur l'appréhension de la règle religieuse par le juge québécois. Tout d'abord, elle offre la possibilité au juge québécois de déduire des effets de droit de la revendication par une partie d'une ou d'un ensemble de règles religieuses. En effet, l'époux qui refuse de lever les obstacles au remariage religieux de son conjoint peut se voir empêcher de présenter une demande relative à une obligation alimentaire en sa faveur ou encore se voir refuser l'octroi de la garde des enfants. Il peut aussi être empêché de présenter des moyens de défense concernant les sujets précédents.

56. *Id.*, au paragraphe [18] : « However, once the Defendant signed a civil contract, agreeing to appear immediately before Rabbinical authorities, this obligation moved into the realm of the civil courts, and the religious obligation became embodied in a secular agreement. Consequently, the Defendant had a clear and unequivocal civil law obligation to appear immediately before the Rabbinical authorities. » Au paragraphe [20] : « In Quebec, the object of a contract can be anything that is not contrary to public order (Article 1425 C.c.Q.). Since in this case there are no public order issues, the contract is valid. Simply put, a valid civil obligation with religious undertones was created. »

57. *Loi sur le divorce de 1985*, L.R.C. (1985), c. 3 (2^e suppl.).

La procédure de divorce devant les tribunaux étatiques peut même être suspendue⁵⁸ (article 21.1 (3) sur les pouvoirs du tribunal à défaut de suppression). En outre, l'article 21.1 permet aussi au juge québécois de considérer directement les règles religieuses régissant les conditions dans lesquelles un mariage peut être dissous au sein d'une religion. La partie, en rédigeant son affidavit, amène alors le juge québécois à envisager la règle religieuse dont elle prouve la teneur par le recours à des experts, professeurs de droit ou ministres du culte.

33. Bien entendu, les règles religieuses originaires envisagées par cet article sont les règles de la communauté juive. C'est pour palier aux pressions subies par les épouses juives au cours de la procédure de divorce du fait de leurs conjoints qui refusent de leur remettre le *get* que l'article 21.1 a été institué⁵⁹. Néanmoins, comme le note John Syrtash, les dispositions de cet article pourraient aussi concerner les séparations entre époux prévues dans le droit musulman⁶⁰. Comme le note cet auteur, selon les versets 227 à 229 du Coran, le mariage, dans le droit musulman, peut être dissous. Cette dissolution ou *Talaq* (ce qui correspond au mot français « répudiation ») désigne divers modes de dissolution du mariage : « d'abord, la répudiation proprement dite, dissolution prononcée par déclaration unilatérale du mari ; ensuite la dissolution résultant d'un accord entre les conjoints, c'est-à-dire le divorce par consentement mutuel ; enfin, la dissolution résultant d'un jugement, prononcé par le magistrat, d'office ou à la requête de l'un des époux, généralement la femme,

58. Voir sur cette question, l'article de B. MOORE, « Le droit de la famille et les minorités », (2003-04) 34 *R.D.U.S.* 229.

59. Voir les propos du juge Tannenbaum dans *Droit de la famille* – 2296, [1995] *R.D.F.* 730, à la page 731 : « A married woman of the Jewish faith (...) who has been divorced by virtue of the civil law cannot, however, remarry according to and in her faith unless she also obtains a release from the religious bonds of marriage. This release referred to as a "Jewish Divorce" or a "Ghet", is granted by a Rabbinical court. A Rabbinical court cannot grant the "Ghet" unless the husband consents, if the wife is the party requesting the religious divorce. It is not difficult to imagine that the above situation has, over the years led to many instances where the threat of withholding consent, has forced many women into accepting unfair agreements with respect to either custody access, or financial arrangements in the civil divorce. With respect to people of the Jewish faith, who are divorcing, section 21.1 of the Divorce Act is a way of levelling the playing field. The Jewish husband who threatens to withhold consent is subject to being denied the right to petition for corollary relief or even a civil divorce itself. »

60. T. SYRTASH, « Removing Barriers to Religious Remarriage in Ontario: Rights and Remedies », (1986-87) 1 *C.F.L.Q.* 309.

c'est-à-dire le divorce judiciaire »⁶¹. Dans la procédure de dissolution du mariage prononcée par déclaration unilatérale du mari, soit ce dernier répudie oralement sa femme devant témoins, soit il lui adresse une lettre de *Talaq* dans laquelle il déclare se séparer d'elle selon les lois islamiques. Dans la procédure de dissolution résultant d'un accord entre les conjoints, la demande de dissolution du mariage peut être initiée par la femme. Elle demande la remise de la lettre de *Talaq* (ou lettre de répudiation) moyennant compensation. Cette compensation appelée *khul'* peut être la possibilité pour l'époux de ne pas payer la partie restante de la somme qu'il doit verser à la famille de sa femme pour pouvoir la marier. Cette compensation peut aussi être la restitution par la famille de la femme de la somme d'argent qui a déjà été versée par l'époux pour marier leur fille ou la remise d'une somme d'argent ou d'un objet de valeur à l'époux. En tout cas, après que le mari a accepté la compensation et a remis à l'épouse la lettre de *Talaq*, cette dernière est libre de se remarier selon les rites de la religion musulmane. Enfin, dans la procédure judiciaire de dissolution du mariage, à la demande de l'un ou l'autre des conjoints, le tribunal peut décider de la séparation après avoir mis en évidence des causes diverses, tels que des vices rédhibitoires au mariage, l'emprisonnement du mari, un préjudice dont souffre un des conjoints par le fait de l'autre, une mésentente entre les époux⁶². Selon John Syrtash, lors d'une procédure de divorce devant les juridictions étatiques, une épouse musulmane pourrait donc tenter une action sur le fondement de l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce de 1985*. S'il s'avère que l'époux musulman refuse de remettre la lettre de *Talaq* à son épouse et lui impose la remise d'une somme élevée pour dissoudre le mariage religieux aussi longtemps qu'elle n'aura pas consenti à des avantages substantiels au cours de la procédure en divorce devant les tribunaux étatiques, le juge peut intervenir pour suspendre le divorce civil aussi longtemps que l'époux n'aura pas libéré son épouse du mariage religieux en contrepartie d'une somme raisonnable⁶³. Toutefois, cet article ne peut s'appliquer à la dissolution judiciaire du mariage musulman

61. L. MILLIOT, *Introduction à l'étude du droit musulman*. Paris, Dalloz, 2001, aux pages 350-351.

62. Sur cette question, voir les développements de L. MILLIOT, *id.*, aux pages 384-401.

63. T. SYRTASH « Removing Barriers to Religious Remarriage in Ontario: Rights and Remedies », (1986-87) 1 *C.F.L.Q.* 309, à la page 335.

ni à la nullité du mariage de l'Église catholique, qui, rappelons-le, ne connaît pas le divorce. Pour bien marquer la distinction entre les domaines de juridiction de l'État et des communautés de croyants et pour respecter la liberté de religion de ces dernières, l'article 21.1(6) précise qu'« il ne s'applique pas aux cas où la suppression des obstacles au remariage religieux relève d'une autorité religieuse ».

34. Le champ d'application de cet article se limite donc aux empêchements religieux qui relèvent de la seule volonté des époux, comme la remise du *get* ou la répudiation. Il ne peut concerner les cas de nullité du mariage catholique ou la dissolution judiciaire du mariage musulman qui relève respectivement de la compétence des tribunaux catholiques et musulmans et qui est prononcé par une décision solennelle de l'autorité religieuse⁶⁴.

35. En droit québécois et canadien, la règle religieuse est aussi un moyen de défense que l'époux défendeur peut opposer à son conjoint pour refuser de lever les obstacles à son remariage religieux. Selon l'article 21.1 (4) de la *Loi sur le divorce de 1985*, comme moyen de défense, la partie défenderesse peut opposer à l'époux demandeur qui entend obtenir la suppression des obstacles à son remariage religieux « des motifs sérieux, fondés sur la religion ou la conscience, pour refuser de supprimer tout obstacle visé à l'alinéa (2)e ». Si cette loi entend s'assurer qu'un conjoint ne subisse pas des pressions en raison de sa religion au cours de la procédure de divorce, elle ne veut pas aller jusqu'à porter atteinte à la conscience de l'époux défendeur, qui ne doit pas être contraint à agir contre les préceptes de sa religion. Pour refuser de lever les obstacles au remariage religieux de son conjoint, un époux peut donc opposer les règles religieuses auxquelles il est attaché et qui l'empêchent de s'exécuter. Néanmoins, pour le juge québécois, la reconnaissance des motifs sérieux fondés sur la religion et la conscience est subordonnée à deux conditions. Premièrement, la partie doit prouver que la règle invoquée est une part de sa religion. Deuxièmement, elle doit faire la preuve que cette règle est réellement contraignante pour elle⁶⁵. Dès lors, au regard

64. *Id.*, à la page 332.

65. Ces deux conditions ont été posées par le juge Décarie dans *Droit de la famille – 3558*, [2000] *R.D.F.* 268 (C.S.), à la page 270 : « Considering that, in the opinion of the Court, in order to be genuine, the grounds must be shown to be a real part of the Defendant's religion and that it must be shown that he actually abides by them. »

de ces conditions, un époux juif ne peut refuser de remettre le *get* à son épouse au motif que la contrainte exercée sur lui rend sa demande invalide devant les tribunaux rabbiniques. Une telle argumentation ne peut être accueillie sur le fondement de l'article 21.1 (4) de la *Loi sur le divorce de 1985*, même si l'époux invoque une condition particulière de la règle juive. En effet, il ne fait pas la preuve d'une règle religieuse qui est propre à sa communauté de croyants et qu'il est fondamental pour lui de respecter dans son existence au point de ne pas pouvoir remettre le *get* à son épouse⁶⁶. La réception de la règle religieuse comme moyen de défense dépend de la preuve d'une contrainte religieuse effective dans l'existence du défendeur.

36. Au travers des conditions d'application de l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce de 1985*, il apparaît que les règles qui encadrent le mariage religieux peuvent avoir une incidence sur la procédure du divorce civil. La règle religieuse peut être un moyen pour suspendre la procédure de divorce aussi longtemps qu'un époux n'a pas levé les obstacles au remariage religieux de son conjoint. Elle peut aussi servir de moyen de défense pour l'époux défendeur qui refuse de lever les obstacles au remariage religieux de son conjoint. Elle peut lui permettre de justifier son comportement au regard des règles religieuses qu'il a choisi de faire sienne. En fait, implicitement, comme les décisions en matière de nullité, l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce de 1985* s'enracine dans le droit à la liberté de religion. En droit québécois et canadien, ces règles religieuses apparaissent comme l'expression du droit à la liberté de religion des époux, qui impose à chacun d'eux de respecter l'autonomie normative de l'autre. Chacun a un droit à la liberté de religion qui lui donne le droit de ne pas être contraint à des actes que sa conscience réproouve ou qui le met en contradiction ou en rupture avec les règles religieuses qu'il respecte.

37. En droit civil français et québécois, la règle religieuse est prise en considération et a une incidence sur la procédure de divorce civil. Dans le cadre des litiges relatifs au *get*, les règles qui encadrent la dissolution du mariage religieux sont envisagées. En droit français, ces règles religieuses sont un fait qui sert de justification à l'application des règles relatives à la responsabilité civile.

66. Cette analyse se déduit de la lecture de la décision rendue par le juge Décarie dans *Droit de la famille - 3558*, (C.S.), *ibid.*

En droit québécois et canadien, cette situation est la conséquence de la promulgation d'un article d'une loi spéciale, l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce de 1985*, qui s'enracine implicitement dans le droit à la liberté de religion consacrée par la Charte canadienne dans son article 2 et par la Charte québécoise dans son article 3.

C- Un impact déterminant

38. Comme en droit civil français et québécois, la règle religieuse peut avoir un impact certain sur la disparition du lien conjugal, en fait, cet impact se révèle déterminant pour mettre en évidence que pour les juges français et québécois de droit civil, la règle religieuse est l'expression d'un ordre juridique coexistant avec l'ordre juridique étatique (1). Cet impact permet aussi de mettre en évidence que la règle religieuse bénéficie d'un statut particulier en droit civil français et québécois.

1- Pour la reconnaissance de la règle religieuse comme l'expression d'un ordre juridique

39. Les définitions de la notion d'ordre juridique sont multiples, au point qu'il semble qu'à chaque auteur correspond une définition. Pourtant, si, parmi ces nombreuses définitions, l'on reprend les éléments constitutifs de l'ordre juridique tels qu'ils sont définis par Santi Romano⁶⁷ et Guy Rocher⁶⁸, il apparaît que la religion est à la source de multiples ordres juridiques pour les juges français et québécois de droit civil⁶⁹. En effet, pour ces deux juges, la religion est à l'origine de communautés qui s'organisent autour d'un ensemble cohérent de règles de conduite (1) qui sont élaborées en vue de la réalisation d'un projet collectif précis (2). Ces règles sont contraignantes ou vécues comme contraignantes par les membres qui les composent (3) et elles émanent d'autorités

67. S. ROMANO, *L'ordre juridique*, préface de P. Francescakis, Paris, Dalloz, 1975.

68. G. ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29 *C. de D.* 91.

69. Ainsi, pour G. ROCHER, *id.*, à la page 104, les quatre éléments constitutifs de l'ordre juridique sont les suivants : un ensemble cohérent et autonome de règles de conduite qui est défini par une communauté humaine en vue de la réalisation d'un projet humain précis ; une force de contrainte effective de ces règles de conduite ; des autorités particulières qui édictent, interprètent et sanctionnent ces règles de conduite ; une légitimité de ces autorités fondée sur la tradition ou le charisme d'une personne ou des dispositions positives.

désignées (4) qui fondent leur légitimité sur la tradition, le charisme d'une personne ou des dispositions positives (5). Ainsi, pour les juges français et québécois, chaque communauté de croyants est l'expression d'un ensemble cohérent de règles de conduite qui vise à construire des liens entre l'homme et une transcendance et qui a pour finalité la réalisation spirituelle de ces membres. Pour les juges français et québécois, la communauté a élaboré cet ensemble de règles pour organiser ses rites et ses cultes, pour encadrer les pratiques religieuses quotidiennes de ses membres et pour assurer la survie et l'expansion de la communauté au travers d'activité d'enseignement, voire même de prosélytisme. Les juges français et québécois de droit civil sont aussi conscients du caractère contraignant de ces règles. Pour le juge français, marqué par une approche communautaire et institutionnelle de la religion, le pouvoir de contrainte exercé par les règles de la communauté de croyants sur un individu résulte du choix de ce dernier d'appartenir à cette communauté et de se soumettre à son corps de règles particuliers. Pour le juge québécois, davantage tourné vers une approche individualiste de la religion, cette force de contrainte résulte plutôt de la volonté de l'individu que du caractère contraignant de la communauté. Pour le juge québécois, le croyant, en exerçant son droit à la liberté de religion, peut faire le choix des règles religieuses qui deviennent contraignantes dans son existence. En outre, pour les juges français et québécois de droit civil, les règles de conduite qui existent au sein d'une communauté de croyants émanent d'autorités religieuses désignées. La fonction de ces autorités est triple. Elles élaborent de nouvelles règles et modifient celles qui existent. Elles interprètent les règles déjà existantes. Elles appliquent les règles religieuses et les font respecter. Cette triple fonction reconnue aux autorités religieuses par les juges français et québécois de droit civil se manifeste tout particulièrement lorsque ces deux juges admettent que les parties puissent apporter la preuve de la règle religieuse qu'elles revendiquent en recourant aux témoignages des autorités religieuses de leur communauté : imams⁷⁰ ou rabbins. Toutefois, il existe une différence notable entre les juges français et québécois sur la perception qu'ils retiennent de la

70. Voir, dans la décision de la Cour d'appel d'Orléans, 23 janvier 1992, J.C.P. 1993.II.22065, note E. De Monredon, l'importance accordée par les juges aux pièces émanant d'autorités religieuses musulmanes.

place de ces autorités au sein de la communauté de croyants. Alors que le juge français a tendance à retenir une approche hiérarchique des communautés de croyants en envisageant ces derniers soumis aux décisions de l'autorité religieuse qui leur est supérieure, le juge québécois est plus ouvert à la diversité des modes d'organisation des communautés de croyants. Pour lui, une autorité religieuse peut être un maître à penser dont la supériorité hiérarchique est affirmée, mais aussi une assemblée de fidèles élus qui prend des décisions pour l'ensemble de la collectivité religieuse. Dans sa perception d'une communauté de croyants, le juge français reste sans doute très influencé par la communauté catholique et par son organisation hiérarchique. Au contraire, le juge québécois a sans doute pu davantage intégrer la diversité des modes d'organisation des communautés de croyants en raison de la coexistence sur le territoire canadien de la communauté catholique, mais aussi de nombreuses communautés protestantes. Enfin, les juges français et québécois de droit civil envisagent que la légitimité des autorités religieuses puisse reposer sur trois fondements : la tradition, le charisme d'une personne ou des dispositions positives. Ces trois éléments peuvent fonder légitimement une communauté de croyants tant pour le juge français que pour le juge québécois. Toutefois, on peut se demander si le juge québécois n'admet pas également un nouveau fondement pour légitimer une religion : la volonté individuelle qui joue de plus en plus un rôle déterminant dans la jurisprudence canadienne et québécoise. En effet, si le juge québécois retient une approche objective de la règle religieuse au regard de la communauté de croyants, il est aussi très soucieux de comprendre le sens particulier que l'individu lui donne par l'exercice de son droit à la liberté de religion.

40. Pour les juges français et québécois, la religion est bien une réalité humaine à l'origine d'une multiplicité d'ordres juridiques existant sur le territoire national. C'est au travers des revendications religieuses individuelles fondées sur des règles religieuses que cette réalité est perçue par les juges français et québécois de droit civil. C'est au travers du traitement de ces revendications religieuses par les tribunaux français et québécois que la religion apparaît comme un ordre juridique aux yeux des juges français et québécois. Puisque la religion est un ordre juridique, il importe

maintenant de définir le statut de la règle religieuse qui en est l'expression.

2- Pour l'identification du statut de la règle religieuse

41. En France et au Québec, la règle religieuse est une règle juridique au sens où elle est bien l'émanation d'un ordre juridique reconnu en tant que tel. Pourtant, la règle religieuse, même si elle présente certaines des caractéristiques d'une règle de droit étranger, demeure, par bien des aspects, distincte.

42. En France : une règle de droit étranger ? En France, lorsqu'une partie invoque une règle religieuse, le juge de droit civil accepte de statuer en s'y référant. Contre toute attente, il n'est pas aveugle aux règles religieuses qui régissent la situation des parties. Il envisage même ces règles comme l'expression d'un ordre juridique religieux qui exerce son influence sur le territoire national en concurrence des règles de l'ordre juridique étatique. La reconnaissance de la règle religieuse par le juge français peut laisser penser que la règle religieuse est envisagée d'une manière semblable à la règle de droit d'un État étranger⁷¹. Il existe effectivement des points communs entre le statut de cette dernière règle et celui de la règle religieuse mais cette comparaison connaît une sérieuse limite : à la différence de la règle de droit d'un État étranger, la règle religieuse n'est jamais appliquée directement par les tribunaux civils français.

43. Il existe deux points communs entre la règle religieuse et la règle de droit d'un État étranger. Premièrement, lorsque des parties revendiquent une règle ou un corps de règles religieuses, comme en droit international privé, le juge français n'hésite pas à se référer à des règles de conflit pour rattacher la situation qui lui est présentée à un corps de règles religieuses. Cette attitude du juge français de droit civil est particulièrement évidente lors de la reconnaissance négative de la règle religieuse où cette dernière règle est reconnue pleinement comme l'émanation d'un ordre juridique étranger. Lors de ce type de reconnaissance, la notion d'appartenance religieuse, comme la notion de nationalité, joue

71. Sur la possibilité d'une telle qualification en droit français pour la règle religieuse, voir l'article suivant : P. COULOMBEL, « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation de l'Église et de l'État » R.T.D.C., 1956, 1-54.

d'ailleurs un rôle déterminant pour rattacher la situation des parties à des corps de règles religieuses. Ainsi, pour le juge français, aux personnes physiques majeures, sont applicables les règles de la communauté de croyants à laquelle elles ont choisi d'appartenir et au sein de laquelle elles se sont intégrées. Pour le juge français, un couple est soumis aux règles de la communauté que les époux ont choisies d'un commun accord pour la célébration religieuse de leur mariage ce qui explique que ces règles auront aussi vocation à être prises en considération au moment de la dissolution civile du mariage. Deuxièmement, les conditions de la prise en considération de la règle religieuse par le juge français présentent des points communs certains avec les conditions d'appréhension de la loi d'un État étranger. Pour être prise en considération par le juge français, la preuve de la règle religieuse doit être rapportée par les parties sur lesquelles pèse la charge de la preuve. La preuve est libre : l'existence et la teneur de la règle religieuse peuvent être rapportées par tout moyen. Généralement, les parties présentent des certificats émanant des autorités de leur communauté de croyants ou des témoignages de ces mêmes autorités, comme des imams. Dans certains cas, il semble aussi que le juge français peut opposer d'office à une partie les règles de sa communauté. Par exemple, en matière de nullité, les juges de la Cour d'appel de Caen n'ont pas hésité à se référer aux règles de la communauté musulmane pour apprécier le moment où la consommation du mariage était possible au regard du droit musulman⁷². Des parallèles certains peuvent donc être établis entre la situation de la règle religieuse en droit civil français et la règle émanant d'un État étranger en droit international privé.

44. Néanmoins, une différence majeure persiste entre ces deux types de règles. Pour le juge français, l'application de la règle de droit civil (*lex fori*) ne peut jamais être subsidiaire. Elle est toujours de principe et même si la règle religieuse est reconnue, même si elle produit des effets au sein de l'ordre juridique étatique, ce n'est jamais une conséquence de son application directe par les tribunaux civils. Cette situation est particulièrement évidente lors de la reconnaissance positive de la règle religieuse. Dans un tel cas, la reconnaissance de la règle religieuse est toujours médiatisée. Par le mécanisme de la subsumption, la règle

72. Caen, 23 septembre 2004 : Juris-Data : 2004-264120

religieuse est reconnue comme un fait, support de l'application de la règle de droit civil. En fait, si le juge français considère la règle religieuse comme une règle d'un ordre juridique étranger lors de sa reconnaissance négative, il lui dénie ce statut lors de sa reconnaissance positive. La règle religieuse en droit civil français est donc une règle au statut ambigu. D'un côté, de nombreux éléments tendent à prouver qu'elle bénéficie d'un statut semblable à la règle de droit d'un État étranger. D'un autre côté, ce statut lui est dénié car la règle religieuse ne peut être directement applicable par les tribunaux civils. Ses effets juridiques positifs sont toujours posés comme la conséquence de l'application de la règle de droit civil et non comme la reconnaissance directe du pouvoir normatif des religions en tant que tel. La règle religieuse est donc une règle que le juge français reconnaît comme une émanation d'un ordre juridique mais à laquelle il dénie le statut d'une règle de droit étranger lorsqu'il s'agit d'inscrire ses effets au sein de l'ordre juridique étatique. La règle religieuse est donc, en droit français, une règle d'une nature particulière, d'un statut inférieur à la règle d'un État étranger. Comme elle est en conflit direct avec la règle de droit civil sur le territoire national, le juge étatique refuse de lui donner une application directe : il médiatise son application par la règle de droit civil.

45. À la différence du juge français, il est moins difficile pour le juge québécois de reconnaître le caractère juridique de la règle religieuse et de la considérer comme une règle de droit directement applicable par les tribunaux civils. Cependant, la règle religieuse ne produit des effets positifs au sein de l'ordre juridique étatique, et plus particulièrement en droit civil, que suite à sa médiatisation par la volonté individuelle et, plus particulièrement par le droit à la liberté de religion.

46. Au Québec : la dualité du statut de la règle religieuse. Pour le juge québécois, la règle religieuse est une règle juridique dont il importe de considérer l'existence dans l'application de la règle de droit civil. Dans l'attitude qu'il adopte à l'égard de la règle religieuse, le juge québécois distingue entre la règle religieuse, expression directe d'une communauté de croyants, et la règle religieuse, expression d'une réalité religieuse individuelle. Le juge québécois reconnaît sans difficulté que les communautés de croyants sont à l'origine d'une diversité d'ordres juridiques s'exprimant sur le territoire national. Pour le juge québécois,

l'ordre juridique étatique et les ordres juridiques religieux sont des ordres juridiques qui coexistent sur le territoire national mais qui sont séparés et autonomes. L'ordre juridique étatique a ses propres règles juridiques, ses propres mécanismes de fonctionnement. Il en est de même pour les ordres juridiques religieux qui ne peuvent être entravés dans leur fonctionnement par l'ordre juridique étatique. Dès lors, les rapports entre la règle de droit civil et la règle religieuse sont régis par les principes suivants : la séparation, le respect réciproque, l'autonomie dans leur application respective. En raison du droit à la liberté de religion qui est reconnue aux communautés de croyants, le juge québécois considère que pèse sur lui une obligation négative : celle de ne pas entraver l'expression des règles de ces communautés. D'ailleurs, cette obligation négative a emporté une conséquence dans la législation relative au divorce. Au cours de la procédure d'un divorce civil, lorsqu'un conjoint demande que son conjoint lève les obstacles à son remariage religieux, le juge québécois, en raison de l'article 21.1 (6)⁷³, refuse d'intervenir si la levée des obstacles relève des autorités religieuses : il n'est pas de sa compétence d'intervenir dans le champ juridictionnel des communautés de croyants. Sa juridiction se limite au cas où, par leurs comportements, des individus viennent entraver le droit à la liberté de religion de certains croyants. En fait, le juge québécois s'efforce de dissocier les règles de la communauté de croyants et celles des individus, pour ne pas entraver l'expression des premières et surtout pour ne pas juger de leur interprétation et de leur application. Les communautés de croyants constituent des ensembles de règles religieuses dont il importe, pour le juge québécois, de ne pas entraver le bon fonctionnement, par des interprétations concurrentes de l'ordre juridique étatique.

47. Inversement, comme les ordres juridiques religieux sont, pour le juge québécois de droit civil, des ordres juridiques séparés et autonomes, il ne se considère pas comme astreint à l'application directe des règles des communautés de croyants. Par exemple, même si un mariage a été célébré par un ministre du culte, ce mariage reste soumis aux règles de droit civil, indifférentes dans leur application aux règles religieuses. Les règles de droit civil et les règles religieuses des communautés de croyants ont leur pro-

73. *Loi sur le divorce de 1985*, L.R.C. (1985), c. 3 (2^e suppl.).

pre espace où s'exprimer et l'ordre juridique étatique considère que, par principe, les règles religieuses des communautés de croyants ne peuvent avoir d'incidences sur l'application des règles de droit civil. La réception de la règle religieuse communautaire ne peut être qu'une exception prévue par des textes légaux. Par exemple, les articles 366 et 367 C.c.Q. sont des exemples de réception légale des règles des communautés de croyants. Selon le premier article, un ministre du culte ne peut être un célébrant compétent que si, à son habilitation civile, s'ajoute une habilitation selon les règles de sa communauté religieuse. Le deuxième article permet à un ministre du culte, célébrant compétent, de décliner la célébration d'un mariage si cette célébration est en contradiction avec les règles de sa communauté religieuse.

48. En résumé, en raison de sa perception particulière des rapports entre l'ordre juridique étatique et les ordres juridiques religieux, le juge québécois de droit civil peut refuser de considérer le litige qui lui est soumis. Il considère alors que la règle religieuse en tant que réalité communautaire et institutionnelle est une règle juridique, expression d'un ordre juridique qui lui est étranger et qui doit seul avoir compétence, dans certains cas, pour régir des affaires religieuses. Ensuite, dans les matières comme le mariage où la règle étatique et la règle religieuse ont vocation à se rencontrer, il peut exister dans le *Code civil du Québec* des règles substantielles, très ponctuelles, qui organisent les situations comportant un élément de nature religieuse et qui proposent une solution aux difficultés posées par ce type de situation. Mais, ces règles ne sont que des exceptions, le principe étant que la règle de droit civil et la règle religieuse en tant que réalité communautaire et institutionnelle s'expriment dans des espaces normatifs distincts. Différente est l'attitude du juge québécois lorsqu'il envisage la règle religieuse comme l'expression d'une réalité individuelle.

49. Lorsque la règle religieuse s'exprime dans une existence individuelle, la règle religieuse est alors considérée différemment par le juge de droit civil. Dans ce cas, la règle religieuse peut avoir un impact direct sur l'application de la règle de droit civil. Le juge québécois considère alors que le croyant est une entité autonome dont la réalité normative doit être reconnue par l'ordre juridique étatique. Pour le juge québécois, chaque individu, en fonction des communautés qu'il côtoie, organise son propre agencement *ad*

hoc des règles religieuses qui régissent sa situation. Pour le juge québécois, les règles religieuses individuelles sont des règles juridiques qu'il ne peut négliger lorsqu'il applique la règle de droit civil. Leur existence lui impose deux types d'obligations. Le premier type d'obligations qui s'imposent à lui sont des obligations positives. Dans ce cas, le juge québécois intervient pour s'assurer que la partie puisse respecter les règles religieuses qui guident son existence. Par exemple, par l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce de 1985*, le juge québécois peut suspendre une procédure de divorce civil aussi longtemps qu'un époux mis en cause n'a pas levé les obstacles au remariage religieux de son conjoint. Dans ce cas, si la règle religieuse comme réalité communautaire et institutionnelle est prise en considération, elle est alors médiatisée par la volonté individuelle. Le second type d'obligations qui s'imposent au juge québécois sont des obligations négatives. Comme pour les communautés de croyants, le juge québécois considère qu'il ne doit pas entraver l'autonomie normative de l'individu. Toutefois, à la différence de l'attitude qu'il adopte à l'égard de la règle religieuse, expression d'une communauté de croyants, le juge québécois ne refuse pas de considérer le cas individuel qui lui est soumis. Dans ce cas, le respect de l'autonomie normative individuelle se manifeste par la reconnaissance d'un droit à l'objection de conscience, fondé sur le droit à la liberté de religion, qui permet à la partie de revendiquer les règles religieuses qui organisent son existence pour obtenir l'éviction par le juge québécois de la règle de droit civil qui entrave son expression. Dans ce cas, la règle religieuse en tant que réalité individuelle est une règle juridique qui est en mesure de remettre en cause l'application de la règle de droit. Ainsi, dans le cadre de l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce de 1985*, le droit qui est reconnu à l'époux défendeur de ne pas lever les obstacles au remariage religieux de son conjoint pour des motifs fondés sur les règles religieuses qu'il respecte se fonde sur un droit à l'objection de conscience fondé sur sa religion.

50. Le juge québécois de droit civil n'a donc pas la même attitude à l'égard de la règle religieuse selon qu'elle est l'expression d'une réalité communautaire et institutionnelle ou d'une réalité individuelle. Dans le premier cas, le juge québécois est principalement dans une attitude de retrait à l'égard de la règle religieuse. Cette attitude est justifiée par son souci de ne pas empiéter sur le

champ juridictionnel des communautés de croyants, mais lui permet aussi de ne pas prendre en considération la règle religieuse dans la définition et l'application des institutions de droit civil. Dans le second cas, même s'il peut aussi s'imposer un retrait en évinçant la règle de droit civil, il considère aussi qu'il doit protéger des atteintes extérieures l'autonomie normative individuelle en matière religieuse. Il peut donc déduire des effets juridiques au sein de son ordre juridique pour faciliter l'expression de la règle religieuse individuelle. De plus, lorsque le juge québécois de droit civil envisage la règle religieuse comme une réalité individuelle, il est important pour lui de concilier l'autonomie normative des différentes parties en litige. Il importe pour lui d'assurer l'expression de chacune des sphères normatives individuelles et de s'assurer qu'elles ne s'entravent pas l'une l'autre. S'il limite la sphère d'intervention du droit civil, il limite aussi les sphères religieuses les unes par rapport aux autres.

Conclusion

51. En droit civil français et québécois, le mariage civil et le mariage religieux sont deux institutions désormais distinguées. L'une et l'autre sont régies par des règles distinctes qui, à première vue, ne peuvent pas se rencontrer. Cependant, une analyse des décisions françaises et québécoises permet de constater que l'interaction entre les deux types de règles est possible, du moins du point de vue du droit civil étatique. La règle religieuse peut avoir un impact sur la disparition du lien conjugal, qu'il s'agisse d'annuler ce lien ou de le dissoudre pour cause de divorce. Pour le juge français de droit civil, la règle religieuse est un fait, support de l'application de la règle de droit civil. Pour le juge québécois de droit civil, elle est l'expression du droit à la liberté de religion, reconnu à tout croyant.

52. En outre, l'analyse des décisions françaises et québécoises révèle que l'impact de la règle religieuse sur le lien conjugal est déterminant pour comprendre la perception de la religion comme réalité normative, ainsi que le statut de la règle religieuse en droit civil français et québécois. Les juges français et québécois reconnaissent les communautés de croyants comme étant à l'origine d'ordres juridiques coexistant sur le territoire national avec l'ordre juridique étatique. Pour les deux juges, la règle religieuse

est donc une règle juridique au sens où elle émane d'un ordre juridique étranger à l'ordre juridique étatique. Cependant, le statut de la règle religieuse se révèle complexe, tant en France qu'au Québec. En France, le statut de la règle religieuse est ambigu. D'un côté, elle présente les caractéristiques d'une règle de droit d'un État étranger. D'un autre côté, elle n'est jamais appliquée directement par les tribunaux civils. Au Québec, le statut de la règle religieuse est double suivant qu'elle émane directement d'une communauté de croyants ou qu'elle s'exprime exclusivement au cœur d'une réalité individuelle. Dans le premier cas, le juge québécois adopte une attitude de retrait, ne prenant pas en considération la règle religieuse en vue de la laisser s'exprimer dans son propre réseau normatif. Dans le second cas, il adopte davantage une attitude d'intervention, en prenant en considération la règle religieuse dans l'application de la règle de droit civil pour faciliter la vie religieuse du croyant. Dans ce cas, la règle religieuse est une règle juridique qui s'impose au juge québécois parce qu'elle émane de la volonté individuelle.

53. En France et au Québec, le pluralisme juridique est donc une réalité reconnue : les juges français et québécois de droit civil admettent que, sur le territoire national, s'expriment des règles juridiques émanant d'ordres juridiques distincts de l'ordre juridique étatique. Si le juge français établit une relation hiérarchique entre l'ordre juridique étatique et les ordres juridiques religieux, le juge québécois s'efforce d'établir une relation d'autonomie mais aussi d'interdépendance lorsque le point de rencontre est l'individu.

Christelle Landheer-Cieslak
Faculté de droit, Pavillon Charles-De Koninck, bureau 1123
Université Laval
Québec (Québec) G1K 7P4
Tél. : 418 – 656-2131, poste 2505
Christelle.Landheer-Cieslak@fd.ulaval.ca