

Jupiter, Hercule et Minerve : trois modèles d'élaboration du droit des croyants par le juge étatique

Christelle Landheer-Cieslak

Volume 47, Number 4, 2006

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043907ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/043907ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Landheer-Cieslak, C. (2006). Jupiter, Hercule et Minerve : trois modèles d'élaboration du droit des croyants par le juge étatique. *Les Cahiers de droit*, 47(4), 623–675. <https://doi.org/10.7202/043907ar>

Article abstract

In France and Québec, an analysis of the handling of religious demands by national jurisdictions points to three models indicating the evolution of legislation as applied to believers by state magistrates. The first model, namely Jupiter, makes state law the sole transcending source of believers' rights. For Jupiter, it is up to the law to organize the hierarchy of religious involvements within society, which identifies believers and is then applied to their circumstances, in all excluding religious rights.

The second model, hereafter Hercules, contributes to the making of jurisprudence as an immanent and unavoidable source of believers' rights. Owing to the fundamental rights and liberties that he must interpret, Hercules plays a leading role in the evolution of believers' rights by protecting the private autonomy of individuals and the communities of believers from the strictness and the overly general definition of the law.

The third and last model, unlike Jupiter and Hercules, Minerva does not side with any dogmatic standpoint as regards legislation. For Minerva, the believers' rights are the fruit of dialectical interaction between the normative functions of the State (the law and court rulings) and the private autonomy of the people (individuals and communities of believers), both creative forces which find harmony in their decisions as the process works itself out.

Jupiter, Hercule et Minerve : trois modèles d'élaboration du droit des croyants par le juge étatique

Christelle LANDHEER-CIESLAK*

En France et au Québec, l'analyse du traitement des revendications religieuses par les juridictions nationales révèle trois modèles d'élaboration du droit des croyants par le juge étatique.

Le premier modèle, celui de Jupiter, fait de la loi étatique la source transcendante et unique du droit des croyants. Pour Jupiter, c'est la loi qui hiérarchise les appartenances religieuses au sein de la société, qui identifie les croyants et qui s'applique à leur situation, à l'exclusion des droits religieux.

Le deuxième modèle, celui d'Hercule, contribue à faire de la jurisprudence une source immanente et incontournable du droit des croyants. Grâce aux libertés et aux droits fondamentaux qu'il doit interpréter, Hercule joue un rôle déterminant dans l'élaboration du droit des croyants en protégeant l'autonomie privée des individus et des communautés de croyants contre la rigueur et la trop grande généralité de la loi.

Le troisième et dernier modèle, celui de Minerve, n'opte pour aucune position dogmatique à l'égard de la loi, à la différence de Jupiter et d'Hercule. Pour Minerve, le droit des croyants est le fruit d'une dialectique entre l'activité normative de l'État (la loi et la jurisprudence) et l'autonomie privée des personnes (les individus et les communautés de croyants), forces créatrices qui trouvent à s'harmoniser dans ses décisions au terme du procès.

* Professeure, Faculté de droit, Université Laval.

In France and Québec, an analysis of the handling of religious demands by national jurisdictions points to three models indicating the evolution of legislation as applied to believers by state magistrates. The first model, namely Jupiter, makes state law the sole transcending source of believers' rights. For Jupiter, it is up to the law to organize the hierarchy of religious involvements within society, which identifies believers and is then applied to their circumstances, in all excluding religious rights.

The second model, hereafter Hercules, contributes to the making of jurisprudence as an immanent and unavoidable source of believers' rights. Owing to the fundamental rights and liberties that he must interpret, Hercules plays a leading role in the evolution of believers' rights by protecting the private autonomy of individuals and the communities of believers from the strictness and the overly general definition of the law.

The third and last model, unlike Jupiter and Hercules, Minerva does not side with any dogmatic standpoint as regards legislation. For Minerva, the believers' rights are the fruit of dialectical interaction between the normative functions of the State (the law and court rulings) and the private autonomy of the people (individuals and communities of believers), both creative forces which find harmony in their decisions as the process works itself out.

	<i>Pages</i>
1 Jupiter : la loi étatique comme source transcendante et unique du droit des croyants	629
1.1 Une définition hétéroréférentielle de l'identité religieuse par respect de la rationalité déductive et linéaire fondée sur la loi	631
1.2 Le principe de hiérarchie comme principe d'ordonnement de la différence religieuse	635
1.3 L'affirmation radicale du monisme juridique par le refus de reconnaissance directe des droits religieux hors de l'État	639
2 Hercule : la jurisprudence comme source immanente et incontournable du droit des croyants	645
2.1 Une définition autoréférentielle de l'identité religieuse des parties fondée sur une analyse concrète des faits de l'espèce	649
2.2 Une gestion encadrée de la différence religieuse par l'application des libertés et des droits fondamentaux contenus dans les chartes	652

2.3	Un pluralisme juridique d'arbitrage fondé sur une appréhension limitée des droits religieux hors de l'État	659
3	Minerve: le droit des croyants comme fruit d'une dialectique	663
3.1	Une dialectique entre la définition hétéroréférentielle et la définition autoréférentielle de l'identité religieuse	664
3.2	Une dialectique entre la loi et les libertés et les droits fondamentaux des croyants	666
3.3	Une dialectique entre le droit de l'État et les droits religieux hors de l'État	670
	Conclusion	674

«Pour découvrir les meilleures règles de société qui conviennent aux nations, il faudrait une intelligence supérieure qui vît toutes les passions des hommes et qui n'en éprouvât aucune; qui n'eût aucun rapport avec notre nature et qui la connût à fond [...] il faudrait des dieux pour donner des lois aux hommes.»

J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, coll.: «Bibliothèque Bordas», Paris, Bordas, 1972, p. 107.

La vie des croyants est une réalité sociale que le droit des États occidentaux ne peut négliger. Parce que la vie des croyants s'exprime généralement au sein de communautés humaines transnationales, un État ne peut méconnaître ces espaces collectifs organisés sur son territoire national et articulés autour de règles souvent fort complexes. Parce que la vie des croyants est aussi une réalité humaine intime au fondement de l'identité de nombreux citoyens, chaque État se doit également d'adopter une attitude qui lui est propre devant les multiples croyances, pratiques et rites religieux qui sont l'expression de ces identités particulières, de plus en plus souvent revendiquées devant les tribunaux étatiques. Dès lors, même si, généralement, ils se veulent le plus possible en retrait de la vie religieuse de leurs citoyens, les États occidentaux, en raison des multiples facettes sociales de cette vie, se doivent de définir un droit des croyants, c'est-à-dire un ensemble de règles qui a pour objet de reconnaître et d'organiser l'expression de l'identité religieuse des citoyens tant au sein de l'espace public que des espaces privés.

Dans l'élaboration de ce droit des croyants, le juge étatique joue un rôle déterminant. En effet, dans les ordres juridiques occidentaux, les différents aspects du droit des croyants ne sont généralement pas synthétisés dans un corps de règles codifiées, unique et autonome, facilement reconnaissable. Le plus souvent, la compréhension de ce droit implique un effort d'analyse

des décisions des juges étatiques, s'efforçant, devant les revendications religieuses, d'articuler et d'interpréter des éléments épars comprenant les normes internationales (traités et conventions), les normes étatiques qui traitent des questions religieuses (textes constitutionnels, lois, règlements) mais aussi les différents faits religieux présentés par les parties au cours d'un litige (sentiments, croyances, pratiques et rites religieux généralement liés à une théologie et à un droit extra-étatique particulier).

Au terme d'une recherche doctorale exhaustive portant sur le traitement des revendications religieuses par les juges français et québécois de droit civil¹, nous proposons, dans le présent article, de synthétiser, à travers trois archétypes incarnés par Jupiter, Hercule et Minerve², trois modèles d'élaboration du droit des croyants par le juge étatique. Chacun de ces modèles s'inspire librement de l'article de François Ost intitulé « Jupiter, Hercule, Hermès, trois modèles du juge³ » et s'articule autour de la place laissée à la loi étatique comme source du droit des croyants. En effet, dans l'élaboration de ce droit, devant les revendications religieuses des parties, le juge étatique, en France et au Québec, se trouve aux prises avec la difficile question de la place à reconnaître à la loi dans l'ordonnement des sources du droit. Dans l'élaboration du droit des croyants, quelle est la place de la loi par rapport à la jurisprudence, droit existant au sein de l'ordre juridique, à côté de la loi ? Quelle est également la place de la loi par rapport aux droits religieux, existant hors de l'ordre juridique étatique, au-delà de son champ d'application direct ? Dans la tradition de droit civil

-
1. C. LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Bruxelles et Cowansville, Bruylant et Éditions Yvon Blais, coll. « Minerve », [à paraître].
 2. Le souci, dans le présent article, de recourir à des figures mythologiques pour synthétiser trois types d'élaboration du droit des croyants par le juge étatique repose sur la conviction que le traitement des questions religieuses par un ordre juridique étatique n'est pas seulement un acte de pure raison, mais qu'il s'enracine également dans une mythologie juridique et nationale articulant autour des textes juridiques et des récits historiques réels des allégories, des croyances et des actes imaginaires, fruits de l'inconscient collectif d'une nation dont le juge s'inspire au moment de l'interprétation de la loi. Cette conviction reprend celle de B. CHELINI-PONT et de J. GUNN, *Dieu en France et aux États-Unis. Quand les mythes font la loi*, Paris, Berg International Éditeurs, 2005, qui montrent de quelle manière, en France et aux États-Unis, la mythologie nationale identitaire peut forcer le droit en matière religieuse, au détriment même parfois des idéaux inscrits dans les textes constitutionnels de ces deux pays comme la liberté, l'égalité, la tolérance et la neutralité.
 3. F. OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », dans P. BOURETZ (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Éditions Esprit, 1991, p. 241, à la page 272 (Série Philosophie).

à laquelle appartiennent le droit civil français et le droit civil québécois, ces deux interrogations prennent un sens tout particulier.

D'abord, l'interrogation sur la place de la loi par rapport à la jurisprudence est liée à une controverse propre à la tradition de droit civil, à savoir que le juge n'est pas une source du droit ou qu'il est tout au moins une source secondaire par rapport à la loi⁴. Dans la tradition de droit civil, en effet, il est généralement affirmé que le juge n'est que la « bouche de la loi » qu'il doit appliquer avec rigueur et méticulosité par la construction, dans ses décisions, du syllogisme juridique, c'est-à-dire par la construction d'un raisonnement mécanique assurant l'intégration des faits de l'espèce dans la ou les présuppositions des règles du code civil qui, par déduction

-
4. En France, la question de la place de la jurisprudence dans les sources de droit est très controversée. Selon P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Cours de droit civil: Introduction générale*, 2^e éd., Paris, Cujas, 1994, n° 713 p. 243, « on peut classer les auteurs en trois catégories, deux qui sont tranchées et l'une qui est nuancée. 1) Le courant « classique » (ou « traditionnel »): « la jurisprudence n'est pas une source formelle du droit positif »; elle « n'est qu'un phénomène sociologique », qu'« une autorité »: J.L. Aubert, J. Carbonnier, R. Carré de Malberg, G. Cornu, J. Roche; 2) Le courant « moderne »: il existe un droit jurisprudentiel: J. Ghestin et Goubeaux; Laubadère, Venezia et Y. Gaudemet, G. Vedel et P. Delvolve, A. Weill et F. Terre, S. Belaid, P. Hebraud, J. Maury; 3) L'opinion « nuancée »: R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 5^e éd., t. 1, Paris, Montchrestien, 1990, n° 99, dit que les normes jurisprudentielles ont une « valeur infra législative et supra décrétable »; il nomme, d'un joli néologisme, le juge administratif un « jurislacteur », c'est-à-dire une autorité créatrice de normes juridiques; on pourrait aussi le dire du juge de l'ordre judiciaire. » Au Québec, la mixité du système juridique empruntant tout à la fois à la tradition de droit civil et à celle de la common law rend plus facile qu'en France la reconnaissance de la jurisprudence comme une source du droit. Voir P. ISSALYS, « La loi dans le droit: tradition, critique et transformation », (1992) 33 *C. de D.* 665. Toutefois, la volonté de nombreux juristes québécois de préserver les spécificités de la tradition de droit civil qui est la leur suscite, comme en France, de nombreux débats, notamment sur l'autorité des précédents. À titre d'exemples, voir les articles répertoriés dans É. DELEURY et C. TOURIGNY, « L'organisation judiciaire, le statut des juges et le modèle des jugements de la province de Québec », dans H.P. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 191, à la page 213; L. BAUDOIN, *Quelques aspects du droit de la province de Québec*, coll. « Centre français de droit comparé », Paris, Éditions Cujas, 1963; P. AZARD, « Le problème des sources du droit civil dans la province de Québec », (1966) 44 *C.B.R.* 417; A. POPOVICI, « Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles source de droit au Québec », (1973) 8 *R.J.T.* 189; J.-G. JOBIN, « Les réactions de la doctrine à la création du droit civil québécois par les juges: les débuts d'une affaire de famille », (1980) 21 *C. de D.* 257; R.A. MACDONALD, « Understanding Civil Law Scholarship in Quebec », (1985) 23 *O.H.L.J.* 573; S. NORMAND, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec: la sauvegarde de l'intégrité du droit civil », (1987) 32 *R.D.McGill* 559; M. RIVET et M. OUELLETTE, « L'interprétation par le juge des règles écrites en matière de droit civil », (1978) 13 *R.J.T.* 7; N. BERNIER, « L'autorité du précédent judiciaire à la Cour d'appel de Québec », (1971) 6 *R.J.T.* 535.

logique, y attache des effets de droit précis défini par un régime juridique particulier⁵. De plus, l'interrogation sur la place de la loi par rapport aux droits religieux soulève la question de la possibilité pour le juge de droit civil, juge de droit commun, de reconnaître les droits religieux, soit de les prendre en considération dans ses décisions en vue d'en déduire des effets de droit au sein de son ordre juridique. En effet, cette possibilité ne va pas de soi dans la tradition de droit civil. Si le *Code civil* français et le *Code civil du Québec* sont des codes de droit commun parce qu'ils s'appliquent à tous les rapports de droit privé, à moins qu'un droit spécial n'y déroge explicitement, ils le sont également parce que leurs rédacteurs ont choisi d'envisager les individus autonomes, « isolé[s] comme citoyen[s], [égaux] aux autres, n'ayant pas de place pré-établies par des critères religieux ou coutumiers⁶ ». Dès lors, dans la détermination du droit des croyants, comme les juges français et québécois de droit civil doivent appliquer respectivement le droit commun de la France et du Québec à tous les citoyens, quelle que soit leur origine culturelle, ethnique ou religieuse, quelle place peuvent-ils laisser aux droits religieux revendiqués par les parties, qui présentent la particularité de réintégrer les sujets de droit civil dans des réseaux communautaires, plus particulièrement religieux ?

Au fil des décisions françaises et québécoises, trois modèles d'élaboration du droit des croyants par le juge étatique se dessinent : deux modèles dogmatiques opposés reposant sur deux mythologies juridiques et politiques particulières, celui de Jupiter et d'Hercule ; un modèle d'équilibre en quête permanente d'une subtile articulation des valeurs de tolérance, de neutralité et de liberté, celui de Minerve. Ainsi, pour Jupiter, gardien de l'ordre de l'État, la loi étatique doit toujours demeurer la source transcendante et unique du droit des croyants (1). Selon Hercule, travaillant à l'élaboration d'un véritable ordre de la reconnaissance de chaque croyant, le droit jurisprudentiel est une source immanente et incontournable du droit

5. Sur la construction du syllogisme juridique, voir l'ouvrage de H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, PARIS, DALLOZ, 2002, p. 47-72.

6. Voir l'article de H.P. GLENN, « Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance », dans H.P. GLENN (dir.), *op. cit.*, note 4, p. 577, qui note une différence fondamentale dans l'évolution des droits civils français et québécois quant à la perception de l'individu, sujet de droit. Par exemple, si, en France, le *Code civil* de 1804, dès ses origines, reconnaît l'individu, doué d'une volonté propre et autonome par rapport aux réseaux communautaires et religieux, au Québec, l'affirmation de l'autonomie du sujet de droit ne s'est imposée qu'au XX^e siècle. Alors que le *Code civil du Bas Canada* percevait l'individu comme « participant dans un réseau social préexistant de caractère coutumier et autres », le *Code civil du Québec* de 1994 se réfère désormais à des règles sécularisées qui consacrent l'autonomie de l'individu au sein de la société québécoise.

des croyants, droit jurisprudentiel qu'il élabore en usant pleinement de son pouvoir d'interprétation pour préciser les principes et les notions flous des chartes des libertés et des droits fondamentaux (2). Enfin, d'après Minerve, attentive à la multiplicité des sources du droit et à la complexité de la réalité religieuse, le droit des croyants est le fruit d'une dialectique subtile entre la loi étatique, la jurisprudence et les droits religieux (3).

1 Jupiter : la loi étatique comme source transcendante et unique du droit des croyants

Jupiter, incarné principalement par le juge français, est au service de l'État. Par sa position d'autorité sur les sommets de l'Olympe, par la force de son sceptre, Jupiter, au fil de ses décisions impliquant des faits religieux, a pour mission de protéger la nation «de la religion et de ses excès dans ses alliances passées avec la monarchie⁷». Pour y parvenir et sortir victorieux de cette lutte sans cesse à reprendre contre les religions oppressives, Jupiter manifeste une foi profonde en la loi nationale qu'il veut envisager comme la source unique et transcendante du droit des croyants. Cette place primordiale que Jupiter reconnaît à la loi et que, en tant que juge, il s'efforce constamment de renforcer repose, pour lui, sur trois convictions décisives : premièrement, au sein de l'ordre juridique étatique, la loi est un acte de volonté du législateur, hiérarchiquement supérieur à tout autre, puisqu'il transcende les volontés ainsi que les situations individuelles et qu'il vise à la préservation du bien commun de la nation, en l'envisageant comme une réalité au-delà du seul bien de chacun des individus qui la compose ; deuxièmement, la loi nationale est un instrument de la raison humaine, grâce auquel, par un raisonnement rigoureux, «il est possible de parvenir à la compréhension objective et à la maîtrise du monde⁸» ; dès lors, troisièmement, en raison des deux qualités qui précèdent, la loi nationale se révèle un outil décisif pour créer un ordre rationnel, en matière religieuse mais aussi en tout autre domaine, sur lequel l'État français a la pleine maîtrise.

Dans une telle perspective, le juge de droit civil ne peut que placer, au cœur de son raisonnement, le *Code civil* français. En effet, aux yeux de ce juge, ce sont le *Code civil* et les règles qu'il contient qui se trouvent au sommet de la pyramide des normes et aucune autre ne peut venir les concurrencer. D'ailleurs, l'attachement du juge français à cet ordonnancement des sources du droit est tel qu'il refuse généralement d'appliquer la

7. B. CHELINI-PONT et J. GUNN, *op. cit.* note 2.

8. P. ISSALYS, *loc. cit.*, note 3.

*Convention européenne des droits de l'Homme*⁹ dans son raisonnement de droit civil, convention qui rassemble l'ensemble des libertés et des droits fondamentaux devant être reconnus aux individus par les États membres de l'Union européenne dans les rapports de droit public mais aussi de droit privé et qui complète, avec son article 9¹⁰, les textes constitutionnels et législatifs français se limitant à la protection des droits fondamentaux des individus à l'égard de l'État et ne consacrant pas explicitement une liberté de religion, pleine et entière¹¹. Ainsi, bien que, en vertu de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958¹², la *Convention européenne des droits de l'Homme* soit directement applicable au sein de l'ordre juridique

-
9. La *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, mieux connue sous le nom de «*Convention européenne des droits de l'Homme*», a été ratifiée par la France le 3 mai 1974 (ci-après citée : «*Convention européenne des droits de l'Homme*»). Les libertés et les droits fondamentaux qu'elle contient sont énoncés principalement dans le texte original de la Convention européenne, mais ils sont aussi répertoriés dans des protocoles additionnels, les principaux protocoles intéressant les libertés et droits fondamentaux étant les protocoles 1, 4, 6 et 7. Pour référence, voir le site Web suivant : LEXINTER.NET, *Convention européenne des droits de l'Homme*, [En ligne], [lexinter.net/UE/convention_europeenne_des_droits_de_l'homme.htm] (19 février 2007).
10. *Convention européenne des droits de l'Homme*, précitée, note 9, art. 9 : «1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. 2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.»
11. Les textes législatifs et constitutionnels français évoquent plutôt la «liberté d'opinions, même religieuses», la «liberté de conscience» ou la «liberté de culte». Voir la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789*, art. 10 : «Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi.» À ce sujet, voir le site Web suivant : LES DROITS DE L'HOMME, *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen 26 août 1789*, [En ligne], [www.justice.gouv.fr/textfond/ddhc.htm] (19 février 2007). Voir la *Loi du 9 décembre 1905*, art. 1 : «La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public.». À ce sujet, voir le site Web suivant : ASSEMBLÉE NATIONALE, *Documents parlementaires – Chambre*, [En ligne], [www.assemblee-nationale.fr/histoire/eglise-etat/1905-projet.pdf] (20 février 2007).
12. *Constitution du 4 octobre 1958*, art. 55 : «Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.» Pour référence, voir le site Web suivant : CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *La Constitution du 4 octobre 1958*, [En ligne], [www.conseil-constitutionnel.fr/textes/c1958web.htm] (19 février 2007).

français et hiérarchiquement supérieure à la loi nationale, Jupiter, fidèle à sa tradition juridique légicentriste¹³, refuse généralement d'évincer la règle de droit civil en raison de sa contradiction avec une liberté ou un droit fondamental contenu dans cette convention. Lorsque, dans un litige de nature religieuse, des parties invoquent l'article 9 de la *Convention européenne des droits de l'Homme* pour obtenir l'éviction d'une règle de droit civil dont l'application conduit à une situation contraire à l'expression de leur liberté de religion, le juge français de droit civil se contente, généralement, dans son raisonnement, d'une simple référence déclaratoire à cet article. À la possibilité de renforcer l'importance de la jurisprudence par rapport à la loi par le recours aux libertés et aux droits fondamentaux contenus dans la *Convention européenne des droits de l'Homme*, Jupiter préfère la construction rigoureuse du syllogisme juridique, fondé sur la seule règle de droit civil contenue dans le *Code civil*, le droit civil devant, dans sa perspective, conserver sa propre logique centrée sur la loi.

Dans le droit civil français, et même dans le droit français en général, les traits caractéristiques de Jupiter se révèlent de trois manières distinctes dans l'élaboration du droit des croyants : lorsque Jupiter privilégie une définition hétéroréférentielle¹⁴ de l'identité religieuse par respect de la rationalité déductive et linéaire fondée sur la loi (1.1) ; lorsqu'il impose le principe de hiérarchie comme principe d'ordonnancement de la différence religieuse (1.2) ; lorsqu'il préserve un monisme juridique radical par le refus de reconnaissance directe des droits religieux hors de l'État (1.3).

1.1 Une définition hétéroréférentielle de l'identité religieuse par respect de la rationalité déductive et linéaire fondée sur la loi

Pour Jupiter, la définition de l'identité religieuse d'une partie ne peut relever de ses sentiments intimes. Elle ne peut être que le fruit d'une définition objective que l'ordre juridique a lui-même élaborée. Ainsi, selon

13. Pour une analyse approfondie de l'impact difficile de la *Convention européenne des droits de l'Homme* sur le droit civil français, voir l'ouvrage suivant : A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, coll. «Nouvelle Bibliothèque de thèses ; vol. 15», Paris, Dalloz, 2002, p. 252.

14. Cette distinction entre une définition hétéroréférentielle et une définition autoréférentielle de l'identité est empruntée à Anne-Marie Savard qui l'a formulée à Montréal au 74^e Congrès de l'Acfas (mai 2006) lors de son intervention intitulée «Comment le droit est passé d'un rôle "instituant" à une fonction d'"entérinement" en droit des personnes, les exemples de la nomination et de la filiation». Pour établir cette distinction, elle s'inspirait des travaux de Pierre Legendre, notamment des ouvrages suivants : P. LEGENDRE, *Les enfants du texte : étude sur la fonction parentale des États*, Paris, Fayard, 1992 ; *L'amour du censeur, essai sur l'ordre dogmatique*, coll. «Champ freudien», Paris, Éditions d Seuil, 1974.

Jupiter, devant les revendications religieuses, il est déterminant d'être doté d'une définition hétéroréférentielle de l'identité religieuse, c'est-à-dire d'avoir, à sa disposition, une définition préalable de l'identité religieuse, établie par l'ordre juridique étatique et fondée sur des critères abstraits et objectifs, indépendants de la subjectivité des parties.

Dans la loi et dans la jurisprudence française, c'est la notion d'appartenance religieuse qui joue ce rôle. Cette notion, qui se trouve, par exemple, dans la loi dite sur le port du voile¹⁵ ainsi que dans de nombreuses décisions françaises¹⁶, se révèle déterminante pour assurer une identification rationnelle, abstraite et déductive de l'identité religieuse des parties. Pour Jupiter, la notion d'appartenance religieuse se définit comme suit : elle est la participation de fait d'une personne physique à une communauté de croyants organisée autour de croyances plus ou moins systématiques relatives aux questions ultimes et à la transcendance, dont la maintenance est assurée par des autorités religieuses qui incitent au respect d'enseignements moraux et de prescriptions rituelles. En conséquence, lorsque le juge français identifie l'appartenance religieuse d'un individu, il le situe dans un double réseau de relation : d'une part, il le reconnaît membre d'une communauté soudée autour de croyances religieuses communes ; d'autre part, il le considère comme soumis à des autorités religieuses ayant la responsabilité d'exprimer une certaine orthodoxie religieuse et d'en assurer le respect. Dans le premier aspect de l'appartenance religieuse, soit la dimension horizontale de l'appartenance religieuse, le juge français insiste sur l'idée que l'individu est membre d'une communauté qui rassemble des croyants unis par le

15. *Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, J.O. 17 mars 2004, n° 65, p. 5190.

16. Par l'analyse de la jurisprudence française, nous pouvons constater que la détermination de la religion d'une personne physique revient à établir son appartenance religieuse, c'est-à-dire un lien entre cette personne et une communauté de croyants existant au sein de la société. Par exemple, dans une décision de la Cour d'appel de Paris (Paris, 10 janv. 1983 : *Juris Data n° 020084*), les juges du fond ont pu noter « l'appartenance d'un père à une association religieuse ». De même, les juges de la Cour d'appel de Versailles (Versailles, 23 janv. 1998 : *Juris Data n° 040350*) ont pu affirmer qu'« il n'[était] pas reproché à [une partie] d'appartenir à l'Église de scientologie ». Parfois, à l'expression « appartenance religieuse », le juge français substitue aussi celle de « confession religieuse ». Par exemple, la Cour de cassation a pu déterminer que deux époux étaient « tous deux de confession israélite » (Civ. 2^e, 5 juin 1985, J.C.P. 1987.II.20728, note E. Agostini). De même, elle a pu noter qu'un père « avait fondé une famille avec une femme de confession musulmane comme lui » (Civ. 1^{re}, 2 mars 1999, *Jurisdisque Lamy*). Dans ces deux cas, comme lorsqu'il emploie l'expression « appartenance religieuse », le juge français, en indiquant la « confession » des parties, s'est efforcé d'établir leur lien avec la communauté juive, d'une part, et avec la communauté musulmane, d'autre part.

sentiment de partager une même expérience religieuse. Ensemble, ils constituent un groupe parce qu'ils relisent leur expérience religieuse personnelle à la lumière d'une expérience religieuse collective le plus souvent enracinée dans l'histoire¹⁷. Dans le second aspect de l'appartenance religieuse, soit la dimension verticale de l'appartenance religieuse, le juge français considère plutôt les communautés religieuses d'appartenance des individus comme des groupes organisés et hiérarchisés au sein de la société civile dont les autorités maintiennent l'organisation et la cohésion. Dès lors, si une partie a choisi d'appartenir à une communauté de croyants, le juge français pourra mettre en évidence ses croyances et ses valeurs morales en se référant à celles qui sont exprimées par les autorités religieuses de la communauté à laquelle elle appartient.

Afin d'identifier l'appartenance religieuse d'une partie, le juge français doit mettre en évidence deux éléments constitutifs. En premier lieu, il doit repérer l'élément objectif de l'appartenance religieuse. Il doit rechercher l'élément matériel, en quelque sorte le *corpus* de l'appartenance religieuse qui est la traduction concrète du lien qui unit une partie à une communauté de croyants. Pour le juge français, ce *corpus* de l'appartenance religieuse se confond avec les comportements religieux inspirés par sa communauté d'appartenance. D'ailleurs, les comportements reconnus en jurisprudence comme une manifestation de l'appartenance religieuse de l'individu sont divers. Cela peut être des pratiques religieuses, permettant de reconnaître un musulman par sa pratique cultuelle¹⁸ ou une catholique par son mariage religieux¹⁹. Il peut s'agir également des activités de croyants au sein d'une communauté particulière, par exemple, la participation d'une catholique à des œuvres caritatives relevant de sa communauté²⁰. Dans certains cas, le juge français considère aussi que la notion d'appartenance religieuse est riche d'un second élément : l'élément psychologique qui s'avère en quelque sorte l'*animus* de l'appartenance religieuse. Dans certains cas, le juge français cherche à caractériser la volonté manifestée par la personne physique d'appartenir à une communauté de croyants. La partie doit avoir traduit, dans les faits, son intention de se lier à une communauté particulière et d'adopter les croyances et les valeurs de ce groupe. Le juge français peut

17. Ce sens affleure tout particulièrement dans un jugement rendu par le Tribunal de grande instance de Paris, le 23 octobre 1984, qui considérait que la campagne d'affichage du film *Ave Maria*, exhibant sur la croix une femme à la poitrine dénudée, constituait « un outrage particulièrement violent aux valeurs et réalités essentielles des catholiques français » (Trib. gr. inst. Paris, 23 oct. 1984, D. 1985.Jur.31, note R. Lindon).

18. Civ. 1^{re}, 6 mars 1990, D. 1990.Jur.477, note J. Massip.

19. Dijon, 29 juin 1978, J.C.P. 1980.II.19350, note R. Lindon.

20. Trib. gr. inst. Perpignan, 29 févr. 1984, D. 1984.Jur.520, note A. Seriaux et J. Villaceque.

appréhender l'*animus* de l'appartenance religieuse de deux manières différentes. Soit il le déduit des comportements religieux de l'individu : l'*animus* est en quelque sorte tacite. Ainsi, pour imposer à un époux de remettre le *get* à son épouse conformément à la loi mosaïque, les juges du fond²¹ déduisent son appartenance à la communauté juive de son mariage religieux. Implicitement, ils considèrent que l'époux a accepté par ce comportement d'intégrer la communauté religieuse juive. Soit le juge français estime que l'*animus* résulte de l'interprétation d'un engagement volontaire à l'égard d'une communauté de croyants : une conversion ou même un engagement contractuel à l'égard d'une institution religieuse²². Pourtant, il est important de noter que la détermination de l'*animus* de l'appartenance religieuse n'est pas toujours nécessaire. Le juge français peut considérer que le lien qui unit un individu à une communauté religieuse est hérité de sa filiation. Dans ce cas, le lien que la partie entretient avec une communauté de croyants et qui se manifeste dans ses comportements d'inspiration religieuse est envisagé non pas comme la conséquence d'un choix mais aussi comme un héritage familial que la partie a choisi de perpétuer.

De plus, l'identification d'une appartenance religieuse n'est pas toujours suffisante pour qu'elle soit prise en considération dans l'application de la règle de droit civil. L'appartenance religieuse d'une partie doit aussi être continue et, dans certains cas, notoire et intensive pour pouvoir être susceptible de produire des effets de droit. Dans la jurisprudence française, le temps doit avoir permis à la personne de confirmer aux yeux de la société son appartenance religieuse à travers une pratique constante. Un lien épisodique et marqué par une ferveur religieuse de peu d'intensité ne peut constituer une appartenance religieuse digne de reconnaissance pour l'ordre juridique français.

Pour Jupiter, la notion d'appartenance religieuse est donc une notion parfaitement définie qui lui permet de respecter la rationalité linéaire et déductive fondée sur la loi, propre à la tradition de droit civil. En effet, en s'appuyant sur la notion légale d'appartenance religieuse dont il a défini les contours plus précisément, Jupiter peut, dans les premières étapes du raisonnement d'une décision portant sur un litige impliquant des faits reli-

21. Versailles, 31 oct. 1994, D. 1995.Jur.245, note E. Agostini.

22. Dans l'affaire *Sainte-Marthe* (Ass. plén., 19 mai 1978, D. 1978.Jur.541, note P. Ardant), la Cour de cassation a pu mettre en évidence l'*animus* de l'appartenance religieuse d'une partie en considérant l'engagement contractuel pris celle-ci à l'égard d'une école privée catholique. Elle a considéré que « les convictions religieuses d'une institutrice avaient été prises en considération dans la conclusion du contrat de travail ». Dans cet arrêt, les juges ont déduit l'appartenance religieuse catholique d'une institutrice d'un engagement contractuel explicite à l'égard d'un établissement d'enseignement privé.

gieux, identifier l'appartenance religieuse des parties en établissant un lien entre, d'une part, les deux critères abstraits de la notion d'appartenance religieuse (son *animus* et son *corpus*) et, d'autre part, les croyances, les pratiques et les rites religieux présentés, dans les faits, par les parties. En outre, cette première étape du raisonnement centrée sur la notion d'appartenance religieuse est une étape décisive pour le juge français pour deux raisons : devant la multiplicité des appartenances religieuses, cette étape va lui permettre de décider des appartenances religieuses que l'État peut protéger et de celles qu'il entend négliger, voire contester ; parce que la notion d'appartenance religieuse assure l'intégration de l'individu dans une communauté de croyants, elle va aussi permettre au juge de déduire la soumission des parties à un ordre juridique religieux dont la question de la réception de ses règles religieuses va devoir être résolue.

1.2 Le principe de hiérarchie comme principe d'ordonnement de la différence religieuse

Pour Jupiter, marqué par le souci de protéger la nation contre toutes les formes d'oppression religieuse, toutes les appartenances religieuses ne peuvent pas dignement être protégées par le droit étatique. Parce qu'elles ne s'accompagnent pas toutes d'un attachement réel aux valeurs de la République, elles ne peuvent pas toutes faire l'objet d'une reconnaissance juridique positive par l'État. Dès lors, les appartenances religieuses des citoyens doivent être soumises à un ordonnancement préalable par l'État fondé sur le principe de hiérarchie. C'est ainsi que, dans la loi française, il existe désormais une distinction fondamentale approfondie par la jurisprudence entre l'appartenance à une communauté que l'État français considère comme « une secte » et l'appartenance à une communauté qu'il considère comme « une religion ». Si la seconde appartenance est protégée par le droit étatique, la première ne l'est aucunement. Même, dans certains cas, le juge étatique peut intervenir pour dissuader les citoyens d'appartenir à de telles communautés.

La catégorie juridique de « secte » a été consacrée par le législateur, indirectement tout d'abord, dans des rapports parlementaires²³ qui ont servi

23. À titre d'exemple, citons le rapport Gest et Guyard qui fait le point sur la question des sectes en France et propose une liste fermée des communautés de croyants qui peuvent être qualifiées de « sectes » et qui doivent être considérées comme dangereuses ou tout au moins potentiellement dangereuses : J. GUYARD et A. GEST, *Les sectes en France. Rapport n° 2468, fait au nom de la Commission d'enquête sur les sectes*, Paris, Assemblée nationale, 1996.

de référence pour certains juges²⁴, puis, par la suite, explicitement, dans le domaine du droit pénal²⁵. Toutefois, comme la notion prête à controverse au sein de l'ordre juridique européen qui retient une compréhension de la liberté de religion et de l'égalité distincte de celle de la France²⁶, le législateur préfère laisser à la jurisprudence le soin d'en définir les contours²⁷.

Pour le juge français, tant de droit public que de droit privé, une «secte» est une communauté religieuse présentant deux caractéristiques précises. Premièrement, une «secte» est une communauté de croyants constituée depuis moins d'un siècle, minoritaire sur le territoire national, particulièrement intransigeante, notamment au regard des valeurs de la République, qui emploie des méthodes actives pour étendre son influence et qui est présumée adopter des activités répréhensibles à l'encontre de la personne des adeptes et de leur patrimoine²⁸. Deuxièmement, une «secte»

-
24. Voir, par exemple, la décision suivante: Cass. civ. 2^e, 25 juin 1998, *Juridisque Lamy*: «Mais, attendu que l'arrêt retient que des pièces et informations produites par le père, il ressort que le mouvement dénommé "Initiation de vie", certes "spirituel", se caractérise par des conceptions incluant entre autres une adhésion à des conduites thérapeutiques telle l'imposition des mains, conceptions qui, pour défendables qu'elles puissent être aux yeux de leurs adeptes, n'en traduisent pas moins une discipline de vie dangereuse pour un enfant de 10 ans, une adhésion de la mère et son mari emportant forcément exposition de l'enfant à ladite discipline, qu'un caractère de "secte" a été imputé à ce mouvement dans un rapport parlementaire établi en 1995, que la nécessité impérieuse de soustraire un enfant à tout risque de ce type, oblige à tenir pour grave le motif dont s'agit.»
25. Voir la *Loi du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales*, J.O. 13 juin 2001, n° 135 (ci-après citée: «*Loi du 12 juin 2001*»). Cette loi a contribué à améliorer l'arsenal législatif pour lutter contre les agissements de certains membres des sectes mais aussi contre les mouvements sectaires en tant que tels. En particulier, cette loi a instauré une infraction particulière qui concerne directement les «gourous» des sectes: l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse (voir l'article 223-15-2 du *Code pénal* français). Surtout, cette loi, dans son article premier, prévoit «la dissolution de toute personne morale, quelle qu'en soit la forme juridique ou l'objet, qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou d'exploiter la sujétion psychologique des personnes qui participent à ces activités».
26. À titre d'exemple, voir une décision de la Cour européenne des droits de l'Homme qui, à la différence de la jurisprudence française, ne qualifie pas la communauté des Témoins de Jéhovah de «secte» mais de «minorité religieuse»: *Palau-Martinez c. France*, 16 décembre 2003, Journal des Tribunaux Droit européen, 2004, n° 105, 25-26 (arrêt partiellement reproduit).
27. Par exemple, dans la *Loi du 12 juin 2001*, l'expression «mouvements sectaires» ne fait l'objet d'aucune définition par un quelconque article, le législateur ne semblant pas vouloir se risquer à cette tâche difficile.
28. Cette définition de la «secte» se déduit de l'analyse du régime jurisprudentiel de la religion des parties, défini par le juge français de droit civil. Elle s'inspire également de la définition proposée par Philippe MALAURIE, dans son article «Droit, sectes et religion», (1992) 211 *A.P.D.* 213. Pour cet auteur, une «secte» est «une communauté religieuse

est une communauté qui absorbe complètement le sujet de droit. Elle le prive de son libre arbitre et de sa capacité d'analyse en raison des manipulations psychologiques des dirigeants du groupe. De ce fait, cette situation le conduit à un prosélytisme ardent, à un certain extrémisme religieux mais aussi, dans la plupart des cas, à une désocialisation²⁹. En conséquence, au regard de ces deux caractéristiques, l'appartenance religieuse à de telles communautés ne peut être protégée par le droit étatique : parce qu'elle absorbe complètement le citoyen dans une communauté distincte de la communauté nationale au point de l'en détacher corps et âme, les «sectes» constituent des groupements contre lesquels Jupiter doit lutter pour préserver l'intégrité de la nation.

À l'inverse, en droit français, les communautés qui sont «des religions» représentent une appartenance religieuse raisonnable aux yeux de Jupiter, appartenance qu'il accepte alors de protéger. En effet, pour le juge français, une «religion» est une communauté de croyants constituée depuis des centaines d'années, implantée le plus souvent de longue date sur le territoire national, qui n'est pas présumée adopter des activités répréhensibles à l'encontre de la République, de ses membres et de leur patrimoine, voire de la société dans son ensemble. Du fait de son caractère établi, elle n'emploie plus de méthodes actives de prosélytisme. En outre, une «religion» implique une appartenance religieuse raisonnable qui n'altère ni le libre arbitre ni la capacité d'analyse du croyant, pas plus qu'elle ne suscite *a priori* fanatisme religieux ou prosélytisme incessant. En d'autres termes, si l'appartenance à une «secte» est présumée dangereuse pour ses adeptes, l'appartenance à une «religion» est envisagée comme l'expression d'un choix raisonnable.

En France, cette définition de la «religion» s'applique sans difficulté à la religion juive, au catholicisme et aux deux branches du protestantisme que sont l'Église luthérienne et l'Église réformée de France. La situation de la communauté musulmane devant le juge français est toutefois plus complexe. Premièrement, par bien des aspects, la communauté

minoritaire et séparatiste, qui a le sentiment d'être persécutée, particulièrement intransigente, convaincue de ses différences et de sa supériorité, et dont l'organisation est structurée, les méthodes actives et le prosélytisme ardent ».

29. Pour confirmer cette approche de la «secte» sous-entendue dans les décisions du juge français de droit civil, il convient de se rapporter à la Circulaire no 97-00189 du 7 novembre 1997, émanant du ministère de l'Intérieur et adressée aux préfets qui propose une définition de la «secte» très proche, semble-t-il, de celle qui a été retenue par la jurisprudence civile française: le phénomène sectaire est «l'expression de multiples mouvements philosophiques, spirituels ou religieux, créés parfois en dissidence ou en opposition des pratiques religieuses dominantes, et caractérisés notamment par l'endocritinement intensif de leur disciple» (p. 3).

musulmane ne satisfait pas à tous les critères de la religion : elle n'est pas établie de longue date sur le territoire français et elle s'est développée dans un contexte culturel distinct de celui de la France, marquée par un fort héritage religieux chrétien. D'ailleurs, cette spécificité de la communauté musulmane dans le contexte français a été perçue par certains juges. Par exemple, pour refuser à des membres de la communauté musulmane de prendre un prénom à consonance arabe afin de faciliter la pratique de leur religion, quelques juges ont pu prétexter la difficulté d'intégration au sein de la communauté nationale française qui pourrait résulter du port d'un tel prénom. Pour refuser à une musulmane nouvellement convertie de porter le prénom de «Noria», la Cour d'appel de Dijon a pu ainsi noter que «la conversion d'une personne de nationalité française à la religion islamique n'est pas constitutive d'un intérêt légitime [...] dès lors que le prénom de Noria évoque une origine maghrébine démentie par l'appartenance originelle de l'appelante à la communauté française dont elle n'a pas répudié la nationalité³⁰». Dans cette décision, les juges de la Cour d'appel ont établi un lien entre l'appartenance nationale et l'appartenance religieuse en affirmant que le port d'un prénom à consonance arabe au nom de son appartenance à la communauté musulmane pouvait rendre plus difficile l'intégration du citoyen au sein de la communauté nationale française, marquée par le port de prénoms occidentaux et chrétiens. Deuxièmement, parfois, le juge français déduit que la religion musulmane peut avoir des conséquences oppressives importantes, de même nature que les «sectes». Par exemple, dans une décision de la Cour d'appel de Reims, les juges ont décidé qu'une épouse musulmane n'avait pas donné un consentement valable sur le fondement de l'article 1109 du *Code civil* à un contrat de crédit à la consommation, notamment parce que «la cocontractante était mariée selon la loi musulmane, qu'elle était soumise à l'autorité de son mari qui avait engagé une procédure de répudiation contre elle³¹». Au regard de sa religion, les juges du fond ont pu déduire une situation tendant à prouver que la contractante musulmane n'avait pu mesurer la portée de son engagement. Toutefois, ce type de décision impliquant la communauté musulmane n'est que ponctuel. En général, le juge français a une attitude plus favorable à l'égard de la religion musulmane qu'à l'endroit des «sectes». Par exemple, il admet désormais que la conversion à la religion musulmane est un intérêt religieux légitime justifiant un changement de prénom³². En fait, il reconnaît que la communauté musulmane dans son ensemble est une «religion», qualification qui semble reposer pour lui tant sur un argument

30. Dijon, 13 déc. 1989, *Gaz. Pal.* 1994.Jur.216.

31. Reims, 15 févr. 2001 : *Juris Data n° 2001-154214*.

32. Voir, par exemple, Civ. 1^{re}, 6 mars 1990, D. 1990.Jur.477, note J. Massip.

historique que sur un argument sociologique. Premièrement, pour le juge français, l'islam est une religion qui s'impose depuis des millénaires et dont le rayonnement et l'expansion dans les pays arabes ne peuvent être négligés. Deuxièmement, l'islam, par le phénomène de l'immigration, est devenu la deuxième religion de France, importance numérique qui incite, d'ailleurs, l'État français à encadrer l'organisation de cette religion sur le territoire national français. Ainsi, bien que la religion musulmane pose des questions d'intégration au sein de la communauté nationale française aux parties qui ont choisi de la pratiquer, elle n'en demeure pas moins, pour Jupiter, une religion respectable, impliquant une appartenance religieuse *a priori* raisonnable, sauf preuves contraires³³.

Jupiter, au service de la loi et, à travers elle, au service de la nation, se donne la maîtrise de la définition de l'identité religieuse des citoyens et un principe strict de hiérarchie des communautés de croyants, articulé autour des concepts de « secte » et de « religion ». Pour affermir les fondements de l'État, il œuvre aussi pour affirmer de manière radicale le monisme juridique par la négation des droits religieux hors de l'État.

1.3 L'affirmation radicale du monisme juridique par le refus de reconnaissance directe des droits religieux hors de l'État

Par l'entremise de la notion d'appartenance religieuse, Jupiter reconnaît que les parties peuvent être soumises, sur le territoire national, à d'autres règles que celles de l'ordre juridique étatique, soit celles des droits religieux. En fait, en droit français, la notion d'appartenance religieuse permet de rattacher la situation des croyants à un corps de règles particulier. Toutefois, même si Jupiter accepte de considérer la soumission des parties à un corps particulier de règles, cela ne veut pas dire pour autant qu'il soit d'accord pour faire produire des effets directs à la règle religieuse au sein de son ordre juridique. Selon Jupiter, l'application de la règle étatique ne peut jamais être subsidiaire. Elle est toujours de principe, ce qui

33. Voir, par exemple, dans Civ. 3^e, 21 janv. 1987, *Juridique Lamy*, où la pratique religieuse d'un musulman était mise en cause par un office d'habitations à loyer modéré (HLM) pour obtenir la résiliation de son bail d'habitation. Devant une telle revendication mettant en cause la religion et la pratique religieuse d'un locataire, les juges de la Cour de cassation se sont efforcés de prendre en considération les différences religieuses et culturelles et de les harmoniser les unes avec les autres. En particulier, ils ont affirmé que « le litige procède en fait de la difficulté de faire coexister dans des logements sociaux collectifs des locataires respectueux d'un mode de vie coutumier et d'autres plus imprégnés d'habitudes occidentales ». Pour un aperçu de la situation juridique des musulmans en France, voir aussi l'article suivant : F. MONEGER, « Les musulmans devant le juge français », (1994) 2 *J.D.I.* 345.

suppose que la règle religieuse ne peut être réceptionnée au sein de l'ordre juridique étatique qu'au terme d'un processus de médiatisation qui passe généralement par deux types de mécanismes particuliers : la subsumption et l'incorporation.

Pour le juge français de droit civil, la méthode de la subsumption consiste à déplacer l'objet du litige, tel qu'il est présenté par les parties, et à le reformuler au regard des règles neutres et abstraites du droit civil. Grâce à cette méthode, Jupiter ne répond pas à la demande de reconnaissance directe de la règle religieuse présentée par les parties. À partir du contentieux qui lui est présenté, il reconstruit son propre objet du litige en respectant la seule cohérence des règles de droit civil et il considère l'existence et la teneur de la règle religieuse comme un simple élément de fait pour caractériser les éléments constitutifs de la présupposition neutre de la règle de droit. En fait, par cette technique de la subsumption, le juge étatique se contente d'aborder le contentieux religieux comme n'importe quel autre contentieux, en niant toute juridicité directe à la règle religieuse et en l'envisageant comme un simple élément de fait justifiant l'application de la règle de droit.

À titre d'exemples significatifs de cette méthode, citons deux décisions relatives au changement de prénom : celle de la Cour d'appel d'Orléans du 23 janvier 1992³⁴ dans laquelle une partie musulmane, pour obtenir le remplacement du prénom de « Marcel-Paul » par celui de « Mourad », invoquait une règle émanant de sa communauté de croyants selon laquelle le port d'un prénom musulman répertorié sur son acte d'état civil est une obligation pour pouvoir réaliser un pèlerinage à la Mecque ; celle de la Cour d'appel de Paris du 26 septembre 1996³⁵, dans laquelle une partie convertie au judaïsme, pour obtenir la suppression de son prénom de « Marie-Christine », à forte connotation chrétienne, invoquait l'obligation pour une femme de porter un prénom hébraïque pour pouvoir transmettre l'identité juive à ses enfants. Dans ces deux contentieux, outre la question de la reconnaissance de l'identité religieuse des parties, le juge de droit civil devait faire face à celle de la place à accorder à la règle religieuse au sein de l'ordre juridique étatique. L'appartenance religieuse des parties peut-elle impliquer la soumission à un ordre juridique religieux qui leur impose des contraintes pouvant légitimement être considérées par l'ordre juridique étatique ? D'après Jupiter, la réponse à cette question est affirmative. Toutefois, la prise en considération de la soumission à d'autres règles que celles de l'État implique, pour lui, une médiatisation par la règle de

34. Orléans, 23 janv. 1992, J.C.P. 1993.II.22065, note E. De Monredon.

35. Paris, 26 sept. 1996, P.A. 1997.n° 66.17, note G. Yamba.

droit civil grâce à la méthode de la subsumption. Ainsi, le 23 janvier 1992, en recourant à la notion de liberté religieuse, la Cour d'appel d'Orléans a reconnu que, au sens de l'article 57 du *Code civil* (désormais l'article 60 du *Code civil* français), un intérêt religieux peut être un intérêt légitime pour justifier un changement, une adjonction ou une suppression de prénom. Or, afin d'apprécier l'intérêt religieux de la partie, la Cour d'appel n'a pas hésité à se référer à « des pièces émanant de diverses autorités religieuses islamiques » attestant suffisamment, selon elle, que, « pour la pratique de sa religion, un musulman doit porter un prénom musulman à l'exclusion de tout autre ». D'ailleurs, au dire de la Cour d'appel, la prise en considération de la règle religieuse est légitime puisque le requérant présente une appartenance religieuse constante et sincère, justifiant la reconnaissance de sa soumission à une sphère particulière de règles religieuses. Une prise en considération semblable de la règle religieuse se trouve aussi dans la décision de la Cour d'appel de Paris du 26 septembre 1996, admettant la suppression du prénom de « Marie-Christine » sur l'état civil de la jeune femme, nouvellement convertie au judaïsme. Ainsi, les juges de la Cour d'appel ont pu apprécier l'intérêt religieux de la partie au regard d'une attestation d'un rabbin, délégué du Tribunal rabbinique de Paris, témoignant que, « lors d'une naissance dans un foyer juif, [le prénom de « Marie-Christine »] est en contradiction avec l'identité juive ». Pour la Cour d'appel, la prise en considération de ce témoignage est légitime : il permet de confirmer l'existence et la teneur de la règle religieuse invoquée par la partie en raison de son appartenance constante et sincère à la communauté juive.

Dans ces deux contentieux, le juge français reconnaît donc l'existence de la règle religieuse et analyse sa teneur pour apprécier l'intérêt légitime à une modification de l'état civil, tel que cela est défini par la règle de droit civil. Toutefois, dans ces deux décisions, les règles religieuses ne sont pas appliquées directement : elles ne sont que des éléments de fait qui permettent d'apprécier, de caractériser l'intérêt légitime nécessaire au changement de prénom selon le *Code civil* français.

La méthode de l'incorporation est une autre méthode de prise en considération indirecte de la règle religieuse. Elle consiste, pour le juge français, à ne tenir compte de l'existence et de la teneur de la règle religieuse qu'après avoir incorporé cette dernière dans une source du droit qu'il reconnaît officiellement comme telle. Cette source du droit peut être la loi, la coutume ou l'intention des parties, coulée dans le moule conventionnel. À la différence de la méthode de la subsumption, la règle religieuse n'est plus envisagée à l'échelle de la « mineure » dans le raisonnement judiciaire. C'est à l'échelle de la « majeure » qu'elle est prise en considération. Cependant, comme la méthode de la subsumption, la prise en considération de la règle religieuse

demeure indirecte : elle est intégrée dans une source qui peut légitimement, selon Jupiter, fonder la majeure de sa décision.

À titre d'exemple particulier du mécanisme de l'incorporation, citons la décision du 18 décembre 2002³⁶. En l'espèce, des locataires juifs entendaient obtenir de leur bailleur l'installation d'une serrure mécanique en complément des digicodes et des cartes magnétiques qui permettraient l'accès à leur immeuble. Ils voulaient pouvoir accéder à leur domicile sans avoir recours à des appareils électriques le jour du sabbat, jour où, selon leur religion, l'utilisation de toute forme d'énergie est proscrite. La question posée par les parties au juge français était donc la suivante : est-il possible d'assujettir le bailleur à l'exécution de travaux et ainsi admettre qu'une règle religieuse puisse créer une obligation à la charge de l'un des cocontractants ? Pour sa part, la Cour de cassation a donné une réponse négative. Il importait, suivant cette juridiction, de faire prévaloir la force obligatoire du contrat sur la protection de la liberté de culte des cocontractants. Selon les juges de la Cour de cassation, les pratiques qui découlent des obligations religieuses auxquelles une des parties a pu choisir de se soumettre en conscience ne peuvent être prises en considération et créer des obligations à la charge d'un cocontractant que dans la mesure où elles ont été introduites dans le champ contractuel par une clause expresse. Or, en l'espèce, aucune clause du contrat ne prévoyait expressément l'incorporation au contrat des convictions religieuses des preneurs et des obligations religieuses qui en découlent³⁷. Cette décision de la Cour de cassation est importante : elle sert implicitement de fondement à une autre décision plus récente de cette cour, soit celle du 8 juin 2006³⁸, impliquant une tension, comme au Canada, entre des époux Amsellem et un syndicat de copropriétaires, le syndicat « Les jardins de Gordolla » à Nice, les premiers ayant édifié une construction en végétaux sur leur balcon pour une semaine à l'occasion de la fête juive de soukot, en contradiction avec le règlement de copropriété que les seconds voulaient faire respecter par une action devant les tribunaux. Dans cette décision, comme dans la décision du 18 décembre 2002, la Cour de cassation a considéré que, en l'absence d'une clause contractuelle expresse prévoyant une dérogation au règlement de copropriété au profit des époux Amsellem, « la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne pouvait

36. Civ. 3^e, 18 déc. 2002, Bull. 2002.III.n° 262.227 ; (2003) 4 *R.J.P.F.* 10.

37. Civ. 3^e, 18 déc. 2002, Bull. 2002.III.n° 262.227 : « Qu'en statuant ainsi, alors que les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen, casse et annule ».

38. Civ. 3^e, 8 juin 2006 : *Juris Data 05-14.774*.

avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété³⁹». La *soukah* devait donc être enlevée puisqu'elle «faisait partie des ouvrages prohibés par [le] règlement [de copropriété] et portait atteinte à l'harmonie générale de l'immeuble puisqu'elle était visible de la rue⁴⁰».

À travers les méthodes de la subsomption et de l'incorporation, il apparaît clairement que, pour Jupiter, il est déterminant d'affirmer de manière radicale l'existence du monisme juridique sur le territoire français, c'est-à-dire que l'État y est la seule source normative légitime, les droits religieux ne constituant qu'un ensemble de règles que le droit étatique peut ponctuellement et indirectement prendre en considération à l'échelle de la mineure par la méthode de la subsomption ou à l'échelle de la majeure par la méthode de l'incorporation. Ainsi, bien qu'il ait une conscience pluraliste du droit, Jupiter travaille à affirmer que le monopole du droit sur le territoire national appartient à l'État et s'exprime par la loi, source normative transcendante pour tous les croyants et supérieure aux droits religieux, constitués hors du champ normatif de l'État.

Pour finir, notons que ce trait caractéristique de Jupiter semble s'exprimer aussi parfois, dans une certaine mesure, au sein de l'ordre juridique canadien. Par exemple, dans la décision *Syndicat Northcrest c. Amselem*⁴¹ de la Cour suprême du Canada, le juge Binnie, dans son opinion dissidente, insiste sur l'importance d'appliquer strictement les règles du *Code civil du Québec* dans les litiges de nature religieuse en droit privé et notamment, en l'espèce, d'appliquer l'article 1063 C.c.Q.⁴² en matière de copropriété divisée imposant aux copropriétaires de respecter le règlement de copropriété. En effet, au regard des faits de cette décision, l'article 1063 C.c.Q. impose aux copropriétaires juifs, désireux de bâtir des *soukah* sur leur balcon pour la fête de soukot en se fondant sur les règles de leur communauté de croyants, de ne pas exécuter de telles constructions qui sont interdites par leur règlement de copropriété et qui n'ont pas été autorisées par une clause contractuelle dérogatoire au moment de l'achat de leur partie privative⁴³. De plus,

39. *Ibid.*

40. *Ibid.*

41. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

42. C.c.Q., art. 1063 : «Chaque copropriétaire dispose de sa fraction ; il use et jouit librement de sa partie privative et des parties communes, à la condition de respecter le règlement de l'immeuble et de ne porter atteinte ni aux droits des autres copropriétaires ni à la destination de l'immeuble.»

43. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précité, note 41, par. 207 : «4. Il est permis de s'attendre à ce que des personnes raisonnables effectuant un achat important, tel l'achat d'un appartement, lisent les conditions du contrat avant de le signer, y compris la déclaration de copropriété, qui régira leur vie collective. 5. Vu l'importance que les appelants

bien que l'article 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴⁴ du Québec consacre la liberté de religion et justifie leur droit à ne pas subir de contrainte dans la pratique de leur religion⁴⁵, ce droit fondamental, pour le juge Binnie, ne peut justifier que les copropriétaires juifs dérogent aux clauses contractuelles du règlement de copropriété prohibant de manière générale les décorations ou constructions sur les balcons. Selon le juge Binnie, dans ces relations particulières de droit privé, la loi et la force obligatoire des contrats qu'elle impose dans le Code civil doivent prévaloir sur la liberté de religion des copropriétaires juifs, consacrée par la Charte québécoise et permettant aux parties de protéger les croyances et les règles religieuses qui structurent leur existence. Toutefois, à la différence de la situation du Jupiter français, il ne semble pas qu'au Canada ce rappel de la prépondérance de la règle de droit civil sur les droits fondamentaux soit inspiré par le souci d'assurer la préservation de l'intégrité de la nation comme pour le juge français. Aux yeux du juge Binnie, l'application stricte des règles de droit civil en matière contractuelle a plutôt pour objet de préserver la sécurité des relations entre particuliers et, plus précisément, des transactions en s'assurant que des citoyens ne se libèrent pas trop facilement de leurs obligations à l'égard de leurs cocontractants, notamment en invoquant leur liberté de religion et, avec cette liberté, les droits religieux qu'ils respectent dans leur vie quotidienne⁴⁶. Si le Jupiter français, en affirmant la supériorité de la règle de droit sur toute autre source du droit, entend asseoir la prééminence de l'État sur le territoire national

accordent à la construction d'un abri sur un balcon commun, les copropriétaires intimés pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que les appelants vident cette question avant d'acheter.»

44. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (ci-après citée: «Charte québécoise»).
45. Charte québécoise, art. 3: «[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.»
46. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précité, note 41, par. 207: «Il ne s'agit pas simplement en l'espèce de soupeser les avantages et les désavantages, c'est-à-dire de se demander si, de l'avis de la Cour, le fait d'interdire aux appelants de construire une soucah personnelle leur causerait un désavantage plus grand que celui que subiraient les copropriétaires si un certain nombre de soucahs étaient construites sur les balcons de l'immeuble. Par conséquent, je ne considère pas déterminant le critère proposé par mon collègue le juge Iacobucci, au par. 84, à savoir qu'à son avis les atteintes ou effets préjudiciables qui, prétend-on, seraient causés aux droits ou intérêts des membres de l'intimé dans les circonstances sont tout au plus minimales et ne sauraient raisonnablement être considérés comme ayant pour effet d'imposer des limites valides à l'exercice par les appelants de leur liberté de religion. En toute déférence, une telle approche a pour effet de libérer trop facilement les citoyens des obligations auxquelles ils s'engagent dans des contrats que d'autres personnes s'attendent qu'ils respectent.»

et assurer la protection de l'intégrité de la nation, le Jupiter canadien, par l'application des règles de droit civil, cherche plutôt, dans les relations de droit privé, à préserver les droits de chacun et à s'assurer de la prévisibilité des rapports entre particuliers.

En conclusion, dans l'élaboration du droit des croyants, il apparaît que Jupiter est un juge qui œuvre constamment au renforcement et à l'effectivité de la loi émanant du législateur, pour lui, au sommet de la pyramide normative. En ce qui a trait à Jupiter, la jurisprudence peut donc être une source du droit, mais celle-ci est bien secondaire à côté de la loi, dont la prééminence doit être constamment maintenue et réaffirmée par le juge. En outre, les droits religieux hors de l'État ne peuvent aucunement prétendre constituer un corps de règles directement applicable au sein de l'ordre juridique étatique : les règles religieuses sont des règles que Jupiter décide d'appliquer en fonction des impératifs de son ordre juridique. Dès lors, en matière religieuse, les décisions de Jupiter ont toujours un caractère impératif : elles concernent l'édiction d'une décision transcendante et extérieure aux parties, marquée par le respect strict de la loi générale et abstraite inscrite dans le *Code civil*.

Dans l'élaboration du droit des croyants, Jupiter incarne une figure du juge, qui a le souci de préserver la transcendance de la loi. À ce premier modèle dogmatique répond un autre modèle dogmatique, élaboré par certains juges québécois et principalement par ceux de la Cour suprême du Canada : le modèle d'Hercule, centré sur l'affirmation des principes contenus dans les chartes et la protection de l'autonomie privée en matière religieuse, tant individuelle que collective.

2 Hercule : la jurisprudence comme source immanente et incontournable du droit des croyants

Si, concernant l'élaboration du droit des croyants, le point de référence de Jupiter est la loi, incarnée dans le *Code civil*, pour Hercule, ce sont les chartes, soit la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982⁴⁷ et la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec de 1975⁴⁸, qui servent de fondement principal à son élaboration. Si, à travers la sacralisation de la loi, Jupiter cherche à préserver l'intégrité de la nation contre toutes les formes d'oppression religieuse, au contraire, c'est celle de la « personne » qu'Hercule, sur le fondement des chartes, tend à protéger contre la rigueur,

47. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)] (ci-après citée : «Charte canadienne»).

48. *Supra*, note 44.

voire la rigidité de la loi, exprimant la volonté de la majorité, souvent au détriment des minorités, particulièrement religieuses. D'après Hercule, la notion de « personne » est une notion large : elle comprend, à première vue, toutes les personnes juridiques⁴⁹, à qui sont reconnus des libertés et des droits fondamentaux tel le droit à la liberté de religion, garanti par l'article 2 de la Charte canadienne⁵⁰ et l'article 3 de la Charte québécoise. En particulier, ce droit à la liberté de religion⁵¹ permet à Hercule de protéger les personnes juridiques contre toute ingérence ou toute contrainte induite de l'État, des établissements publics ou des personnes privées, ce qui assure ainsi la préservation de leur pleine autonomie en matière religieuse. D'un point de vue juridique, Hercule réalise cette protection en fixant, au fil de ses décisions, les principes et les notions contenus dans les chartes et

49. Le concept de « personne juridique » est une notion large. À première vue, elle doit inclure tant les personnes physiques que les personnes morales. Toutefois, la possibilité pour les personnes morales d'être titulaires en propre de la liberté de religion consacrée par les chartes n'est pas une question encore pleinement réglée au sein de l'ordre juridique canadien. Si la Cour suprême du Canada a refusé de trancher cette question dans la décision *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, le juge Trotier, dans la décision *Église de scientologie c. Office de la protection du consommateur*, [1997] R.J.Q. 2233 (C.S.), lui, a choisi de se prononcer en faveur d'une telle reconnaissance. Ainsi, il a reconnu qu'une personne morale représentant les intérêts de l'Église de scientologie pouvait invoquer un droit à l'objection de conscience, sur le fondement de l'article 2 de la Charte canadienne et de l'article 3 de la Charte québécoise.

50. Charte canadienne, art. 2 : « Chacun a les libertés fondamentales suivantes : a) liberté de conscience et de religion. »

51. Voir la définition de la liberté de religion servant de référence, pour le moment, dans l'ordre juridique canadien et élaborée par le juge Dickson dans la décision *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, précitée, note 49, par. 94-95 : « Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela. La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience. »

vient ainsi, au long du processus judiciaire, borner le champ d'application de la loi. Dans chaque décision particulière, Hercule affirme son pouvoir à l'égard de la loi, en précisant, au moyen des concepts contenus dans les chartes, les limites de son champ d'application en matière religieuse pour préserver la libre expression religieuse des croyants et des communautés de croyants. D'ailleurs, ce pouvoir d'Hercule sur la loi est tel qu'il peut évincer, à certaines conditions, une règle de droit civil qui entrave l'exercice de la liberté de religion d'un croyant.

Le pouvoir d'Hercule sur la loi et plus particulièrement sur la règle de droit civil résulte de plusieurs mécanismes constitutionnels, quasi constitutionnels ou légaux mis en place au moment de l'avènement des chartes. Premièrement, comme le note le juge en chef Dickson dans *La Reine c. Beaugard*, « l'adoption de la Charte canadienne des droits et libertés [...] a conféré aux tribunaux un [...] rôle vraiment important : la défense des libertés individuelles fondamentales et des droits de la personne⁵² ». Cette situation est une conséquence de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁵³ qui affirme que la Constitution du Canada est la loi suprême du pays⁵⁴. Par conséquent, peut être déclarée inopérante par les tribunaux québécois toute règle de droit qui n'est pas compatible avec la Constitution canadienne et notamment avec la Charte canadienne qui en est une partie intégrante et qui consacre des libertés et des droits fondamentaux comme la liberté de religion. Deuxièmement, au sein de l'ordre juridique québécois, la Charte québécoise bénéficie d'un statut quasi constitutionnel. Cette prépondérance de la Charte québécoise sur les autres lois est la conséquence de l'introduction dans cette charte de l'article 52⁵⁵ qui lui confère « une supériorité de principe, semblable à celle dont profitent les normes garanties par un texte constitutionnel⁵⁶ ». En effet, cet article pose « le principe qu'aucune loi ou règlement, même postérieur à la Charte, ne peut déroger à celle-ci, exception faite des droits économiques et sociaux qu'elle

52. *La Reine c. Beaugard*, [1986] 2 R.C.S. 56, 72.

53. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11) (ci-après citée : « *Loi constitutionnelle de 1982* »).

54. *Id.*, art. 52 : « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada : elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. »

55. Charte québécoise, art. 52 : « [Dérogation interdite] Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte. »

56. J.-M. BRISSON, *Texte annoté de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, Montréal, SOQUIJ, 1986, p. iv.

énoncé⁵⁷ ». Par conséquent, aucune règle de droit civil ne peut déroger aux libertés et aux droits fondamentaux qu'elle consacre comme la liberté de religion⁵⁸. Enfin, la Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* de 1994 affirme que « [ce code] régit, en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* et les principes généraux du droit, les personnes et les rapports entre les personnes, ainsi que les biens ». Cette disposition qui constitue la première page du *Code civil du Québec* traduit la volonté du législateur québécois d'imprégner les règles de droit civil des valeurs contenues dans la Charte québécoise et, notamment, d'assurer l'effectivité des libertés et des droits fondamentaux dans le domaine du droit civil comme la liberté de religion⁵⁹.

Hercule, demi-dieu, né des ébats du ciel et de la terre, peut donc user des pouvoirs que lui confère la supériorité hiérarchique par rapport à la

57. A. MOREL, «La Charte québécoise: un document unique dans l'histoire législative canadienne», (1987) 21 *R.J.T.* 20.

58. Cependant, il est important de noter que cette règle de prépondérance n'est pas absolue: le législateur a la faculté de déroger aux dispositions de la Charte québécoise s'il introduit dans la loi une clause de dérogation expresse en vertu de l'article 52. Selon A. MOREL, *loc. cit.*, note 57, 20, c'est pour des raisons constitutionnelles évidentes qu'une telle exception a été posée, «tenant au principe de la souveraineté parlementaire et à l'impossibilité pour un parlement de se lier pour l'avenir». En outre, il importe de préciser que, en raison du caractère fédéral du Canada, selon l'article 55 de la Charte québécoise, le champ d'application des libertés et des droits fondamentaux qu'elle contient est limité aux «matières qui sont de la compétence législative du Québec», cette compétence étant définie dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, art. 92. Enfin, la Charte québécoise, bien qu'elle soit au Québec une loi de nature exceptionnelle, n'en demeure pas moins hiérarchiquement inférieure à la Charte canadienne. Cette dernière, enchâssée dans la Constitution fédérale, «fait partie intégrante de la constitution qui est la loi suprême du pays et le fondement de toutes les lois»: F. ALLARD, «L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit civil: une relecture de l'arrêt *Dolphin Delivery* à l'aide d'une réflexion sur les sources du droit civil québécois», (2003) *R. du B.* 5.

59. Sur la question des rapports entre le *Code civil du Québec* et la Charte québécoise, voir, par exemple, l'article suivant: A. BISSON, «Nouveau Code civil et jalons pour l'interprétation: traditions et transitions», (1992) 23 *R.D.U.S.* 25. Un tel principe d'«harmonisation» du *Code civil du Québec* et de la Charte québécoise est déterminant tant pour le droit civil que pour le droit privé dans son ensemble. Puisque, selon la Disposition préliminaire, «le Code [...] établit [...] le droit commun», l'ensemble des règles qu'il contient ainsi que les libertés et les droits fondamentaux proclamés par la Charte québécoise se révèlent le fondement des autres lois touchant les questions relatives «[aux] personnes, [aux] rapports entre les personnes ainsi [qu'aux] biens». Par cette harmonisation du *Code civil du Québec* et de la Charte québécoise, s'organise donc un système intégré et hiérarchisé qui sert de droit commun à la province de Québec, droit commun que les lois spéciales peuvent compléter ou remettre en cause. Pour une interprétation originale de la notion de droit commun, telle qu'elle est consacrée par le *Code civil du Québec*, voir B. MELKEVIK, «Le nouveau Code civil du Québec et les droits de l'homme: paradigme

loi des chartes qu'il doit appliquer pour protéger au mieux la fragilité de l'exercice des droits et des libertés de la personne en matière religieuse. D'ailleurs, afin de légitimer encore davantage sa démarche, il n'hésite pas à se référer à la philosophie libérale, d'où les citations fréquentes de certains juges de la Cour suprême du Canada aux écrits de John Stuart Mill⁶⁰. Ainsi, pour Hercule, il est décisif que tout individu puisse être pleinement libre en vue de pouvoir contribuer, œuvrer à son plein épanouissement et à son propre bonheur hors de toute contrainte, notamment hors de toute contrainte des collectifs oppressifs. Hercule exalte la liberté individuelle, l'autonomie privée, cherche à la préserver de toute ingérence extérieure, en particulier étatique, la « personne » ne devant finalement rendre des comptes que pour les actes préjudiciables aux intérêts d'autrui.

Dans la jurisprudence canadienne et québécoise en matière religieuse, Hercule révèle ses traits caractéristiques de trois manières distinctes : en privilégiant une définition autoréférentielle de l'identité religieuse des parties fondée sur une analyse concrète des faits de l'espèce (2.1) ; en assurant une gestion encadrée de la différence religieuse par l'application des libertés et des droits fondamentaux contenus dans les chartes (2.2) ; en organisant, au fil de ses décisions, un pluralisme juridique d'arbitrage fondé sur une appréhension limitée des droits religieux hors de l'État (2.3).

2.1 Une définition autoréférentielle de l'identité religieuse des parties fondée sur une analyse concrète des faits de l'espèce

Pour la Cour suprême du Canada, la religion propre à chaque sujet de droit se compose « des croyances intimes et profondes qui régissent la perception que l'on a de soi, de l'humanité, de la nature et, dans certains

d'un nouveau "droit commun"», dans *Le Code civil et les droits de l'homme. Actes du colloque international « Le Code civil et les droits de l'homme »*, Grenoble, Université Pierre-Mendès-France, 2003, p. 403-416.

60. Par exemple, dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précitée, note 41, décision rendue par les juges McLachlin (juge en chef), Iacobucci, Major, Arbour et Fish (Bastarache, Binnie, LeBel et Deschamps (diss.)), la philosophie de John Stuart Mill fait directement partie de la doctrine citée par la Cour suprême du Canada. Elle sert de fondement pour définir la liberté telle que la comprend le juge Iacobucci dans cette décision. Voir le paragraphe 61 : « La seule liberté digne de ce nom est de travailler à notre propre avancement à notre gré, aussi longtemps que nous ne cherchons pas à priver les autres du leur ou à entraver leurs efforts pour l'obtenir. » Cette citation de la Cour suprême est empruntée à John Stuart Mill, *On Liberty and Considerations on Representative Government*, édité par R.B. McCallum, Oxford, Basil Blackwell, 1946, p. 11.

cas, d'un être supérieur ou différent⁶¹». D'après cette juridiction, «la religion s'entend de profondes croyances ou convictions volontaires, qui se rattachent à la foi spirituelle de l'individu et qui sont intégralement liées à la façon dont celui-ci se définit et s'épanouit spirituellement⁶²». En outre, selon la Cour suprême, les croyances religieuses des sujets de droit ne doivent subir aucun assaut extérieur, même de la part de l'État : au Canada, «la liberté de religion garantit que chacun est libre d'embrasser et de professer, sans ingérence de l'État, les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience⁶³». En conséquence, en raison du principe de non-ingérence de l'État au cœur des croyances du sujet de droit, les tribunaux sont, en général, très réticents à exercer un contrôle portant sur la teneur de la religion personnelle des individus. Suivant le juge Dickson de la Cour suprême du Canada, «les enquêtes de l'État portant sur la religion d'une personne devraient être évitées dans tous les cas où cela est raisonnablement possible, puisqu'elles ont pour effet d'exposer les croyances les plus personnelles et les plus intimes d'une personne à la connaissance et au contrôle public dans un contexte judiciaire ou quasi judiciaire⁶⁴».

La spécificité d'Hercule est donc de manifester une défiance toute particulière à l'égard d'une identification judiciaire de l'identité religieuse des parties. À la différence de Jupiter, il se refuse à retenir une définition hétéroréférentielle de l'identité religieuse des parties fondée sur une définition *a priori* de la religion des parties qu'il aurait lui-même établie en se fondant sur des critères abstraits et objectifs, indépendants de la subjectivité des parties. Pour Hercule, la définition de l'identité religieuse des parties ne peut être qu'autoréférentielle, c'est-à-dire qu'elle doit dépendre de leur sentiment d'identité religieuse intime que le juge cherche à saisir et à comprendre par une analyse concrète des faits de l'espèce. Dans la plupart de ses décisions, Hercule porte donc un intérêt tout particulier à la manière dont la partie a présenté sa religion personnelle devant le tribunal. Par exemple, dans l'affaire *Droit de la famille — 39*⁶⁵, le juge Carrier Fortin note qu'«un père, entendu comme témoin, déclare qu'il est un catholique romain pratiquant». De même, dans l'affaire *Droit de la famille — 260*⁶⁶,

61. *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 784, décision rendue par les juges Dickson (juge en chef), Beetz, McIntyre, Chouinard, Le Dain et La Forest ainsi que la juge Wilson (diss. en partie).

62. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précité, note 41, décision rendue par les juges McLachlin (juge en chef), Iacobucci, Major, Arbour, et Fish (Bastarache, Binnie, LeBel et Deschamps (diss.)), au paragraphe 39.

63. *Attis c. Board of Education of District N° 15 et al.*, [1996] N.R. 81, 127.

64. *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, note 61.

65. *Droit de la famille — 39*, [1983] R.J.Q. 74, 75 (C.S.).

66. *Droit de la famille — 260*, [1986] R.J.Q. 315 (C.S.).

le juge Frenette constate qu'une partie n'a pas admis être un membre de la communauté des Témoins de Jéhovah. Dans ces deux décisions, le juge québécois s'efforce d'appréhender la religion de la partie en considérant, avant tout, la manière pour elle de présenter sa religion devant le tribunal. Ce souci d'appréhender la religion du point de vue de la partie se manifeste également dans d'autres provinces canadiennes, par exemple, dans l'affaire *R. c. Videoflicks Ltd.*⁶⁷ soumise à la Cour d'appel ontarienne. Dans cette décision, le juge Tarnopolsky a pu affirmer que, «en mettant en évidence les pratiques religieuses dans un cas donné, l'analyse ne doit pas être faite dans la perspective majoritaire sur le concept de religion, mais elle doit être envisagée en précisant le rôle que les pratiques et les croyances jouent dans la religion de l'individu ou du groupe visé⁶⁸». Dans cette décision, le juge Tarnopolsky appréhende la religion des parties de manière subjective, en s'efforçant d'adopter le propre point de vue de la partie, quand bien même celui-ci serait minoritaire au sein d'une confession religieuse déterminée.

Par son analyse précise et concrète des faits, Hercule s'efforce donc de comprendre l'attitude que la partie a choisi d'adopter à l'égard des dogmes, des pratiques et des croyances de la communauté de croyants avec laquelle elle entretient des liens. En déterminant la religion d'une partie au regard des faits de l'espèce, Hercule recherche la spécificité de ses croyances et de ses pratiques religieuses et, éventuellement, les apprécie en les mettant en perspective avec celles qui sont retenues par la communauté de croyants à laquelle elle est affiliée. Si la partie a opté pour un courant minoritaire au sein de son groupe religieux ou même de la société, Hercule reconnaîtra la particularité des croyances de l'individu. En outre, si la religion de la partie est exclusivement personnelle, le juge canadien s'efforcera de la comprendre. À la différence de Jupiter, Hercule n'appréhende pas la religion des parties en fonction de critères objectifs préétablis. Il recourt plutôt à un faisceau d'indices pour épouser au plus près le sentiment d'identité religieuse de la partie. À cet égard, il met l'accent sur «le choix personnel exercé à l'égard des croyances religieuses [...] ceux qui invoquent la liberté de religion ne [devant] pas être tenus d'établir la validité objective de leurs croyances en apportant la preuve que d'autres fidèles de la même religion les reconnaissent comme telles⁶⁹». En fait, ce qui compte avant tout, pour

67. *R. c. Videoflicks Ltd.*, [1984] C.R.R. 193 (C.S.C.).

68. *Id.*, p. 216 [notre traduction du texte suivant] : «in determining what those essential practices are in any given cases, the analysis must proceed not from the majority's perspective of the concept of religion but in terms of the role that the practices and beliefs assume in the religion of the individual or group concerned».

69. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précité, note 41, par. 43.

Hercule, c'est « la sincérité de la croyance » et non sa « validité »⁷⁰ au regard de l'État ou de toute institution religieuse.

Le souci d'Hercule de protéger l'autonomie de la personne quelle que soit la religion qui fonde ses croyances se manifeste également lorsqu'il doit résoudre des contentieux fondés sur la différence religieuse des parties. Dans ces contentieux, Hercule s'efforce d'appliquer de manière stricte les libertés et les droits fondamentaux contenus dans les chartes pour gérer les différentes options métaphysiques des parties mais aussi pour définir et encadrer le champ d'application de la loi.

2.2 Une gestion encadrée de la différence religieuse par l'application des libertés et des droits fondamentaux contenus dans les chartes

Selon Hercule, les libertés et les droits fondamentaux contenus dans les chartes permettent une gestion encadrée de la différence religieuse. Dans ces contentieux, où des perspectives métaphysiques distinctes s'affrontent, où des identités religieuses s'opposent, où des comportements fondés sur des principes moraux contraires entrent en conflit, Hercule intervient, tout d'abord, pour réaffirmer que tout sujet de droit est titulaire de libertés et de droits fondamentaux en matière religieuse, et qu'il peut également les exercer au sein de la société sans contrainte extérieure, puis pour encadrer l'application de la loi, voire, dans certains cas, pour l'évincer.

Dans le cas des contentieux opposant des parties sur la base de leurs perspectives métaphysiques distinctes, Hercule, dans la première étape de son raisonnement, insiste toujours sur l'idée que chacun des sujets de droit en présence est titulaire des libertés et des droits fondamentaux consacrés par les chartes, notamment du droit à la liberté de religion, et que chacun doit pouvoir les exercer librement dans ses relations privées et publiques. Ainsi, dans un contentieux opposant une épouse catholique et un époux musulman, la première reprochant au second son prosélytisme religieux pour obtenir la nullité de leur mariage, le juge Guthrie a admis que la liberté de religion implique pour chacun des époux « la liberté de pratiquer sa religion et même de tenter de convaincre l'autre d'adopter la sienne⁷¹ ». À son avis, le droit au prosélytisme est un droit constitutif de la liberté de religion, reconnu à tous les membres de la famille, sans exception, ce qui justifie que l'action en nullité de l'épouse ne puisse aboutir. De

70. *Ibid.*

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

même, dans l'affaire *Droit de la famille — 1456*⁷², un père entendait que le droit de garde accordé à une mère soit réduit en raison de son appartenance à la communauté des Témoins de Jéhovah. Selon le père, catholique non pratiquant, il devait être interdit à la mère de pratiquer sa religion en présence de leur enfant commun. Les juges de la Cour d'appel de Québec ont refusé de reconnaître la légitimité d'une telle revendication. Selon le juge Brossard, «le droit fondamental à la liberté de religion est tel qu'il autorise et justifie chacun des ex-époux de pratiquer librement sa religion en présence de l'enfant⁷³».

Dès lors, il apparaît que, pour Hercule, à la différence de Jupiter, le principe de hiérarchie n'est pas un principe pertinent en vue d'ordonner la différence religieuse. Suivant Hercule, c'est aux parties qu'il incombe de gérer au quotidien la différence de leur identité religieuse et les conséquences qui en découlent puisque toute religion peut légitimement fonder une identité et s'exprimer librement au sein de la société sans que l'État doive intervenir. En fait, d'après Hercule, l'intervention judiciaire fondée sur la loi ne peut être justifiée que dans des cas extrêmes lorsque, par l'exercice de leur autonomie en matière religieuse, les parties agissent inspirées par l'envie de nuire ou avec une violence physique ou morale telle qu'elle cause un préjudice à un tiers. D'ailleurs, le souci d'Hercule de maintenir une gestion encadrée de la différence religieuse s'exprime clairement dans les deux décisions précédemment citées. Par exemple, dans l'affaire *M.-C.C. c. Mo.M.*, le juge Guthrie a précisé qu'un juge avait la possibilité d'apprécier l'impact sur un conjoint de la manière dont l'autre conjoint a choisi de pratiquer sa religion. En effet, selon lui, si «chaque époux peut pratiquer sa religion et même tenter de convaincre l'autre d'adopter la sienne», il ne peut néanmoins «utiliser la force, la crainte ou la fraude⁷⁴» pour convertir son conjoint. De même, le droit à la liberté de religion est aussi assorti de limites qui permettent d'apprécier l'impact d'une pratique religieuse sur les mineurs. Comme a pu l'affirmer le juge Brossard dans l'affaire *Droit de la famille — 1456*, «toute forme de prosélytisme, toute tentative d'endoctrinement forcé, tout enseignement dont soit la forme soit le contenu serait de nature à perturber l'enfant ou à engendrer entre cet enfant et l'autre parent un état conflictuel [...] justifieront l'intervention du Tribunal⁷⁵». Ainsi, s'il ne peut apprécier la religion des sujets de droit en tant que tel, Hercule se réserve, tout de même, la possibilité, au regard des limites reconnues au

72. Voir, par exemple, la décision *Droit de la famille — 1456*, [1991] R.D.F. 610 (C.A.), rendue par les juges Tyndale, Brossard et Rousseau-Houle.

73. *Id.*, 616.

74. *M.-C.C. c. Mo.M.*, précité, note 71, 177.

75. *Droit de la famille — 1456*, précité, note 72, 616.

droit à la liberté de religion, de contrôler la manière dont un sujet de droit pratique sa religion et les conséquences des comportements qu'il adopte, notamment sur les membres de sa famille. Toutefois, parce qu'il ne doit pas s'ingérer dans la sphère religieuse intime des individus de manière indue, il lui faut limiter son contrôle à l'analyse des faits tendant à prouver que le membre de la famille a subi un préjudice physique ou moral résultant de la manière dont la partie mise en cause pratique sa religion.

Enfin, le souci d'Hercule d'assurer une gestion encadrée de la différence religieuse par l'application des libertés et des droits fondamentaux se manifeste également par la possibilité qui est reconnue aux parties de recourir au droit à la liberté de religion pour évincer, à certaines conditions, l'application d'une règle de droit ou d'une obligation contractuelle en revendiquant un droit à l'objection de conscience. En effet, sur le fondement de l'article 2 de la Charte canadienne et de l'article 3 de la Charte québécoise, lorsque des règles de droit ou des obligations contractuelles heurtent les croyances religieuses d'un individu, le droit positif canadien a consacré le principe du droit à l'objection de conscience dont la particularité est d'amener le juge à considérer les croyances religieuses intimes des parties lorsqu'elles sont revendiquées pour évincer une règle de droit ou une obligation contractuelle particulière. Or, afin que le juge puisse reconnaître à une partie un droit à l'objection de conscience, trois éléments essentiels doivent être prouvés : 1) que sont sincères les croyances religieuses invoquées par les parties qui estiment leur liberté de religion atteinte ; 2) que ces croyances sont entravées d'une manière plus que négligeable et insignifiante par la règle de droit ou l'obligation contractuelle mise en cause ; 3) que la protection des croyances religieuses des parties par le droit à l'objection de conscience n'a pas d'incidence sur l'exercice des droits fondamentaux d'autrui, pas plus qu'elle ne porte atteinte à la sécurité, à l'ordre, à la santé ou aux mœurs publics⁷⁶.

La première condition de la reconnaissance du droit à l'objection de conscience est une conséquence du choix d'Hercule de ne pas s'ingérer dans les croyances religieuses profondes des individus. Comme, selon le juge Iacobucci de la Cour suprême du Canada, « l'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des dogmes religieux, et [qu']il ne devrait pas le devenir⁷⁷ », les juges, pour reconnaître le droit à l'objection de conscience, doivent développer le principe de « l'examen judiciaire de la sincérité des

76. *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, précité, note 49, par. 295, 337 ; *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 107 ; *Hôpital Sainte-Justine c. Giron*, REJB 2002-32270.

77. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précité, note 41, par. 50.

croyances » en s'inspirant ainsi de la Cour suprême des États-Unis⁷⁸. Dans l'affaire *R. c. Jones*⁷⁹, le juge La Forest a reconnu que, dans le contexte de la reconnaissance de l'atteinte au droit à la liberté de religion, « rien n'empêche le tribunal d'examiner la sincérité d'une croyance religieuse qu'une personne invoque en demandant d'être exemptée de l'application d'une loi valide. En fait, il a même le devoir de le faire⁸⁰. » De même, le juge Iacobucci a affirmé que, « bien que les tribunaux ne soient pas qualifiés pour se prononcer sur la validité ou la véracité d'une pratique ou croyance religieuse, ou pour choisir parmi les diverses interprétations d'une croyance, ils sont qualifiés pour statuer sur la sincérité de la croyance du demandeur, lorsque cette sincérité est effectivement une question litigieuse⁸¹ ». L'examen de la sincérité des croyances des parties est donc devenu essentiel dans la reconnaissance de l'atteinte au droit à la liberté de religion pour le juge canadien et même pour le juge québécois qui reconnaît la pertinence de cet examen. En d'autres termes, afin d'être prise en considération devant les tribunaux canadiens, la partie qui invoque son droit à la liberté de religion doit prouver que sa croyance est authentique et a un sens dans son existence au moment où elle porte son action devant le juge.

78. *Id.*, par. 45 : le juge Iacobucci fait ici une référence directe à la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Il note ceci : « dans *Thomas c. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707 (1981), la cour a jugé que, dans l'examen des garanties relatives au libre exercice de la religion prévues par le Premier amendement de la Constitution américaine, il faut tenir compte des croyances subjectives du demandeur et non de la position officielle de la religion concernée ». Le juge Iacobucci reprend les propos du juge en chef Burger qui a dit ce qui suit (p. 715-716) [notre traduction] : « la garantie de libre exercice ne se limite pas aux croyances partagées par tous les membres d'une secte religieuse. Tout particulièrement en cette délicate matière, il n'appartient pas aux tribunaux de se demander qui, du demandeur ou de son collègue de travail, a le mieux compris les commandements de leur foi commune. Les tribunaux ne sont pas les arbitres de l'interprétation des Écritures. Dans ce contexte, la fonction restreinte de la cour de révision consiste à décider s'il était juste de conclure que le demandeur avait cessé son travail parce qu'il croyait honnêtement que sa religion lui interdisait de l'accomplir. » Enfin, le juge Iacobucci observe que ce point de vue a été réitéré dans l'affaire *Frazee v. Illinois Department of Employment Security*, 489 U.S. 829 (1989), 834, où le juge White, rédigeant l'opinion unanime de la cour, a dit ceci [notre traduction] : « Il ne fait aucun doute que l'appartenance à un groupe religieux organisé, surtout si celui-ci a pour précepte l'interdiction de travailler le dimanche, facilite la reconnaissance des croyances sincères, mais nous rejetons l'idée que, pour être admis à invoquer la protection de la clause de libre exercice, l'intéressé doit le faire parce qu'il se conforme aux commandements d'une organisation religieuse donnée. En l'espèce, le refus de Frazee était fondé sur une croyance religieuse sincère. Suivant notre jurisprudence, il était admis à invoquer la protection du premier amendement. »

79. *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284.

80. *Id.*, 295.

81. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précité, note 41, par. 51.

Pour réaliser un tel constat, Hercule vérifie généralement si l'objecteur mène une vie qui s'articule autour du *credo* qu'il affiche. Il doit constater, à la lumière des faits de l'espèce, l'importance véritable que la religion personnelle d'une partie prend dans sa vie quotidienne. Par exemple, le juge Frenette, dans l'affaire *Droit de la famille – 260*⁸², a pu constater que les croyances religieuses d'un père étaient sincères parce que « ses préoccupations religieuses ou morales occupent le premier plan de sa vie et qu'il désire transmettre ses notions à ses enfants ».

La deuxième condition de la reconnaissance du droit à l'objection de conscience imposant une atteinte plus que négligeable et insignifiante à la liberté de religion de la partie se fonde sur la nécessité de ne pas attribuer de manière systématique un droit à une objection de conscience à une partie du simple fait qu'elle revendique une croyance religieuse sincère. En effet, au Canada, la « jurisprudence n'autorise pas les gens à accomplir n'importe quel acte [au nom de leur religion]⁸³ ». « La Constitution ne protège les particuliers et les groupes que dans la mesure où des croyances ou un comportement d'ordre religieux pourraient être raisonnablement ou véritablement menacés. Pour qu'un fardeau ou un coût imposé par l'État [ou par un contrat] soit interdit par l'article 2 a) de la Charte, il doit être susceptible de porter atteinte à une croyance ou pratique religieuse⁸⁴. » Ce deuxième élément implique donc pour l'individu, qui souhaite pouvoir invoquer son droit à l'objection de conscience, de prouver que la contrainte qui lui est imposée par une disposition législative, par une action gouvernementale ou privée ou par une obligation contractuelle lui crée un « intense désagrément⁸⁵ », des « contraintes considérables⁸⁶ », des difficultés « substantielles⁸⁷ », d'où résulte une « atteinte grave » ou une « entrave importante⁸⁸ » à sa capacité d'agir en conformité avec ses croyances religieuses⁸⁹.

Enfin, troisième condition, la gestion contrôlée de la différence religieuse et le droit qui est reconnu à tout citoyen d'exercer ses libertés et droits fondamentaux impliquent que la reconnaissance d'un droit à l'objection de conscience n'entre pas en conflit ni en opposition avec les droits fondamen-

82. *Droit de la famille – 260*, précité, note 66.

83. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précité, note 41, par. 62.

84. *Id.*, par. 58. Dans ce passage, le juge Iacobucci, exprimant la position majoritaire, reprend les propos du juge Wilson dans *R. c. Jones*, précité, note 79, 314.

85. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précité, note 41, par. 73.

86. *Id.*, par. 76 et 79.

87. *Id.*, par. 77.

88. *Id.*, par. 81.

89. C. BRUNELLE, « Les droits et libertés dans le contexte civil », dans ÉCOLE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Droit public et administratif*, « Collection de droit 2005-2006, vol. 7 », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006.

taux d'autrui. Elle ne doit pas entraver non plus la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics. En effet, pour la Cour suprême du Canada, «aucun droit — y compris la liberté de religion — n'est absolu⁹⁰». Son exercice et sa protection ne sont légitimes que s'ils ne viennent pas porter atteinte à des valeurs collectives ou individuelles, jugées supérieures. Par exemple, dans l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Martin*⁹¹, c'est le souci de préserver le droit fondamental à l'égalité de deux homosexuels qui a justifié l'atteinte à la religion du propriétaire d'une maison qui refusait de la leur louer en invoquant son droit à l'objection de conscience fondé sur son attachement au catholicisme et à sa doctrine refusant de reconnaître la légitimité des couples homosexuels. En l'espèce, selon le juge Brossard, «l'équilibre des droits fondamentaux exig[ea]it [...] que le défendeur ne porte pas atteinte à la dignité ou aux droits et libertés d'autrui». Dès lors, pour ce juge, il était évident qu'«une personne ne peut, en s'appuyant sur la liberté de religion garantie par la Charte, porter atteinte aux droits à l'égalité d'autrui, notamment par des pratiques discriminatoires contre des homosexuels», consistant à refuser de signer un contrat de bail avec eux.

Dans le cas de ce troisième élément, il est important de noter que la jurisprudence canadienne n'a pas encore déterminé clairement à qui revenait la charge de le prouver. En effet, s'il s'agit d'une limite intrinsèque à la liberté de religion, la charge de la preuve revient au demandeur : celui qui veut obtenir la reconnaissance d'un droit à l'objection de conscience doit établir que cette reconnaissance ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux d'autrui, à la sécurité, à l'ordre, à la santé ou aux mœurs publics. Au contraire, s'il s'agit d'une limite extrinsèque, au sens de l'article premier de la Charte canadienne ou de l'article 9.1 de la Charte québécoise, dans ce cas, la charge de la preuve pèse sur le défendeur : celui qui conteste la reconnaissance d'un droit à l'objection de conscience doit établir que cette reconnaissance est contestable, car elle porte atteinte aux droits fondamentaux d'autrui, à la sécurité, à l'ordre, à la santé ou aux mœurs publics. Dans la décision *Syndicat Northcrest c. Amselem*⁹², la position majoritaire passe sous silence cette question, mais le juge Bastarache, dissident, fait de la protection de ces intérêts supérieurs une limite extrinsèque à la liberté de religion. Dans sa perspective, c'est au demandeur de prouver l'atteinte à sa liberté de religion et au défendeur de démontrer que cette atteinte est licite, notamment parce que la reconnaissance du droit à l'objection de

90. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précité, note 41, par. 61.

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

92. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précité, note 41.

conscience du demandeur aurait pour effet de porter atteinte aux droits fondamentaux d'autrui, à la sécurité, à l'ordre, à la santé ou aux mœurs publics⁹³.

Lorsque les trois éléments précédemment décrits sont réunis, Hercule reconnaît à un individu la possibilité de revendiquer un droit à l'objection de conscience fondé sur son *credo* pour évincer l'application d'une règle de droit ou d'une obligation contractuelle⁹⁴. C'est ainsi que, dans la déci-

93. *Id.*, par. 155 et 156: «Le tribunal qui se livre à l'exercice de conciliation doit se poser les deux questions suivantes: (1) Y a-t-il atteinte à l'objet du droit fondamental? (2) Si oui, cette atteinte est-elle licite, compte tenu des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général? Une réponse négative à cette deuxième question indique qu'il y a violation d'un droit fondamental. À la première étape de l'analyse, il appartient à celui qui allègue l'atteinte de la démontrer. Tel qu'expliqué plus haut, le requérant doit, pour ce faire, démontrer l'existence d'un précepte religieux, la croyance sincère au caractère obligatoire de la pratique découlant de ce précepte, de même que l'existence d'un conflit entre la pratique et la règle. Je note qu'à cette étape on parle d'atteinte à l'objet du droit, plutôt que de violation du droit lui-même. Par conséquent, même si le requérant démontre, à la première étape, une atteinte à l'objet du droit protégé, celle-ci ne constitue une violation du droit lui-même que si elle n'est pas conforme aux principes qui sous-tendent l'art. 9.1. À mon avis, il appartient donc au défendeur, à la deuxième étape, de démontrer que l'atteinte est conforme à l'art. 9.1. Il est logique d'imposer au requérant le fardeau de prouver l'atteinte, et à son adversaire celui d'établir sa conformité avec l'art. 9.1, puisque ces parties sont les mieux placées pour en faire la preuve.» Sur cette question, voir aussi: C. BRUNELLE, *op cit.*, note 89; C. BRUNELLE, «La sécurité et l'égalité en conflit: la structure de la Charte québécoise comme contrainte excessive?», dans BARREAU DU QUÉBEC et TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE (dir.), *La Charte des droits et libertés de la personne: pour qui et jusqu'où?*, Textes des conférences du colloque tenu à Montréal les 28 et 29 avril 2005, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 343-377.

94. Toutefois, dans la décision *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précitée, note 41, par. 100 et 101, il est important de noter que le juge Iacobucci introduit l'idée qu'il est possible de renoncer dans un contrat à un droit fondamental comme le droit à la liberté de religion si cette renonciation est volontaire et formulée en termes clairs, précis et explicites: «il est permis de penser que la décision de renoncer à un droit fondamental comme la liberté de religion – à supposer qu'il soit même possible de le faire – doit non seulement être volontaire, mais doit aussi être formulée en termes clairs, précis et explicites. Non seulement une interdiction générale prohibant toute construction, interdiction comme celle prévue par la déclaration de copropriété, serait-elle insuffisante pour justifier un tribunal de conclure à l'existence d'une renonciation, mais on peut également soutenir qu'il en serait de même pour tout document ne mentionnant pas expressément le droit garanti par la *Charte* qui est visé. En définitive, je suis d'avis que les appelants n'ont pas renoncé de façon claire, expresse et volontaire à leur droit à la liberté de religion. De plus, il est impossible d'affirmer que les demandeurs comprenaient parfaitement qu'en signant la déclaration de copropriété ils se trouveraient à renoncer à leurs droits. Je suis certain que, lorsqu'ils ont signé la déclaration, les appelants ne se doutaient nullement que ce faisant ils renonçaient à leur droit à la liberté de religion, compte tenu particulièrement du fait que l'art. 9.3 du règlement permet expressément de fermer des parties de balcons

sion *Syndicat Northcrest c. Amselem*, de la Cour suprême du Canada, le juge Iacobucci, exprimant la position majoritaire, a pu reconnaître que des copropriétaires juifs de Montréal qui avaient érigé des constructions sur leurs balcons pour la fête de soukot, agissant ainsi en contradiction avec le règlement de copropriété, pouvaient légitimement, au regard des faits de l'espèce, ne pas respecter les obligations contractuelles qui leur étaient imposées par le règlement en invoquant l'atteinte à leur droit à la liberté de religion. Alors que, dans le même contentieux, Jupiter a affirmé la supériorité de la loi et plus précisément du droit des contrats sur la liberté de religion, Hercule a pris une position diamétralement opposée, en affirmant la supériorité de la liberté de religion sur la force obligatoire des contrats pour assurer « la promotion de la tolérance envers les minorités religieuses et culturelles⁹⁵ ».

Le souci d'Hercule de préserver l'autonomie des personnes juridiques en matière religieuse par l'application des libertés et des droits fondamentaux se manifeste par une gestion encadrée de la différence religieuse par l'application des libertés et des droits fondamentaux contenus dans les chartes. Elle s'exprime, enfin, dans sa manière d'appréhender les droits religieux hors de l'État. Loin de promouvoir, comme Jupiter le fait, un monisme juridique radical, Hercule organise plutôt un pluralisme juridique d'arbitrage fondé sur une appréhension limitée des droits religieux hors de l'État.

2.3 Un pluralisme juridique d'arbitrage fondé sur une appréhension limitée des droits religieux hors de l'État

Comme Jupiter, Hercule est conscient de la pluralité des sphères productrices de droit sur le territoire national, notamment de la coexistence sur le territoire national du droit étatique et des droits religieux des différentes communautés de croyants. À l'instar de Jupiter, Hercule a indéniablement une conscience pluraliste du droit. Cependant, à la différence de Jupiter, Hercule ne s'enferme pas dans une pratique moniste radicale pour nier la réalité plurielle du droit. Au contraire, dans ses décisions, il retient une appréhension pluraliste du droit, où il reconnaît, dans une certaine mesure et à des conditions particulières, l'existence et l'application des

avec le consentement des copropriétaires, consentement qui, les appelants pouvaient le supposer, ne leur serait pas déraisonnablement refusé s'ils demandaient à installer des souccahs pour célébrer la fête du Souccoth. En fait, le dossier révèle que, lorsque les appelants ont acheté leur appartement, au moins quelques-uns d'entre eux désiraient en acquérir un possédant précisément un balcon dégagé et non couvert, de façon à pouvoir y installer une souccah conforme aux prescriptions de la loi juive.»

95. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précité, note 41, par. 87.

droits religieux hors de l'État. Toutefois, le pluralisme juridique d'Hercule présente une particularité importante : loin de reposer sur un effort d'harmonisation systématique du droit étatique et des droits religieux, son pluralisme juridique est un pluralisme juridique d'arbitrage, fondé sur une appréhension limitée des droits religieux hors de l'État par une délimitation de la compétence du droit étatique par rapport aux droits religieux existant sur le territoire national. En effet, pour Hercule, relativement aux questions religieuses, il est déterminant de distinguer deux entités normatives : la communauté de croyants et l'individu. Par exemple, si le droit étatique peut prendre en considération les règles religieuses de l'individu, soit le droit religieux dans son appréhension subjective, il en est tout autrement pour les règles religieuses des communautés de croyants, c'est-à-dire le droit religieux dans son appréhension objective.

Pour Hercule, il existe sur le territoire national des espaces où le droit étatique n'a pas vocation à pénétrer et qui sont les communautés de croyants. Ces espaces normatifs qu'il reconnaît comme des ordres juridiques ont leur propre mode de fonctionnement qu'il importe pour l'ordre juridique étatique de ne pas entraver. Leur existence impose à la règle étatique une attitude de retrait afin que le pouvoir normatif des communautés puisse pleinement s'exprimer. Cette position est exprimée clairement dans l'opinion majoritaire de la décision *Syndicat Northcrest c. Amselem* rédigée par le juge Iacobucci de la Cour suprême du Canada. Reprenant les propos du juge en chef Burger de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division*⁹⁶, le juge Iacobucci note dans sa décision qu'« il n'appartient pas aux tribunaux de se demander qui [...] a le mieux compris les commandements de leur foi commune. Les tribunaux ne sont pas les arbitres de l'interprétation des Écritures. » Inversement, ces communautés de croyants ne doivent pas non plus avoir d'incidences dans les lieux où s'applique le droit étatique qui, lui aussi, s'exprime au sein d'un ordre juridique, autonome par rapport aux ordres juridiques religieux. Pour assurer le maintien de l'autonomie de l'ordre juridique étatique et des ordres juridiques religieux, Hercule n'hésite pas à se déclarer incompétent, si cela est nécessaire, au profit des tribunaux religieux. Il ne craint pas non plus de délimiter sa sphère de compétence, notamment en la limitant, par exemple, dans le cas de l'application de l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce de 1985* lorsque la levée des obstacles au remariage religieux d'un époux dépend

96. *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707 (1981).

d'une autorité religieuse⁹⁷. Inversement, il peut aussi considérer que les règles religieuses d'une communauté de croyants ne peuvent avoir d'incidences directes sur une institution civile comme le mariage⁹⁸. En fait, dans la jurisprudence canadienne, tout se passe comme si le juge s'efforçait de ne jamais mettre en conflit les droits religieux et le droit étatique, ces droits s'exprimant dans des réseaux normatifs séparés au point qu'ils ne peuvent se rencontrer par principe. D'ailleurs, si rencontre il doit y avoir, en particulier au moment de la célébration du mariage, notons qu'elle est organisée comme une exception par la règle de droit civil qui s'efforce d'articuler les exigences des deux règles, spécialement en permettant aux ministres du culte habilités à célébrer des mariages de refuser de s'exécuter lorsque les conditions de fond du mariage religieux ne sont pas respectées⁹⁹.

Pour Hercule, les individus constituent aussi des sources de droit en matière religieuse. En effet, aux yeux d'Hercule, l'individu respecte un corps de règles particulières en vue de réaliser un projet spirituel précis. Ces règles sont pour lui contraignantes et leur légitimité repose, quant au croyant, sur la tradition qu'il a choisi de respecter ainsi que sur ses expériences spirituelles personnelles. Hercule considère aussi que la règle de droit étatique ne doit pas nuire à l'expression de l'autonomie normative de l'individu. Elle ne doit pas entraver la cohérence normative que l'individu

97. Voir : *Loi sur le divorce*, L.R. 1985, c. 3, art. 21-1 (6) (ci-après citée : «*Loi sur le divorce de 1985*») : « [Exception] Le présent article ne s'applique pas aux cas où la suppression des obstacles au remariage religieux relève d'une autorité religieuse. » Selon J.T. SYRTASH, «*Removing Barriers to Religious Remarriage in Ontario: Rights and Remedies*», (1986-1987) 1 *C.F.L.Q.* 309, 332, ce paragraphe de l'article 21-1 de la *Loi sur le divorce de 1985* a pour effet d'exclure la procédure en nullité devant les juridictions catholiques du champ d'application de la procédure relative à la levée des obstacles au remariage religieux entre époux : « the barrier to religious remarriage to be removed, the Catholic annulment itself, is not an event that is "within the control" of one or the other spouse; it is not ultimately within the control of either party to the action for nullity to obtain a declaration for which the judicial authority of the Catholic Church is required. »

98. Par exemple, dans la jurisprudence québécoise, la juge Lemelin a réaffirmé l'autonomie du mariage civil par rapport aux mariages religieux. Dans l'affaire *Hendricks c. Procureur général du Québec*, [2002] R.J.Q. 2506, [2002] R.D.F. 1022, par. 164 (C.S.), elle a considéré que les principes des chartes canadienne et québécoise devaient prévaloir sur les principes des religions : « 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 civile. »

99. Voir, sur cette question, l'article 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. »

s'efforce de respecter au sein de son existence. Toutefois, à la différence de la règle religieuse en tant que réalité communautaire et institutionnelle, le juge québécois accepte qu'un conflit puisse se manifester entre la règle religieuse individuelle et la règle étatique. Il importe alors de le résoudre en recourant à différents mécanismes issus des droits fondamentaux qui jouent un rôle déterminant dans la réception de la règle religieuse au sein de l'ordre juridique étatique. Ainsi, la règle religieuse individuelle peut être réceptionnée à un point tel qu'elle est en mesure de justifier l'éviction de la règle de droit civil ou d'une obligation contractuelle pour lui permettre de produire pleinement ses effets normatifs. Dans ce cas, le fondement de la réception de la règle religieuse est le droit à la liberté de religion, pouvant justifier, comme nous l'avons vu précédemment, la revendication d'un droit à l'objection de conscience opposable au contenu de la loi ou à une obligation contractuelle. Dans ce cas, pour fonder le droit à l'objection de conscience, Hercule va se référer aux obligations religieuses du croyant en les envisageant de manière subjective et non de manière objective. En effet, pour Hercule, « l'examen ne porte pas sur la perception qu'ont les autres des obligations religieuses du demandeur, mais sur ce que ce dernier considère subjectivement comme étant ces obligations religieuses [...], il ne convient [donc] pas d'exiger qu'il produise des opinions d'expert pour établir la sincérité de sa croyance. Un « expert » ou une autorité en droit religieux ne saurait remplacer l'affirmation par l'intéressé de ses croyances religieuses¹⁰⁰. »

Au regard de ce traitement dual des droits religieux hors de l'État fondé sur la distinction entre la règle religieuse envisagée de manière subjective et de manière objective, il apparaît clairement que, selon Hercule, l'individu est le vecteur qui lui permet d'évincer l'épineuse question de l'articulation du droit étatique et des droits religieux en se concentrant sur la seule biographie normative de l'individu par le recours au droit à la liberté de religion consacré par les chartes. D'après Hercule, si le droit à la liberté de religion justifie le retrait du droit étatique des communautés de croyants fondés sur des droits religieux particuliers, au contraire, le même droit justifie un effort d'arbitrage entre le droit étatique et les règles religieuses subjectives des croyants.

En conclusion, il apparaît qu'Hercule est le modèle inversé de Jupiter concernant l'élaboration du droit des croyants. Si, pour Jupiter, il est important d'établir la loi étatique comme source transcendante et unique du droit des croyants, suivant Hercule, c'est la jurisprudence qui, grâce à l'avènement des chartes, est devenue la source immanente et incontournable de

100. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précité, note 41, par. 54.

ce droit. Au fil de ses décisions, en approfondissant le sens et l'application des libertés et des droits fondamentaux contenus dans la Charte canadienne et dans la Charte québécoise, Hercule a pu affirmer la prééminence de la jurisprudence sur la loi, la première travaillant à préserver l'autonomie privée des minorités en matière religieuse que l'aspect majoritaire de la loi risquerait de brimer. Afin d'y parvenir, Hercule oppose, à la généralité et à l'abstraction de la loi, le concret et la singularité de ses décisions, en usant de sa compréhension des libertés et des droits fondamentaux qu'il applique pour saisir le croyant dans sa subjectivité identitaire et normative. Quant aux droits religieux hors de l'État, il se contente d'en faire une appréhension limitée par un pluralisme d'arbitrage, en distinguant la règle religieuse subjective, celle du croyant, qu'il reconnaît et dont il protège l'expression à certaines conditions, de la règle religieuse objective, celle des communautés de croyants, à l'égard de laquelle il s'impose une attitude de retrait. Si Jupiter, par la sacralisation de la loi et plus particulièrement du code civil, protège la nation contre l'oppression religieuse, Hercule, en prenant les droits fondamentaux au sérieux grâce aux chartes, protège l'autonomie de la personne en matière religieuse contre l'oppression de la majorité, dont la loi, dans une certaine mesure, reste le symbole.

Hercule et Jupiter sont deux figures dogmatiques reposant sur des représentations claires et précises de ce que doit être la réalité religieuse dans les sociétés au sein desquelles ils rendent leurs décisions. Toutefois, pour l'élaboration du droit des croyants, un autre modèle peut être retenu, plus discret, sans doute parce qu'il est plus complexe : celui de Minerve, non inféodée à une mythologie nationale particulière et à la recherche constante d'un équilibre entre les valeurs de tolérance, de neutralité et de liberté en matière religieuse.

3 Minerve¹⁰¹ : le droit des croyants comme fruit d'une dialectique

À la différence de Jupiter, qui se tient généralement sur les sommets de l'État français, et d'Hercule, qui déambule principalement dans les couloirs de la Cour suprême du Canada, Minerve n'est ni française, ni canadienne, ni

101. Dans cet article, à la différence de celui de François Ost (voir la note 3), nous n'avons pas retenu la figure d'Hermès pour rendre compte du troisième modèle d'élaboration du droit des croyants par le juge étatique. Nous avons retenu la figure de Minerve pour deux raisons principales. Premièrement, pour décrire le troisième modèle d'élaboration du droit des croyants par le juge étatique, nous n'avons pas retenu le concept de «réseau» que François Ost expose pour décrire les attributs d'Hermès. Deuxièmement, pour rendre compte de la dialectique, il nous semblait plus pertinent d'avoir recours à Minerve, figure d'équilibre et de sagesse, plutôt qu'à Hermès, dieu du commerce, gardien des routes, des voyageurs et ... des voleurs.

québécoise. Sa particularité est d'être de chacune de ces nations, sans jamais véritablement en servir aucune. Consciente que toute question religieuse posée au juge implique la recherche d'un équilibre entre des réalités et des aspirations contradictoires, elle s'efforce d'intégrer dans son raisonnement toutes ces contradictions pour s'acheminer vers une synthèse, propre à chaque situation particulière qui lui est soumise. En regard de Jupiter, au service de la loi et de la nation, et d'Hercule, au service des chartes, de la jurisprudence et de la « personne », Minerve fait figure de troisième voie, celle de la dialectique, agissant avec les contraires qui traversent les contentieux de nature religieuse et au-delà de ces oppositions.

Pour Minerve, l'enjeu, dans chaque décision à rendre, n'est pas de protéger plus la nation que l'autonomie privée de la personne ou inversement. Selon Minerve, l'enjeu est plutôt d'intégrer, dans la construction de sa décision, avec sagesse et modestie, les différentes réalités normatives en présence : celles de la loi, de la jurisprudence, des personnes et des droits religieux hors de l'État. Au dire de Minerve, le droit des croyants est donc le fruit d'une dialectique entre la définition hétéroréférentielle et la définition autoréférentielle de l'identité religieuse (3.1), entre la loi et les libertés et les droits fondamentaux des croyants (3.2) ainsi qu'entre le droit de l'État et les droits religieux hors de l'État (3.3).

3.1 Une dialectique entre la définition hétéroréférentielle et la définition autoréférentielle de l'identité religieuse

Pour Minerve, la définition de l'identité religieuse des parties n'est ni le fruit exclusif d'une définition objective que l'ordre juridique aurait lui-même élaborée, ni le résultat du seul sentiment d'identité religieuse intime des parties que le juge chercherait à saisir et à comprendre par une analyse concrète des faits. Aux yeux de Minerve, la définition de l'identité religieuse des parties est le résultat de la synthèse du point de vue de l'ordre juridique étatique, de l'individu et de la communauté de croyants à laquelle il peut être affilié, synthèse qu'elle ne peut réaliser que par une écoute très attentive des parties au moment du procès.

En France, sur la question de l'identité religieuse des parties, Minerve est plutôt discrète. Elle se manifeste seulement de manière subtile lorsqu'un juge, au moment de la détermination de l'appartenance religieuse d'une partie, choisit d'y ajouter des éléments de faits révélant les croyances religieuses intimes de cette dernière. Par exemple, dans une décision de la Cour d'appel de Versailles du 31 octobre 1994, après avoir établi l'appartenance religieuse juive d'un époux au regard de son mariage au sein de cette communauté, les juges ont pu noter que, toutefois, cet époux présentait des

convictions particulières de «juif laïque et athée¹⁰²», ce qui venait ainsi teinter l'identité religieuse du croyant d'une touche subjective. En outre, dans des contentieux relatifs au prénom, certains juges ont choisi de ne pas négliger certains aspects psychologiques des parties qui peuvent être liés à une appartenance religieuse particulière. Par exemple, dans une décision de la Cour d'appel de Paris du 26 septembre 1996¹⁰³, après avoir déterminé l'appartenance religieuse juive de la partie en raison de sa conversion au judaïsme, les juges ont accepté de reconnaître qu'elle présentait un intérêt légitime à changer de prénom au sens de l'article 57 du *Code civil* (maintenant article 60 du *Code civil*) en substituant au prénom de «Marie-Christine» celui de «Sarah» au motif que «la conservation du prénom de Marie-Christine, prénom à forte connotation chrétienne, lui caus[ait] des problèmes psychologiques et d'identité religieuse¹⁰⁴». Dans ces deux décisions, les juges ont accepté de nuancer la définition hétéroréférentielle de l'identité religieuse établie par l'ordre juridique étatique français en approfondissant la notion légale d'appartenance religieuse pour y intégrer un certain degré de subjectivité. Par cette démarche, ils ont introduit subtilement l'idée qu'une appartenance religieuse n'est pas seulement la soumission à un corps de croyances et de règles organisé par une communauté de croyants, mais aussi le résultat d'une autonomie spirituelle du croyant, reconnue dans une certaine mesure et à des conditions particulières.

Au Québec, Minerve se manifeste de manière plus évidente qu'en France lorsque des juges veulent nuancer l'approche trop subjective d'Hercule. En effet, certains juges québécois sont embarrassés par l'identification autoréférentielle de l'identité religieuse et ne s'inscrivent pas pleinement dans cette approche purement subjective de l'identité religieuse. Par exemple, dans la décision *Smart c. Eaton*¹⁰⁵, la sincérité des croyances de la demanderesse a été admise sans avoir fait l'objet d'un examen approfondi, le juge ne semblant pas vouloir s'y résoudre. Dans d'autres décisions, certains juges ont pu aussi manifester leur souci de ne pas se limiter à la simple identification subjective de l'identité religieuse des parties et à la recherche de la sincérité de ses croyances qui, selon eux, sont des éléments insuffisants et difficilement compréhensibles. Pour identifier la religion des parties, ils ont alors voulu établir un lien raisonnable entre leurs croyances religieuses et celles d'une communauté de croyants existant au sein de la société. Par exemple, en première instance, pour le juge Rochon, dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, «la façon de remplir ses devoirs

102. Versailles, 31 oct. 1994, D. 1995.Jur.245, note E. Agostini.

103. Paris, 26 sept. 1996, P.A. 1997.Jur.n° 66.17, note G. Yamba.

104. *Ibid.*

105. *Smart c. Eaton ltée*, [1994] C.H.R.R. D/446.

religieux ne peut relever d'une conception purement subjective du pratiquant sans relation avec un enseignement religieux portant à la fois sur la croyance et la façon de la manifester de sa religion¹⁰⁶». Dans cette décision, le juge Rochon a voulu objectiver l'identification de la religion d'une partie en imposant la preuve d'un lien raisonnable entre les croyances de la partie et une communauté religieuse avec laquelle elle entretient des liens. Pour lui, toutes les croyances ne sont pas en soi admissibles, quand bien même elles seraient sincères. Il en est de même pour le juge Bastarache, de la Cour suprême du Canada, qui exprimait une opinion dissidente dans la décision *Syndicat Northcrest c. Amselem*¹⁰⁷. À ses yeux,

le juge du procès ne saurait [...] établir qu'une personne a une croyance sincère, ou a adopté de façon sincère une pratique religieuse qui a un lien de rattachement véritable avec la religion à laquelle [elle] dit adhérer sans faire appel à un critère objectif. C'est une chose de prétendre qu'une pratique est protégée même si certains adeptes de la religion ne pensent pas qu'elle fait partie des préceptes de cette religion, et une autre d'affirmer qu'une pratique doit être protégée lorsqu'aucun adepte ne pense qu'elle fait partie des préceptes de la religion en question. Si une pratique doit, au terme de l'article 3 [de la Charte québécoise] avoir un lien de rattachement avec la religion, ce lien doit être objectivement identifiable.

Pour Minerve, la religion ne peut donc pas être réduite à une seule réalité individuelle. Elle est aussi une réalité collective et institutionnelle que l'ordre juridique étatique ne peut négliger lors de l'identification de la religion des parties en se contentant d'une définition autoréférentielle, fondée sur la seule subjectivité du croyant.

Minerve manifeste aussi son esprit de sagesse et de nuance lorsque, dans un litige, des parties s'opposent en raison de leurs perspectives métaphysiques distinctes.

3.2 Une dialectique entre la loi et les libertés et les droits fondamentaux des croyants

Afin de régler les tensions dans les contentieux fondés sur la différence religieuse des parties, Minerve ne manifeste une foi exclusive ni dans la loi ni dans les libertés et les droits fondamentaux consacrés par les chartes. Devant l'expression de la différence religieuse, la solution, pour Minerve, ne se trouve pas plus dans l'affirmation de la transcendance de la nation s'incarnant dans la loi que dans la reconnaissance du principe de l'autonomie des personnes en matière religieuse sur le fondement des libertés et des droits fondamentaux. La solution apparaît plutôt, suivant

106. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [1998] R.J.Q. 1892 (C.S.), décision rendue par le juge André Rochon.

107. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précitée, note 41, par. 135.

Minerve, entre ces deux exigences, soit le respect de la volonté générale des citoyens et le respect de l'autonomie religieuse des personnes protégée par les chartes.

En France, Minerve cherche ainsi à pondérer Jupiter en admettant, à la différence de ce dernier, que la loi et les libertés et les droits fondamentaux peuvent s'harmoniser, et non que la première doit s'imposer systématiquement aux secondes. Par exemple, dans le contentieux opposant des locataires juifs à leur bailleur qui refusait de leur installer une serrure mécanique en complément des digicodes et des cartes magnétiques pour leur permettre l'accès à leur immeuble le jour du sabbat, la Cour d'appel de Paris, le 27 octobre 2000, a admis, à la différence de la Cour de cassation, qu'une obligation contractuelle pouvait être imposée à une partie à un contrat en raison de la religion et des préceptes que respecte un de ses cocontractants. Selon la Cour d'appel, le refus du bailleur d'installer des serrures mécaniques causait aux locataires un trouble manifestement illicite : par l'attitude du propriétaire, les locataires étaient entravés dans l'exercice de leur liberté de culte garantie par la Constitution et des textes supranationaux¹⁰⁸. Toutefois, pour imposer cette obligation au propriétaire, les juges de la Cour d'appel ne se sont pas contentés d'une référence à une liberté fondamentale telle que la liberté de culte, comme aurait pu le faire Hercule. Ils ont choisi d'ajouter cette obligation au contrat par le recours à l'article 1134, alinéa 3 du *Code civil* qui impose aux parties

108. Paris, 27 oct. 2000, *Juridisque Lamy* : « Considérant que, dans ces conditions et au regard de la liberté de culte garantie par la Constitution française comme par les textes internationaux, le fait pour la S.I.G. de refuser d'installer, au moins pour l'un des accès à la résidence, des serrures mécaniques actionnées par des clés, en plus de serrures électriques actionnées seulement par digicode, cause un trouble manifestement illicite aux résidents qui en font la demande légitime, fondée sur les prescriptions de la religion judaïque qui proscrivent notamment en période de Shabbat – du vendredi soir au samedi soir – la mise en œuvre de toute forme d'énergie, y compris l'électricité [...] que la S.I.G. prétend tout aussi en vain que les demandeurs ont accepté pendant des années d'utiliser le digicode mis en place en 1989 pour l'accès à chacun des trois bâtiments d'habitation, sans réclamer la clé de la serrure mécanique qui reste depuis lors en la seule possession du gardien ; qu'en effet, le fait pour les intéressés d'avoir supporté sans protester, pendant plusieurs années, un trouble entravant leur liberté de culte par le fait qu'il les expose soit à transgresser la stricte observance des préceptes de leur religion, soit à attendre pendant une durée aléatoire qu'un autre habitant – non concerné – actionne le mécanisme électrique, ne les empêche nullement de se prévaloir de l'illicéité manifeste dudit trouble et d'en demander la cessation lorsqu'ils estiment l'avoir suffisamment enduré et que l'installation, en décembre 1998, d'une nouvelle enceinte munie à son tour d'un digicode vient redoubler ce trouble et leur en fait davantage ressentir le caractère insupportable, s'agissant des allées et venues quotidiennes de la vie courante consistant à entrer ou sortir aussi bien de l'ensemble de la résidence que de l'immeuble même dans lequel ils ont leur habitation. »

l'exigence d'exécuter le contrat de bonne foi et, notamment, dans le respect des libertés et des droits fondamentaux. En effet, cet article, cheval de Troie du juge français de droit civil dans le cadre contractuel, a permis aux juges de la Cour d'appel de compléter les obligations à la charge du bailleur et de déduire une obligation implicite à sa charge, à savoir intervenir pour accommoder les croyances religieuses de ses preneurs et ainsi leur permettre de respecter leurs obligations religieuses¹⁰⁹. Dans cette décision, Minerve a donc allié la loi (l'article 1134, alinéa 3 du *Code civil*) et les libertés et les droits fondamentaux (la liberté de culte garantie également par l'article premier de la loi du 9 décembre 1905) pour trouver une solution à un conflit fondé sur la différence religieuse.

En France, est aussi le fait de Minerve l'avis du Conseil d'État du 27 novembre 1989¹¹⁰ qui portait sur la question du port des signes d'appartenance à une communauté religieuse dans l'enceinte de l'école publique. Dans cette décision, en admettant qu'à l'école le port d'un signe qui manifeste une « appartenance à un religion n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité » dans la mesure où il ne constitue pas un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande par sa nature ou encore par son caractère ostentatoire ou revendicatif, le Conseil d'État s'est efforcé de proposer une voie d'équilibre entre le nécessaire respect imposé par la Constitution et les lois nationales du principe de laïcité et du principe de neutralité de l'ensemble des services publics avec le respect de la liberté de conscience et de religion reconnue à chacun des élèves¹¹¹. Cet

109. Paris, 27 oct. 2000, *Juris Data*: n° 2000-128442: « Considérant que la S.I.G. objecte vainement que l'article 1134 du Code civil empêcherait de fournir aux demandeurs une prestation particulière non prévue au contrat, alors que les conventions doivent être exécutées de bonne foi et qu'il est évident que l'installation d'une serrure mécanique supplémentaire et la confection de clés de serrures mécaniques préexistantes dans trois bâtiments – dont le coût peut être facturé aux intéressés – n'altère pas l'équilibre du contrat de location conclu entre les parties. »

110. C.E. Avis n° 346.893, Assemblée générale, 27 novembre 1989, R.F.D.A.1990.6.

111. *Ibid.*: « il résulte des textes constitutionnels et législatifs et des engagements internationaux de la France sus-rappelés que le principe de laïcité de l'enseignement public, qui est l'un des éléments de la laïcité de l'État et de la neutralité de l'ensemble des services publics, impose que l'enseignement soit dispensé dans le respect d'une part de cette neutralité par les programmes et par les enseignants et d'autre part de la liberté de conscience des élèves. Il interdit conformément aux principes rappelés par les mêmes textes et les engagements internationaux de la France toute discrimination dans l'accès à l'enseignement qui serait fondée sur les convictions ou croyances religieuses des élèves. La liberté ainsi reconnue aux élèves comporte pour eux le droit d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires, dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui, et sans qu'il soit porté atteinte aux activités d'enseignement, au contenu des programmes et à l'obligation d'assiduité. Son exercice peut être limité, dans la mesure où il ferait obstacle à l'accomplissement des missions

avis du Conseil d'État, en articulant la Constitution, la loi et les libertés et les droits fondamentaux, s'efforçait de trouver une voie médiane entre l'affirmation stricte et sans nuance de la séparation de l'espace public et des religions et le nécessaire respect de l'autonomie des citoyens, et notamment des élèves, en matière religieuse.

Au Québec, Minerve cherche aussi à nuancer la démarche d'Hercule en introduisant l'idée que, dans les contentieux fondés sur la différence religieuse, le respect de la loi est tout aussi légitime que celui des libertés et des droits fondamentaux. Par exemple, dans le cadre contractuel, pour assurer le respect de la force obligatoire du contrat et le respect éventuel de la religion de ceux qui en sont partie, Minerve n'hésite pas à ouvrir la voie aux parties à un accommodement raisonnable permettant la reconnaissance de chacune de leurs exigences. Ainsi, dans la décision *Syndicat Northcrest c. Amselem*¹¹², en première instance, le juge Rochon s'est efforcé d'équilibrer l'obligation pour tous les copropriétaires juifs de respecter le règlement de copropriété en n'érigeant pas de construction sur les balcons et le droit légitime pour les copropriétaires juifs d'exprimer leur religion en érigeant des *soukhal* lors de la fête de soukhot. Ainsi, en l'espèce, après avoir affirmé qu'« il serait [...] loisible à un cocontractant qui, de bonne foi, a convenu d'une condition neutre en soi, mais qui, par effet indirect, contrevient aux droits à l'égalité établis par l'article 10 de la Charte des droits, de maintenir l'intégrité de son contrat en proposant des mesures raisonnables d'accommodement¹¹³ », le juge Rochon a reconnu qu'était une mesure d'accommodement acceptable la proposition du syndicat de copropriété

dévolues par le législateur au service public de l'éducation, lequel doit notamment, outre permettre l'acquisition par l'enfant d'une culture et sa préparation à la vie professionnelle et à ses responsabilités d'homme et de citoyen, contribuer au développement de sa personnalité, lui inculquer le respect de l'individu, de ses origines et de ses différences, garantir et favoriser l'égalité entre les hommes et les femmes. Il résulte de ce qui vient d'être dit que, dans les établissements scolaires, le port par les élèves de signes par lesquels [ils] entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité, dans la mesure où il constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses, mais que cette liberté ne saurait permettre aux élèves d'arborer des signes d'appartenance religieuse qui, par leur nature, par les conditions dans lesquelles ils seraient portés individuellement ou collectivement, ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif, constitueraient un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, porteraient atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, compromettraient leur santé ou leur sécurité, perturberaient le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants, enfin troubleraient l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public.»

112. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précité, note 106.

113. *Id.*, 1911.

qui consistait en «l'érection d'une souccah commune sur le terrain adjacent à l'immeuble, à un endroit acceptable permettant aux intimés de se conformer au précepte religieux¹¹⁴». Par cette solution, selon lui, indûment refusée par les copropriétaires juifs, étaient assurés le respect de la force obligatoire des contrats, notamment l'obligation de respecter le contrat de copropriété, ainsi que le respect des libertés et des droits fondamentaux des copropriétaires juifs, notamment leur droit à la liberté de religion et leur droit à l'égalité en matière religieuse. D'ailleurs, cette solution, empreinte de nuance et d'équilibre, était également tout à fait satisfaisante pour le juge Binnie de la Cour suprême du Canada, qui exprimait d'autre part une opinion dissidente, en dernière instance, dans le même contentieux¹¹⁵.

En France, Minerve s'efforce de nuancer les excès de Jupiter trop tourné vers la loi. Au Québec, Minerve tend à réaffirmer l'importance de la loi à côté des libertés et des droits fondamentaux sacralisés avec force par Hercule. Figure d'équilibre usant sans cesse de la dialectique pour éviter l'attraction définitive des contraires, Minerve l'est aussi pour articuler le droit de l'État et les droits religieux hors de l'État.

3.3 Une dialectique entre le droit de l'État et les droits religieux hors de l'État

Pour Minerve, le monisme radical de Jupiter par sa négation des droits religieux hors de l'État n'est pas des plus satisfaisants, pas plus que le pluralisme d'arbitrage d'Hercule centré sur la seule réception par l'ordre juridique étatique de la règle religieuse subjective. Selon Minerve, la reconnaissance des droits religieux hors de l'État est intimement liée à la nécessité d'harmoniser les différentes sources normatives en présence que sont le droit de l'État, les droits religieux hors de l'État et les règles religieuses que les croyants intègrent effectivement au sein de leur existence. Si Hercule organise un pluralisme d'arbitrage distinguant clairement la règle religieuse subjective du croyant de la règle religieuse objective des communautés de croyants, Minerve met plutôt en place un pluralisme d'harmonisation qui conduit, dans chaque décision, à une construction normative originale s'efforçant de respecter et d'intégrer les sources normatives en présence.

En France, sur cette question, Minerve n'est pas des plus apparentes, Jupiter exerçant son monisme juridique radical de manière trop affirmée. À peine discerne-t-on Minerve dans les contentieux relatifs à des conflits internes aux communautés de croyants, qui impliquent deux membres d'une même communauté recourant à l'arbitrage des tribunaux étatiques

114. *Ibid.*

115. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précité, note 41, par. 207.

plutôt qu'à celui des tribunaux religieux dont ils dépendent. Dans ce type de contentieux, pour lesquels le juge français se déclare toujours compétent, ce dernier accepte d'abandonner ces catégories juridiques habituelles pour en créer de nouvelles permettant, dans une certaine mesure et à des conditions précises, la prise en considération de la spécificité des droits religieux. Ainsi, en France, en principe, les relations particulières existant entre un ministre du culte, un moine ou une moniale et sa hiérarchie sont analysées comme un contrat synallagmatique *sui generis* dont la teneur des obligations qu'il contient est déterminée par référence aux règles religieuses en vigueur dans la communauté religieuse à laquelle ils appartiennent. Par exemple, pour arbitrer le conflit entre un évêque et un prêtre qui demandait à l'évêché le versement de subsides pour la période pendant laquelle celui-ci avait quitté le diocèse avec l'autorisation de son supérieur afin de poursuivre des études juridiques et d'exercer la profession de publiciste, la première chambre civile de la Cour de cassation, le 13 mai 1958¹¹⁶, a adopté un raisonnement en deux étapes. Premièrement, en se référant à l'analyse de la Cour d'appel de Nancy, la Cour de cassation a considéré « que le contrat qui se conclut, au moment de l'ordination du nouveau prêtre, entre ce dernier et son évêque, s'analyse au point de vue civil en un véritable contrat synallagmatique ou bilatéral, comportant des obligations réciproques, tel que le définit l'article 1102 du Code civil et que les obligations de l'une des parties trouvent leur cause dans les obligations de l'autre ». Deuxièmement, pour définir la teneur de ses obligations, la Cour s'est référée au canon 981 du *Code de droit canonique* qui dispose que, « à condition que l'Ordinand se consacre par serment au service perpétuel du diocèse ou de la mission, sous l'autorité de l'Ordinaire du lieu en fonction », celui-ci « doit accorder au prêtre, qu'il a promu au titre de service de l'église et de la mission, ou un bénéfice, ou un office, ou un subside suffisant pour assurer son honnête sustentation ». Or, selon la Cour, en l'espèce, l'évêque ne devait verser aucun subside au prêtre puisque, pendant la période litigieuse, l'abbé « n'a été à aucun moment et en aucune façon "au service du diocèse" et que, pendant cette période [...] il a toujours été considéré comme un prêtre en congé et, par conséquent, en état de non-service du diocèse ». Dans un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 4 avril 1963, les liens entre une religieuse et sa supérieure hiérarchique ont aussi été analysés comme un contrat synallagmatique *sui generis*. Ainsi, l'arrêt parle « des liens contractuels *sui generis* unissant la religieuse [...] à son supérieur hiérarchique qui peut disposer d'elle *ad nutum*¹¹⁷ ». Dans ces contentieux, Minerve a donc inspiré Jupiter pour lui proposer une création

116. Civ. 1^{re}, 13 mai 1958, Bull. 1958.V.n° 240.

117. Toulouse, 4 avril 1963, Droit social, mai 1963.n° 5, 300.

normative originale harmonisant le droit étatique et les droits religieux hors de l'État. Toutefois, dans un tel type de contentieux, Jupiter ne perd pas pour autant son pouvoir : c'est par le prisme du contrat de droit civil, même qualifié de *sui generis*, que les droits religieux sont réceptionnés au sein de l'ordre juridique étatique français, en d'autres termes, par le mécanisme de l'incorporation.

Au Québec, Minerve intervient également pour nuancer la démarche d'Hercule, notamment, pour teinter d'objectivité l'appréhension de la règle religieuse. À la différence d'Hercule, elle refuse de se contenter d'une réception exclusivement subjective de la règle religieuse. Pour elle, lorsque des parties revendiquent des règles religieuses, il importe d'élaborer une décision harmonisant le droit étatique et les droits religieux hors de l'État dans leur dimension subjective mais aussi objective. Dès lors, suivant Minerve, lorsque des parties revendiquent des règles religieuses, il est déterminant de définir le contenu de la règle religieuse revendiquée au regard de la communauté de croyants dont elle émane par le recours à des experts¹¹⁸. Si la partie ne peut faire la preuve de l'existence et du contenu de la règle, le juge québécois refuse de considérer qu'il y a alors une atteinte à son autonomie normative. Ainsi, dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, en première instance, le juge Rochon n'a pas voulu considérer la revendication des propriétaires juifs qui affirmaient ne pas pouvoir respecter certaines dispositions de l'acte de copropriété en raison des règles religieuses qui s'imposaient à eux pendant la fête juive de soukot. Les copropriétaires juifs n'apportaient pas la preuve de l'existence d'une règle religieuse leur imposant de construire des *soukiah* sur leur balcon pendant cette fête¹¹⁹. Le juge Rochon reprend ici l'analyse du juge Sheehan dans l'affaire *Smart c. Eaton ltée*, pour qui, « lorsqu'une personne prétend être victime d'une discrimination fondée sur le droit qu'elle revendique de se conformer aux enseignements de sa religion, il est opportun de vérifier l'existence réelle de ces enseignements¹²⁰ ».

118. Dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précitée, note 106, 1906, le juge Rochon estime que « la règle consiste à rechercher le contenu de l'obligation religieuse qui, seule, peut faire l'objet d'une protection ». En effet, selon lui, « l'expression "la sincérité d'une croyance religieuse" n'est peut-être pas des plus justes. Il s'agit plutôt de vérifier l'enseignement et le contenu obligatoire des préceptes religieux. »

119. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précité, note 106, 1909 : « Le Tribunal retient d'abord qu'il n'existe aucune obligation religieuse pour le juif pratiquant d'ériger sa propre soukiah. Il n'y a aucun commandement prescrivant l'endroit où elle doit être érigée. Il y a d'ailleurs consensus à ce sujet [...] Le Tribunal ne peut se convaincre que les restrictions aux droits de copropriété portent atteinte à la liberté de religion des intimés puisque ces restrictions n'empêchent pas les intimés d'accomplir leurs devoirs religieux. »

120. *Smart c. Eaton ltée*, J.E. 93-446 (T.D.P.Q.), par 19.

Toutefois, selon Minerve, qui refuse toute approche systématique et dogmatique, l'appréhension objective de la règle religieuse ne doit pas être absolue. Elle doit aussi se teinter d'une certaine appréhension subjective de la règle religieuse. Dès lors, aux yeux de Minerve, l'attachement de la partie à la règle religieuse invoquée doit également être réel. Il y a donc ici examen de la sincérité des croyances. Reconnaisant la liberté de religion de l'individu et son aptitude à réinterpréter des préceptes de sa communauté, Minerve considère, en outre, l'interprétation que l'individu a pu retenir de la règle religieuse mais dans la mesure où persiste « un lien rationnel, raisonnable et direct avec l'enseignement¹²¹ » religieux. Comme le note le juge Rochon dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*,

[En] résumé, pour pouvoir invoquer la liberté de religion, il doit exister un rapport entre le droit revendiqué dans la façon de pratiquer sa religion et le contenu obligatoire de l'enseignement religieux sur lequel le droit se fonde [...] La façon de respecter cet enseignement peut varier, de même qu'il ne doit pas nécessairement correspondre à la façon dont la majorité s'acquitte de leurs devoirs religieux. Le rite doit toutefois conserver un lien rationnel, raisonnable et direct avec l'enseignement. La façon de remplir ses devoirs religieux ne peut relever d'une conception purement subjective du pratiquant sans relation avec l'enseignement religieux portant à la fois sur la croyance et sur la façon de la manifester (rite)¹²².

En d'autres termes, selon cette approche, l'appréhension de la règle religieuse par le juge étatique québécois ou canadien impose la réunion de trois conditions, où un élément subjectif est mêlé à deux éléments objectifs : premièrement, l'existence d'une règle religieuse bien démontrée imposant une obligation religieuse précise au sein d'une communauté de croyants particulière ; deuxièmement, la preuve de l'attachement du croyant à cette règle religieuse ; troisièmement, la mise en évidence d'une interprétation cohérente de cette règle par le croyant s'il a choisi d'en retenir une appréhension personnelle. Par cet effort de synthèse, Minerve s'efforce d'harmoniser le droit étatique, et plus particulièrement les libertés et les droits fondamentaux, avec les droits religieux hors de l'État dans leur dimension tant objective que subjective.

En conclusion, il apparaît que Minerve, à l'œuvre en France et au Québec, principalement dans le cas des tribunaux de première instance en droit privé et en droit public, s'efforce de trouver, par la dialectique, une voie médiane entre Jupiter, qui protège la nation des religions par l'affirmation de la transcendance de la loi, et Hercule, qui préserve l'autonomie privée en matière religieuse par l'affirmation des libertés et des droits fondamentaux, ce qui fait ainsi de la jurisprudence une source immanente

121. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précité, note 106, 1907.

122. *Ibid.*

et incontournable du droit des croyants. Cette recherche constante d'équilibre conduit Minerve à travailler à une harmonisation de la loi, des libertés et des droits fondamentaux et de la jurisprudence, des faits et du droit, des approches objectives et subjectives tant de l'identité que de la règle religieuse et, enfin, du droit de l'État et des droits religieux hors de l'État. Difficile tâche sans cesse à reprendre qui lui vaut d'ailleurs souvent beaucoup d'incompréhension, tout d'abord de la part de Jupiter et d'Hercule qui, s'exprimant par les plus hautes instances judiciaires, n'aiment pas la complexité que la démarche de Minerve implique, puis des parties elles-mêmes, qui contestent le plus souvent ses décisions devant les instances supérieures, car elles trouvent, sans doute, que par leur dispositif trop subtil ces décisions ne permettent pas une désignation claire du « gagnant » et du « perdant » au terme d'un procès.

Conclusion

Jupiter, Hercule et Minerve représentent trois modèles d'élaboration du droit des croyants par le droit étatique, trois manières de comprendre, de pondérer la place de la loi, des libertés et des droits fondamentaux, de la jurisprudence et des droits religieux dans son élaboration. Si Jupiter est au service de la loi, au cœur, pour lui, du droit des croyants, Hercule, au fil de ses décisions, travaille plutôt à établir l'assise de la jurisprudence et de l'autonomie privée des personnes juridiques grâce aux libertés et aux droits fondamentaux. Quant à Minerve, dans chacune de ses décisions, elle s'efforce de dire le droit qui, pour elle, résulte de l'activité créatrice incessante de l'État (la loi et la jurisprudence) et de l'autonomie privée des personnes (les individus et les communautés de croyants), forces créatrices qui doivent trouver à s'harmoniser dans ses décisions au terme du procès.

Parmi ces trois modèles d'élaboration du droit des croyants, lequel serait-il judicieux de choisir? En fait, à bien y regarder, aucun des trois modèles n'est en lui-même satisfaisant. Marqué dans sa démarche par une application systématique de la loi, Jupiter propose des solutions souvent trop abstraites et générales, loin des exigences concrètes que peut imposer l'existence de la différence religieuse au sein des sociétés. En effet, en instituant et en ordonnant les identités religieuses par le principe de hiérarchie ainsi qu'en niant tout pluralisme juridique, il impose des décisions impératives, portant le sceau d'une affirmation souvent rigide de l'intérêt général qui conduit à favoriser certaines identités religieuses au détriment d'autres et qui laisse, sans doute, à certains croyants le sentiment d'être victimes de discrimination. De son côté, Hercule, ayant le souci de développer le champ d'application des libertés et des droits fondamentaux

pour préserver l'autonomie privée en matière religieuse, s'est lancé dans la tâche ambitieuse de refléter toutes les aspirations identitaires qui s'expriment au sein de la société, chaque individu, dans sa perspective, devant être en mesure d'obtenir, de sa part, une réponse juridique concrète à ses questions religieuses, réponse qui épouse au plus près la spécificité de ses valeurs, de ses croyances et de ses règles religieuses. Malheureusement, par l'ampleur de ces travaux, Hercule, en négligeant la loi, oublie souvent de fonder ses décisions sur des valeurs collectives, structurantes pour la société et dépassant les simples intérêts particuliers des minorités. Bien souvent, les décisions d'Hercule apparaissent au service des seuls désirs des individus, se contentant de se contempler dans le miroir jurisprudentiel qu'il leur tend, tout en oubliant les exigences que l'existence de l'altérité religieuse au sein de la société peut leur imposer. Incontestablement, par bien des aspects, Minerve apparaît dans une démarche plus satisfaisante intellectuellement que Jupiter et Hercule. Sa sagesse la conduit à vouloir saisir la complexité de la réalité religieuse par la dialectique tout en refusant le piège du choix des contraires. Toutefois, ce goût de la complexité la rend aussi parfois difficilement compréhensible et perceptible : sa démarche, pleine de subtilité, sans cesse à reprendre, constamment à bâtir, rend ses décisions souvent bien imprévisibles et insatisfaisantes pour les parties.

Alors, que faire ? Peut-être que la solution consiste à ne choisir aucun des trois modèles mais à admettre la nécessité de leur coexistence au sein d'un ordre juridique : parce que le droit a besoin de Jupiter pour rappeler le rôle structurant et protecteur de la loi, le droit sans la loi n'étant aucunement viable ; parce que le droit a besoin d'Hercule pour affirmer l'existence et l'importance des libertés et des droits fondamentaux, ce qui vient ainsi corriger la rigidité et la trop grande abstraction de la règle de droit par des décisions concrètes davantage liées aux réalités particulières des justiciables ; enfin, parce que le droit a besoin de Minerve pour entretenir une interpellation constante de Jupiter et d'Hercule afin de les conduire, autant que possible, vers une certaine nuance et leur permettre de trouver leur juste expression au sein d'un ordre juridique particulier.