

Université de Montréal

**Mariage et divorce : harmonisation des normes civiles et
religieuses dans une perspective de droit préventif**

par

Florence Paul

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté de droit

en vue de l'obtention du grade LL.M.

en maîtrise en droit

option recherche

Août, 2010

© Florence Paul, 2010

Université de Montréal

Faculté de droit

Ce mémoire intitulé :

Mariage et divorce : harmonisation des normes
civiles et religieuses dans une perspective de droit
préventif

présenté par :

Florence Paul

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Benoît Moore

Président-rapporteur

Alain Roy

Directeur de recherche

Jean-François Gaudreault-Desbiens

Membre du jury

Résumé :

Les couples mariés qui ont des convictions religieuses fortes doivent respecter deux ordres juridiques parallèles: l'ordre étatique et l'ordre religieux. Des conflits peuvent surgir entre ces deux ordres, notamment lors du divorce des parties. Une brève présentation du droit québécois du mariage et du divorce ainsi que des droits religieux catholique, musulman et juif permet d'effectuer des comparaisons entre ces droits et d'identifier un certain nombre de points de jonctions normatifs. Des voies permettant d'harmoniser les deux univers normatifs sont explorées, dans une perspective de droit préventif: l'adaptation du contrat de mariage civil et du processus de la médiation familiale et la rédaction des ententes entre conjoints.

Mots clés :

Mariage droit québécois, mariage religieux, divorce, *get*, *talak*, contrat de mariage, médiation familiale, ententes entre conjoints

Abstract :

Married couples with strong religious beliefs must respect two parallel legal orders : the state order and the religious order. Conflicts can arise between these two orders, in particular when the parties divorce. A brief presentation of Quebec's marriage and divorce laws and catholic, muslim and jewish religious law allows comparison between these systems of law and reveal some normative junction points. In a preventive law perspective, ways to harmonize these two normative universes are explored : arrangement of the civil marriage contract, of the family mediation's processus and of the writing of the agreements between partners.

Keywords : Marriage in Quebec's law, religious marriage, divorce, *get*, *talak*, marriage contract, family mediation, agreements between partners

Table des matières

INTRODUCTION	1
I ANALYSE DES CADRES APPLICABLES	12
A DANS LE DROIT ÉTATIQUE : ORGANISATION LÉGISLATIVE DE LA RUPTURE CONJUGALE	12
1 <i>Le mariage et le divorce civils au Québec</i>	12
a Les conditions de fond du mariage	13
b Les conditions de forme du mariage civil	14
c La nullité du mariage civil québécois	16
d Les obligations des époux	17
e Les effets du mariage	18
i Le patrimoine familial	18
ii La prestation compensatoire	21
iii La protection et l'attribution de la résidence familiale	23
f Le contrat de mariage et le régime matrimonial	24
g La pension alimentaire entre époux	24
a Les obligations des époux envers leurs enfants	26
i Principe d'égalité des enfants	26
ii Principe du meilleur intérêt de l'enfant	26
iii Besoins des enfants	27
b Les conditions d'établissements des divorces	27
i Les ententes entre conjoints	30
c La médiation familiale dans les cas de divorce et de séparation	32
i Définitions de la médiation familiale	33
ii Le cadre dans lequel s'applique la médiation familiale	34
iii Formation des médiateurs	36
iv Le résultat de la médiation : le résumé des ententes	40
d Conclusion	41
B LE CADRE RELIGIEUX : ORGANISATION « LÉGISLATIVE » DE LA RUPTURE CONJUGALE	44
1 <i>Chez les catholiques romains</i>	45
Présentation générale de la religion catholique	45
a Les sources de droit religieux catholique	45
b Le mariage catholique et la déclaration de nullité	47
i La définition du mariage	47
ii Les conditions de fond du mariage	48
iii Obligations des époux	51
iv Conditions de célébrations du mariage catholique	52
v La déclaration de nullité du mariage	53
c L'interaction entre le tribunal ecclésiastique et l'État civil	54
d Conclusion	57

2	<i>Chez les musulmans</i>	58
	Présentation générale de la religion musulmane	59
	i Les droits étatiques	60
	b Les sources du droit musulman	61
	c Le mariage musulman	64
	i Définition du mariage	64
	ii Conditions de fond du mariage	67
	iii Obligations des époux	70
	iv Conditions de célébration du mariage	71
	d Conditions des divorces religieux en islam	72
	i Le <i>talak</i> , la répudiation unilatérale par le mari qui met fin au lien matrimonial	73
	ii Le <i>khul</i> : le divorce initié par la femme	74
	iii Le <i>mubaraat</i> : le divorce par consentement mutuel	75
	iv Le <i>faskh</i> : le divorce judiciaire	75
	v Apostasie et/ou conversion à une autre religion	76
	e Autres obligations religieuses touchant les couples	76
	i Relative à la garde des enfants	76
	ii Relatives à l'entretien des enfants et des ex-conjoints	77
	f L'interaction entre les obligations religieuses musulmanes et le droit civil québécois	77
	i Les imams et les règles civiles	78
	g Conclusion	79
3	<i>Chez les juifs</i>	80
	La présentation générale du droit juif	80
	a Le droit de l'État d'Israël	81
	b Les sources du droit juif	81
	c Le mariage et les divorces juifs	83
	i Définition du mariage	83
	ii Les conditions de fond du mariage juif	84
	iii Obligations des époux	87
	iv Conditions de célébration du mariage	91
	d Conditions du divorce juif	93
	e Autres obligations religieuses touchant les couples	97
	i Relatives à la garde des enfants	97
	ii Relatives à l'entretien des enfants et des ex-conjoints	98
	f L'interaction entre les obligations religieuses juives et le droit civil québécois	99
	g Conclusion	100
C	CONCLUSION	102

II CONCILIATION – HARMONISATION _____ 104

A	POINTS DE JONCTION ENTRE LE DROIT ÉTATIQUE QUÉBÉCOIS ET LES DROITS RELIGIEUX _____	105
1	<i>Droit international privé</i> _____	106
a	La compétence du tribunal québécois _____	107
b	La loi applicable _____	108
i	Le divorce _____	108
ii	Le contrat de mariage et le régime matrimonial _____	108
iii	Les effets du mariage _____	109
iv	Les pensions alimentaires _____	110
v	La garde des enfants _____	110
c	Conclusion _____	110
2	<i>Les obligations financières du couples</i> _____	111
3	<i>Les pensions alimentaires</i> _____	113
i	Pension alimentaire à l'enfant _____	113
ii	Pension alimentaire à l'ex-conjoint _____	114
4	<i>Garde des enfants</i> _____	114
5	<i>Divorce civil sans divorce religieux ou divorce asymétrique</i> _____	116
6	<i>L'importance de la réconciliation</i> _____	118
B	LA COMPLÉMENTARITÉ POSSIBLE _____	120
1	<i>Solution préventive : le contrat de mariage</i> _____	123
i	Le régime matrimonial _____	124
ii	Les donations _____	125
iii	L'engagement des époux à accorder le divorce religieux si le couple se divorce civilement _____	128
b	Conclusions _____	130
2	<i>La juxtaposition des intervenants religieux et juridiques en médiation familiale</i> _____	131
a	Les précautions à prendre _____	132
i	La sensibilisation des intervenants religieux _____	132
ii	La formation des médiateurs familiaux accrédités _____	133
3	<i>Rédaction d'ententes de séparation</i> _____	133
a	Les clauses pertinentes _____	134
i	Prévoir l'obligation de lever les obstacles au remariage religieux de l'autre conjoint _____	134
ii	La renonciation au partage du patrimoine familial et de la société d'acquêts _____	134
b	Le nécessaire contrôle du tribunal _____	135
i	La sensibilisation du système judiciaire et des juges _____	136
4	<i>Conclusion</i> _____	137

C	LES IMPÉRATIFS QUI S'IMPOSENT AUX PARTIES	137
1	<i>L'intérêt de l'enfant</i>	138
2	<i>La laïcité</i>	138
3	<i>Les Chartes de droits et libertés</i>	140
a	Le droit à l'égalité entre les hommes et les femmes	141
b	La liberté de religion	141
i	La pratique religieuse des enfants	143
	CONCLUSION GÉNÉRALE	145
	TABLE DE LA LÉGISLATION ET RÉGLEMENTATION	148
	TABLE DES JUGEMENTS	150
	BIBLIOGRAPHIE	152

À ma famille.

Celle que j'ai fondée.
Celle qui m'a formée.

Je tiens à remercier plusieurs personnes, sans qui ce mémoire n'aurait jamais été possible.

Tout d'abord, un grand, très grand merci au professeur Alain Roy. Vous avez fait preuve de beaucoup de patience et de compréhension, surtout face à ma situation familiale. Vous m'avez sans cesse poussée à aller plus loin, à sortir de ma zone de confort, loin de celle-ci même, sans jamais m'imposer une pression incompatible avec mes autres obligations. Le sujet de ce mémoire, que vous avez proposé, a grandement élargi mes horizons, autant académiques que personnels. Vous y avez parfois cru plus que moi...

Merci à la Chambre des notaires, pour le soutien financier qu'elle m'a accordé, sous la forme du Programme d'aide à la spécialisation.

J'ai eu le grand privilège de bénéficier de la lecture critique de plusieurs personnes compétentes. Pour le droit canonique, merci à M^e Benoît-Marc Boyer, avocat et ptre, Vice-Chancelier de l'Archevêché de Montréal et à Robert Paul, Définitiveur général de l'Ordre des Carmes Déchaux. Pour le droit juif, merci au rabbin Yehuda Abittan et à M. Armand Levy, croyant convaincu. Pour le droit musulman, merci à M^e Samia Amor, avocate et chargée de cours à l'Université de Montréal. Pour la révision du texte en entier, merci à M^e Ninon Cadieux, notaire, à Andrée-Anne Tessier, étudiante en droit et à Mme Marie Martel et M. André Paul, mes parents. Je tiens à remercier chaleureusement chacun d'entre vous et j'espère que le résultat final sera à la hauteur de vos attentes.

D'un côté plus personnel, merci à mes enfants, Alizée, Benoît, Anne et Bébé-Fille-à-Naître. Merci d'être si merveilleux! Maman rentre à la maison maintenant, promis. Toute ma reconnaissance va à celles et ceux qui ont été là pour eux pendant que je travaillais : les savoir entourés de vos soins et de votre amour m'a permis de mener à bien ce mémoire.

Le dernier, mais non le moindre, merci à Philippe, mon mari, mon ami, mon soutien, mon amour. Merci de m'avoir encouragée, soutenue, consolée, aidée, aimée. Sans toi, ce n'aurait jamais été possible. À ton tour maintenant!

Introduction

Dans le Québec d'aujourd'hui, le mariage n'est plus un passage obligé pour fonder une famille. L'union de fait est également une façon reconnue de vivre en couple et d'avoir des enfants, autant socialement que légalement. En effet, la suppression des différentes catégories d'enfants autrefois prévues dans le *Code civil du Bas Canada*¹ et l'affirmation claire du principe de l'égalité des enfants, quelles que soient les circonstances de leur naissance, ont permis de diminuer les distinctions légales entre les différents types de famille².

Les familles modernes au Québec incluent maintenant une grande variété de modèles, certains étant inconnus ou inimaginables il y a quelques décennies à peine. Les familles issues d'unions de fait, les familles monoparentales, homoparentales et les familles recomposées sont autant de réalités familiales qui cohabitent³.

Est-ce à dire que la famille dite traditionnelle est disparue du Québec? Non. Bien que le taux de divorce soit relativement élevé au Québec et que le mariage ait perdu son lustre d'antan, le statut matrimonial compte encore ses adeptes. En effet, plusieurs personnes divorcent, mais plusieurs se remarient également⁴. Le mariage « a [...] valeur de référence et demeure la norme. S'il conserve à ce titre une indéniable importance, il perd néanmoins son caractère exclusif et, de cette façon, se banalise »⁵.

¹ Sur les enfants légitimes, les enfants naturels et leurs droits, voir les articles 218-241 C.c.B.C.

² Alain ROY, « L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec », dans Agnès MARTIAL et Hélène BELLEAU, *Aimer et compter ? Droits et pratiques des solidarités conjugales : Approche pluridisciplinaire*, Presses Universitaires du Mirail (Toulouse), à paraître en 2010.

³ Sur une introduction à la sociologie de la famille au Canada et au Québec, voir Marie-Blanche TAHON, *Famille désinstituée : introduction à la sociologie de la famille*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1995.

⁴ *Id.*, p. 130.

⁵ Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Nouv. éd., Montréal, Éditions Thémis, 2006. p. 28.

Parmi les couples qui choisiront de convoler en justes nocces se retrouvent évidemment les couples ayant de fortes convictions religieuses. En effet, le mariage demeure une institution religieuse extrêmement importante, et ce, pour la grande majorité des religions, si ce n'est pour toutes les religions. Chez les catholiques romains, bien que le célibat soit une façon de vivre qui est valorisée, le mariage et la famille sont décrits comme « l'un des biens les plus précieux de l'humanité »⁶. Chez les juifs, les hommes ont une obligation d'engendrer une descendance légitime et le célibat n'est pas considéré comme un état souhaitable, pour dire le moins : l'homme non marié est considéré commettre un péché dont il devra rendre compte à son créateur⁷. Chez les musulmans, pour toutes les écoles de jurisprudence⁸, fonder une famille⁹ est « une des tâches religieuses méritoires dont l'être humain doit s'acquitter » cette obligation découlant directement du Coran¹⁰.

Dans toutes ces religions, le mariage est la seule et unique manière légitime de fonder une famille. Selon différentes modalités et avec plus ou moins d'intensité, les religions blâment ou punissent les relations sexuelles hors mariage, qu'elles soient adultérines ou entre personnes non-mariées. Dans certaines religions, les conjoints non-mariés seront acceptés, bien que leur comportement ou leur mode de vie soit jugé contraire aux préceptes de leur foi. Dans les cas extrêmes, les règles religieuses, ou du moins l'interprétation qu'on en retiendra, imposeront jusqu'à la peine de mort aux personnes trouvées coupables de

⁶ Jean Paul II, Gérard DEFOIS et Michel BOULLET, *Les tâches de la famille chrétienne dans le monde d'aujourd'hui : exhortation apostolique Familiaris consortio*, Paris, Éditions du Centurion, 1981, p. 3. Voir, dans le même esprit, Jean Paul II, *Lettre aux familles*, Paris, Éditions du Cerf, 1994, p. 69.

⁷ Sophie RÉGNIÈRE, *Une union proclamée au ciel : nature et obligations du mariage selon la doctrine juive traditionnelle*, Sainte-Foy; Paris, Presses de l'Université Laval ; L'Harmattan, 2002, p. 48. Voir *infra*, p. 54.

⁸ Note au lecteur : bien que l'usage puisse sembler impropre, l'expression « école de jurisprudence » est celui qui est utilisé dans la littérature religieuse musulmane et nous utiliserons donc ce terme dans son sens non juridique afin d'être fidèle au vocabulaire religieux et ne pas en pervertir le sens par une mauvaise traduction.

⁹ Les relations sexuelles hors mariage étant strictement interdites, fonder une famille implique nécessairement le mariage.

¹⁰ Bruno SANDKÜHLER, *Rencontre avec l'islam : fondements, modes de vie et perspectives*, Laboissière en Thelle, Triades, 2006, p. 129.

relations hors mariage¹¹. Pour plusieurs couples croyants, la famille ne se conçoit donc qu'à l'intérieur des liens du mariage¹².

Universellement, c'est au sein de la famille que les parents sont d'abord en mesure de transmettre leurs valeurs personnelles, sociales et religieuses, de même que les mœurs et coutumes concernant les moments importants de la vie. Les différentes religions l'ont bien saisi, leur survie comme communauté dépendant essentiellement de la transmission des valeurs religieuses d'une génération à l'autre. Les conditions pour contracter mariage ainsi que les conditions pour défaire ces liens, ou l'impossibilité de le faire, sont donc étroitement « réglementées ».

Ainsi, les personnes croyantes et religieuses se voient soumis à deux catégories de normes distinctes. À titre de citoyen d'une société civile spécifique, une première série de normes étatiques s'applique à eux. Une seconde série de normes, celles-là religieuses, leur sont également applicables en leur qualité de croyants. Ces couples se retrouvent donc dans un contexte d'internormativité, leur situation révélant un « ensemble des phénomènes constitués par les rapports qui se nouent et se dénouent entre deux catégories, ordres ou systèmes de normes »¹³. Plus encore, certaines religions peuvent être qualifiées de véritables ordres juridiques, au sens de la sociologie du droit¹⁴. La reconnaissance de tels « ordres juridiques » implique l'existence de règles de conduite faisant partie d'un

¹¹ À ce sujet, voir Robert F. WORTH, « Crime (Sex) and Punishment (Stoning) » *The New York Times* (22 août 2010) en ligne : [The New York Times <http://www.nytimes.com/2010/08/22/weekinreview/22worth.html>](http://www.nytimes.com/2010/08/22/weekinreview/22worth.html).

¹² Bien qu'au Québec, de plus en plus de couples décident de ne pas se marier et de demeurer en union de fait. Il y a beaucoup à dire sur la situation juridique particulière de ces couples, mais nous n'en traiterons pas dans le cadre de ce mémoire. En effet, les trois grandes religions condamnent vivement la cohabitation hors des liens du mariage et il est fort peu probable que les couples dont les convictions religieuses sont suffisamment fortes pour qu'ils souhaitent ajuster leurs situation religieuse et civile ne soient pas mariés. Sur l'aspect sociologique de la popularité grandissante de l'union de fait au Canada et au Québec, voir M.-B. TAHON, préc., note 3, p. 139-149. Sur l'aspect juridique de la même question, voir notamment Michel TÉTRAULT, *Droit de la famille*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 543-632; J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 5, p. 534-594; Jocelyne JARRY, *Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008.

¹³ André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris Bruxelles, L.G.D.J., Éditions Story-Scientia, 1988. p. 199 Mentionnons que plus loin, la définition signale spécifiquement le mariage, « appréhendé par le droit, la religion, les mœurs ».

¹⁴ Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29 *C.de D.* 91, 109.

ensemble cohérent applicable à une communauté ayant un but commun, lesquelles revêtent un caractère obligatoire pour les membres de cette communauté. Ces règles proviennent, sont interprétées ou sont appliquées par une autorité désignée. La légitimité de ces autorités est fondée, notamment sur « la tradition qui remonte à un lointain passé »¹⁵. L'étude de la complémentarité ou de l'incompatibilité des visions civiles et religieuses du mariage et de sa dissolution témoigne donc, dans plusieurs cas, d'une problématique de pluralisme juridique¹⁶.

La coexistence de règles civiles et religieuses place certains couples québécois ayant des convictions religieuses fortes dans une situation délicate où leur situation légale et religieuse sont désynchronisées. Pensons, par exemple, au couple uni par un célébrant religieux reconnu par l'État civil¹⁷ qui obtient un jugement de divorce devant un tribunal civil. Ce couple sera encore considéré marié sur le plan religieux. De même, un parent peut se retrouver, en vertu des règles de sa religion, avec une obligation alimentaire beaucoup plus étendue envers ses enfants que celle prévue par le droit étatique. Finalement, les règles relatives au partage des biens prévues par certaines religions équivalent, en substance, à un régime de séparation de biens, alors que le couple peut, sur le plan civil, être soumis au régime légal de la société d'acquêts, qui, on le sait, implique un partage égalitaire des actifs au jour de la rupture. Quels sont les moyens que le droit québécois met à la disposition des couples en voie de séparation¹⁸ pour leur permettre de minimiser les écarts entre leurs deux statuts matrimoniaux, le statut découlant du droit civil, d'une part, et celui découlant de leurs croyances religieuses, d'autre part? C'est à cette question générale que s'attarde la présente étude.

¹⁵ Voir *id.* Sur toute la partie de l'ordre religieux, voir : Christelle LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, coll. Minerve, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 438.

¹⁶ Sur le dialogue internormatif entre le droit et la religion au Québec, voir : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, Paul EID et Pierre BOSSET, *Droit et religion: de l'accommodement raisonnable à un dialogue internormatif* [Ressource électronique], en ligne : http://www.cdpcj.qc.ca/fr/publications/docs/droit_religion_dialogue_internormatif.pdf (site consulté le 30 août 2010).

¹⁷ Art. 366 C.c.Q.

¹⁸ Pour la fluidité de la lecture, le terme « couple religieux » utilisé à partir de ce point dans le présent document fait référence aux couples ayant de fortes convictions religieuses et qui désirent vivre pleinement selon les préceptes de leur religion.

Dans la première partie de notre mémoire, nous présenterons un exposé des règles régissant le mariage en droit québécois et dans trois grandes religions, soit la religion catholique, la religion musulmane et la religion juive (I). Il s'agira plus spécifiquement d'exposer les conditions de célébration du mariage imposées par chacun des quatre ordres normatifs, les obligations des époux durant la relation et les conditions et modalités qui gouvernent la dissolution de leur union. Cette revue des normes civiles et religieuses ne sera pas exhaustive, l'objectif étant de dégager les points de jonction entre les principales normes du droit étatique et celles découlant des prescriptions religieuses imposées aux couples de croyants en voie de séparation, que ce soit sur le plan des obligations financières des époux, de la pension alimentaire destinée à l'ex-conjoint et aux enfants, de la garde des enfants, et plus généralement, du cadre procédural à l'intérieur duquel se déroule la rupture conjugale. (II). Usant d'une approche inspirée par ce que Pierre Noreau appelle le droit préventif^{18.1}, nous serons ensuite amenée à proposer un modèle de complémentarité destiné aux intervenants du monde juridique civil et religieux susceptibles d'intervenir auprès du couple, que ce soit au moment de la rupture ou en amont.

À cet égard, nous examinerons la possible utilité d'un outil bien connu du droit civil, soit le contrat de mariage. Celui-ci pourrait être utilisé par les couples non seulement pour stipuler diverses clauses juridiques, mais également pour clarifier leurs « obligations » religieuses mutuelles. Cette proposition illustre une seconde vision de l'internormativité consistant dans le transfert d'une norme de son ordre d'origine à un ordre normatif différent¹⁹. L'inclusion dans le contrat de mariage de certaines des obligations religieuses permettrait en effet de « transférer » certaines « obligations » de la normativité religieuse d'origine à la normativité légale contractuelle s'appliquant aux parties.

^{18.1} Pierre NOREAU, *Le droit préventif : Le droit au-delà de la loi*, Montréal, Éditions Thémis, 1993.

¹⁹ Guy ROCHER, « Les “phénomènes d'internormativité” : faits et obstacles », dans Jean-Guy BELLEY, *Le Droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, coll. Droit et société, Paris, L.G.D.J., 1996, 16 à la p. 27.

Dans un même souci d'harmonisation, nous nous attarderons au cadre que constitue la médiation familiale. Une juxtaposition des acteurs civils et religieux s'avère non seulement possible, mais également souhaitable, pour les couples soucieux de se séparer en respectant à tout autant leurs obligations civiles que leurs engagements religieux. Nous examinerons également l'opportunité que constitue la rédaction d'ententes de rupture adaptées aux couples croyants.

Que ce soit dans le cadre du contrat de mariage, de la médiation ou de la rédaction d'ententes de rupture, nous identifierons et analyserons les limites juridiques qui se posent aux croyants et, incidemment, aux intervenants civils et religieux. Plusieurs notions de droit doivent être prises en compte dans l'évaluation des possibilités d'interactions. Le principe de laïcité, chère à la société québécoise, l'égalité homme-femme garantie par les chartes canadienne et québécoise²⁰, l'intégrité du consentement exprimé par chacun des conjoints dans un contrat ou une entente et le principe du meilleur intérêt de l'enfant sont autant d'éléments qui viendront baliser toute tentative d'harmonisation.

Le choix des trois religions retenues, soit le catholicisme, l'islam et le judaïsme, s'explique aisément. D'une part, les préceptes qui en forment le corpus normatif constituent un ordre juridique, au sens ci-dessus énoncé. Chacune de ces religions possède en effet un système organisé de règles et de principes pouvant faire l'objet d'une sanction. Ceux-ci sont considérés obligatoires par leurs croyants respectifs, pour le salut de leur âme. Dans chacune de ces trois religions se trouvent des organes ayant l'autorité d'interpréter les règles et de les appliquer, ces autorités pouvant être multiples selon les confessions. Finalement, la légitimité de ces autorités est fondée sur une tradition bien établie, voire millénaire.

²⁰ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.) et *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

D'autre part, chacune des trois religions identifiées ont d'importantes assises dans la société québécoise. Ainsi, la religion catholique romaine est-elle depuis toujours grandement majoritaire au Québec²¹. Malgré la désaffection des églises observée au Québec depuis plusieurs décennies, lors du *Recensement de 2001*²², plus du trois-quarts des répondants, soit 83,2 %, ont déclaré appartenir à cette confession religieuse. Il faut cependant souligner que la portion des québécois ayant une pratique régulière de cette religion est largement inférieure à ce chiffre. Même chez la partie de la population assistant à la messe régulièrement, l'adhésion aux valeurs déclarées de l'Église²³ n'est plus nécessairement inconditionnelle, comme c'était autrefois le cas. La distance qu'ont pris les croyants face à l'Église ne signifie pas pour autant que la religion catholique ne joue plus de rôle signifiant au Québec; bien au contraire, son influence est toujours présente dans la culture québécoise²⁴, d'où l'importance de l'inclure dans le présent travail de comparaison.

Si la religion musulmane ne peut prétendre occuper une place culturelle et historique aussi importante – moins de 2% des québécois s'y identifiaient en 2001²⁵ –, il s'agit toutefois de la religion dont la représentativité au Québec a connu la plus forte augmentation dans la décennie précédant le dernier recensement²⁶. En outre, la religion musulmane soulève craintes et inquiétudes auprès d'une partie de la population québécoise, comme l'ont démontré de nombreux mémoires déposés auprès de la Commission de consultation sur les

²¹ Pour une présentation de l'évolution des rapports entre l'État québécois et l'Église catholique, voir : Christelle LANDHEER-CIESLAK et Anne SARIS, « La réception de la norme religieuse par les juges de droit civil français et québécois: étude du contentieux concernant le choix de la religion, l'éducation et la pratique religieuse des enfants », (2003) 48 *R.D. McGill* 671,

²² Les données portant sur la religion n'étant recueillies qu'aux dix ans, le recensement de 2001 est donc le plus récent au moment d'écrire ces lignes : STATISTIQUE CANADA, *Votre guide des sources de données sur des thèmes du recensement*, Ottawa, Ministère de l'Industrie, 2007, p. 47.

²³ Voir notamment sur les questions du divorce et de l'avortement : Reginald W. BIBBY, « Religion à la Carte in Quebec: A Problem of Demand, Supply, or Both? », (2007-2008) 10/2 *Globe*, 151.

²⁴ À ce sujet, voir : Guy ROCHER « L'évolution religieuse de la société québécoise » dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable » : le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 31.

²⁵ STATISTIQUES CANADA, *Recensement du Canada de 2001* [Ressource électronique], en ligne : <http://www12.statcan.gc.ca/francais/census01/home/Index.cfm> (site consulté le 30 août 2010).

²⁶ 141,8 % d'augmentation entre les recensements de 1991 et 2001, selon Statistique Canada. En comparaison, les religions plus traditionnelles au Québec, les juifs et les catholiques romains, n'ont augmenté que de manière beaucoup plus limitée le nombre de leurs membres au Québec durant la même période.

pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles²⁷. La communauté musulmane, qui s'est récemment consolidée au Canada, est à l'origine des grands questionnements sociaux sur l'équilibre à atteindre entre liberté de religion et égalité entre les hommes et les femmes et sur la protection et les droits des clientèles vulnérables que constituent les femmes immigrantes et leurs enfants²⁸. La pertinence d'inclure la religion musulmane dans la présente étude ne fait donc aucun doute.

Quant à la religion juive, troisième et dernière religion étudiée, elle occupe une place toute particulière au Québec²⁹. Cette communauté est présente au Québec depuis 1760, soit depuis la Conquête anglaise. Bien que la population juive soit depuis lors restée grandement minoritaire, elle est toujours existante et active au Québec, sa population représentant plus ou moins 2% de la population québécoise depuis des décennies. Historiquement, la cohabitation entre cette communauté et les communautés chrétiennes majoritaire et minoritaire n'a pas toujours été harmonieuse, ni linéaire. Les juifs ont eu à s'intégrer à des populations majoritaires dans un contexte très différent de celui d'aujourd'hui, bien avant l'avènement des Chartes de droits canadienne et québécoise³⁰. Soulignons également qu'une modification à la législation sur le divorce a été

²⁷ Voir le site Internet de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, à l'adresse suivante: <http://www.accommodements.qc.ca/>. Ce site comporte plusieurs documents, dont les mémoires qui ont été déposés lors des consultations publiques. Voir également le rapport qui a suivi ces consultations publiques : Gérard BOUCHARD, Charles TAYLOR et COMMISSION DE CONSULTATION SUR LES PRATIQUES D'ACCOMMODEMENTS RELIÉES AUX DIFFÉRENCES CULTURELLES, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation : rapport*, Québec, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, 2008.

²⁸ À la suite de plusieurs événements, qui ne sont pas exclusivement reliés à la religion musulmane, cela dit, dont, notamment, *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, [2006] 1 R.C.S. 256 et *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 28, les universitaires, les juristes et la classe politique, se penchent sur ces questions de la place de la religion, dont l'islam, dans la société québécoise, voir notamment : Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable » : le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009.

²⁹ Sur la relation historique entre les juifs et les québécois, voir : Jacques LANGLAIS et David ROME, *Juifs et Québécois français : 200 ans d'histoire commune*, coll. Rencontre des cultures. Essais, Montréal, Fides, 1986. Il est intéressant de noter que le Québec est l'objet d'un article distinct dans : Fred SKOLNIK et Michael BERENBAUM, *Encyclopaedia Judaica*, 2^e édition, vol. 16, Detroit, Jerusalem, Macmillan Reference USA; en association avec le Keter Pub. House, 2007, p. 762.

³⁰ Par exemple, des modifications ont dû être apportées au serment nécessaire à l'assermentation des parlementaires de façon à permettre aux juifs de tenir un poste public. Voir : F. SKOLNIK et M. BERENBAUM, préc., note 29, p. 763.

adoptée en 1990 afin de contrecarrer un problème spécifique aux couples juifs³¹. Cette modification témoigne de l'importance culturelle qu'occupe la communauté juive au pays.

Certes, les trois religions sélectionnées aux fins du présent mémoire sont loin d'être les seules présentes au Québec. L'objectif du présent travail n'est pas de répertorier toutes les visions religieuses du mariage et du divorce pouvant exister chez les couples québécois, ce qui serait d'ailleurs probablement impossible, mais bien d'analyser la façon dont le droit civil peut répondre, ou non, aux demandes visant à harmoniser leur situation religieuse et civile. À notre avis, l'étude de ces trois groupes religieux suffira à identifier les limites à l'intérieur desquelles des solutions peuvent être envisagées, sans remettre en question ni les valeurs fondamentales de la communauté québécoise ni, dans la mesure du possible, les valeurs fondamentales des conjoints, quelles que soient leurs croyances. Selon toute vraisemblance, un plus grand échantillonnage aurait un impact marginal sur les conclusions de cette étude, tout en l'alourdissant inutilement.

Par ailleurs, les confessions religieuses écartées sont, selon les données du *Recensement de 2001*, peu représentatives de la population au Québec. Il s'agit principalement des confessions bouddhiste, hindoue, sikh, chrétienne orthodoxe et chrétienne³². Le groupe des protestants a également été écarté, bien qu'il représente près de 5% de la population québécoise, une proportion non négligeable. Cette décision nous est apparue justifiée en raison du fait que l'expression « protestants » ne représente pas un groupe homogène, mais bien un groupe réunissant plusieurs confessions religieuses distinctes. En effet, selon *Recensement de 2001*, il existe 14 confessions protestantes différentes déclarées au Canada, par 60 000 personnes ou plus³³. Ces différentes confessions

³¹ *Loi sur le divorce*, L.R.C., 1985, c. 3 (2e suppl.), art. 21.1.

³² Plus précisément, en 2001, les Bouddhistes représentaient 0,6 % de la population, les Hindous 0,3%, les Sikhs 0,1% , les chrétiens orthodoxes 1,4% et les chrétiens non inclus ailleurs (personnes s'étant déclaré chrétiens sans se réclamer d'une église particulière) 0,8%.

³³ Ces confessions sont : Église unie, Anglicane, Baptiste, Luthérienne, Presbytérienne, Pentecôtiste, Mennonite, Témoins de Jéhovah, Église de Jésus-Christ des Saints des derniers jours

comportent des différences majeures dans leur théologie. En somme, elles sont des confessions religieuses distinctes, bien que reconnaissant toutes le Christ au centre de leurs croyances. En conséquence, chacune d'elle ne représente finalement qu'une très petite partie de la population québécoise.

Avant de conclure cette introduction générale, il nous apparaît nécessaire de préciser ce que nous entendons par le terme « religion ». Pour les fins de ce mémoire, nous empruntons la définition suivante tirée de l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*³⁴ :

Une religion s'entend typiquement d'un système particulier et complet de dogmes et de pratiques. En outre, une religion comporte généralement une croyance dans l'existence d'une puissance divine, surhumaine ou dominante. Essentiellement, la religion s'entend de profondes croyances ou convictions volontaire, 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 spirituellement, et les pratiques de cette religion permettent à l'individu de communiquer avec l'être divin ou avec le sujet ou l'objet de cette foi spirituelle.

Les trois confessions choisies pour le cadre de ce travail répondent toutes aux critères de cette définition. Nous sommes consciente que cette définition peut sembler minimale aux yeux des croyants. L'utilisation même des termes « religion », « religieux » et les autres équivalents peuvent être perçus comme réducteurs par ceux-ci. Cependant, notre étude se limite à analyser et comparer des droits, des obligations et des règles, et uniquement la portion applicable au mariage et au divorce, sans que ne soit abordée toute la profondeur spirituelle et théologique des religions.

(Mormone), Armée du Salut, Église chrétienne réformée, Église missionnaire évangélique, Alliance chrétienne et missionnaire et, finalement, Adventiste. Les détails de la présence de ces confessions religieuses au Québec ne sont cependant pas disponibles.

³⁴ Cette définition est celle adoptée par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 28, par. 39.

Cette étude, malgré son aspect restrictif, se veut respectueuse de tous les croyants, de leur conception du sacré et de leur désir de vivre selon leur foi. L'utilisation de ces termes nous apparaît cependant incontournable pour faciliter la compréhension et mettre en évidence la comparaison entre les obligations civiles, provenant de l'État, et celles provenant des livres et enseignements sacrés.

I Analyse des cadres applicables

A Dans le droit étatique : organisation législative de la rupture conjugale

Quelles sont les principales dispositions qui encadrent le mariage et le divorce en droit québécois? C'est à cette question générale que nous souhaitons ici répondre. Nous tenons à rappeler que la présentation du droit positif qui suit ne constitue qu'un survol succinct des règles du droit québécois. L'objectif n'est donc pas de présenter l'état de droit dans une perspective exhaustive et technique, mais de dresser un portrait d'ensemble qui pourra nous permettre d'établir diverses comparaisons utiles entre droit civil québécois et droits religieux.

1 Le mariage et le divorce civils au Québec

Jusqu'à tout récemment, ni le *Code civil du Québec* ni la législation fédérale ne donnaient de définition précise du mariage. Cette définition devait donc être déduite de la législation concernant le mariage et de l'usage. En 2005, la *Loi sur le mariage civil* a intégré la définition suivante : « Le mariage est, sur le plan civil, l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne. »³⁵

Le mariage canadien se doit d'être monogame, comme l'indique très clairement l'utilisation de l'expression « à l'exclusion de toute autre personne ». Chacun des époux ne peut donc être uni qu'à une personne à la fois. L'exclusivité de la relation maritale participe donc de l'essence même du mariage civil au Canada. Le *Code civil du Québec* abonde dans le même sens en exigeant du célébrant la vérification que les conjoints ne sont liés par aucun lien préexistant, que ce soit du mariage ou de l'union civile³⁶.

³⁵ L.C. 2005, c. 33, art. 2.

³⁶ Art. 373 C.c.Q. Voir cependant l'exception nouvellement introduite dans la disposition à propos des conjoints unis civilement qui voudraient convoler en justes noces. Ceux-ci sont alors dispensés d'obtenir la dissolution préalable de leur union civile.

Plus encore, le *Code criminel*³⁷ criminalise la bigamie, définie comme étant le fait d'être uni simultanément à deux personnes. La polygamie, qui n'implique pas de mariage mais toute « sorte d'union conjugale [...] qu'elle soit reconnue ou non par la loi » est également criminalisée. Ces deux infractions sont passibles d'une peine de cinq ans.

La seule célébration d'un mariage bigame est un acte criminel. Toute personne unissant un homme déjà marié à une deuxième épouse³⁸ s'expose donc à des poursuites criminelles et est passible d'une peine de cinq ans d'emprisonnement, même si le mariage polygame est reconnu par la religion à laquelle il appartient³⁹.

a Les conditions de fond du mariage

Outre cette interdiction de la polygamie et de la bigamie, les différentes conditions de fond du mariage civil sont les suivantes :

- Le consentement des époux⁴⁰. Ce consentement doit être libre et éclairé, il doit donc être libre de toute crainte, erreur sur la personne ou dol⁴¹;
- L'âge des époux⁴². Un âge minimum de 16 ans est exigé pour pouvoir se marier, et les époux de moins de 18 ans doivent obtenir le consentement du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur⁴³;
- L'absence d'une union antérieure non dissoute ou non annulée de l'un des époux⁴⁴;

³⁷ Art. 293(1) C.cr.

³⁸ Ou une femme déjà mariée à un deuxième époux.

³⁹ Pour plus d'informations sur la polygamie et son impact au Canada, voir les quatre rapports de recherche sur le sujet inclus dans : Angela CAMPBELL et CONDITION FÉMININE CANADA, RECHERCHE EN MATIÈRE DE POLITIQUES, *La polygamie au Canada : conséquences juridiques et sociales pour les femmes et les enfants : recueil de rapports de recherche en matière de politiques*, Ottawa, Condition féminine Canada, 2005.

⁴⁰ *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4, art. 5 (ci-après « Loi d'harmonisation n° 1 »).

⁴¹ M. Tétrault, préc., note 12, p. 45 et suiv.; J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 5, p. 44-69.

⁴² *Loi d'harmonisation no 1*, préc., note 40, art. 6; M. Tétrault, préc., note 12, p. 41-42.

⁴³ Article 373 du C.c.Q., M. Tétrault, préc., note 12, p. 69-73.

⁴⁴ *Loi d'harmonisation no 1*, préc., note 40, art. 7.

- Le lien familial. Les mariages entre personnes parentes en ligne directe ou en ligne collatérale pour les frères et sœurs et les demi-frères et demi-sœurs sont prohibés⁴⁵.

Mentionnons également qu'après de longues années de revendications de la part des couples homosexuels, le mariage civil leur a été ouvert en 2005, d'où l'utilisation de l'expression union « de deux personnes » plutôt que « d'un homme et d'une femme »⁴⁶ qui était traditionnellement utilisée. Nous n'entrerons pas dans les détails de cette modification à l'institution du mariage. Soulignons seulement que les célébrants religieux des différentes confessions peuvent refuser de célébrer un mariage qui ne peut l'être selon les règles de leur religion⁴⁷. Les trois religions qui seront étudiées plus loin condamnent toutes l'homosexualité et, en conséquence, ne reconnaissent aucunement les unions homosexuelles. Les célébrants religieux de ces confessions rejeteront donc, en toute légalité, les requêtes leur demandant d'unir deux hommes ou deux femmes par les liens du mariage⁴⁸.

b Les conditions de forme du mariage civil

Les conditions de forme du mariage sont contenues dans la législation provinciale, aux articles 366 à 377 du *Code civil du Québec*, ainsi que dans les *Règles sur la célébration du mariage civil ou l'union civile*⁴⁹. D'abord, afin d'assurer le caractère public de la célébration de l'union et de permettre aux personnes ayant connaissance d'un empêchement à cette célébration de se manifester et de s'y opposer⁵⁰, le mariage civil doit être précédé d'une publication

⁴⁵ *Loi sur le mariage (degrés prohibés)*, L.C. 1990, c. 46; J. PINEAU et M. PRATTE, *La famille*, préc., note 5, p. 75-84.

⁴⁶ *Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, c. 33, art. 2. Pour plus de détails sur les étapes de ces modifications, voir : Mireille D. CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5e éd., Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 24-30; J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 5, p. 37-41.

⁴⁷ *Loi sur le mariage civil*, préc., note précédente, art. 3 : « Il est entendu que les autorités religieuses sont libres de refuser de procéder à des mariages non conformes à leurs convictions religieuses. » L'article 367 *C.c.Q.* est au même effet.

⁴⁸ Sur la question de l'homosexualité dans les différentes religions, voir : ÉGLISE CATHOLIQUE., *Catéchisme de l'Église catholique*, Paris, Mame/Plon, 1992, p. 480; Menachem ELON, *ENCYCLOPAEDIA JUDAICA, The Principles of Jewish law*, Jerusalem, Encyclopaedia Judaica, 1975, p. 385; Jamila HUSSAIN, *Islam, its law and society*, Sydney, Federation press, 2004, p. 78.

⁴⁹ *Règles sur la célébration du mariage civil ou l'union civile*, (2003) 135 *G.O.* II, 1506.

⁵⁰ M. D. CASTELLI et D. GOUBAU, préc., note 46, p. 63.

d'une durée d'au moins vingt jours et d'un maximum de trois mois de plus⁵¹. Une dispense de publication peut cependant être accordée par le célébrant, pour un motif sérieux⁵². Dans le même esprit, le mariage civil doit être célébré publiquement, devant deux témoins et en présence des époux eux-mêmes⁵³, que le mariage soit célébré dans un palais de justice, un lieu de culte ou ailleurs⁵⁴.

Le célébrant compétent pour célébrer un mariage peut être un greffier ou greffier-adjoint de la Cour supérieure, un notaire, un maire ou, sur le territoire de sa désignation, toute personne désignée par le ministère de la justice⁵⁵. Sont également compétent les ministres du culte qui ont été autorisés préalablement par le ministre de la Justice. Cette autorisation ne pourra être accordée à un ministre religieux qu'à la condition « que l'existence, les rites et les cérémonies de leur confession aient un caractère permanent »⁵⁶. Contrairement à la situation qui prévaut dans certains États de droit civil, le mariage religieux célébré au Québec par un ministre du culte qui satisfait aux conditions ci-haut énoncées n'a donc pas à être précédé d'une cérémonie de mariage civil distincte pour produire des effets civils.

Avant le mariage, le célébrant compétent doit procéder aux vérifications exigées par la loi⁵⁷. La célébration du mariage proprement dite consiste en la lecture des articles 392 à 396 du *Code civil du Québec*⁵⁸ et à la réception du consentement au mariage des parties⁵⁹, après quoi le célébrant déclarera les

⁵¹ Art. 368 et 371 C.c.Q.; J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 5, p. 85-87.

⁵² Art. 370 C.c.Q.

⁵³ M. TÉTRAULT, préc., note 12, p. 60.

⁵⁴ M. D. CASTELLI et D. GOUBAU, préc., note 46, p. 57.

⁵⁵ Art. 366 C.c.Q.

⁵⁶ Art. 366 al. 2 C.c.Q. Sur la célébration unique du mariage religieux et civil, voir Benoît MOORE, « Le droit de la famille et les minorités », (2003-2004) 34 *R.D.U.S.* 230, p. 235-237.

⁵⁷ Art. 373 C.c.Q. : « Avant de procéder au mariage, le célébrant s'assure de l'identité des futurs époux, ainsi que du respect des conditions de formation du mariage et de l'accomplissement des formalités prescrites par la loi. Il s'assure en particulier qu'ils sont libres de tout lien de mariage ou d'union civile antérieur, sauf, en ce dernier cas, s'il s'agit des mêmes conjoints et, s'ils sont mineurs, que le titulaire de l'autorité parentale ou, le cas échéant, le tuteur a consenti au mariage. »

⁵⁸ Ces articles sont ceux qui énoncent les principales obligations des époux.

⁵⁹ Pour une illustration de l'importance du consentement des époux, voir le jugement suivant : *Droit de la famille* — 093038, 2009 QCCS 5794.

nouveaux époux unis par le mariage⁶⁰. Le célébrant établit la déclaration de mariage immédiatement après la célébration, déclaration que les époux, les témoins ainsi que le célébrant signent. Cette déclaration est ensuite envoyée sans délai au Directeur de l'état civil, lequel pourra par la suite en émettre des copies et certificats⁶¹. Notons que les actes de naissance des époux porteront par la suite une mention en marge, renvoyant à l'acte de mariage⁶².

c La nullité du mariage civil québécois

Lorsque les conditions, de forme ou de fond, de la célébration du mariage n'ont pas été respectées, le tribunal peut en déclarer la nullité⁶³. Le *Code civil du Québec* accorde au tribunal une grande discrétion qui lui permet notamment d'utiliser certaines distinctions provenant de l'ancien droit⁶⁴.

Les règles relatives aux nullités absolues et relatives, importées des articles 1416 et suivants du Code civil, sont utilisées pour les annulations de mariage. D'un côté, la bigamie, l'inceste, la clandestinité, l'absence de compétence du célébrant et l'absence de respect de l'âge minimum seront sanctionnés par une nullité absolue⁶⁵. D'autres causes de nullité, telle que l'absence de consentement, le vice de consentement et le défaut de consentement du titulaire de l'autorité parentale⁶⁶, ne seront visées que par une nullité relative, du moins en principe⁶⁷.

⁶⁰ Art. 374 C.c.Q.

⁶¹ Art. 375 et 121 C.c.Q. Sur l'état des personnes et l'état civil, voir : Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 323-367.

⁶² *Id.*, p. 343.

⁶³ Art. 380-390 C.c.Q. La nullité du mariage, bien que faisant encore régulièrement l'objet de demandes judiciaires, reste un sujet malaimé par la doctrine québécoise. Pour des articles récents, voir : Benoît MOORE, « L'absence d'intention conjugale : mariage simulé ou erreur sur la personne? », (2000) 102 *R. du N.* 245; et Alain-François BISSON, « Sur un adage trompeur : "En mariage, il trompe qui peut" », dans Nicholas Kasirer (dir.), *Le faux en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 191. De manière générale sur ce sujet : M. TÉTRAULT, préc., note 12, p. 67 et suiv. ; M. D. CASTELLI et D. GOUBAU, préc., note 46, p. 64 et suiv. ; J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 5, p. 101-125.

⁶⁴ Art. 380, al. 1 C.c.Q. : « sauf au tribunal à juger suivant les circonstances. »

⁶⁵ M. TÉTRAULT, préc., note 12, p. 65; J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 5, p. 108-112

⁶⁶ Sur le mariage simulé, l'erreur sur la personne et le dol, voir B. MOORE, préc., note 63. À voir également, sur l'évolution du dol dans le mariage en droit canonique, français et québécois : A.F. BISSON, préc., note 63.

Normalement, selon les règles générales, tous les effets d'un acte déclaré nul seront renversés et les parties seront remises dans l'état où elles se trouvaient avant que l'acte ne soit conclu. Le mariage, cependant, n'est pas un acte juridique comme les autres et le législateur a prévu d'importantes dérogations à cette règle. La première dérogation concerne les enfants du couple. En effet, les enfants des époux dont le mariage a été déclaré nul sont protégés : leurs droits et avantages, qu'ils proviennent de la loi ou du contrat de mariage, persistent malgré l'annulation du mariage de leurs parents et les droits et devoirs des parents envers leurs enfants ne sont aucunement modifiés par la déclaration de nullité du mariage⁶⁸.

La deuxième dérogation concerne la protection des époux de bonne foi, par le biais du mariage putatif⁶⁹. Cette disposition prévoit que le mariage nul produira tout de même ses effets pour les époux de bonne foi. Ainsi, la liquidation de leurs droits patrimoniaux aura lieu, à moins que les époux ne s'entendent pour reprendre chacun leurs biens⁷⁰. Si un seul des époux était de bonne foi, il lui reviendra de choisir l'option qui lui sera la plus avantageuse : demander la liquidation des droits patrimoniaux du mariage ou reprendre ses biens⁷¹. Le conjoint de mauvaise foi n'aura alors d'autre choix que de subir la décision du conjoint de bonne foi.

d Les obligations des époux

En droit québécois, les obligations des époux dans le mariage sont le respect, la fidélité, le secours, l'assistance ainsi que l'obligation de faire vie commune⁷², bien que celle-ci ne leur impose pas nécessairement la cohabitation quotidienne⁷³. Ces obligations se déclinent de la même manière pour chacun des

⁶⁷ M. TÉTRAULT, préc., note 12, p. 66.

⁶⁸ Art. 381 C.c.Q.; J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 5, p. 119-120.

⁶⁹ Sur le mariage putatif, voir J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 5, p. 120-125.

⁷⁰ Art. 382 C.c.Q.

⁷¹ Art. 384 C.c.Q.

⁷² Art. 392 C.c.Q., J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 5, p. 130-138.

⁷³ M. D. CASTELLI et D. GOUBAU, préc., note 46, p. 64-80.

époux et s'imposent à eux avec la même intensité, notamment l'obligation de fidélité⁷⁴.

Cette égalité des époux se reflète également dans plusieurs autres dispositions. Ainsi, les deux époux conservent tous deux leur nom en mariage⁷⁵, ils dirigent la famille de concert⁷⁶, ils choisissent ensemble la résidence familiale⁷⁷ et ils contribuent aux charges de la famille selon leur capacité, incluant le travail au foyer⁷⁸. Les conjoints bénéficient également tous deux du pouvoir de se représenter mutuellement pour les besoins de la famille, l'époux contractant entraînant la responsabilité de l'autre dans la grande majorité des cas⁷⁹.

e Les effets du mariage

Le mariage entraîne également d'autres effets, soit la création du patrimoine familial, la possibilité d'obtenir une prestation compensatoire et les différentes mesures de protection du milieu familial.

i Le patrimoine familial⁸⁰

Le patrimoine familial inclut les biens énumérés à l'article 415 C.c.Q. et qui sont utilisés par la famille. La valeur nette de ceux-ci est partagée en parts égales à la fin du mariage, peu importe la propriété des biens⁸¹. Ces biens, qui sont les résidences principales et secondaires, les meubles du ménage, les véhicules et les droits accumulés durant le mariage au titre d'un régime de retraite et à la Régie des rentes du Québec, représentent souvent une grande partie du patrimoine des

⁷⁴ Ce qui n'a pas toujours été le cas cependant, voir J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 5, p. 131.

⁷⁵ Art. 393 C.c.Q.

⁷⁶ Art. 394 C.c.Q.

⁷⁷ Art. 395 C.c.Q.

⁷⁸ Art. 396 C.c.Q.

⁷⁹ À moins que le tiers n'ait été avisé du contraire au préalable. Art. 397-398 C.c.Q.; voir J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 5, p. 158-162.

⁸⁰ Bien qu'il y ait d'abord eu controverse sur la nature du patrimoine familial, la question semble aujourd'hui réglée. Pour ce qui est du droit interne : *Droit de la famille* — 977, [1991] R.J.Q. 904 (C.A.); et pour le droit international privé: *G.B. c. C.C.*, [2001] R.J.Q. 1435 (C.A.).

⁸¹ Art. 414 et suiv. C.c.Q.

époux⁸² et le partage du patrimoine familial a donc une grande influence sur leur situation financière suite au divorce.

À l'exception des couples s'étant prévalu de la période de retrait prévue lors de la mise en place du patrimoine familial dans les années 1990, les dispositions relatives au patrimoine familial sont obligatoires et nul ne peut y renoncer avant les procédures de dissolution du mariage, de séparation de corps ou avant le décès d'un des conjoints⁸³.

De plus, au moment de la dissolution, les règles du patrimoine familial s'appliquent prioritairement sur les biens du couple, les règles du régime matrimonial n'ayant de portée que sur les biens exclus du patrimoine familial. Cependant, le régime matrimonial s'appliquera sur tous les biens du couple dans la mesure où, comme susmentionné, les parties se seront exclues conformément à la procédure de retrait prévue lors de l'entrée en vigueur des dispositions sur le patrimoine familial, ou, comme nous le verrons plus loin, auront valablement renoncé à son partage⁸⁴, notamment au moment du divorce.

Plusieurs calculs sont nécessaires afin de déterminer la valeur partageable du patrimoine familial et la part de chacun des époux. En effet, des déductions, remplois, moins-value ou plus-value doivent être appliqués sur les avoirs des conjoints. Ces règles et leurs exceptions ne seront pas mentionnées ici⁸⁵.

⁸² Pour plusieurs exemples jurisprudentiels de biens inclus et exclus du patrimoine familial, voir Marie-Claude ARMSTRONG, Ghyslain ROY et LAVERY DE BILLY (FIRME), *Législation sur le patrimoine familial annotée*, 4e éd., Scarborough, Thomson/Carswell, 2003, p. 72-124.

⁸³ M. TÉTRAULT, préc., note 12, p. 94. Sur le traitement du patrimoine familial en droit international privé et son application aux couples issus de l'immigration, voir *supra*, p. 16.

⁸⁴ Suzanne PILON et Jocelyne JARRY, *Guide sur le partage de la société d'acquêts*, Brossard, CCH, 2007, p. 12.

⁸⁵ Voir : Pierre CIOTOLA et Chambre des notaires du Québec, *Le patrimoine familial, perspectives doctrinales et jurisprudentielles*, 2^e éd., Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, p. 69-88.

Dans certaines situations, suite à la demande d'une partie, le tribunal pourra effectuer un partage inégal du patrimoine familial afin d'éviter une injustice pour l'un des conjoints⁸⁶. Cette injustice devra être démontrée par la partie qui demande le partage inégal et pourra découler de plusieurs situations, dont la brève durée du mariage, la dilapidation de certains biens par l'un des époux ou encore la mauvaise foi de l'un d'eux⁸⁷.

Tel qu'il a déjà été mentionné, les parties peuvent renoncer, en temps opportun, au partage du patrimoine familial. La renonciation au patrimoine familial peut être faite de deux façons. Premièrement, la renonciation au patrimoine peut être contenue dans une déclaration dont le tribunal prendra acte lors d'une instance en divorce, en séparation de corps ou en nullité de mariage⁸⁸. Notons que le tribunal n'a pas l'obligation d'entériner la renonciation des époux; libre à lui de la rejeter s'il l'estime inéquitable⁸⁹. Deuxièmement, lorsqu'aucune renonciation au patrimoine familial n'aura été faite lors d'une telle instance, les parties pourront encore y renoncer, pourvu qu'ils le fassent au terme d'un acte notarié en minute⁹⁰.

Toute autre forme de renonciation sera frappée de nullité absolue et de plus, les époux seront réputés avoir accepté le partage si une renonciation valide n'est pas enregistrée au registre des droits personnels et réels mobiliers dans un délai d'un an⁹¹. En somme, les conjoints ne peuvent renoncer par eux-mêmes au

⁸⁶ Sur le partage inégal, voir J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 5, p. 278-281

⁸⁷ Cette liste n'est pas exhaustive : article 422 C.c.Q. D'autres motifs ont été acceptés, notamment : contribution inégale des époux, différence d'âge entre les époux, droit à la caisse de retraite déjà acquis, état de santé d'un des époux, long délai entre la séparation des époux et les procédures de divorce, seconde union, voir M.-C. ARMSTRONG, G. ROY et LAVERY DE BILLY (FIRME), préc., note 82, p. 263-340.

⁸⁸ Art. 423 al. 2 C.c.Q.

⁸⁹ M. TÉTRAULT, préc., note 12, p. 95.

⁹⁰ Art. 423 al. 2 C.c.Q. Sur la renonciation au partage du patrimoine familial par acte notarié, voir *infra*, p. 123.

⁹¹ Art. 423 al. 3 C.c.Q.

partage du patrimoine familial, c'est-à-dire sans avoir recours au tribunal ou au notaire⁹². Il s'agit là d'une règle d'ordre public qui ne souffre d'aucune exception.

ii La prestation compensatoire

Un autre effet du mariage est la prestation compensatoire, mesure dont l'application n'est pas automatique contrairement au patrimoine familial. Au terme du Code civil, une prestation compensatoire peut être accordée par le tribunal dans le but de rééquilibrer les patrimoines des époux lorsque l'un d'eux a contribué à l'enrichissement du patrimoine de l'autre conjoint⁹³. Lors de l'évaluation du montant à attribuer à titre de prestation compensatoire, le tribunal tiendra compte des autres avantages financiers obtenus par le conjoint qui fait la demande, dont la liquidation du patrimoine familial et du régime matrimonial, ainsi que la pension alimentaire pour le conjoint⁹⁴. En conséquence, la prestation compensatoire est généralement beaucoup plus fréquente chez les couples mariés en séparation de biens qu'en société d'acquêts.

Pour se voir accorder une prestation compensatoire, le conjoint devra prouver son apport au patrimoine de l'autre conjoint⁹⁵. Cet apport devra être supérieur à l'apport normal des conjoints aux charges du mariage, mais sera tout de même évalué de manière souple. Outre les apports financiers ou sous forme de biens, seront considérés, par exemple, le travail non rémunéré ou sous-rémunéré d'un conjoint à l'entreprise de l'autre, les soins exceptionnels donnés par un conjoint à un membre de la famille de l'autre ou le soutien apporté par un conjoint durant les études de l'autre⁹⁶.

L'apport du conjoint réclamant une prestation compensatoire doit avoir enrichi le patrimoine de l'autre conjoint et cet enrichissement doit perdurer au jour de la dissolution de l'union. Le conjoint ayant contribué, par son apport, au

⁹² M. TÉTRAULT, préc., note 12, p. 95. Voir *A.P. c. L.C.*, REJB 2002-37086 (C.S.).

⁹³ Art. 427-430 C.c.Q.

⁹⁴ Art. 427 C.c.Q.

⁹⁵ M. D. CASTELLI et D. GOUBAU, préc., note 46, p. 147; M. TÉTRAULT, préc., note 12, p. 454; J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 5, p. 167-171.

⁹⁶ *R.(M.P.) c. L.(G.)*, [2004] R.D.F. 190 (C.S.).

patrimoine de l'autre profitera donc de l'accroissement de la valeur des biens de celui-ci, mais risquera également de perdre son apport si l'avantage financier qu'il a procuré à l'autre s'est depuis volatilisé⁹⁷. De plus, l'enrichissement doit avoir un lien « adéquat » avec l'apport, critère moins exigeant qu'un lien direct⁹⁸.

Cet enrichissement d'un conjoint doit être accompagné de l'appauvrissement de l'autre. Cet appauvrissement peut être financier, mais ne l'est pas nécessairement, ce qui est par exemple le cas lorsqu'un conjoint consacre son temps et ses énergies à l'autre sans rémunération⁹⁹.

Finalement, seuls l'enrichissement et l'appauvrissement qui ne sont pas justifiés ouvriront la possibilité d'une prestation compensatoire. Par exemple, la contribution aux charges du mariage est une obligation des époux et justifie, notamment, les soins qu'un des époux a apportés aux enfants du couple. Les conjoints ne pourront se soustraire postérieurement à leur obligation de contribuer aux charges normales du ménage en demandant une prestation compensatoire. Ce n'est que lorsque l'apport d'un des époux est exceptionnel et qu'il y a un déséquilibre important entre les contributions des époux qu'on considérera qu'il n'y a pas de justification¹⁰⁰. De même, la volonté de l'époux d'avantager l'autre peut être une justification à l'enrichissement. Il en sera ainsi, par exemple, si l'on fait la preuve d'une intention libérale chez l'époux à l'origine de l'apport¹⁰¹.

Les conjoints pourront s'entendre durant le mariage pour faire un versement de prestation compensatoire afin d'établir ou de rétablir l'équilibre

err⁹⁷ M. D. CASTELLI et D. GOUBAU, préc., note 46, p. 149-150. Sur la faillite et la prestation compensatoire : M. TÉTRAULT, préc., note 12, p. 458-459. Voir également J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 5, p. 171-173.

⁹⁸ M. D. CASTELLI et D. GOUBAU, préc., note 46, p. 150; J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 5, p. 171-173.

⁹⁹ M. D. CASTELLI et D. GOUBAU, préc., note 46, p. 151; J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 5, p. 173-174.

¹⁰⁰ M. D. CASTELLI et D. GOUBAU, préc., note 46, p. 151; J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 5, p. 174.

¹⁰¹ M. TÉTRAULT, préc., note 12, p. 456-457; M. D. CASTELLI et D. GOUBAU, préc., note 46, p. 151-152.

financier entre eux¹⁰². De même, contrairement au patrimoine familial, la prestation compensatoire peut faire l'objet d'ententes entre les conjoints et même faire partie d'une transaction, si les critères de celle-ci sont remplis¹⁰³.

Finalement, mentionnons que si l'apport a porté sur un bien inclus dans le patrimoine familial, le véhicule approprié pour éviter l'injustice est le partage inégal de celui-ci et non la prestation compensatoire¹⁰⁴.

iii La protection et l'attribution de la résidence familiale

Le dernier effet du mariage est la protection qui est accordée à la résidence familiale et aux meubles destinés à garnir celle-ci par les articles 401 à 413 du Code civil. La liberté du conjoint propriétaire ou locataire est limitée de manière à protéger le milieu de vie de la famille. Ainsi, le propriétaire ne peut-il aliéner l'immeuble servant de résidence principale, ni la grever d'un droit réel ou la louer à un tiers, sans avoir obtenu le consentement de son conjoint¹⁰⁵. De même, lorsque le propriétaire du logement a été avisé du caractère familial de l'utilisation du logement, le conjoint locataire ne pourra sous-louer, céder son droit ou mettre fin au bail sans le consentement de son conjoint¹⁰⁶.

La protection prévue pour les meubles prévoit que l'époux propriétaire de ceux-ci ne peut, sans le consentement de son conjoint, aliéner, hypothéquer ni transporter hors de la résidence familiale les meubles qui servent à l'usage du ménage¹⁰⁷.

¹⁰² M. D. CASTELLI et D. GOUBAU, préc., note 46, p. 143.

¹⁰³ Id.p. 293, J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 5, p. 180-185. Voir toutefois les nuances apportées dans Jean-Pierre SENÉCAL, « La validité et la portée des conventions matrimoniales de rupture », (1992) 2 *Cours de perfectionnement du notariat* 131, p. 148-149, 184-185.

¹⁰⁴ M. TÉTRAULT, préc., note 12, p. 451-452.

¹⁰⁵ Des dispositions particulières sont prévues selon que la résidence est un immeuble de moins, ou de plus de cinq logements. Notons que le conjoint usufruitier, emphytéote ou usage est également soumis aux mêmes règles : article 404-407 C.c.Q. Voir : J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 5, p. 150-155.

¹⁰⁶ Art. 403 C.c.Q. Voir *Id.*, p. 148-150.

¹⁰⁷ Art. 401-402 C.c.Q. Voir *Id.*, 144-148.

Finalement, le tribunal possède le pouvoir d'attribuer la propriété ou l'usage des meubles meublant la résidence familiale à l'un des époux, advenant la séparation de corps, la dissolution ou la nullité du mariage¹⁰⁸. De même, le tribunal peut accorder l'usage de la résidence familiale au conjoint auquel la garde d'un enfant est accordée¹⁰⁹. Le tribunal peut également attribuer le bail de la résidence familial au conjoint non-locataire¹¹⁰.

f Le contrat de mariage et le régime matrimonial

Les époux peuvent, avant ou après la célébration du mariage, convenir par contrat de mariage de toutes stipulations non contraires à l'ordre public et aux dispositions impératives de la loi¹¹¹. Ce contrat, pour être valide, doit être fait sous la forme notariée en minute¹¹². Ceci dit, de moins en moins de couple décident de conclure un tel contrat et lorsqu'ils le font, le contrat de mariage n'inclut habituellement que le choix d'un régime matrimonial et certaines donations¹¹³.

Si le couple dont le domicile se trouve au Québec au moment du mariage n'a pas fait le choix d'un régime matrimonial par contrat de mariage, le régime légal de la société d'acquêts trouvera application. Ce régime, dont nous ne verrons pas la teneur dans les détails, emporte le partage de la valeur des biens acquis durant le mariage, à l'exception, notamment, des biens reçus par donations ou successions¹¹⁴.

g La pension alimentaire entre époux

À la suite du divorce des parties, le tribunal peut accorder une pension alimentaire à l'un des époux. Pour ce faire, le tribunal tient compte de la situation des époux, de leurs ressources et de leurs besoins ainsi que de la situation de

¹⁰⁸ Art. 410 al. 1 C.c.Q.

¹⁰⁹ Art. 410 al. 2 C.c.Q.

¹¹⁰ Art. 409 C.c.Q.

¹¹¹ Art. 431 C.c.Q.

¹¹² Art. 440 C.c.Q.

¹¹³ Alain ROY, *La charte de vie commune, ou, L'émergence d'une pratique réflexive du contrat conjugal*, Montréal, Éditions Thémis, 2007

¹¹⁴ Pour plus de détails sur la société d'acquêts, voir : Ernest CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3e éd. rev., augm., Montréal, Wilson Lafleur, 1988; S. PILON et J. JARRY, préc., note 84.

chacun d'eux, y compris la durée de la cohabitation, les fonctions que les époux ont remplies durant le mariage et de toute ordonnance, entente ou accord survenus entre les époux¹¹⁵. Les objectifs de l'ordonnance alimentaire sont de prendre en compte les avantages et inconvénients économiques du mariage et de son échec, de répartir entre les époux les conséquences économiques du soin des enfants à charge, de remédier à toute difficulté économique due au mariage ou à son échec et de favoriser l'indépendance économique des époux dans un délai raisonnable, dans la mesure du possible¹¹⁶.

Bien qu'un des objectifs de l'ordonnance alimentaire soient que les conjoints atteignent chacun leur indépendance économique, l'obligation alimentaire n'a pas de terme prédéterminé précis. Selon les situations, notamment lorsqu'un des conjoints est frappé par la maladie, l'obligation alimentaire de l'autre conjoint qui en a les moyens peut persister sur une très longue période, parfois même la vie durant¹¹⁷.

Dans le cadre d'une action en divorce, l'obligation alimentaire peut être payable sous forme de pension, par versements ou par une somme forfaitaire¹¹⁸. Le pouvoir d'accorder une somme forfaitaire relève du pouvoir discrétionnaire du juge. La somme forfaitaire, également appelée somme globale, peut remplacer la pension alimentaire, la compléter ou répondre à un besoin général ou spécifique du conjoint créancier¹¹⁹.

¹¹⁵ Art. 15.2(4) *Loi sur le divorce*. Sur la question des ententes sur les aliments entre époux, voir *infra*, p. 26.

¹¹⁶ Art. 15.2(6) *Loi sur le divorce*. Voir : Jocelyne JARRY, « L'obligation alimentaire entre époux et conjoints unis civilement », dans *Personnes, famille et successions*, Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 3, 2009, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2009CDD49, p. 4.

¹¹⁷ Sur toute la question de la durée de l'obligation alimentaire entre conjoints, voir *Id.*, p. 25-33.

¹¹⁸ Art. 15.2(2) *Loi sur le divorce*.

¹¹⁹ Sur la somme forfaitaire, voir J. JARRY, préc., note 116, p. 14.

a Les obligations des époux envers leurs enfants

i Principe d'égalité des enfants

En marge des obligations des époux l'un envers l'autre, chacun d'eux a des obligations envers ses enfants, peu importe les circonstances de leur naissance¹²⁰. Ces obligations découlent du lien de filiation lui-même et sont donc indépendantes de l'existence ou de la validité de l'union légale des parents de l'enfant¹²¹. Ainsi, dans l'éventualité où l'union des parents ne serait pas reconnue par le droit québécois, notamment le mariage d'un époux et de sa deuxième épouse dans une famille polygame, les enfants issus de cette union auraient les mêmes droits que les enfants issus du mariage valide entre ce même époux et sa première épouse.

ii Principe du meilleur intérêt de l'enfant

De plus, l'article 33 du *Code civil du Québec* édicte que toutes les décisions relatives aux enfants doivent être prises dans leur intérêt. L'intérêt de l'enfant constitue donc le critère décisionnel applicable, notamment en ce qui a trait à la garde et aux droits de visite afférents. Cette notion d'intérêt de l'enfant est souple et doit tenir compte de la situation particulière de chaque enfant, en considérant tous les aspects de celle-ci, incluant son environnement religieux, le cas échéant¹²².

Bien que cette règle de l'intérêt de l'enfant s'applique dans toutes les situations, le contexte particulier d'un divorce demande une vigilance accrue sur ce point. Le législateur l'a d'ailleurs prévu puisque le juge doit, avant de statuer

¹²⁰ Art. 522 C.c.Q.

¹²¹ Auparavant, il existait dans le droit québécois trois types de familles : légitime, adoptive et naturelle. Les enfants issus de ces différentes familles se voyaient appliquer des traitements juridiques différents, les enfants issus de familles légitimes étant favorisés par le droit. Voir M. TÉTRAULT, préc., note 12, p. 2-7.

¹²² Art. 33 al. 2 C.c.Q. Voir également : É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 61, p. 538 et suiv. Pour un exemple de la difficulté d'évaluer l'intérêt de l'enfant dans des contextes familiaux particuliers, voir : Pascale FOURNIER, « The erasure of islamic difference in canadian and american family law adjudication », (2001) 10 *Journal of Law and Policy* 51.

sur une entente en matière de divorce, vérifier de manière particulière que l'intérêt des enfants concernés est suffisamment bien préservé¹²³.

iii Besoins des enfants

Finalement, en plus des aliments que les parents doivent fournir à leurs enfants¹²⁴, ils doivent également subvenir à la garde, à l'entretien et à l'éducation de ceux-ci, tant durant l'union qu'à la suite de sa dissolution¹²⁵. Il s'agit pour eux non pas tant d'un droit, mais d'un devoir soumis à l'intérêt de l'enfant¹²⁶. Ces devoirs incluent ceux de nourrir et d'entretenir les enfants.

Tout au long de la minorité de l'enfant, le parent en ayant la garde percevra, *es qualité*, la pension de celui-ci afin de subvenir à ses besoins. Le montant minimal de la pension alimentaire que le parent exerçant la garde reçoit de l'autre parent est calculé selon le nombre d'enfant, les revenus respectifs des parents et le temps de garde de chacun d'entre eux et est fixé sur la base du règlement édicté à cette fin¹²⁷. Il va sans dire que cette pension pour enfant s'ajoute, le cas échéant, à la pension alimentaire destinée à l'ex-époux ou l'ex-épouse.

b Les conditions d'établissements des divorces

Le processus de divorce au Québec a beaucoup évolué ces dernières décennies. D'un système où la religion catholique était prédominante et où le divorce n'existait qu'en obtenant une loi privée¹²⁸, la législation canadienne

¹²³ Art. 815.5 C.p.c. et art. 495 et 521 C.c.Q.

¹²⁴ Art. 585 C.c.Q.

¹²⁵ Art. 599 C.c.Q.

¹²⁶ J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 5, p. 838 et suiv. Voir particulièrement le tout récent jugement de la Cour d'appel qui dit que les parents n'ont pas de droit; ils n'ont que des obligations : *Droit de la famille-102247*, 2010 QCCA 1561 (C.A.).

¹²⁷ Art. 825.8 C.p.c. et *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants* (1997) 15 G.O. II, 2117 et 2605. Pour plus de détails, voir J. JARRY, préc., note 116. Voir également J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 5, p. 382-399.

¹²⁸ Pour l'évolution du statut de l'Église catholique et l'évolution de l'état civil au Québec, voir : Michel MORIN, « De la reconnaissance officielle à la tolérance des religions : l'État civil et les empêchements de mariage de 1628 à nos jours », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le "raisonnable" : le fait religieux entre monisme étatique et*

prévoit aujourd'hui l'accès au divorce sans faute¹²⁹. Seules les conditions actuelles du divorce seront présentées.

Le juge prononcera le divorce si un des conjoints¹³⁰ établit l'échec du mariage et qu'il n'existe aucune fin de non-recevoir de la déclaration en divorce. Il n'est plus nécessaire de prouver la faute d'un des conjoints afin d'obtenir un divorce, bien que certains motifs de divorce puissent s'apparenter à une faute¹³¹. La séparation des époux pour une période d'au moins une année lors du prononcé du divorce, séparation factuelle et intentionnelle pour au moins l'un des époux¹³², l'adultère¹³³, la cruauté physique ou la cruauté mentale¹³⁴ constituent autant de motifs pouvant fonder la preuve de l'échec du mariage¹³⁵, que l'on peut résumer comme étant le manquement par un époux à au moins une obligation du mariage. La séparation d'une année est aujourd'hui la cause la plus fréquemment invoquée¹³⁶.

Les fins de non-recevoir de la déclaration en divorce sont de différentes natures. Premièrement, les divorces sur simple consentement étant prohibés, le tribunal doit refuser obligatoirement la juridiction lorsqu'il constate qu'il y a eu collusion entre les époux¹³⁷. Évidemment, les ententes que peuvent soumettre les conjoints au tribunal relativement à la garde des enfants, au partage de leurs biens respectifs et à la pension alimentaire ne constituent pas une forme de collusion. La collusion correspond à une manœuvre visant à déjouer la justice, ce qui n'est

pluralisme juridique, Montréal, Éditions Thémis, 2009. Sur l'historique du divorce, voir : J. PINEAU et M. PRATTE, *La famille*, préc., note 5, p. 312-324.

¹²⁹ Au sujet du divorce sur consentement, voir : Alain ROY, «Déjudiciarisation et divorce consensuel: Perspectives socio-juridiques», dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, 288.

¹³⁰ Ou les deux conjoints dans le cas d'une demande conjointe de divorce régie par les articles 151.4 al.3 et 253.1 C.p.c.

¹³¹ Art. 8(1) *Loi sur le divorce*. Les motifs que sont l'adultère et la cruauté ne peuvent être invoqués par celui qui est à l'origine du manquement : art. 8(2)b) *Loi sur le divorce*. Voir : J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 5, p. 329.

¹³² Cette séparation doit être réellement une séparation et doit également être intentionnelle pour au moins une des parties : *Id.*, p. 325-328.

¹³³ *Id.*, p. 328-329.

¹³⁴ *Id.*, p. 330-333.

¹³⁵ Conformément à l'article 8(2) de la *Loi sur le divorce*.

¹³⁶ J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 5, p. 325-333.

¹³⁷ Art. 11(1)a) *Loi sur le divorce*. Pour une réflexion sur le divorce consensuel, voir A. ROY, préc., note 129, p. 288-331.

évidemment pas l'objectif d'un règlement consensuel des conséquences relationnelles et économiques de la séparation, comme nous le verrons ci-après¹³⁸.

D'ailleurs, la *Loi sur le divorce* prévoit également à l'article 11(1)b) que le juge doit s'assurer qu'il y a eu entre les conjoints « conclusion d'arrangements raisonnables pour les aliments des enfants à charge », ces arrangements devant respecter les critères établis pour la fixation des pensions alimentaires. En l'absence de tels arrangements, le tribunal surseoirait à la demande de divorce jusqu'à ce que ceux-ci soient soumis au tribunal¹³⁹.

Le refus de supprimer les obstacles au remariage religieux de l'autre conjoint est également une fin de non-recevoir du divorce et sera étudiée plus loin¹⁴⁰. Mentionnons tout de même que le conjoint souffrant de la non-coopération de l'autre conjoint sur ce point pourra, après avoir demandé par écrit à son époux de supprimer les obstacles à son remariage religieux, déposer un affidavit à cet effet auprès du tribunal. Celui-ci, s'il n'a pas reçu un affidavit du conjoint récalcitrant attestant que les obstacles ont été levés dans les quinze jours, pourra rejeter toute demande provenant de lui. Une exception est cependant prévue pour le conjoint qui est en mesure de prouver que son refus de lever les obstacles au remariage de l'autre est basé sur des motifs valables.

Pour les demandes de divorce basées sur l'adultère ou la cruauté d'un des conjoints, la connivence, de même que le pardon et la réconciliation des parties, constituent également une fin de non recevoir¹⁴¹.

En résumé, le divorce n'est pas un acte émanant des parties elles-mêmes, mais doit être déclaré par le tribunal, qui seul peut constater l'échec du mariage sur preuve d'une séparation factuelle satisfaisant aux prescriptions de la loi ou

¹³⁸ J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 5, p. 333-334; M. TÉTRAULT, préc., note 12, p. 491.

¹³⁹ M. Tétrault, préc., note 12, p. 492; J. Pineau et M. Pratte, préc., note 5, p. 335.

¹⁴⁰ *Infra*, p. 91.

¹⁴¹ J. Pineau et M. Pratte, préc., note 5, p. 337-340; M. Tétrault, préc., note 12, p. 489-491.

d'un acte de cruauté ou d'adultère commis par l'un des conjoints. La présence de certains problèmes précis, tel la suppression des obstacles religieux ou l'absence d'arrangements raisonnables pour les enfants, permettront au tribunal de refuser de prononcer le divorce jusqu'à ce que les parties éliminent la situation problématique.

i Les ententes entre conjoints¹⁴²

La *Loi sur le divorce* encourage de plusieurs manières les conjoints à convenir du règlement des conséquences de leur séparation. Par exemple, l'article 9(2) de cette loi prévoit l'obligation pour les avocats des conjoints de discuter avec eux de la possibilité de négocier les questions d'ordonnances alimentaires et de garde. De même, les dispositions du Code de procédure civile sur la médiation familiale¹⁴³ incitent les conjoints à convenir eux-mêmes des dispositions relatives à la rupture de leur union.

Si les parties entreprennent de telles négociations et parviennent à un accord sur les conséquences de leur séparation, ils pourront soumettre cette convention au tribunal pour qu'elle soit incluse dans le jugement prononçant le divorce. De manière générale, les juges accorderont une grande valeur aux ententes négociées par les conjoints eux-mêmes.

Cependant, la liberté et l'autonomie de la volonté des époux sont loin d'être absolues. En effet, l'ordre public est en cause dans plusieurs des matières liées à la rupture. Dès lors, les conjoints n'auront aucun pouvoir et les ententes pouvant survenir en semblable matière pourront s'avérer nulles. Par exemple,

¹⁴² Le présent travail se penchant sur le moment même de la séparation et du divorce des époux, nous ne nous attarderons pas sur les conditions de révisions des ententes des époux. À ce sujet, voir M. Tétrault, préc., note 12, p. 10-48.

¹⁴³ Voir *infra*, p. 28.

l'existence même du lien du mariage n'est pas de leur ressort¹⁴⁴, de même que le moment de la dissolution du patrimoine familial¹⁴⁵.

Pour d'autres sujets, les époux peuvent convenir d'ententes qui ne lieront cependant pas le tribunal, lequel sera libre d'examiner les dispositions de la convention et de refuser de les homologuer. Le tribunal, bien que non lié par ces ententes, leur accordera cependant un grand crédit, notamment pour évaluer les faits qui y sont mentionnés, telle la date de la séparation. De même, sur ces sujets, chaque époux peut changer d'idée, retirer son consentement et demander au tribunal de ne pas tenir compte de l'accord et de plutôt juger au fond de ces questions. Tel est le cas de la renonciation au patrimoine familial¹⁴⁶, des accords concernant les aliments entre conjoints¹⁴⁷ et de tous les accords concernant les enfants¹⁴⁸. Toutefois, si les conjoints ne peuvent limiter leurs obligations au terme de leur convention, libres à eux d'en élargir la portée, notamment ce qui concerne les aliments pour l'ex-conjoint ou les enfants¹⁴⁹.

En plus des conditions de validité générale des contrats, parmi lesquelles se trouvent les dispositions relatives au consentement des parties, la convention de rupture des époux doit répondre à des critères supplémentaires. Ainsi, toutes les informations pertinentes à l'évaluation de leur situation respective doivent avoir été divulguées. Il en va de la valeur et du poids que l'on accordera éventuellement aux consentements exprimés. Dans la même perspective, les parties doivent avoir

¹⁴⁴ J.-P. SENÉCAL, préc., note 103, p. 166.

¹⁴⁵ *Id.*, p. 175-177. Les époux peuvent cependant s'entendre sur la manière dont sera effectué le partage.

¹⁴⁶ *Id.*, p. 175-177.

¹⁴⁷ *Id.*, p.172-175. Dans les années 80, la Cour suprême du Canada a été appelée à établir des règles claires sur la reconnaissance de telles ententes et sur les conditions de leur révision dans la trilogie *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857, et *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892 (notons que ces arrêts ont été rendus en application de la Loi sur le divorce de 1968). La trilogie a été suivie par d'autres arrêts qui ont recentré et précisé les critères de révision: *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, *G.(L.) c. B.(G.)*, [1995] 3 R.C.S. 367, *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, *Boston c. Boston*, [2001] 2 R.C.S. 413, *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, *Hartshorne c. Hartshorne*, [2004] 1 R.C.S. 550.

¹⁴⁸ Par l'obligation de prendre toute les décisions concernant l'enfant en considérant son intérêt, le tribunal a un pouvoir particulièrement étendu pour cette matière : J.-P. SENÉCAL, préc., note 103, 168-171.

¹⁴⁹ *Id.*, p. 171: « Si on ne peut se défaire des obligations qui nous sont imposés par la loi, on peut y ajouter volontairement et se lier. »

eu accès à l'assistance d'un conseiller juridique indépendant avant de s'engager¹⁵⁰.

De plus, l'entente financière entre les conjoints ne doit pas être lésionnaire. Le terme « lésion » est utilisé comme synonyme d'« inéquitable » ou de « grossièrement déraisonnable »¹⁵¹. La lésion sera présente lorsque deux critères sont rencontrés. Premièrement, il doit y avoir une disproportion importante entre les prestations des deux parties. D'autre part, cette disproportion doit tenir de l'exploitation d'une partie sur l'autre. Par exemple, ces critères seront rencontrés lorsqu'une partie renonce à des droits sans aucune contrepartie, par suite, notamment de la pression induite ou de menaces de la part de l'autre partie¹⁵². De plus, l'entente doit être acceptable autant sur le fond que sur la forme¹⁵³.

Mentionnons qu'habituellement, c'est l'ensemble de l'entente qui est évalué par le tribunal pour déterminer sa validité. Si le tribunal juge certaines parties inéquitables, il lui sera souvent loisible d'écarter toute l'entente, l'annulation des seules dispositions problématiques pouvant débalancer l'équilibre de la transaction¹⁵⁴.

c La médiation familiale dans les cas de divorce et de séparation

La médiation familiale a fait son apparition officielle dans le paysage québécois en 1982 par le Service de médiation à la famille relié à la Cour supérieure du district judiciaire de Montréal. Mais c'est en 1993 que la médiation familiale a fait son entrée dans la législation québécoise, c'est-à-dire dans le *Code de procédure civile*¹⁵⁵. En plus d'établir dans quels contextes la procédure qu'est

¹⁵⁰ J.-P. SENÉCAL, préc., note 103, p. 157-159.

¹⁵¹ *Id.*, p. 159-166, sur la lésion voir *infra*, p. 138.

¹⁵² *Id.*, p. 164.

¹⁵³ *Id.*, p. 166.

¹⁵⁴ *Id.*, p. 163.

¹⁵⁵ *Loi modifiant le Code de procédure civile concernant la médiation familiale*, L.Q. 1993, c. 1 et *Règlement sur la médiation familiale* (1993) G.O. II, 8648.

la médiation doit s'appliquer¹⁵⁶, ces nouveaux articles indiquent les critères que doivent remplir ceux qui désirent devenir médiateur familial.

Il est important de souligner que le Service de médiation familiale de la Cour supérieure rembourse aux parties le coût des séances de médiation, selon un tarif fixé dans le *Règlement sur la médiation familiale*¹⁵⁷. Chaque couple aura droit au remboursement de six séances de médiation, incluant une séance d'information, ainsi qu'à trois séances de médiation lors d'une demande en révision d'un jugement portant sur les sujets concernés par la médiation familiale¹⁵⁸. Cette prise de position étatique en faveur de la médiation familiale explique sûrement, du moins en partie, la réussite de l'implantation de cette nouvelle façon de gérer les ruptures des couples ayant des enfants¹⁵⁹.

i Définitions de la médiation familiale

Le Comité des organismes accréditeurs en médiation familiale définit comme suit la médiation familiale: « [...] un mode de résolution des conflits par lequel un tiers impartial, [...] intervient dans le conflit, avec le consentement des parties, et les aide à négocier une entente équitable faisant l'objet d'un consentement libre et éclairé. »¹⁶⁰ L'objectif de la médiation familiale, selon cette définition, est que les parties arrivent par elles-mêmes, avec l'aide du médiateur, à une entente équitable les satisfaisant.

Toutefois, d'autres définitions de la médiation familiale mettent nettement plus l'accent sur la reconstruction de la communication entre les parties. Ainsi, le

¹⁵⁶ Voir *supra*, p. 9.

¹⁵⁷ *Règlement sur la médiation familiale*, préc., note 155, art. 10-12.

¹⁵⁸ On parle même de principe de gratuité et d'universalité : voir Simon DESCÔTEAUX, « La médiation familiale », dans *Personnes, famille et successions*, Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 3, 2009, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2009CDD46, p. 2.

¹⁵⁹ À ce sujet, pour apprécier le contraste dans l'évolution de la médiation en France, voir Marc JUSTON, « La médiation familiale: une impérieuse nécessité dans les tribunaux », *Gaz. Pal.* 2004.2.

¹⁶⁰ COMITÉ DES ORGANISMES ACCRÉDITEURS EN MÉDIATION FAMILIAL, *Guide de normes de pratique en médiation familial* [Ressource électronique], en ligne : <http://www.barreau.qc.ca/pdf/mediation/familiale/guide-pratique-meditation-familiale.pdf>, (site consulté le 30 août 2010), p. 4.

Conseil national consultatif de la médiation familiale, un organisme français s'étant penché sur le sujet, définit la médiation familiale comme suit:

« [...] un processus de construction ou de reconstruction du lien familial axé sur l'autonomie et la responsabilité des personnes concernées par des situations de rupture ou de séparation dans lequel un tiers impartial, indépendant, qualifié et sans pouvoir de décision, le Médiateur Familial, favorise, à travers l'organisation d'entretiens confidentiels, leur communications, la gestion de leur conflit dans le domaine familial entendu dans sa diversité et dans son évolution. »¹⁶¹

Cette définition de la médiation familiale reprend les attributs généraux de la médiation, mais met en exergue la relation à long terme que les conjoints en instance de séparation devront maintenir compte tenu, notamment, de la présence d'enfants. C'est surtout cette conception de la médiation familiale qui a cours en Europe. Il est cependant intéressant de noter qu'au Québec, les juges renvoient parfois les couples vers une médiation justement dans le but avoué de favoriser la reprise ou l'amélioration de la communication des parents dans l'intérêt des enfants¹⁶², bien que cet aspect de la médiation familiale ne se retrouve pas dans les définitions québécoises officielles.

ii Le cadre dans lequel s'applique la médiation familiale

Le tribunal ne peut entendre une demande des parties lorsqu'il existe un différend portant sur la garde des enfants, sur les aliments ou sur le patrimoine familial avant que les parties n'aient d'abord, ensemble ou séparément, assisté à une séance d'information sur la médiation familiale¹⁶³. Suite à cette rencontre, les parties pourront volontairement continuer le processus de médiation familiale, avec le même médiateur ou avec un autre médiateur de leur choix. Bien que le *Code de procédure civile* inclut ces dispositions sous le titre de « médiation

¹⁶¹ CONSEIL NATIONAL CONSULTATIF DE LA MÉDIATION FAMILIALE, *Médiation familiale : un métier pour l'avenir - Travaux et recommandations* [Ressource électronique], en ligne : http://www.unaf.fr/IMG/pdf/Livret_MediationDecembre_2004_.pdf consulté le 4 août 2010.

¹⁶² À titre d'exemple, voir les jugements suivants: *A.V. c. C.R.*, 2006 QCCS 3916; *A.F. c. M.L.*, [2005] n° AZ-50304610 (C.S.); *S.R. c. R.Ro.* [2004], n° AZ-50278424 (C.S.).

¹⁶³ Article 814.3 et suiv. C.p.c.

préalable », seule la séance d'information est obligatoire et non la médiation familiale en elle-même. Il serait en effet malaisé, sinon impossible, de forcer tous les couples en instance de divorce à participer à une médiation familiale, la réussite du processus nécessitant une participation volontaire et de bonne foi des deux parties.

Ce caractère volontaire de la médiation se retrouve notamment dans les dispositions prévoyant qu'une partie peut déclarer un motif sérieux s'opposant à la séance d'information et être ainsi exemptée de cette obligation¹⁶⁴. De même, si un couple décide de tenter une médiation familiale, chaque partie peut à tout moment mettre fin à la médiation sans justification, à toute étape du processus et le médiateur lui-même doit décider d'interrompre la médiation si, selon-lui, il est contre-indiqué de la poursuivre¹⁶⁵.

Le tribunal a également le pouvoir de renvoyer les parties à un médiateur familial en cours d'instance, ce qui suspendra celle-ci pour un minimum de 20 jours et un maximum de 90 jours¹⁶⁶. Cette décision est prise en tenant compte de toutes les circonstances particulières et, notamment, de l'intérêt de l'enfant. Ces rencontres de médiation familiale sont également prises financièrement en charge par le Service de médiation familiale de la Cour supérieure, selon les mêmes critères que pour la médiation préalable.

Finalement, mentionnons qu'afin de préserver le processus de médiation et ses chances de réussite, les informations transmises à l'autre partie lors du processus de médiation familiale restent confidentielles et ne pourront être

¹⁶⁴ L'article 814.10 C.p.c. prévoit, notamment, les motifs suivants : le déséquilibre des forces en présence, la capacité ou l'état physique ou psychique d'une des parties et la distance importante qui sépare les résidences des parties.

¹⁶⁵ Article 814.8 C.p.c.

¹⁶⁶ S. DESCÔTEAUX, préc., note 158, p. 3.

produites en preuve devant le tribunal, advenant l'échec de la médiation, sauf avec l'accord de toutes les parties¹⁶⁷.

iii Formation des médiateurs

Les médiateurs familiaux doivent faire partie d'une des cinq professions suivantes: avocats, notaires, psychologues, conseillers en orientation et travailleurs sociaux. On ajoute également à cette liste les employés d'un établissement qui exploite un Centre de protection de l'enfance et de la jeunesse, à la condition qu'ils satisfassent aux exigences de l'ordre professionnel de l'une de ces professions. De plus, les aspirants médiateurs sont également tenus d'avoir à leur actif au moins trois ans de pratique au sein de leur profession, et ils doivent suivre une formation dont les exigences sont énumérées au même règlement, laquelle sera étudiée plus loin.

Les médiateurs familiaux québécois ne font pas partie d'un ordre professionnel distinct, mais doivent être membre de l'ordre de leur profession d'origine. Ce sont ces ordres professionnels qui appliquent les règles de déontologie des médiateurs faisant partie de leurs rangs, et ce, selon leur propre code de déontologie. D'ailleurs, pour la majorité de ces professionnels, la pratique de la médiation familiale est habituellement complémentaire ou successive à la pratique de leur profession d'origine¹⁶⁸.

Les médiateurs familiaux se sont cependant regroupés pour former le Comité des organismes accréditeurs en médiation familiale, organisme qui a adopté un code de déontologie particulier pour ses membres. Ce code élabore des principes auxquels les médiateurs familiaux affirment adhérer, mais n'a cependant pas de force contraignante. Plusieurs de ces principes font partie des obligations communes à tous les ordres professionnels des médiateurs familiaux, par exemple l'obligation de confidentialité. De plus, ce code a été intégré aux règles de

¹⁶⁷ Art. 815.3 C.p.c.

¹⁶⁸ Yanick SARRAZIN, Francine CYR, Justin LEVESQUE et Jean-François BOUDREAU, « L'impact des caractéristiques du médiateur familial sur l'efficacité du processus de médiation » 3 *Revue de Prévention des différends*

pratiques des ordres professionnels. Finalement, notons que la place qu'occupe la médiation familiale au Québec est très près de l'appareil judiciaire, les premiers organismes de médiation étant mêmes reliés directement à des cours de justice.

La formation des médiateurs familiaux au Québec est en fait considérée comme une spécialisation, le législateur demandant une formation universitaire avant d'avoir accès à la formation de médiateur familial proprement dite. Les ordres professionnels susmentionnés exigent tous de leurs membres d'avoir complété une formation spécialisée dans leur domaine, qui va d'une formation de premier cycle universitaire à une formation doctorale¹⁶⁹.

La formation spécifique exigée des aspirants-médiateurs répond aux mêmes critères, quel que soit leur ordre professionnel d'origine, bien que les formations puissent être données par chacun des ordres professionnels accréditeurs. Ces exigences réglementaires relatives à la formation des médiateurs familiaux, selon leurs professions, sont résumées dans le tableau suivant¹⁷⁰ :

Formation	Professions sociales	Professions psycho-juridiques
De base (60 heures)		
Aspects économiques, légaux et fiscaux	Minimum 15 heures	Minimum 6 heures
Aspects psychologiques et psychosociaux	Minimum 6 heures	Minimum 15 heures
Processus de médiation et négociation	Minimum 24 heures	Minimum 24 heures
Sensibilisation à la problématique	Minimum 6 heures	Minimum 6 heures

¹⁶⁹ Les exigences pour faire partie d'un ordre professionnel sont énoncées dans le *Règlement sur les diplômes délivrés par les établissements d'enseignement désignés qui donnent droit aux permis et aux certificats de spécialistes des ordres professionnels*, (1983) 2 G.O. II, 2877, art. 1.03 (Barreau), art. 1.15 (Ordre des travailleurs sociaux), art. 1.18 (Chambre des notaires), art. 1.23 (Ordre des conseillers et conseillères en orientation), art. 1.24 (Ordre des psychologues du Québec).

¹⁷⁰ *Règlement sur la médiation familiale*, préc., note 155, art. 1-2.

de la violence intra-familiale		
Réparties dans les sujets ci hauts	9 heures	9 heures
Complémentaire (45 heures)		
Processus de médiation et négociation	15 heures	15 heures
Aspects économiques, légaux et fiscaux	30 heures	N/A
Aspects psychologiques et psychosociaux	N/A	30 heures
Total de la formation	105 heures	105 heures

On peut observer que cette formation, totalisant 105 heures, équivaut en nombre d'heures de cours à environ sept crédits universitaires. De ces heures de formation, à peine la moitié est consacrée obligatoirement à des sujets autres que ceux concernés par la formation initiale de l'aspirant-médiateur. La formation de base doit être suivie « dans les cinq ans précédant la demande »¹⁷¹ et la formation complémentaire « dans les deux ans de l'accréditation », ce qui échelonne la formation sur une période pouvant s'étaler jusqu'à sept ans. Ceci peut paraître succinct pour une préparation à un rôle distinct de la pratique habituelle et différente de la formation de départ de tous ces professionnels¹⁷².

En plus de la formation théorique, l'aspirant-médiateur devra compléter, dans les deux années suivant son accréditation, dix mandats de médiation familiale sous la supervision d'un médiateur familial d'expérience¹⁷³, c'est-à-dire un médiateur ayant complété 40 mandats de médiation familiale. Au fur et à mesure que l'aspirant-médiateur complète ces mandats sous supervision, le nombre de séances faites sous supervision au cours des médiations supervisées diminue.

¹⁷¹ *Id.*, art. 1.

¹⁷² Sur la différence entre la pratique professionnelle d'origine et la pratique en médiation familiale, voir Y. Sarrazin, F. Cyr, J. Lévesque et J.-F. Boudreau, préc., note 168.

¹⁷³ *Règlement sur la médiation familiale*, préc., note 155, art. 1 par. 4.

La supervision doit se faire de la façon suivante. Premièrement, pour deux mandats dits de médiation globale¹⁷⁴, le médiateur en formation devra avoir au moins quatre séances de supervision en cours de mandat. Ce nombre de séances de supervision est réduit ensuite à trois pour les trois mandats de médiation suivants. Finalement, les cinq derniers mandats supervisés devront faire l'objet d'au moins une séance de supervision¹⁷⁵.

Jusqu'à ce que la totalité des mandats sous supervision soit complété, le médiateur familial ne peut mener seul de mandat de médiation familiale. De plus, pour satisfaire aux exigences du règlement, le médiateur devra avoir eu l'occasion de traiter au moins deux fois chacun des objets suivants :

- La garde des enfants;
- L'accès aux enfants;
- Les aliments dus au conjoint ou aux enfants et
- Le partage du patrimoine familial et des autres droits patrimoniaux résultant du mariage ou du règlement des intérêts communs qu'ils peuvent avoir dans certains biens¹⁷⁶.

Finalement, selon certains critères, le médiateur en formation peut obtenir une prolongation du délai afin de compléter les mandats supervisés exigés¹⁷⁷. De plus, dans ces mêmes cas de prolongation, l'engagement à compléter ces mandats supervisés peut être remplacé par un engagement à exécuter cinq de ces mandats et à compléter vingt-et-une heures de cours de formation pratique comprenant des mises en situation et des jeux de rôle sur des cas fictifs¹⁷⁸. Les mandats effectués devront être supervisés de la manière prévue pour les cinq premiers mandats; deux d'entre eux devront donc comporter au moins quatre séances de supervision, alors que trois autres devront comporter au moins trois séances de supervision au cours du mandat. Il est à noter que le choix du médiateur superviseur est à la discrétion du médiateur familial en formation et que celui-ci se chargera de ses honoraires.

¹⁷⁴ C'est-à-dire traitant de quatre objets dont un partage du patrimoine familial et des autres droits patrimoniaux résultant du mariage.

¹⁷⁵ *Règlement sur la médiation familiale*, préc., note 155, art. 1 par. 3.

¹⁷⁶ *Id.*, art. 3.

¹⁷⁷ *Id.*, art. 4.1 : « [...] entre autres, à la maladie, à un accident, à une grossesse, à un congé parental, à une absence du Québec ou à une réorientation de carrière ».

¹⁷⁸ *Id.*, art. 4.1.

Pour terminer, notons que, habituellement, un processus standard de supervision se termine par une évaluation déterminante pour l'accréditation du superviseur. Ce n'est pas le cas ici : le médiateur superviseur n'a aucun pouvoir sur l'issue de cette procédure et il n'y a pas d'évaluation des compétences nouvelles à acquérir. Même si cette supervision mène à la conclusion que l'aspirant médiateur est nettement inadéquat, le superviseur ne pourra rien faire pour empêcher l'accréditation du nouveau médiateur¹⁷⁹.

iv Le résultat de la médiation : le résumé des ententes

Au terme de la médiation familiale, le médiateur remet aux parties un rapport relatif à cette médiation, tel que prévu par le *Code de procédure civile du Québec*. Le Code de procédure ne fait que mentionner ce rapport, sans en préciser le contenu.

Le *Guide de normes de pratique en médiation familiale*¹⁸⁰ détaille tant la forme que le contenu du résumé des ententes de médiation. Il est présenté comme un outil destiné à servir de référence aux parties, qui leur permet d'obtenir des consultations, juridiques ou autres, et qui sert de base pour la rédaction de leur projet d'accord. Cet outil n'a pas de force juridique contraignante et peut être modifié ou annulé par les parties tant que les ententes qui y sont contenues n'ont pas été entérinées par le tribunal. Le Guide propose également, en annexe, un modèle de clauses à inclure au résumé des ententes de médiation de manière à éviter d'éventuels problèmes, réitérant notamment les notions de confidentialité et l'opportunité de consulter un conseiller juridique avant de procéder à la signature des ententes ou à leur dépôt pour homologation.

Les conseillers juridiques des parties devront se baser sur ce document afin de préparer le projet d'accord des parties. Ce projet devra par la suite être soumis au tribunal pour homologation. Les conditions relatives aux ententes de séparation

¹⁷⁹ Voir à ce sujet : Judith DESMARAIS, « Chronique - Les normes de pratique en médiation familiale: la supervision », dans *Repères*, mars 2003, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2003REP74.

¹⁸⁰ COMITÉ DES ORGANISMES ACCRÉDITEURS EN MÉDIATION FAMILIAL, préc., note 161, p. 18.

que nous avons précédemment exposées trouveront application¹⁸¹. Notons enfin qu'un avocat ou un notaire peut agir à titre de conseiller juridique des parties ou d'une seule d'entre elles¹⁸².

d Conclusion

Cette présentation du droit québécois de la famille n'est ni complète ni exhaustive, n'ayant pas pour but d'exposer les règles applicables de manière détaillée et technique. Elle se veut plutôt une esquisse des grandes lignes, l'objectif étant de préparer le terrain aux comparaisons des obligations civiles et religieuses des couples et, incidemment, aux propositions d'harmonisation. Ce simple survol du droit québécois de la famille nous apparaît suffisant pour y arriver de façon satisfaisante.

Ce bref résumé aura permis d'identifier trois vecteurs majeurs du droit québécois de la famille : l'égalité des conjoints, la primauté de l'intérêt des enfants et la valeur reconnue à la négociation des conséquences de la rupture par les conjoints eux-mêmes.

Le premier vecteur est l'égalité des conjoints dans le mariage. Les obligations des conjoints dans le mariage sont le respect, la fidélité, le secours, l'assistance et l'obligation de faire vie commune. Ces obligations s'appliquent de la même manière et avec la même intensité aux deux conjoints, ceux-ci étant égaux dans le mariage. Le principe d'égalité est central dans la définition même du mariage civil. Cet esprit d'égalité est également présent dans le régime matrimonial légal, la société d'acquêts, ainsi que dans les effets du mariage que sont le patrimoine familial, la prestation compensatoire et le statut particulier accordé à la résidence familiale. Dans toutes les dispositions touchant ces sujets, les droits, devoirs et obligations des époux ne varient d'aucune manière selon leur identité et leur sexe.

¹⁸¹ Voir : *supra*, p. 26

¹⁸² Pour la distinction entre le projet d'accord et le résumé des ententes, voir Judith DESMARAIS, « Commentaire sur la décision *P. (H.) c. S. (B.)* - Le résumé des ententes de médiation : sa valeur juridique », dans *Repères*, février 2006, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2006REP438.

À la fin de l'union, l'échec du mariage suffit à justifier la demande en divorce, laquelle peut être présentée de la même manière par l'une ou par les deux parties. L'échec de l'union est prouvé en situation d'adultère, de cruauté mentale, de cruauté physique ou de cessation de vie commune pour une période d'au moins un an, aucun des conjoints ne pouvant forcer l'autre à demeurer dans le mariage ce délai écoulé. Certaines fins de non-recevoir repousseront cependant le prononcé du divorce jusqu'à ce que les parties aient rempli les conditions nécessaires à leur levée. Il en sera ainsi, par exemple, lorsque les parties s'entendront sur les arrangements raisonnables pour les aliments des enfants à charge ou lorsque la partie originellement récalcitrante lèvera les obstacles au remariage religieux de l'autre conjoint. Dans le contexte du divorce, les relations juridiques entre les deux époux se déroulent encore une fois dans une perspective égalitaire.

Le deuxième vecteur identifié est la primauté de l'intérêt des enfants. Ceux-ci ont les mêmes droits, peu importe les circonstances de leur naissance, et les obligations de leurs parents envers eux restent les mêmes. Toutes les décisions les concernant doivent être prises dans leur intérêt, notamment dans le cadre des procédures de divorce. Les deux parents se voient imposer une obligation alimentaire minimale en proportion de leur revenu respectif et celle-ci sera calculée selon un barème prévu par règlement. La fin de non recevoir mentionné plus haut, concernant les ententes raisonnables sur les aliments des enfants, témoigne de l'importance qui est accordée à la protection des intérêts des enfants des parties à l'intérieur même de la procédure de divorce. De plus, bien que l'intérêt de l'enfant soit toujours le critère à respecter dans toutes les décisions le concernant, l'article 815.5 C.p.c. met une emphase particulière sur la responsabilité du tribunal de vérifier que l'intérêt de l'enfant a été respecté dans les décisions prises par ses parents dans le contexte particulier de la séparation ou du divorce.

Finalement, le troisième et dernier vecteur correspond à l'importance que revêt la négociation des conséquences de la rupture par les conjoints eux-mêmes.

Autant le droit canadien que québécois incitent les conjoints à s'entendre sur les conséquences de leur rupture. La *Loi sur le divorce*¹⁸³ prévoit l'obligation des procureurs d'amener les parties à négocier les questions de pensions alimentaires et de garde. La médiation familiale est la voie privilégiée par le Québec et elle est encadrée par le *Code de procédure civile* et le *Règlement sur la médiation familiale*. La prise en charge des coûts reliés à celle-ci est un bel exemple de l'importance qui est accordée à l'obtention d'ententes négociées par les parties elles-mêmes. Cette vision du divorce et de la séparation, où les conjoints sont incités à régler eux-mêmes ou, minimalement, à tenter de régler eux-mêmes, de bonne foi, les conséquences de leur union tient sans doute aux conséquences parfois désastreuses que peut avoir la logique contradictoire à la base du système judiciaire traditionnel.

¹⁸³ *Loi sur le divorce*, art. 9(2).

B Le cadre religieux : organisation « législative » de la rupture conjugale

Ce mémoire est consacré à l'arrimage des règles religieuses régissant le mariage et sa dissolution avec celles du droit civil québécois. Dans un premier temps, nous avons présenté succinctement les différentes exigences du droit civil. Nous présentons maintenant la vision du mariage qu'ont les trois grandes religions du Québec, soit le catholicisme, l'islam et le judaïsme. Pour chacune d'elles, nous exposerons les exigences requises pour contracter mariage, les obligations de chacun des conjoints à l'intérieur du mariage et les règles prévues pour y mettre fin ou, le cas échéant, pour en interdire la dissolution.

D'entrée de jeu, une différence majeure doit être soulignée entre le catholicisme d'un côté, et le judaïsme et l'islam, de l'autre. Les catholiques, de même que les chrétiens d'autres confessionnalités, considèrent que l'État et la religion sont relativement indépendants l'un de l'autre. Bien qu'historiquement, les sociétés occidentales aient été souvent intimement liées et soumises à l'influence des Églises chrétiennes, elles ont graduellement séparé les obligations religieuses et civiles¹⁸⁴. Cette façon de percevoir le lien entre l'État et la religion provient directement de la Bible, où Jésus lui-même établit une distance entre sa nature divine et les choses temporelles¹⁸⁵.

Le judaïsme et l'islam, quant à eux, sont depuis le début de leur élaboration des manières de vivre, des codes de vie comportant des règles concernant toutes les sphères de la vie des croyants, règles qui forment un corpus de lois, souvent assorties de sanctions¹⁸⁶. Bien qu'étant dans les faits généralement bien assimilé par les individus juifs ou musulmans, le concept de séparation de l'Église et de l'État est formellement étranger à ces religions.

¹⁸⁴ Sur la place de la religion dans les sociétés occidentales, voir : C. LANDHEER-CIESLAK, préc., note 15, p. 4 et suiv.

¹⁸⁵ *Évangile selon Jean*, ch. 18, v. 36: « " Es-tu le roi des Juifs?" Jésus répondit: "Ma royauté n'est pas de ce monde" »; *Évangile selon Matthieu* : « où Jésus et Pierre paient l'impôt »; *Évangile selon Matthieu*, ch. 22 v. 15 : « Rendez donc à César ce qui est à César, et à Dieu ce qui est à Dieu ».

¹⁸⁶ Voir Sami Awad ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Religion et droit dans les pays arabes*, coll. Monde arabe et monde musulman, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 24.

D'ailleurs, plusieurs États musulmans¹⁸⁷ ainsi que l'État d'Israël¹⁸⁸ déclarent d'une manière très claire leur religion comme étant la religion d'État.

1 Chez les catholiques romains

Présentation générale de la religion catholique

a Les sources de droit religieux catholique

La structure de l'Église catholique, « peuple de Dieu en marche, corps du Christ »¹⁸⁹ est bien organisée. Depuis la fondation de l'Église par Jésus-Christ jusqu'à aujourd'hui, l'institution que constitue l'Église catholique a toujours été hiérarchique, bien que cette hiérarchie en soit une de service. Celle-ci est dirigée par le collège des évêques, composé des évêques de toutes les régions et dont le pape est la tête. Lorsque le collège des évêques est réuni en concile œcuménique, les décrets que celui-ci adopte ont force de loi, dans la mesure où le Pontife romain (le pape) les aura approuvés, confirmés et promulgués¹⁹⁰. Diverses institutions officielles sont également établies selon le droit canon, institutions dont nous ne rapporterons pas le détail ici. La curie romaine est également organisée et régie par le droit canon, à travers *Pastor Bonus* et le *Règlement général de la curie romaine*.

Ainsi, le gouvernement de l'Église est défini par des textes officiels formant le droit canon. Le *Code de droit canonique de 1983* inclut les règles qui seront étudiées plus avant. Ce code, adopté à la suite du concile Vatican II constitue la mise à jour de l'ancien *Code de droit canonique de 1917*¹⁹¹.

Il est indéniable que le droit romain a façonné autant l'organisation de l'Église catholique dans son origine que ce qui deviendrait le droit civil¹⁹². Cette origine commune rend les positions officielles de l'Église particulièrement

¹⁸⁷ *Id.* p. 55

¹⁸⁸ Voir Brigitte ULLMO-BLIAH, « Un état juif et démocratique », *Gaz. Pal.*, 1998.511.

¹⁸⁹ ÉGLISE CATHOLIQUE et Gervais DUMEIGE, *Textes doctrinaux du magistère de l'Église sur la foi catholique*, Paris, Editions de l'Orante, 1969.

¹⁹⁰ Can. 341.

¹⁹¹ Dominique LE TOURNEAU, *Le droit de l'Église*, coll. Bibliothèque d'initiation théologique, Paris, Laurier, 1999, p. 10.

¹⁹² Michel MORIN, *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Montréal, Éditions Thémis, 2004, p. 139 et suiv.

simples à identifier, une grande opération de codification des règles de l'Église ayant été faite.

Bien que l'interprétation des rôles et des doctrines ait pu varier durant l'histoire, ces modifications ne s'inscrivent pas en rupture avec le passé; elles sont plutôt une évolution graduelle incorporant les connaissances de chaque époque. Par exemple, les recherches en psychologie et en psychiatrie ont mené à l'élargissement de l'acceptation par l'Église de certains concepts, tels que le manque de discernement et l'incapacité non reliée à l'âge¹⁹³.

Contrairement aux législations civiles, où les changements législatifs suivent les changements de mentalités de la société concernée, le droit canonique, lui, tire sa source dans la Bible et le droit naturel. La Bible est immuable et n'a donc pas été modifiée depuis deux mille ans. Les interprétations qu'en ont faites les différents conciles œcuméniques à travers le temps ont changé, portées par les connaissances nouvelles. De même s'affinent les traductions en fonction de nouvelles connaissances. Les lois de l'Église peuvent être modifiées par le Pape ou le Concile. Par ailleurs, le processus menant à ces modifications est d'une extrême lenteur.

Les croyances de l'Église ne sont pas modifiables car elles sont d'un tout autre ordre. Ces croyances sont basées sur la Bible et tout particulièrement sur les paroles du Christ telles que rapportées dans les quatre Évangiles, ainsi que sur la tradition. L'indissolubilité du mariage catholique appartient à cette catégorie¹⁹⁴.

Il faut également faire une distinction entre le droit canonique, qui se base sur les textes législatifs et sur les canons de l'Église, et l'approche pastorale proposée dans l'Église. Le droit canonique est strict et doit être appliqué

¹⁹³ Geoffrey ROBINSON, *Mariage, divorce et nullité : une introduction à la procédure suivie pour les causes en déclaration de nullité dans l'Église catholique*, Ottawa, Novalis/Le Chalet, 1986, p. 71-72.

¹⁹⁴ *Id.*, p. 58-60.

rigoureusement. La pastorale qui se vit tous les jours dans les paroisses a une fonction d'accompagnement de la personne dans son cheminement vers la réalisation de sa vocation chrétienne : la sainteté. Elle est donc proche des expériences vécues par les paroissiens. Cette pastorale évolue également dans le temps et est beaucoup plus près des évolutions sociales des différentes époques et des différents lieux. Par exemple, l'accueil des homosexuels, ou des divorcés, impensable au Québec il y a une soixantaine d'années, est maintenant beaucoup plus grande ici, bien que ce ne soit toujours pas le cas dans toutes les régions du monde. Les comportements contraires aux valeurs de l'Église sont blâmés et rejetés, mais la personne, elle, reste la bienvenue dans le sein de l'Église¹⁹⁵.

b Le mariage catholique et la déclaration de nullité

i La définition du mariage

Comme l'exprime bien l'extrait suivant de la liturgie du mariage, le mariage catholique est l'engagement des époux dans une union devant durer toute leur vie, malgré les circonstances ou événements imprévisibles qui peuvent survenir durant la vie commune des époux :

« Je te prends pour mon épouse – pour mon époux – et promets de t'être toujours fidèle, dans la joie et dans la douleur, dans la santé et dans la maladie, et de t'aimer et t'honorer tous les jours de ma vie »¹⁹⁶

Historiquement, le mariage catholique a d'abord repris la définition du mariage du droit romain : une union charnelle, une communauté de vie et une mise en commun, un partage. Beaucoup plus tard, en 1962, le concile Vatican II l'a défini comme une « communauté profonde de vie et d'amour »¹⁹⁷ et le *Code canonique de 1983*, comme une « communauté de toute la vie entre un homme et

¹⁹⁵ Sur l'accueil des personnes homosexuelles, voir ÉGLISE CATHOLIQUE, préc., note 48, p. 480. Sur l'accueil des personnes divorcées et remariées, voir le même ouvrage, à la page 350.

¹⁹⁶ ÉGLISE CATHOLIQUE et CONFÉRENCE DES ÉVÊQUES CATHOLIQUES DU CANADA, OFFICE NATIONAL DE LITURGIE, *Rituel du mariage*, Ottawa, Service des éditions Conférence des évêques catholiques du Canada, 1983, p. 34.

¹⁹⁷ CONCILE DU VATICAN (2E : 1962-1965), *Gaudium et spes: L'Eglise dans le monde de ce temps*, Paris, Fleurus, 1967, p. 245.

une femme, ordonnée au bien des conjoints et à la génération et l'éducation des enfants »¹⁹⁸.

En effet, aux yeux de l'Église catholique, un mariage validement célébré entre deux catholiques baptisés est un sacrement, c'est-à-dire un « signe sensible institué par Jésus-Christ pour donner sa grâce aux hommes et par là les sanctifier »¹⁹⁹, sanctifiant ainsi le couple. Il ne s'agit donc pas seulement d'un simple engagement pris par les époux, mais bien du signe de l'Alliance du Christ avec son Église dont la portée dépasse le couple lui-même. De nombreuses analogies sont faites entre la relation entre Christ-Église et époux-épouse, entre l'amour du Christ pour l'Église comme modèle d'amour pour les époux, entre l'amour divin et l'amour conjugal²⁰⁰. Ces analogies, initiées par les plus hautes instances de l'Église dès le début de celle-ci²⁰¹ et développées jusqu'à aujourd'hui, démontrent bien l'importance de l'union conjugale dans la théologie catholique. De plus, le Christ lui-même a rejeté le divorce : « Ainsi ils ne sont plus deux, mais une seule chair. Que l'homme donc ne sépare pas ce que Dieu a uni!²⁰² » Le mariage catholique est donc, dans sa définition même, indissoluble. Cependant, selon certaines conditions dont nous traiterons plus avant, la nullité d'un mariage peut être déclarée par un tribunal ecclésiastique, un tel mariage étant alors réputé n'avoir jamais existé.

ii Les conditions de fond du mariage

Les empêchements au mariage sont également tous codifiés dans le *Code de droit canonique*²⁰³. Les textes du droit canon étant exhaustifs, toute coutume établissant un nouvel empêchement est réprouvée²⁰⁴. Ces empêchements sont liés :

¹⁹⁸ Art. 1055 al. 1

¹⁹⁹ Raoul NAZ, *Dictionnaire de droit canonique, contenant tous les termes du droit canonique, avec un sommaire de l'histoire et des institutions et de l'état actuel de la discipline*, Paris, Letouzey et Ané, 1935, p. 818.

²⁰⁰ Voir le livre JEAN PAUL II, *Résurrection, mariage, et célibat : l'Évangile de la rédemption du corps*, Paris, Editions du Cerf, 1985; JEAN PAUL II, G. DEFOIS et M. BOULLET, préc., note 6, p. 22 et suiv.

²⁰¹ La base de ces analogies est l'Épître aux Éphésiens (Ép 5, 22-33).

²⁰² Matthieu, 19.

²⁰³ Can. 1073-1082.

²⁰⁴ Can. 1076.

- à l'âge des parties: seize ans pour les hommes, quatorze pour les femmes²⁰⁵ ;
- à l'impuissance antérieure, certaine et perpétuelle d'une des parties²⁰⁶, mais non la stérilité;
- à l'existence d'un précédant mariage, même non consommé²⁰⁷ ;
- au défaut d'être baptisé par l'une des parties, alors que l'autre partie n'a pas quitté l'Église par un acte formel²⁰⁸ ;
- au fait pour l'homme d'être constitué dans les ordres sacrés²⁰⁹ ;
- au fait pour l'une des parties d'être liée par le vœu public perpétuel de chasteté dans un institut religieux²¹⁰ ;
- à l'enlèvement de la femme²¹¹ ;
- au crime, c'est-à-dire au fait d'avoir assassiné son conjoint ou le conjoint de l'autre partie afin de pouvoir épouser celle-ci²¹² ;
- à des liens de consanguinité : tout mariage en ligne directe et jusqu'au quatrième degré en ligne collatérale est prohibé²¹³. Cet empêchement concerne également les enfants naturels (nés en dehors du lien du mariage);
- à l'affinité directe, c'est-à-dire la « parenté par alliance »²¹⁴, pour tous les degrés²¹⁵;
- à l'empêchement d'honnêteté publique²¹⁶, qui correspond à l'équivalent de l'affinité directe, mais sans le lien du mariage, l'interdiction s'appliquant

²⁰⁵ Can. 1083.

²⁰⁶ Can. 1084.

²⁰⁷ Can. 1085.

²⁰⁸ Can. 1086.

²⁰⁹ Can. 1087. Ce qui exclut les prêtres du mariage.

²¹⁰ Can. 1088. Ce qui exclut également les sœurs, les frères et les moines, même s'ils n'ont pas reçu le sacrement des ordres.

²¹¹ Can. 1089 : « Aucun mariage ne peut exister entre l'homme et la femme enlevée ou au moins détenue en vue de contracter mariage avec elle, à moins que la femme, une fois séparée de son ravisseur et placée en lieu sûr et libre, ne choisisse spontanément le mariage. »

²¹² Can. 1090.

²¹³ Can. 1091.

²¹⁴ Jean WERCKMEISTER, *Petit dictionnaire de droit canonique*, Paris, Éditions du Cerf, 1993, p. 28.

²¹⁵ Can. 1092 L'affinité est prohibée en ligne directe, à tous les degrés, donc, il est impossible de marier son beau-père, sa belle-mère, son gendre ou sa bru.

²¹⁶ Can. 1093.

aux couples ayant vécu un concubinage²¹⁷ qui ne peuvent épouser par la suite un membre de la famille de l'ex-conjoint de fait;

- à l'adoption, à tous les degrés en ligne directe et au second degré en ligne collatérale²¹⁸.

La majorité de ces empêchements peuvent faire l'objet d'une dispense donnée par l'évêque de qui relève le mariage. Cependant, les empêchements reliés aux ordres sacrés, aux vœux perpétuels et au crime requièrent une dispense papale, tandis qu'il est impossible d'obtenir une dispense pour l'empêchement de consanguinité en ligne directe ou au second degré en ligne collatérale²¹⁹.

Le mariage catholique doit obligatoirement être contracté publiquement. La présence d'un célébrant autorisé et d'au moins deux témoins, représentants de la communauté, est donc obligatoire²²⁰. De plus, pour être valide aux yeux de l'Église, le célébrant du mariage religieux d'un catholique baptisé doit être un prêtre ou un diacre catholique. Il existe cependant une exception autorisant les prêtres d'une Église orthodoxe à célébrer des mariages reconnus par l'Église catholique comme un mariage religieux valide²²¹.

Les défauts de consentement, quant à eux, sont semblables à ceux que l'on retrouve en droit civil québécois, les origines romaines des deux systèmes de droit étant ici très évidentes²²². Ainsi, pour être valide, le consentement des parties à un mariage doit être libre et éclairé. Cela implique notamment que les parties trop jeunes²²³, ayant commis une erreur sur la personne²²⁴, ayant été trompées par un dol²²⁵, ou ayant été contraintes sous la violence ou la crainte grave²²⁶ ne peuvent

²¹⁷ J. WERCKMEISTER, note 214, p. 113.

²¹⁸ Can. 1094.

²¹⁹ Can. 1078.

²²⁰ Can. 1108.

²²¹ Can. 1127.

²²² Sur les origines romaines du droit français et romain, voir : M. MORIN, préc., note 192, p. 133.

²²³ Can. 1095 (1).

²²⁴ Can. 1097, G. ROBINSON, préc., note 193, p. 70. Il n'est pas nécessaire que l'erreur soit sur l'identité de la personne elle-même; l'erreur sur un aspect fondamental de la personnalité de l'époux, qui aurait été cachée, est suffisante. C'est le cas notamment lorsqu'une des parties a caché à l'autre son homosexualité, qui existait au moment de la célébration du mariage et avant celui-ci.

²²⁵ Can. 1098.

donner un consentement valide. De plus, le consentement doit être éclairé et, en ce sens, un consentement valide ne peut être donné par quelqu'un ignorant la définition catholique du mariage : minimalement, son aspect permanent et le fait qu'il soit orienté vers la procréation²²⁷.

iii Obligations des époux

Le lien du mariage, qui est créé par le consentement des époux et sanctifié par le sacrement du mariage, implique des devoirs particuliers aux époux :

« L'amour conjugal [...] vise une unité profondément personnelle, celle qui, au-delà de l'union en une seule chair, conduit à ne faire qu'un cœur et qu'une âme ; il exige l'*indissolubilité* et la *fidélité* dans la donation réciproque définitive ; et il s'ouvre sur la *fécondité*. *En un mot, il s'agit bien des caractéristiques normales de tout amour conjugal naturel, mais avec une signification nouvelle qui, non seulement les purifie et les consolide, mais les élève au point d'en faire l'expression de valeurs proprement chrétiennes.* »²²⁸

Les devoirs des conjoints sont reliés à l'unité et à l'indissolubilité du mariage, découlant de l'aspect sacramentel du mariage. L'amour conjugal implique l'unicité : la polygamie et la polyandrie sont donc exclues, considérées comme contraires à l'égalité de dignité de l'homme et de la femme et de leur union de toute une vie²²⁹. La fidélité, second devoir des époux, est fondée sur les mêmes arguments. Finalement, l'ouverture à la fécondité est le dernier devoir des époux,

²²⁶ Can. 1103.

²²⁷ Can. 1096.

²²⁸ JEAN PAUL II, G. DEFOIS et M. BOULLET, préc., note 6, p. 27.

²²⁹ Paul-Aimé MARTIN, *Vatican II : les seize documents conciliaires : texte intégral*, Nouv. éd. rev. et corr., Saint-Laurent, Québec, Fides, 2001, p. 239, et Jean Paul II, G. DEFOIS et M. BOULLET, préc., note 6, p. 37.

parce que le « refus de la fécondité détourne la vie conjugale de son don le plus excellent, l'enfant »²³⁰.

L'Église reconnaît cependant les difficultés de ses exigences et admet que la séparation et la fin de la cohabitation sont parfois impossibles à éviter. Les couples soucieux de conserver un statut clair au sein de l'Église peuvent avoir recours à une procédure canonique de séparation de corps²³¹. Le pardon entre les conjoints et la reprise de leur vie commune sont toutefois grandement favorisés, tant au niveau de la législation canonique qu'au niveau pastoral. Souvent, à la suite de cette séparation de faits, les conjoints se prévaudront des procédures légales prévues dans les législations civiles, soit la séparation de corps ou le divorce.

iv Conditions de célébrations du mariage catholique

Les conditions selon lesquelles un mariage est valablement contracté, sont consignées dans le *Code de droit canonique*. Les règles spécifiques au mariage en forment le Titre VII de la première partie (Les sacrements) du quatrième livre, nommé « La fonction de sanctification de l'Église ».

Un mariage catholique valide sera célébré en présence de deux témoins devant le curé de la paroisse, un prêtre ou même, dans des circonstances particulières, un laïc ayant reçu une délégation spéciale²³². Comme susdit, il existe cependant une exception autorisant les prêtres d'une Église orthodoxe à célébrer des mariages reconnus par l'Église catholique comme un mariage religieux valide²³³.

Il devra être célébré dans la paroisse où au moins une des parties a son domicile et la cérémonie devra normalement avoir lieu dans l'église de la

²³⁰ ÉGLISE CATHOLIQUE, *Catéchisme de l'Église catholique*, préc., note 48, p. 353.

²³¹ Can. 1151-1155. Mais les textes demandent de reprendre la vie commune si le pardon est possible.

²³² Can. 1108-1114.

²³³ Can. 1127.

paroisse²³⁴. Il est possible, avec l'autorisation du curé de la paroisse de l'une des deux parties, de se marier dans une autre paroisse²³⁵. La célébration proprement dite devra respecter la liturgie approuvée par les autorités, dont l'élément essentiel est la réception par le célébrant des consentements des époux au mariage²³⁶. Le célébrant devra inscrire le mariage aussitôt que possible dans les registres de la paroisse où a été célébré le mariage²³⁷. Il devra aussi l'inscrire, ou le faire inscrire dans les registres des baptisés dans lesquels le baptême des conjoints est inscrit²³⁸.

Selon les règles canoniques, un mariage est présumé valide²³⁹. Le cas échéant, il faudra prouver son invalidité devant le tribunal diocésain compétent en prouvant que les conditions de forme minimales n'ont pas été respectées. Le fonctionnement de ces tribunaux est régi par des règles strictes, consignées dans un document semblable aux codes de procédure civile des organisations étatiques²⁴⁰.

v La déclaration de nullité du mariage

Si l'une des parties parvient à convaincre le tribunal ecclésiastique qu'un manquement à l'une ou l'autre de ces exigences existait au moment où le mariage a eu lieu, celui-ci sera déclaré nul. Les parties à ce mariage nul pourront donc se « remarier » légitimement à l'intérieur de l'Église, n'ayant jamais été véritablement mariés, à la condition d'observer leurs obligations envers leurs enfants nés de l'union précédente, le cas échéant²⁴¹.

La déclaration de nullité d'un mariage catholique est possible, mais est considérée avec circonspection par les autorités religieuses. Le mariage est un sacrement important de l'Église, et représente la base de la famille. Il convient

²³⁴ Can. 1118.

²³⁵ Can. 1115.

²³⁶ Can. 1119-1120.

²³⁷ Can. 1121 al. 1.

²³⁸ Can. 1122.

²³⁹ Can. 1060.

²⁴⁰ ÉGLISE CATHOLIQUE, PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, *Instruction sur ce que les tribunaux diocésains et interdiocésains doivent observer pour traiter les causes de nullité de mariage*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2005.

²⁴¹ G. ROBINSON, préc., note 193, p. 82.

donc de le protéger, tout comme son aspect sacré et indissoluble. Ainsi, parmi les règles de procédures de déclaration de nullité, que nous ne verrons pas en détail ici, mentionnons qu'en plus du juge, des avocats²⁴² représentant et conseillant les parties, et des parties elles-mêmes, un membre du tribunal, nommé le défenseur du lien, est impliqué dans les procédures et a le droit d'assister à tous les témoignages. Son rôle est de « défendre la validité ou le maintien du lien dans les causes de nullité du mariage »²⁴³, c'est-à-dire de présenter tout ce qui peut raisonnablement être présenté pour empêcher que le mariage (ou l'ordination sacrée) soit déclaré nul²⁴⁴. Ceci démontre bien l'importance donnée à la stabilité du mariage et le caractère exceptionnel que doit revêtir l'annulation de celui-ci. Il faut aussi que cette déclaration soit confirmée en seconde instance.

La déclaration de nullité d'un mariage ne peut donc pas être accordée par compassion, ou sur la simple base de la conviction d'une des parties, ou même des deux, que leur mariage était invalide depuis le début. Ces allégations doivent être prouvées à la satisfaction du tribunal. La tentation de céder à la compassion peut parfois être grande, certaines histoires étant véritablement tristes et la souffrance de ceux et celles ne pouvant pas se remarier au sein de leur Église étant souvent authentique et profonde²⁴⁵. Il n'appartient pas au tribunal ecclésial d'ajouter ou d'élargir les critères très clairs des mariages nuls. C'est alors au volet pastoral de l'Église de prendre le relais et d'accueillir les membres de ces ex-couples à qui le tribunal ecclésiastique a refusé de déclarer leur mariage nul.

c L'interaction entre le tribunal ecclésiastique et l'État civil

Bien que cela n'ait pas toujours été le cas au Québec, l'État et l'Église catholique sont maintenant totalement distincts. À de nombreux endroits dans le *Code de Droit Canonique*, on retrouve des dispositions visant à éviter le plus possible les conflits entre le droit canonique et le droit civil étatique. Ainsi, les célébrants catholiques ne pourront célébrer un mariage qui ne pourrait être

²⁴² Bien que cette utilisation puisse sembler impropre, ces termes juridiques sont également ceux qui sont utilisés par le droit canonique.

²⁴³ J. WERCKMEISTER, préc., note 214, p. 79.

²⁴⁴ Can. 1432.

²⁴⁵ Armand LE BOURGEOIS, *Divorcés remariés mes frères*, Paris, Desclée de Brouwer, 1998.

reconnu ou célébré en vertu du droit civil du lieu où est célébré le mariage²⁴⁶. De même, les pasteurs sont invités « à détourner de la célébration du mariage les jeunes qui n'ont pas encore atteint l'âge où, selon les mœurs de la région, on a l'habitude de contracter mariage »²⁴⁷. Les compétences du pouvoir civil de régler les conséquences civiles du mariage sont également reconnues²⁴⁸, ce qui inclut le partage des biens et les arrangements reliés à la garde et à l'entretien des enfants, entre autres. Le mariage catholique ne s'inscrit donc nullement en rupture avec les règles civiles régissant par ailleurs les époux dans les différents pays où l'Église catholique est présente, dont le Québec.

La place de l'Église catholique dans l'État québécois était, jusqu'en 1968, particulièrement importante, puisque la célébration des mariages au Québec comprenait alors nécessairement une célébration religieuse²⁴⁹. Lors de l'adoption du nouveau *Code civil du Québec*, la compétence des Églises, dont celle de l'Église catholique, n'a pas été remise en question. En effet, au Québec, la seule célébration du mariage religieux implique le changement d'état civil, bien qu'il n'y ait pas de cérémonie civile distincte, le célébrant religieux agissant en même temps comme représentant de l'État²⁵⁰. À l'inverse, d'autres pays, dont la France par exemple, exigent que la célébration civile du mariage précède la célébration religieuse. Ce privilège de célébrer des unions valides civilement est reconnu à l'Église catholique, mais également à plusieurs autres communautés religieuses²⁵¹.

La déclaration de nullité des mariages catholiques est en accord avec cette ligne de conduite respectueuse du droit civil en vigueur dans l'État concerné²⁵². Ainsi, bien qu'il puisse être possible d'obtenir une déclaration de nullité du

²⁴⁶ Can. 1061.

²⁴⁷ Can. 1072.

²⁴⁸ Can. 1059.

²⁴⁹ *Loi concernant le mariage civil*, S.Q. 1967-68, c. 82; B. MOORE, préc., note 56.

²⁵⁰ M. MORIN, préc., note 128, p. 89. Voir cependant le jugement suivant : *Droit de la famille — 093038*, 2009 QCCS 5794, où l'absence de consentement aux effets civils du mariage a fait en sorte que le mariage n'a été pourvu que d'effets religieux.

²⁵¹ Art. 366 C.c.Q. Voir également : B. MOORE, préc., note 56.

²⁵² Notons qu'antérieurement, la situation était tout autre, surtout au Québec. Sur la situation de l'Église catholique au Québec et son importance historique sur l'état civil et les empêchements de mariage, voir : M. MORIN, préc., note 128.

mariage sans être au préalable divorcé civilement, le tribunal ecclésiastique préfère que les questions civiles soient réglées au préalable, notamment les questions relatives aux biens appartenant aux époux et à la garde des enfants, le cas échéant²⁵³. En fait, l'Église ne prévoit aucune règle précise ni ligne de conduite relative au partage des biens, au soutien du conjoint défavorisé, à la garde des enfants ou aux autres sujets intéressant le droit civil. Cependant, les règles de morale générales telles la bonne foi, la charité, la justice et la protection des plus faibles s'appliquent à toutes les situations de la vie du chrétien. Elles s'appliqueront donc aux actes des conjoints durant la procédure de séparation ainsi que par la suite.

En résumé, pour l'Église catholique, chaque mariage est composé de plusieurs dimensions, notamment les liens émotionnel, physique, moral, spirituel, légal et personnel²⁵⁴, chacune de ces dimensions possédant sa dynamique et son évolution propres. L'indissolubilité du mariage catholique ne concerne que le lien d'engagement entre les personnes, qui constitue le lien spirituel entre eux. L'influence de l'Église sur leur vision du mariage peut, pour certains couples, être déterminante, mais elle ne découle que du degré de dévotion des parties. Les liens affectifs et de confiance, nécessaires à la réussite d'un couple, sont fragiles et disparaissent souvent complètement avec le temps, comme le prouvent avec beaucoup de régularité les statistiques récentes portant sur le divorce et la séparation ces dernières années. L'Église catholique reconnaît qu'il puisse parfois être nécessaire de dissoudre les liens civils du mariage par le divorce civil dans certains cas. L'Église reconnaît même que cela peut être nécessaire pour l'aspect pratique de la séparation, et aussi, parfois, pour la sécurité même des conjoints et de leurs enfants²⁵⁵. Ces aspects ne sont pas traités par le droit canonique, l'Église laissant au droit étatique applicable le soin d'en disposer.

²⁵³ G. ROBINSON, préc., note 193, p. 80.

²⁵⁴ *Id.*, p. 57.

²⁵⁵ *Id.*, p. 61

d Conclusion

La doctrine de l'Église catholique relative au mariage et à son indissolubilité est très claire : le mariage catholique célébré valablement est un sacrement et il est un engagement pour toute la vie. La majorité des membres de cette Église en sont conscients et les rencontres et formations prénuptiales avec le prêtre informent les futurs époux de cette doctrine, si besoin est. Cette obligation du célébrant d'informer les futurs époux est inscrite dans le *Code de droit canonique*²⁵⁶. Jean-Paul II, dans son exhortation apostolique, mentionne la pastorale de la préparation des jeunes au mariage et à la vie familiale²⁵⁷, insistant sur l'importance d'apporter une préparation adéquate aux futurs époux. Il considère même que cette préparation commence dès l'enfance et se poursuit jusqu'aux toutes dernières semaines avant la célébration du mariage.

Enfin, bien que le Christ et l'Église décrètent l'indissolubilité du mariage, cette indissolubilité ne s'oppose pas tant au divorce et à la séparation en tant que tels qu'au remariage des catholiques divorcés²⁵⁸. Les aspects temporels du mariage peuvent être relâchés ou même brisés du vivant des époux, ce qui est manifestement le cas des couples séparés ou divorcés. C'est lorsque ces catholiques divorcés veulent se remarier ou former un nouveau couple hors des liens du mariage qu'un problème se pose entre l'Église et ceux-ci. Ces nouveaux couples formés d'un ou de deux conjoints précédemment mariés et divorcés sont d'ailleurs de plus en plus nombreux au sein de l'Église, au Québec comme ailleurs. Plusieurs membres de l'Église, même au plus haut niveau du clergé, se penchent maintenant sur la situation de ces croyants en rupture avec l'application pratique de la doctrine de l'Église relative au mariage²⁵⁹. Ils sont très préoccupés

²⁵⁶ Can, 1063-1070. Il est à noter que le sujet est également traité dans : Jean Paul II, G. DEFOIS et M. BOULLET, préc., note 6, p. 124.

²⁵⁷ *Id.*, p. 124.

²⁵⁸ J. WERCKMEISTER, préc., note 214, p. 86.

²⁵⁹ Jean Paul II, G. DEFOIS et M. BOULLET, préc., note 6, p. 163 ainsi que ÉGLISE CATHOLIQUE, CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, Jean Paul II et Benoît XVI, *La pastorale des divorcés remariés*, Paris, Bayard-Centurion et Fleurus-Mame, Éditions du Cerf, 1999. Il est intéressant de noter que ce volume, réalisé à la demande du Pape Jean Paul II, contient des documents ou extraits de documents émanant du Vatican au sujet des divorcés remariés ainsi que des études et commentaires sur ceux-ci. L'introduction de cet ouvrage est signée par le cardinal Joseph Ratzinger, qui est aujourd'hui le Pape Benoît XVI. Voir également : A. LE BOURGEOIS, préc., note 245, ouvrage écrit par un évêque français sur son expérience pastorale auprès des divorcés

par l'attitude pastorale que les pasteurs et les membres de la communauté des croyants doivent tenir à leur égard afin de les situer au mieux dans l'Église, sans pour autant renier les principes fondamentaux qui fondent le mariage religieux.

2 Chez les musulmans

Avant de commencer la présentation des « normes » musulmanes relatives au mariage, il importe d'apporter certaines nuances générales qui permettront de clarifier le cadre de notre analyse.

Tout d'abord, il faut préciser que le « droit », tel qu'entendu en droit civil et en *common law*, n'existe pas en tant que tel dans le monde musulman²⁶⁰. Il peut donc sembler inapproprié de traiter de « droit musulman »²⁶¹. Cette question ou débat excède évidemment le cadre de notre propos. Dans une perspective pragmatique et compte tenu des objectifs à la base de notre mémoire, nous considérerons donc l'ensemble des règles applicables au mariage, aux obligations des époux, à la séparation et au divorce, comme étant représentatives du droit musulman.

En outre, notre présentation ne prétend nullement à l'exhaustivité. Plusieurs contraintes peuvent expliquer les limites de notre exposé. Premièrement, nous avons dû nous limiter à la littérature francophone et anglophone sur le droit musulman, ce qui constitue déjà une limite importante. Ensuite, bien que nous ayons effectué un minimum de recherche sur l'islam en général afin d'être en mesure d'en comprendre les grandes lignes, notre étude s'est limitée au ouvrages

remariés. Au Québec, on peut consulter Jean MONBOURQUETTE, *Groupe d'entraide pour personnes séparées/divorcées : comment l'organiser et le diriger*, Outremont, Novalis, 1994.

²⁶⁰ Sur une présentation de la nature du droit islamique, voir : Joseph SCHACHT, *Introduction au droit musulman*, coll. Islam d'hier et d'aujourd'hui, Paris, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 165-173.

²⁶¹ Voir notamment à ce sujet : Mohammed Hocine BENKHEIRA, « Les origines du droit musulman, Conférence », (2006-2007) 115 *Annuaire École Pratique des Hautes Études, Sciences religieuses* 163-165 et Hervé BLEUCHOT, « L'Étude du droit musulman: jalons pour une convergence (entre l'islamologie juridique et l'anthropologie juridique) », (1990) 15 *Droit et société* 193. Pour une vulgarisation des termes « droit musulman » et de leurs équivalents pour les musulmans, voir Slim LAGHMANI, « Les écoles juridiques du sunnisme », (2003) 104 *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques* 21, 23-25.

concernant le droit musulman actuel. Les aspects historiques, sociologiques, les différentes visions de l'islam, notamment les points de vue des féministes, dépassent le cadre de ce travail et n'ont donc pas fait l'objet d'une recherche spécifique. Finalement, nous sommes consciente que certains des auteurs sur lesquels s'appuie cette partie de notre mémoire peuvent être qualifiés, par certains experts, de néo-orientalistes²⁶².

Toutes ces réserves ne nous empêchent pas, toutefois, d'atteindre notre objectif. L'exposé qui suit ne vise à présenter dans toutes ses nuances le mariage musulman et les règles s'appliquant à chacun des fidèles, mais bien de tracer à grand trait les fondements et les principes qui le cimentent et en assure le fonctionnement.

Présentation générale de la religion musulmane

Tous les musulmans reconnaissent les « cinq piliers de l'islam » que sont la profession de foi, la prière rituelle quotidienne, l'aumône (ou la circulation des ressources détenues), le jeûne durant le mois de Ramadan et le pèlerinage à la Mecque, pèlerinage qui doit être effectué au moins une fois dans la vie du croyant qui en a les moyens. Les musulmans se reconnaissent également comme membre de l'*Oumma al-muslimîn*, la communauté des croyants. Ceci dit, des évolutions historiques expliquent que nombre de doctrines et d'écoles existent aujourd'hui simultanément en islam et ce, depuis la mort du prophète Mohammed au septième siècle. Ces différentes tendances sont apparentées principalement à deux grands courants : les sunnites, grandement majoritaire, et les chiites, surtout présents en Iran, en Iraq et au Liban.

Ces deux groupes ont pour origine une querelle au sujet de la succession du Prophète, qui se situe autour de la portée spirituelle ou politique du message

²⁶² Ce courant appréhende l'islam et les musulmans comme objet de recherche sous un angle culturaliste, leur regard demeure biaisé par une compréhension occidentale, voire colonialiste, de l'islam et du droit musulman. À ce sujet, voir : Jean Jacques Waardenburg, *L'Islam dans le miroir de l'Occident; comment quelques orientalistes occidentaux se sont penchés sur l'Islam et se sont formé une image de cette religion*, 2e éd., Paris, Mouton, 1963.

prophétique. Après une suite d'événements, la séparation entre les deux groupes fut définitive. Les croyances des deux groupes, quoique se basant sur les mêmes événements et les mêmes documents, présentent des différences notables²⁶³. De plus, au sein même du sunnisme, on peut distinguer quatre écoles de jurisprudence : les écoles hanafite, malikite, chaafite et hanbalite²⁶⁴. Le chiisme possède également ses propres écoles de jurisprudence²⁶⁵. Les différences entre ces groupes ne seront pas présentées exhaustivement, mais seront soulevés à l'occasion lorsqu'elles seront particulièrement pertinentes au propos.

Parallèlement au sunnisme et au chiisme s'est également développé le soufisme, souvent présenté comme la dimension mystique de l'islam. Le soufisme met une grande emphase sur la méditation. Les soufis ne vivent pas en dehors du monde et des institutions familiales, mais ont souvent des familles et sont impliqués dans leur communauté²⁶⁶.

i Les droits étatiques

Nous devons également mentionner que de nombreux mouvements religieux nationaux existent à travers le monde. Ainsi, les différents pays islamiques²⁶⁷ ont tous établi une doctrine officielle dans leur droit étatique, mais ces doctrines ne sont pas les mêmes partout. Par exemple, l'Arabie saoudite a adopté les règles du wahhabisme, doctrine sunnite d'une rigueur exemplaire tandis qu'en Iran, c'est le chiisme, dont la rigueur n'est pas moindre, qui prévaut²⁶⁸.

²⁶³ B. SANDKÜHLER, préc., note 10, p. 48.

²⁶⁴ Voir S. LAGHMANI, préc., note 261.

²⁶⁵ Pour une brève description, voir S. A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, préc., note 186, p.43.

²⁶⁶ Pour plus de détails sur le soufisme, voir notamment : Éric GEOFFROY, *Initiation au soufisme*, coll. L'espace intérieur, Paris, Fayard, 2003.

²⁶⁷ Nous parlons bien ici de pays « islamiques », c'est-à-dire des pays ayant intégré l'islam comme religion d'État et non pas de pays « islamistes », qui découlent de mouvements politiques qui se servent de l'islam pour acquérir une légitimité.

²⁶⁸ Pour une introduction aux différents courants religieux nationaux, voir B. SANDKÜHLER, préc., note 10.

Il existe aujourd'hui plus d'une trentaine de pays dont le droit étatique relève, du moins en partie, du droit musulman²⁶⁹. Les doctrines religieuses qui sont intégrées dans un système juridique y sont introduites sous forme de lois et de règles de procédure et, de ce fait, forment un système juridique complet. En effet, les pays adoptant des régimes religieux ont souvent un système juridique « mixte », c'est-à-dire relevant du droit musulman mais également d'une ou plusieurs traditions juridiques : droit civil, common law, droit coutumier, à l'exception de l'Afghanistan et des Îles Maldives qui ont un système juridique entièrement basé sur le droit musulman. Sans doute serait-il très intéressant d'effectuer une étude de droit comparé complète sur leur droit familial²⁷⁰, ce qui excède évidemment le cadre du présent mémoire.

b Les sources du droit musulman

Le droit musulman classique est différent des droits occidentaux et des autres droits étatiques²⁷¹. Il ne se base pas sur les décisions d'une autorité politique, élue ou non, mais bien, en grande partie du moins, sur les écrits sacrés²⁷². Pour les musulmans, les commandements religieux ne concernent pas qu'un seul aspect de la vie du croyant, mais s'appliquent autant dans les sphères religieuses, morales que juridiques.

²⁶⁹ Jabeur FATHALLY, Nicola MARIANI, Alain-François BISSON et Louis PERRET, *Les systèmes juridiques dans le monde*, Montréal, Wilson & Laflleur, 2008, p. 14. Voici la définition du droit musulman qui y est donnée : « Le système de droit musulman est un système autonome de droit religieux proprement dit, dont l'assise principale est le Coran. Dans un certain nombre de pays de tradition musulmane, il tend cependant à être cantonné au statut personnel, celui-ci pouvant être toutefois assez largement entendu. »

²⁷⁰ Voir l'analyse sommaire des droits familiaux de la Tunisie, l'Iran, l'Égypte et l'Algérie dans : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DE LA JEUNESSE DU QUEBEC, Paul EID, Karina MONTMINY, *L'intervention d'instances religieuses en matière de droit familial*, [Ressource électronique], 2006, en ligne : http://www.cdpcj.qc.ca/fr/publications/docs/intervention_instances_religieuses_droit_familial.pdf (site consulté le 31 août 2010), p. 40 et suiv.

²⁷¹ Sur la définition du terme « droit musulman », voir Rim GTARI, « Lever le voile sur le droit musulman », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le "raisonnable" : le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 458-459.

²⁷² Voir Mohamed EL SHAKANKIRI, « Sacralité, pouvoir et droit dans l'histoire juridique de l'islam », (2003) 2 *Diritto @ Storia*, en ligne : <http://www.dirittoestoria.it/lavori2/Contributi/Shakankiri.htm> (site consulté le 31 août 2010).

Les principales sources du droit sont le Coran et la *Sunna*, les textes sacrés de cette religion. Le premier, le Coran, est le livre qui a été révélé par Allah au Prophète Mohamed, par l'intermédiaire de l'Ange Gabriel. Il est donc considéré comme un livre parfait, Allah l'ayant lui-même reconnu comme tel²⁷³. Cette perfection implique que toutes les situations de vie possibles ont été prévues, toutes les réponses sont donc présumées être contenues dans les principes élaborés dans ses versets. Il ne s'agit cependant pas d'un traité de lois ou de règles; seulement quelques six cents versets traitent directement de droit, le Coran contenant plus de six mille versets²⁷⁴.

La seconde source de droit est la *Sunna*. Il s'agit de l'exemple du Prophète²⁷⁵, contenu dans des récits, ou *hadiths*, de son comportement de son vivant ou des récits des positions qu'il a prises sur diverses questions concernant la vie et les interrogations des premiers croyants musulmans²⁷⁶. Ces récits ont été écrits et compilés après la mort du Prophète²⁷⁷. Plusieurs ont été écartés faute de crédibilité suffisante et selon différentes méthodes²⁷⁸. Bien qu'il n'y ait pas d'unanimité sur la question, les *hadiths* qui sont majoritairement reconnus comme authentiques ont été réunis en recueil par A-Bukhari et Muslim, au neuvième siècle après Jésus-Christ²⁷⁹. D'autres recueils sont également reconnus, mais avec moins de force probante, les *hadiths* qui y sont contenus étant considérés « bons », alors que ceux des recueils déjà cités sont dits « parfaits »²⁸⁰.

Finalement, mentionnons que des règles d'interprétation précises existent afin d'éclairer le sens des écrits que sont le Coran et la *Sunna*. Ce travail

²⁷³ Louis MILLIOT et François-Paul BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2e éd., Paris, Sirey, 1987, p. 85.

²⁷⁴ Frédéric-Jérôme PANSIER et Karim GUELLATY, *Le droit musulman*, 1re éd., coll. Que sais-je?, no 702, Paris, Presses universitaires de France, 2000, p. 24.

²⁷⁵ C'est le Coran lui-même qui pose le Prophète comme exemple: John L. ESPOSITO et Natana J. DELONG-BAS, *Women in Muslim family law*, 2^e éd., coll. Contemporary issues in the Middle East, Syracuse, Syracuse University Press, 2001, p. 5.

²⁷⁶ Dans de nombreux pays musulmans, une controverse a lieu autour de la validité de la *Sunna*: voir Fatima MERNISSI, *Le harem politique: le prophète et les femmes*, Paris, A. Michel, 1987.

²⁷⁷ Sur le contexte d'émergence des *hadiths*, voir Rim GTARI, préc., note 271. Voir également, sur le contexte d'élaboration et de compilation des *hadiths*, F. MERNISSI, préc., note 276, p. 35-108.

²⁷⁸ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, préc., note 273, p. 89 et suiv.

²⁷⁹ Les chiites ont leurs propres recueils, voir: S. A. ALDEEB ABU-SAHLEH, préc., note 186, p. 33.

²⁸⁰ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, préc., note 273, p. 91-92.

d'interprétation n'est pas à la portée de tous, les nombreuses difficultés tenant à plusieurs facteurs. Nous n'entrerons pas ici dans l'explication précise de ces règles²⁸¹. Contentons-nous de noter que le corpus de ces règles peut rappeler les principes portant sur l'interprétation des lois dans les systèmes juridiques occidentaux²⁸².

Deux autres sources juridiques existent en islam, soit les sources dérivées²⁸³ ou secondaires²⁸⁴, qui sont des techniques de raisonnement juridique érigées en sources. Premièrement, l'*Idjimâ*, refusé dans le courant chiites, qui est « un usage, une règle de droit, un fait juridique acquis aux débats parce qu'il réunit l'unanimité »²⁸⁵. Ensuite, le *kiyas*, raisonnement par analogie, qui se base sur une des autres sources de droit afin de dégager la raison de la règle qui y est contenue pour ensuite l'appliquer par analogie à une autre situation²⁸⁶. Il s'agit en fait d'un exercice ayant plusieurs points communs avec le raisonnement juridique auquel on s'astreint dans les systèmes de droit étatique occidentaux.

A partir de ces quatre sources de droit, des systèmes juridiques régissant des États entiers ont émergé et s'appliquent maintenant à toutes les sphères de la vie des croyants en l'islam. Soulignons que des règles touchant la garde des enfants en cas de divorce ou les successions, par exemple, existent dans ces systèmes religieux.

²⁸¹ Voir à ce sujet, *id.*, p. 93-104.

²⁸² À propos de l'interprétation des textes, voir Claude GILLIOT, «Les débuts de l'exégèse coranique», (1990) 58 *Revue du monde musulman et de la Méditerranée* 82. Pour une vision féministe islamique, voir Amina WADUD, *Qur'an and woman*, Kuala Lumpur, Fajar Bakti, 1992; Leila AHMED, *Women and gender in Islam : historical roots of a modern debate*, New Haven, Yale University Press, 1992 et Latifa LAKHDHAR, *Les femmes au miroir de l'orthodoxie islamique*, La Tour d'Aigues [France] Tunis, Aube; Amal, 2007.

²⁸³ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, préc., note 273, p. 105.

²⁸⁴ John L. ESPOSITO et Natana J. DELONG-BAS, préc., note 275, p. 27; J. HUSSAIN, préc., note 48, p. 34.

²⁸⁵ F.-J. PANSIER et K. GUELLATY, préc., note 274, p. 27.

²⁸⁶ *Id.* p. 40. Pour plus de précisions, voir L. MILLIOT et F.-P. BLANC, préc., note 273, p.115.

c Le mariage musulman

i Définition du mariage

En islam, bien que les détails puissent varier selon l'école de jurisprudence applicable, plusieurs des caractéristiques essentielles du mariage sont partagées par la grande majorité des croyants, certaines de ces spécifications étant même tirées directement du Coran ou des *hadiths*.

Le mariage musulman valide est basé sur la fidélité des époux, bien que celle-ci ne soit pas une condition du mariage. La chasteté est recommandée par le Coran pour l'homme et la femme²⁸⁷ et les seules relations sexuelles permises sont celles qui ont lieu à l'intérieur d'une relation maritale, toutes les autres relations sexuelles, qu'elles soient pré maritales ou adultérines, sont qualifiées de *zina* (acte sexuel illégal)²⁸⁸. Les sanctions s'y rattachant, tant dans le droit musulman traditionnel que dans plusieurs des droits étatiques islamiques, sont très sévères²⁸⁹. Notons que lorsque les mariages polygames sont autorisés²⁹⁰, les relations sexuelles sont permises pour l'époux avec toutes ses épouses, chacune d'entre elles étant une épouse légitime à part entière.

Les chiites seulement reconnaissent les mariages temporaires²⁹¹ qui ne seront pas traités de manière approfondie dans le cadre de notre étude. Ces mariages, nommés *muta* ou « mariage de plaisir »²⁹² sont contractés pour une période déterminée allant d'un seul jour à des années, contre rémunération de la femme et n'entraînant pas d'autres obligations de la part des époux que le respect de la période de l'*iddat* de deux périodes menstruelles. En fait, il s'agit souvent d'un mariage servant à légitimer la prostitution, autrement illégale en vertu des

²⁸⁷ Sourate 24, versets 30 et 31.

²⁸⁸ Sourate 17, verset 32.

²⁸⁹ Sanction posée dans le Coran sous des conditions très précises, reliée aux notions du repentir et du pardon. Des problèmes dans son application existent cependant. Pour une synthèse très efficace de la question basée sur des exemples récents, voir : R. F. WORTH, préc., note 11.

²⁹⁰ Autorisation qui est basée sur la Sourate 4, verset 3, 33 et 129, alors que plusieurs y voient plutôt une interdiction de la polygamie.

²⁹¹ Pour plus de détails sur le mariage temporaire, voir : Jamal J. NASIR, *The Islamic law of Personal Status*, 2^e éd., coll. Arab and Islamic laws series, London, Graham & Trotman, 1990, p. 57-59

²⁹² Hamilton Alexander ROSSKEEN GIBB et Bernard LEWIS, *Encyclopédie de l'Islam*, nouv. éd., vol. 7, Leyde, E.J. Brill, 1954, p. 758-761.

règles religieuses²⁹³. Ces mariages temporaires sont présents, *de facto*, au Canada, et probablement au Québec, malgré le fait que, souvent, ils peuvent impliquer une dimension de polygamie interdite par le droit canadien. La fin de ces unions temporaires ne présente pas les mêmes problèmes que ceux reliés à la séparation et au divorce des mariages canadiens, qu'ils soient musulmans ou non : pas de procédures légales de divorce; normalement la nature même de ce type de mariage n'implique pas de biens à partager. Cependant, des problèmes peuvent survenir lorsqu'un ou des enfants sont issus de ces unions temporaires, comme ce fut déjà le cas lors d'une affaire en Ontario²⁹⁴.

Pour l'essentiel, le mariage musulman se conçoit comme un contrat solennel privé, entre le futur époux et le tuteur (*wali*) de la future épouse, ou la future épouse directement. Plusieurs personnes peuvent remplir le rôle de *wali*, mais celui-ci doit toujours être un « musulman majeur, libre et de bonne renommé »²⁹⁵. Bien que la future épouse ne soit pas toujours partie à ce contrat, son consentement est toutefois nécessaire à la conclusion du mariage. Cependant, l'évaluation de ce consentement est assez souple, l'acceptation tacite, c'est-à-dire le silence d'une fiancée vierge, étant suffisant²⁹⁶. Le contrat de mariage est conclu à la suite de l'offre de mariage et de son acceptation²⁹⁷. Aucune formalité particulière n'est exigée par le droit musulman classique, le contrat de mariage pouvant être écrit ou même oral²⁹⁸, bien que les législations étatiques puissent comporter des exigences de publication ou autres²⁹⁹.

²⁹³ *Id.*, p. 760.

²⁹⁴ Voir *Y. J. v. N.J.*, [1994] O.J. No 2359, où il est question de la garde d'une enfant issue d'une telle union temporaire entre deux ontariens d'origine africaine, dont l'époux était par ailleurs déjà marié. Pour des commentaires sur ce jugement, voir : P. FOURNIER, préc., note 122 et Shahnaz KHAN, «Race, Gender, and Orientalism: *Muta* and the Canadian Legal System», (1995) 8 *Canadian Journal of Women and Law* 249.

²⁹⁵ Pour plus de détails, voir : H. A. ROSSKEEN GIBB et B. LEWIS, préc., note 292 vol. 8, p. 26-35.

²⁹⁶ J. HUSSAIN, préc., note 48, p. 80-81. L'expression du consentement de la femme est au centre d'une discussion doctrinale entre les différentes écoles juridiques sunnites.

²⁹⁷ *Id.* p. 83.

²⁹⁸ J. J. NASIR, préc., note 291, p. 55-57, David PEARL et Werner MENSKI, *Muslim family law*, 3rd éd., London, Sweet & Maxwell, 1998, p. 140.

²⁹⁹ D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 39, H. A. ROSSKEEN GIBB et B. LEWIS, préc., note 292, vol. 8, p. 30 (pays arabes, persans et turcs du Proche-Orient).

Ce contrat de mariage, ou *nikah*, peut contenir plusieurs dispositions, certaines étant obligatoires alors que d'autres ne sont que facultatives³⁰⁰. Ainsi, le futur époux est tenu de remettre à la future épouse elle-même un *mahr*, ou douaire, lequel peut être constitué d'argent, de choses (lorsqu'un anneau est donné lors du mariage, celui-ci peut constituer le *mahr*) ou même d'un engagement à fournir à l'épouse des cours sur le Coran ou à lui donner les moyens de faire le pèlerinage prescrit à La Mecque³⁰¹. Le *mahr* est considéré comme un effet obligatoire du mariage. Une stipulation suivant laquelle les parties s'entendent sur son absence ne relève donc pas l'époux de son obligation, car il s'agit d'une condition à la validité du mariage³⁰². Le *mahr*, ou une partie de celui-ci, peut également être différé. Lorsqu'il a été judicieusement négocié par la future épouse ou son représentant³⁰³, différer le *mahr* peut représenter une certaine protection pour l'épouse contre les répudiations abusives, ou du moins, un frein à de telles séparations, bien qu'en bout de ligne, cela n'empêchera nullement l'époux de répudier sa femme. Finalement, soulignons que dans tous les cas, le *mahr* ne devient pleinement exigible qu'une fois le mariage consommé³⁰⁴.

Dans les différentes législations étatiques, la définition exacte du *mahr* peut changer, de même que son interprétation lors des réclamations judiciaires. De plus, de nombreuses coutumes locales sont associées, de près ou de loin, au *mahr* et peuvent avoir une influence sur l'interprétation donnée à celui-ci. Par exemple, dans certains États, les cadeaux de mariage remis à la mariée et la dot sont des coutumes qui peuvent venir teinter la vision des époux relative au *mahr*³⁰⁵.

³⁰⁰ J. HUSSAIN, préc., note 48, p. 84.

³⁰¹ Le *mahr*, condition de validité du mariage musulman, est issu du Coran, Sourate 4, versets 4, 20, 21 et 24. Voir : H. A. ROSSKEEN GIBB et B. LEWIS, préc., note 292, vol. 6, p. 76-78.

³⁰² D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 180; L. MILLIOT et F.-P. BLANC, préc., note 273, p. 292. Il est question ici de l'existence du *mahr* dans le contrat et non pas de son exécution.

³⁰³ Pour comprendre les conséquences d'un *mahr* trop ou pas assez élevé et son impact sur les relations maritales, voir : Pascale FOURNIER, « In the (Canadian) Shadow of Islamic Law: Translating Mahr as a Bargaining Endowment », (2006) 44 *Osgood Hall Law Journal* 649, 671.

³⁰⁴ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, préc., note 273, p. 294-295.

³⁰⁵ La dot est la somme d'argent remise par la famille de l'épouse à la famille de l'époux. Cette pratique a été criminalisée dans plusieurs États, dont ceux de l'Asie du Sud. Voir : D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 190 et suiv.

Le contrat, ou *nikah*, peut également contenir d'autres dispositions visant la protection de l'épouse. Ainsi peut-il notamment prévoir que l'épouse devra donner son accord avant que l'époux ne prenne une seconde femme. Un autre exemple serait d'inclure dans le contrat de mariage une autorisation permanente du mari permettant à l'épouse de rendre visite à ses parents, de travailler à l'extérieur du foyer ou de poursuivre des études supérieures³⁰⁶. Une telle clause réduira d'autant les cas où l'époux pourra invoquer la désobéissance de son épouse et ainsi lui faire perdre ses droits économiques³⁰⁷. D'où l'importance pour la femme de bien négocier le contenu du contrat de mariage.

Il est également possible d'y spécifier que, advenant un événement précis, l'époux délègue à sa femme le pouvoir de prononcer elle-même le *talaq*, forme de divorce normalement réservé à l'époux³⁰⁸. Cette dernière entente peut également être conclue entre les époux durant le mariage³⁰⁹.

Finalement, bien qu'aucune procédure d'inscription des mariages n'était initialement prévue dans les textes, les législations de plusieurs pays musulmans mettent aujourd'hui en place un système d'enregistrement formel. Notons que le défaut d'enregistrer un mariage au registre approprié ne constitue pas une cause de nullité, mais il peut occasionner différentes sanctions civiles ou pénales³¹⁰.

ii Conditions de fond du mariage

Les interdictions³¹¹ relatives aux mariages sont variables, selon les écoles, mais également selon les normes étatiques en vigueur dans les différents États islamiques. De façon générale³¹², il s'agit d'empêchements reliés à :

³⁰⁶ J. HUSSAIN, préc., note 48, p. 84.

³⁰⁷ Voir *infra*, partie sur le contrat de mariage religieux.

³⁰⁸ J. HUSSAIN, préc., note 48, p. 107-108.

³⁰⁹ Voir : D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 283.

³¹⁰ *Id.*, p. 140.

³¹¹ Les empêchements coraniques sont contenus à la Sourate 4, versets 22, 23, 24 et 221.

³¹² Sur d'autres détails sur les empêchements qui ne seront pas détaillés dans le présent mémoire, voir L. MILLIOT et F.-P. BLANC, préc., note 273, p. 282-285; J. HUSSAIN, préc., note 48, p. 87.

- L'âge des époux. L'âge minimum diffère pour l'époux et l'épouse, selon les différentes écoles et législations³¹³ ;
- Les liens familiaux³¹⁴. De façon générale, un mariage ne peut avoir lieu entre un ascendant et un descendant, une sœur et un frère, une demi-sœur et un demi-frère, un oncle et sa nièce ou une tante et son neveu³¹⁵. Les mariages entre cousins sont cependant permis.
- Les liens d'affinité, étant les liens entre un conjoint et la famille de l'autre conjoint. Les liens interdits sont les ascendants et les descendants de l'autre conjoint³¹⁶. De même, dans le cas des mariages polygames, un homme ne peut être marié à deux sœurs au même moment³¹⁷.
- La parenté « de lait ». Un nourrisson est réputé faire partie de la famille de sa nourrice et les mêmes empêchements que ceux résultant des liens de sang s'appliquent³¹⁸.
- Les relations sexuelles hors mariage. Un empêchement existe également entre un homme et la famille de la femme avec qui il a eu des relations sexuelles hors mariage, selon les mêmes règles que celles qui s'appliquent aux liens d'affinité. Il peut cependant épouser cette femme³¹⁹.
- L'existence d'un précédent mariage terminé par une troisième répudiation. Un homme qui a répudié définitivement une femme ne peut se remarier avec elle³²⁰, à moins que celle-ci ne se soit mariée à un autre homme et que ce mariage se soit terminé légitimement, par le décès de l'époux ou par le divorce³²¹.
- La période de *l'iddat* (qui correspond à un délai de viduité). L'*iddat* est une période d'interdiction de remariage pour la femme, suivant la fin d'un précédent mariage³²². Cette période est d'une durée variable selon les

³¹³ J. HUSSAIN, préc., note 48, p. 79; D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 141.

³¹⁴ J. HUSSAIN, préc., note 48, p. 80; L. MILLIOT et F.-P. BLANC, préc., note 273, p. 274; J. J. NASIR, préc., note 291, p. 61; D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 145.

³¹⁵ Il s'agit d'interdits coraniques : Sourate 4, versets 22, 23, 24 et 221.

³¹⁶ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, préc., note 273, p. 276.

³¹⁷ J. HUSSAIN, préc., note 48, p. 80; L. MILLIOT et F.-P. BLANC, préc., note 273, p. 280; J. J. NASIR, préc., note 291, p. 65; D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 148.

³¹⁸ J. J. NASIR, préc., note 291, p. 62; L. MILLIOT et F.-P. BLANC, préc., note 273, p. 274, D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 145.

³¹⁹ D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 146.

³²⁰ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, préc., note 273, p. 282; J. J. NASIR, préc., note 291, p. 68.

³²¹ D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 146.

³²² J. J. NASIR, préc., note 291, p. 64; D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 147.

situations³²³. À la suite d'un divorce, l'ex-épouse doit observer cette période d'*iddat* et l'ex-mari doit continuer à l'entretenir, afin qu'il ne subsiste aucun doute quant à la filiation paternelle d'un éventuel enfant. Si la femme est enceinte, la période d'*iddat* prend fin avec l'accouchement, même si celui-ci a lieu plus de trois mois après la fin du mariage. De même, si la femme allaite encore un enfant issu du mariage, l'*iddat* ne prend fin qu'au sevrage de cet enfant, sujet à un délai maximal de deux ans³²⁴. Un mariage célébré entre cette femme et un autre homme durant cette période est nul, mais pourrait être confirmé par la suite, postérieurement à l'observance de cette période d'abstinence s'il n'a pas déjà été consommé³²⁵.

- La religion. Dans la majorité des écoles, un homme musulman ne peut épouser qu'une musulmane, une chrétienne ou une juive, tandis qu'une femme musulmane ne peut épouser qu'un musulman, quelles que soient les interprétations retenues³²⁶.
- Le non-respect du maximum de quatre femmes dans les mariages polygames³²⁷.

Les conséquences pouvant résulter de la célébration d'un mariage prohibé sont variables selon les interdictions et les écoles³²⁸. Cependant, de manière générale, les conjoints de bonne foi ne seront pas considérés avoir commis de *zina* et les éventuels enfants issus de ces unions seront, selon certaines conditions, considérés comme étant légitimes³²⁹.

³²³ Le Coran détermine la période de l'*iddat* : Sourate 2, versets 226, 228, 231, 234, sourate 65 verset 1, 4 selon les situations de divorce ou de veuvage. Le délai prévu au Coran est de trois périodes de menstruation en cas de divorce ou d'annulation de mariage, de 4 mois et 10 jours en cas de veuvage et à l'accouchement si la femme est enceinte. Voir également : J. J. NASIR, préc., note 291, p. 146-150.

³²⁴ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, préc., note 273, p. 329.

³²⁵ *Id.*, p. 281, D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 147.

³²⁶ J. Hussain, préc., note 48, p. 79, L. MILLIOT et F.-P. BLANC, préc., note 273, p. 277; J.J. Nasir, préc., note 291, p. 69; D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 146. Pour un état de la controverse sur cette interprétation, voir les féministes islamiques et notamment : A. WADUD, préc., note 282.

³²⁷ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, préc., note 273, p. 279, J. J. NASIR, préc., note 291, p. 148.

³²⁸ Pour des détails sur les mariages nuls et irréguliers en Asie du Sud-Est, voir D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 160 et suiv.

³²⁹ D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 145, J. J. NASIR, préc., note 291, p. 66.

iii Obligations des époux

Mentionnons que certaines des obligations des époux relèvent directement du Coran, alors que d'autres proviennent des interprétations retenues par les écoles de jurisprudence. D'autres encore trouvent leur source dans les législations des pays musulmans. Nous ne présenterons pas toutes ces nuances dans l'exposé qui suit, de manière à ne pas l'alourdir inutilement.

L'obligation de fidélité s'impose aux deux époux. Toutefois, elle ne s'applique pas dans les faits avec la même force pour l'époux et l'épouse, les conséquences d'une infidélité étant beaucoup plus graves pour l'épouse³³⁰. Les autres obligations des époux ne sont pas les mêmes pour l'homme et la femme; elles sont plutôt considérées complémentaires.

Premièrement, l'époux a l'obligation de fournir à la famille une habitation adéquate, agréable et proportionnelle à ses moyens financiers. De son côté, l'épouse a l'obligation d'habiter avec son mari dans cette résidence, à moins d'une raison valable³³¹.

De même, c'est à l'homme que revient l'obligation d'entretenir le ménage³³², c'est-à-dire de fournir nourriture et vêtements à son épouse de même qu'à tous leurs enfants. Cette obligation du mari est nommée *nafaqah*. Elle découle directement de l'interprétation d'un verset coranique³³³ et demeure durant toute la durée du mariage, ainsi que durant la période de l'*iddat*. L'épouse, si elle travaille, ce qu'elle ne peut faire qu'avec l'approbation de son mari, n'a pas à contribuer aux charges du ménage avec l'argent gagné.

Troisièmement, le mari doit également s'abstenir de faire subir des mauvais traitements à son épouse, bien que les violences « légères », qui ne

³³⁰ D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 177-178.

³³¹ D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 177, J. J. NASIR, préc., note 291, p. 81.

³³² Sourate 2, verset 233. Sur l'interprétation de certains versets en lien avec la relation homme-femme. Voir A. WADUD, préc., note 282.

³³³ D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 182.

laissent pas de traces, soient tolérées³³⁴. Le corollaire féminin de cette obligation est que l'épouse doit être obéissante à son mari³³⁵. Par exemple, une femme qui quitte le foyer conjugal sans raison valable et contrairement aux vœux de son époux, sera considéré *nashiza*, désobéissante, et encourra le risque de perdre son droit à la *nafaqah*³³⁶.

Autre obligation du mari : le devoir conjugal. Il s'agit, pour l'homme, de l'obligation de consommer le mariage. La femme a même une responsabilité de demander la dissolution du mariage dans l'éventualité où l'époux ne s'en acquitterait plus³³⁷. Le mari peut exiger des « relations intimes normales », mais il ne peut cependant forcer sa femme à des relations non désirées³³⁸.

iv Conditions de célébration du mariage

L'islam étant répandu sur tous les continents, la célébration du mariage donne lieu à de nombreuses habitudes locales. Celles-ci relèvent plus des coutumes culturelles que des obligations religieuses strictes et entraînent donc de nombreuses différences selon les lieux et les écoles³³⁹. Les différentes conditions de célébration du mariage ne seront donc pas étudiées en détail ici, leur grande variété influençant d'autant leur pertinence pour les propos du présent travail. Quelques éléments de la célébration du mariage existent dans la plupart des écoles.

La présence des témoins est nécessaire à la conclusion d'un mariage musulman valide. Le nombre et les qualités de ces témoins diffèrent selon les

³³⁴ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, préc., note 273, p. 334. Notons que le verset qui a souvent servi de justification pour la violence conjugale (Sourate 4, verset 34) est soumis à une nouvelle herméneutique féministe qui y voit plutôt une pédagogie de règlement des conflits conjugaux : voir A. WADUD, préc., note 282.

³³⁵ D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 178.

³³⁶ *Id.*, p. 182.

³³⁷ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, préc., note 273, p. 321. De plus, certaines écoles considèrent que la femme refusant d'avoir des relations sexuelles est désobéissante, toute comme celle qui quitterait la résidence sans permission, et perd donc également son droit à la *nafaqah* : D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 182.

³³⁸ F.-J. PANSIER et K. GUELLATY, préc., note 274, p. 69.

³³⁹ Pour plus de détails sur les formalités du mariage dans différents États, voir J. J. NASIR, préc., note 291, p. 70-76.

différentes traditions des écoles sunnites et chiites³⁴⁰. Habituellement, la présence de deux hommes ou d'un homme et de deux femmes est nécessaire, ces personnes devant être pubères, libres, musulmanes et saines d'esprit³⁴¹.

*d Conditions des divorces religieux en islam*³⁴²

Depuis le tout début de l'islam, le divorce est permis mais non souhaitable, le Prophète lui-même déclarant que des choses permises, il s'agit de la plus détestable³⁴³. Une grande insistance est donc mise sur la reprise de la vie commune³⁴⁴. Malgré cela, plusieurs formes de divorce sont légales selon l'islam et des règles spécifiques s'appliquent à chacune d'entre elles, notamment les règles relatives au paiement du *mahr* différé.

Les règles de forme des différentes écoles, ainsi que les règles locales des législations étatiques sont, encore une fois, d'une grande diversité. Il existe notamment de nombreuses différences entre les exigences sunnites et chiites sur ces questions³⁴⁵. L'exposé détaillé de ces règles excède le cadre de la présente étude³⁴⁶. Nous ne présenterons donc que les règles qui sont aujourd'hui pertinentes pour la plus grande portion des croyants.

Ces différents divorces sont premièrement le *talaq*, le divorce unilatéralement prononcé par le mari; le *khul*, le divorce initié par la femme; le *mubaraat*, le divorce par consentement mutuel et le *faskh*, le divorce judiciaire

³⁴⁰ J. J. NASIR, préc., note 291, p. 54; D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 140.

³⁴¹ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, préc., note 273, p. 302.

³⁴² De la même manière que pour l'expression « école de jurisprudence » utilisée plus haut, les vocabulaires religieux et juridique se chevauchent de nouveau. Le mot « divorce » sera donc utilisé ici dans le sens de la rupture de lien du mariage religieux.

³⁴³ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, préc., note 273, p. 354.

³⁴⁴ L'arbitrage est d'ailleurs inscrit dans le Coran : J. HUSSAIN, préc., note 48, p. 101.

³⁴⁵ D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 282.

³⁴⁶ Pour des détails sur la situation des divorces dans différentes législations, voir *id.*, p. 286-382.

prononcé par une personne autre que les époux³⁴⁷. Il est intéressant de noter que toutes ces formes de divorce, à l'exception de la dernière, sont extra-judiciaires.

i Le *talak*, la répudiation unilatérale par le mari qui met fin au lien matrimonial

Il s'agit du mode de divorce le plus courant³⁴⁸. Il est réservé strictement à l'époux, sous réserve des stipulations prévues au contrat de mariage des époux. En prononçant la répudiation (le mot *talaq*) à l'encontre de sa femme, l'époux la répudie et ainsi s'en divorce. Plusieurs formes de *talaq* existent en islam, formes reconnues ou non selon les différentes écoles.

La forme faisant l'unanimité entre les écoles est nommé le *talaq as-sunna*. Pour réaliser ce divorce, le mari doit prononcer la formule du *talaq* en dehors d'une période de menstruation. Suit une période de trois mois après laquelle le mariage est dissout, s'il n'y a pas eu reprise des relations sexuelles entre les parties³⁴⁹. Il ne s'agit pas d'un divorce définitif, c'est-à-dire que les parties peuvent se remarier ensemble par la suite³⁵⁰. Cependant, lorsque la répudiation est répétée trois fois³⁵¹, il devient impossible pour le couple de se remarier³⁵². Cette forme de divorce est la plus approuvée car elle respecte l'esprit de la règle édictant le divorce non désirable : le remariage est possible entre les parties et l'épouse est traitée de manière juste, notamment parce que la période d'attente est déterminée.

Mentionnons également le divorce par la triple déclaration du *talaq*, ou le *talaq al-bida*, une autre forme de divorce par *talaq*. Cette forme de divorce n'est pas reconnue par toutes les écoles, et elle n'est pas approuvée par la jurisprudence musulmane classique, mais pour la plupart d'entre elles, ce divorce reste tout de

³⁴⁷ Il existe également d'autres sortes de divorce moins usuels, qui ne seront pas étudiés ici, voir J. HUSSAIN, préc., note 48, p. 374-379.

³⁴⁸ D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 280.

³⁴⁹ *Id.*, p. 280.

³⁵⁰ J. J. NASIR, préc., note 291, p. 120.

³⁵¹ Contrairement au *talaq al-bida*, dont la définition suivra, la répétition du *talaq as-sunna* sera fait en différentes occasions.

³⁵² Voir *infra*, section sur les empêchements.

même une forme « légalement » valide de divorce³⁵³. Il s'agit pour le mari de simplement répéter trois fois le *talaq*, durant une seule occasion, le mariage étant alors définitivement rompu. La réunion des trois déclarations ne laisse aucune place à la réconciliation des parties, mais n'en est pas moins pris au sérieux. En effet, les parties ne pourront plus se remarier ensemble, sauf en suivant les mêmes règles s'appliquant à la suite d'un *talaq as-sunna*³⁵⁴. D'autres formes de répudiation unilatérale par le mari existent, mais puisqu'elles demeurent marginales, elles ne seront pas non plus étudiées ici³⁵⁵.

Le divorce par *talaq* donne droit à la femme au plein paiement du *mahr* différé. Cette prérogative confère beaucoup de sécurité aux femmes ne désirant pas voir leur mari les répudier. Il s'agit donc d'un exemple d'application du *mahr* dans l'esprit de protection du mariage et des intérêts de la femme tel que vu à l'origine. L'envers de la médaille est que plusieurs maris ayant accordé dans le contrat de mariage un *mahr* élevé ne désirent sous aucun prétexte prononcer la répudiation, surtout dans un contexte où la polygamie est acceptée, leurs « premières » épouses demeurant mariées malgré elles³⁵⁶.

ii Le *khul*³⁵⁷ : le divorce initié par la femme

La femme offre au mari une somme d'argent, souvent le montant du *mahr* différé, en échange de l'entente de divorce qui dissoudra le lien matrimonial, sans que l'épouse n'ait à prouver de motif pour l'obtention du divorce³⁵⁸. Il ne s'agit aucunement de l'équivalent féminin du *talaq*³⁵⁹. La femme doit renoncer à certains droits afin d'obtenir la dissolution du mariage, et le consentement du mari y est nécessaire, ouvrant ainsi parfois la porte au chantage par celui-ci. L'épouse choisissant cette option paie donc chèrement sa liberté: financièrement par le

³⁵³ J. HUSSAIN, préc., note 48, p. 103. L'auteure mentionne d'ailleurs que cette forme de divorce, qui ne respecte pas l'esprit du Coran, est la plus représentée dans les films hollywoodiens.

³⁵⁴ J. J. NASIR, préc., note 291, p. 281

³⁵⁵ D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 282-283.

³⁵⁶ Selon les versets coraniques, le *talak* exige des conditions strictes : voir la Sourate 65, intitulée le Divorce (*talak*). Sur les conséquences de la négociation du *mahr*, voir : P. FOURNIER, préc., note 303, p. 666.

³⁵⁷ Les termes *khul* et le *mubaraat* sont parfois utilisés comme synonymes, voir J. J. NASIR, préc., note 291, p. 122.

³⁵⁸ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, préc., note 273, p. 380-383.

³⁵⁹ D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 284.

renoncement au *mahr* et à la *nafaqah*, et personnellement par le poids de la responsabilité de l'échec du mariage et les possibles conséquences sociales à l'intérieur de sa famille et de sa communauté³⁶⁰.

iii Le *mubaraat* : le divorce par consentement mutuel

Ce divorce peut être initié tant par la femme que par l'homme. L'offre de divorce initiée par l'homme est irrévocable jusqu'à la réponse de l'épouse, tandis que l'offre de divorce de la femme peut être retirée tant que le mari n'y a pas répondu³⁶¹. En théorie, ce divorce n'est pas nécessairement onéreux pour la femme, puisqu'elle n'est pas obligée de renoncer à son *mahr* ou à son entretien durant la période de l'*iddat*. Dans les faits, cependant, l'épouse ne pouvant imposer le divorce à son mari dans aucune des formes de divorce, la négociation entre les époux impliquera souvent une renonciation à des bénéfices financiers pour la femme qui veut obtenir un divorce rapidement³⁶².

iv Le *faskh* : le divorce judiciaire

Cette dernière façon de mettre fin à un mariage musulman est controversée. Il s'agit plus d'une procédure qui s'assimile davantage à une annulation de mariage qu'à un divorce³⁶³. Les motifs pour demander le *faskh* sont limités : les écoles les plus strictes ne reconnaissent que la preuve par l'épouse de l'impossibilité pour son mari de consommer le mariage³⁶⁴. Les autres écoles ont une vision plus élargie de la question et des raisons diverses peuvent être invoquées par l'épouse pour réclamer la dissolution du lien matrimonial : maladie physique ou mentale du mari, défaut à fournir l'entretien, violation d'une clause du contrat de mariage, abandon par le mari du domicile conjugal pour une période de plus de six mois sans raison valable etc.³⁶⁵ L'interprétation la plus libérale en la matière reconnaît la preuve de la cruauté de l'époux comme étant une raison

³⁶⁰ P. FOURNIER, préc., note 303, p. 669. Il faut tout de même souligner que l'échec du mariage est souvent porté par celui qui prend la décision de divorcer, quelle que soit la tradition religieuse des époux.

³⁶¹ D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 284.

³⁶² *Id.*, p. 284-285.

³⁶³ J. HUSSAIN, préc., note 48, p. 108; D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 285.

³⁶⁴ J. J. NASIR, préc., note 291, p. 126; D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 285.

³⁶⁵ J. HUSSAIN, préc., note 48, p. 109; D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 285.

suffisante pour obtenir un divorce³⁶⁶. Les divorces judiciaires sont évidemment sollicités par les femmes, les hommes pouvant aisément obtenir un divorce par *talaq* à leur seule discrétion. Ce divorce est difficile à obtenir, mais lorsqu'il est accordé, la femme n'a pas à renoncer aux avantages financiers que sont le *mahr* et l'entretien durant l'*iddat*³⁶⁷.

v Apostasie et/ou conversion à une autre religion

S'ajoute à cette liste le fait que, pour certaines écoles, le mariage musulman prend fin par lui-même si l'un des époux abandonne l'islam. En cas d'apostasie ou de conversion à une autre religion, le lien matrimonial est alors dissout automatiquement³⁶⁸. Il s'agit évidemment d'une solution extrême que peu de personnes pieuses empruntent, renier sa foi n'étant pas un acte sans conséquence, tant au niveau personnel, spirituel que face à la communauté des croyants.

e Autres obligations religieuses touchant les couples

i Relative à la garde des enfants

Le droit musulman contient des règles relatives à l'attribution de la garde et de la tutelle des enfants à la suite d'un divorce. Ces règles trouvent leur justification dans la présomption selon laquelle le meilleur intérêt du jeune enfant est de demeurer avec sa mère. L'interprétation de ce besoin de l'enfant varie cependant d'une école à l'autre et selon le sexe de l'enfant³⁶⁹. En théorie, la garde du très jeune enfant est confiée à sa mère jusqu'à un moment déterminé. Selon les écoles, l'enfant demeurera avec sa mère jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge de deux ans ou jusqu'au moment où il se mariera.

À partir de ce moment, la garde de l'enfant sera confiée au père, une fille devant toutefois demeurer plus longtemps avec sa mère qu'un fils³⁷⁰. Le besoin de

³⁶⁶ J. J. NASIR, préc., note 291, p. 126, D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 285.

³⁶⁷ P. FOURNIER, préc., note 303, p. 670.

³⁶⁸ J. L. ESPOSITO et N. J. DELONG-BAS, préc., note 275, p. 34 et 79.

³⁶⁹ J. HUSSAIN, préc., note 48, p. 95.

³⁷⁰ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DE LA JEUNESSE DU QUEBEC, P. EID, K. MONTMINY, préc., note 270, p. 44.

l'enfant d'être avec sa mère peut être écarté si certains événements surviennent, notamment le remariage de celle-ci. Dans ces circonstances, la garde reviendra automatiquement au père, et ce, quel que soit l'âge de l'enfant³⁷¹. Quant à la tutelle des enfants, elle est toujours confiée au père, même lorsque la mère en a la garde³⁷². Mentionnons finalement que les différentes législations nationales varient beaucoup d'un État à l'autre; les plus libérales se basent sur l'intérêt de l'enfant quant à l'attribution de la garde, alors que les plus strictes limitent la période de garde accordée à la mère³⁷³.

ii Relatives à l'entretien des enfants et des ex-conjoints

Tel que vu dans la partie sur les obligations des époux, la responsabilité financière relative à l'entretien des conjoints et des enfants du couple incombe entièrement au père, même si la mère a des ressources financières. Cette obligation paternelle est sujette à deux critères, soit les besoins de l'enfant et les capacités financières du père³⁷⁴. L'obligation face à l'épouse prend totalement fin au terme de la période de l'*iddat*³⁷⁵ tandis que celle relative à l'enfant continue malgré le divorce³⁷⁶.

f L'interaction entre les obligations religieuses musulmanes et le droit civil québécois

Examinons maintenant les différentes sphères d'interactions des règles religieuses et civiles.

Les imams faisant partie d'une confession reconnue et respectant la législation concernée peuvent célébrer des mariages religieux qui seront valides au plan civil et qui seront par conséquent enregistrés par le directeur de l'état

³⁷¹ J. HUSSAIN, préc., note 48, p. 95.

³⁷² *Id.*, p. 96.

³⁷³ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, P. EID, K. MONTMINY, préc., note 270, p. 44; voir également J. J. NASIR, préc., note 291, p. 187-189.

³⁷⁴ *Id.*, p. 193-200.

³⁷⁵ Voir *infra*, p. 60.

³⁷⁶ D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 430 et suiv.

civil du Québec³⁷⁷. L'imam peut effectivement se voir reconnaître le rôle de célébrant civil, sous réserve des règles déjà présentées³⁷⁸. Cependant, les mariages polygames ne pourront être célébrés valablement, de même que les *muta* ou mariages temporaires. Rappelons d'ailleurs que la polygamie est un acte criminel au sens du *Code criminel* canadien.

Deux faits sont également à mentionner dans l'interaction entre les instances et les normes religieuses musulmanes et l'état civil. Premièrement, certains tenants de doctrines strictes reconnaissent partiellement ou pas du tout le pouvoir étatique de régler la vie des croyants, même dans le contexte d'un État laïque³⁷⁹. Deuxièmement, malgré le fait que les lois religieuses n'aient pas de prises officielles sur la vie des musulmans croyants au Québec, il est possible que la législation étatique du pays d'origine de conjoints québécois de confession musulmane, législation basée sur les règles religieuses, s'applique auxdits conjoints en raison des dispositions de droit international privé prévues dans le *Code civil du Québec*, notamment lors d'un divorce ou d'un décès³⁸⁰.

i Les imams et les règles civiles

Bien que l'islam, qui s'est bâti à la fois comme une religion et un état politique, ne prévoit pas de règles à propos du respect des législations étatiques laïques, la grande majorité des imams, au Québec et ailleurs, respectent le pouvoir étatique en place et les lois civiles qui en résultent. Ils ne célébreront donc pas de mariages en contravention avec les lois locales, notamment celles concernant l'interdiction de la polygamie³⁸¹. Cependant, une minorité considère que les lois divines surpassent les lois temporelles et que ce que le Coran permet doit pouvoir être accompli, quel que soit le contexte politique ou juridique dans lequel vivent les croyants.

³⁷⁷ Art. 366 C.c.Q.

³⁷⁸ Voir *supra*, p. 12.

³⁷⁹ Voir : Hassan AYYOUB et Salah ad-Din KIŞRİD, *La foi musulmane : dogme et dissidences*, 2^e éd. corr., Paris, Al Qalam, 2002, p. 291.

³⁸⁰ Voir sur cette situation en France et en Allemagne : Pascale Fournier, « The Reception of Muslim Family Law in Western Liberal States », (2004) *Canadian Council of Muslim Women, Sharia/Muslim Law Project*, en ligne : <<http://www.ccmw.com/documents/Pascalepaper.pdf>> (site consulté le 31 août 2010). Voir également *supra*, p 67.

³⁸¹ Voir *supra*, p. 11.

Le rapport rédigé par Marion Boyd, en Ontario à propos de l'arbitrage religieux, cite à ce sujet un imam qui aurait déclaré à une journaliste qu'il serait tout à fait disposé à célébrer le mariage d'un homme avec une deuxième épouse comme le permet le Coran, même si la bigamie est prohibée en droit canadien. Il est évidemment difficile, voire impossible, d'évaluer le nombre de ces mariages non conformes, polygames ou temporaires, leur célébration étant par définition clandestine. On peut cependant légitimement se demander si le phénomène existe au Québec, même si ce n'est que de manière marginale.

g Conclusion

En résumé, le mariage musulman est une institution qui se veut permanente. Les conditions de célébration, les conditions de formes et les obligations qui y sont reliées sont partagées, pour la plupart, par une grande partie des musulmans, mais plusieurs différences existent selon les différentes écoles de jurisprudence et les différentes législations islamiques.

Mis à part l'obligation de fidélité, les obligations des époux ne sont pas les mêmes dans le mariage. C'est à l'époux que revient les obligations financières : fournir une habitation adéquate, entretenir le ménage en fournissant nourriture et vêtements au couple ainsi qu'aux enfants. L'époux doit également s'abstenir de faire subir de mauvais traitements à sa femme, bien que des violences « légères » soient tolérées. Il est tenu d'accomplir son devoir conjugal. Il ne peut forcer son épouse à avoir des relations sexuelles non-désirées, bien qu'il puisse exiger d'elle des relations intimes « normales ». En retour, l'épouse doit habiter avec son mari la résidence qu'il lui fournit et lui doit obéissance. Soulignons finalement que, même lorsqu'elle a des revenus, l'épouse n'a pas à contribuer aux charges du ménage.

Les obligations des époux sont considérées complémentaires. Cependant, on ne peut nier leur caractère inégal : l'époux supporte seul les coûts du ménage, soit, mais l'épouse voit quant à elle sa liberté grandement affectée par le mariage. En effet, le devoir d'obéissance implique que l'épouse obtienne la permission de

son mari afin de poser plusieurs gestes, notamment quitter le domicile conjugal ou occuper un emploi.

Malgré le caractère de permanence du mariage religieux musulman, le divorce est permis, bien que non favorisé. Il existe quatre divorces différents reconnus par l'islam; trois de ceux-ci nécessitent le consentement du mari et impliquent donc, souvent, des concessions financières de la part de l'épouse. Le quatrième divorce est en fait un divorce judiciaire pour faute où la femme doit prouver que son mari est en défaut sur un des points, précis et peu nombreux, ouvrant la porte au divorce judiciaire. Une dernière façon de mettre fin à un mariage est l'apostasie de l'une des parties. Ainsi, si une des parties renie sa foi musulmane, son mariage musulman sera par le fait même dissout.

3 Chez les juifs

La présentation générale du droit juif

La judaïcité – le fait d'être juif – se vit à travers le monde selon différentes écoles, et les dissemblances entre les doctrines sont assez importantes. Pensons, par exemple, aux juifs séfarades, qui proviennent originellement de l'Espagne et du Portugal³⁸², aux juifs ashkénazes, qui proviennent originalement de l'Allemagne³⁸³, et aux croyants hassidismes³⁸⁴, orthodoxes³⁸⁵, conservateurs³⁸⁶ et réformés³⁸⁷. La judaïcité est donc un monde très diversifié. Les règles du

³⁸² F. SKOLNIK et M. BERENBAUM, préc., note 29, p. 292.

³⁸³ *Id.*, p. 569

³⁸⁴ « HASIDIM [...] term used in rabbinic literature to designate those who maintained a higher standard in observing the religious and moral commandments. » F. SKOLNIK et M. BERENBAUM, préc. note 29, vol. 8, p. 390-391.

³⁸⁵ « ORTHODOXY [...] Yet, in general, Orthodox came to designate those who accept as divinely inspired the totality of the historical religion of the Jewish people as it is recorded in the Written and Oral Laws and codified in the Shulhan Arukh and its commentaries until recent times, and as it is observed in practice according to the teachings and unchanging principles of the *halakhah*. » F. SKOLNIK et M. BERENBAUM, préc. note 29, vol. 15, p. 493-495.

³⁸⁶ « CONSERVATIVE JUDAISM, (also known as Masorti Judaism), one of the three principal modern Jewish religious denominations, emerging, along with Reform and Orthodoxy, in the 19th century era of Emancipation. » F. SKOLNIK et M. BERENBAUM, préc., note 29, vol. 5, p. 171-177.

³⁸⁷ « REFORM JUDAISM, first of the modern interpretations of Judaism to emerge in response to the changed political and cultural conditions brought about by the Emancipation [...] Gradually these efforts became a movement with a set of religious beliefs, with practices that were considered expected as well as practices regarded as antiquated, and with an identity as a coherent and cohesive modern Jewish religious stream or denomination. » F. SKOLNIK et M. BERENBAUM, préc., note 29, vol. 17, p. 165-183.

mariage présentées dans le cadre de ce survol du droit juif se limitent aux dispositions générales que l'on pourrait qualifier de classique. Les nuances entre les différentes écoles ne seront soulevées qu'à l'occasion, lorsqu'elles seront particulièrement pertinentes au propos.

La religion juive est la plus ancienne des trois étudiées dans le cadre de ce mémoire. Les règles relatives au mariage juif ont donc beaucoup évolué depuis les premiers jours de la judaïcité, il y a des millénaires. Celles qui sont étudiées ici sont les règles qui s'appliquent aux couples d'aujourd'hui, sans que ne soit précisée l'évolution de l'institution et de ses composantes au travers du temps.

a Le droit de l'État d'Israël

Le droit juif, conjointement avec le droit civil et la *common law*³⁸⁸, forment le droit de l'État d'Israël, qui se définit lui-même comme un état « juif et démocratique »³⁸⁹. Les notions de droit juif intégrées dans le droit étatique d'Israël, incluant les questions concernant le mariage et le divorce³⁹⁰, s'appliquent donc pour les citoyens et résidents d'Israël de confession juive³⁹¹. Seul pays à utiliser le droit talmudique à l'intérieur de son droit étatique, l'influence de ses lois est notable, ce pays étant la seule référence strictement législative pour les juifs de la diaspora. En conséquence, dans le cadre de ce mémoire, des références fréquentes seront faites au droit d'Israël.

b Les sources du droit juif

La première source du droit juif est la Bible hébraïque, plus spécifiquement la Torah, soit le Pentateuque (les livres de la Genèse, de l'Exode, du Lévitique, des Nombres et du Deutéronome) et aussi, de moindre importance,

³⁸⁸ J. FATHALLY, N. MARIANI, A.-F. BISSON et L. PERRET, préc., note 269, p. 19.

³⁸⁹ E. M. SNYDER, *Israel : a legal research guide*, coll. Legal research guides, vol. 37, Buffalo, W.S. Hein, 2000, p. 5263. Voir également Brigitte ULLMO-BLIAH, préc., note 188.

³⁹⁰ F. SKOLNIK et M. BERENBAUM, préc. note 29, vol. 13, p. 573. Voir également le résumé éclairant sur le droit israélien : Plea ALBECK, «Introduction générale au droit israélien», *Gaz. Pal.* 1998.512 ainsi que Michaël WYGODA, «Droit Juif et Droit Israélien», *Gaz. Pal.* 1998.515.

³⁹¹ Le droit personnel étant le droit religieux du justiciable, voir : Israël GILAT, «Peut-on parler de conflit de compétence entre les juridictions religieuse et civile en matière de statut personnel?», *Gaz. Pal.* 1998.534.

les livres des Prophètes et des Hagiographes. Ces livres constituent la Bible hébraïque, loi écrite s'appliquant aux juifs³⁹². Notons que ces livres sont également présents dans la Bible catholique et y constituent une partie de l'Ancien Testament.

La deuxième source de droit est la *Mishna*, première compilation écrite de la loi orale³⁹³, constituée d'opinions et de débats légaux. Celle-ci est séparée en six sections, chacune traitant d'un sujet précis. Les règles relatives au mariage et au divorce sont contenues dans la section nommée *Nashim* ou des femmes. Cette section traite de plusieurs sujets soit :

- Le lévirat³⁹⁴ ;
- La dot et les contrats de mariage ;
- Les vœux ;
- Le vœu du *Nazir*³⁹⁵ ;
- La femme adultère ;
- Les lettres de répudiation, ou divorce ;
- Les statuts matrimoniaux³⁹⁶.

La troisième source de droit est les *Talmud*. Ceux-ci sont la compilation des lois et traditions juives des siècles allant des années -200 à 700 de notre ère et comportent les mêmes six sections que la *Mishna*. Il existe deux *Talmud*, celui de Jérusalem et de Babylone, ce dernier ayant habituellement le plus d'autorité³⁹⁷.

La quatrième source est constituée d'une littérature très volumineuse, les commentaires, rédigés par des rabbins de différentes écoles. Ils ont pour objectif d'expliquer les sources précédentes. Un type de ces commentaires, le *Hiddushim*, recherche les motifs derrière le texte, afin de réconcilier les contradictions

³⁹² E. M. SNYDER, préc., note 389, p. 53

³⁹³ Sur les rapports entre le droit écrit et oral ainsi que sur l'évolution du droit oral, voir : Agnès WOOG, « Rapport entre Tora écrite et Tora orale : esquisse d'une théorie du droit hébraïque », *Gaz. Pal.* 1998.521.

³⁹⁴ Voir note 411.

³⁹⁵ Le fait de faire le vœu de se consacrer entièrement à Dieu pour une période donnée.

³⁹⁶ Sur toute la section de la loi orale, voir S. RÉGNIÈRE, préc., note 7, p.15.

³⁹⁷ *Id.*

potentiellement contenues dans les différents textes³⁹⁸. Encore une fois, la comparaison s'impose d'elle-même entre ce procédé et la recherche de l'intention du législateur effectuée par les juristes de droit étatique.

En plus de ces sources de droit, des outils se sont développés afin de faciliter la consultation et la compréhension de celles-ci. Parmi ces outils se trouvent des ouvrages majeurs concernant la loi écrite, orale, les commentaires ainsi que les *réponses*, des compilations des décisions des rabbins des écoles dominantes, à l'image de recueils de jurisprudence.

Des règles d'interprétation existent pour les différentes sources de droit, afin d'en éclaircir le sens réel et applicable. Le droit juif est conscient que les lois immuables ne peuvent s'appliquer directement à toutes les situations de tous les temps à venir. C'est ainsi que les principes de la loi sont énoncés sous une forme très générale, les détails devant être établis par les sages de chaque époque pour refléter les valeurs juives actualisées³⁹⁹.

c Le mariage et les divorces juifs

i Définition du mariage

Le mariage juif peut être défini comme étant une « relation spirituelle sanctionnée par la société et sanctifiée par la religion⁴⁰⁰ ». Il est basé sur deux buts principaux : l'affection conjugale et la procréation. Le premier, l'affection conjugale, comporte différents types de relations variant de l'amour-amitié entre les époux à l'amour romantique⁴⁰¹. Le second, la procréation, est la poursuite de la première *mitzvah*, c'est-à-dire « commandement religieux »⁴⁰², donnée par Dieu à l'Homme lors de sa création : « Croissez et multipliez »⁴⁰³. Cette obligation

³⁹⁸ M. ELON, ENCYCLOPAEDIA JUDAICA, préc., note 48, p.13.

³⁹⁹ *Id.*, p. 54.

⁴⁰⁰ S. RÉGNIÈRE, préc., note 7, p. 25, citant Sidney E. Goldstein.

⁴⁰¹ *Id.* p. 52.

⁴⁰² *Id.*

⁴⁰³ Genèse, 1, 28. Voir Gabrielle ATLAN, *Les Juifs et le divorce : droit, histoire et sociologie du divorce religieux*, Bern, Peter Lang, 2002, p. 10.

d'avoir des enfants se comprend différemment selon les interprétations⁴⁰⁴ ; elle est une obligation absolue pour l'homme, alors qu'elle est facultative pour la femme. La grossesse et l'enfantement sont des moments où celle-ci risque parfois sa santé ou sa vie, le droit juif n'impose donc pas à la femme une obligation de cette ampleur et le célibat est possible pour la femme⁴⁰⁵. Toutefois, le mariage est socialement encouragé.

ii Les conditions de fond du mariage juif

Le droit juif comporte les interdictions suivantes au mariage⁴⁰⁶ :

- L'âge des époux. Pour le droit juif, les enfants mineurs ne peuvent contracter eux-mêmes un mariage valide avant l'âge de 13 ans pour un garçon et de 12 ans pour une fille. Le père d'une jeune fille peut cependant contracter mariage pour elle avant cet âge. Celle-ci pourra refuser ce mariage lorsqu'elle atteindra l'âge de la majorité en déclarant qu'elle ne veut plus vivre avec son mari. Notons cependant que le droit d'Israël a progressivement changé ces règles et interdit les mariages d'enfants, ayant porté l'âge minimum pour le mariage des filles à 17 ans, bien qu'il n'y ait pas d'âge minimum fixé pour les garçons⁴⁰⁷. Cependant, du point de vue de la validité religieuse, c'est la limite de 12 et 13 ans qui sera retenue, peu importe la loi étatique s'appliquant au mariage⁴⁰⁸.
- La capacité des parties. Une personne considérée *shoteh* (pouvant être traduit par idiot, fou, instable, incapable légalement de prendre des décisions) ne pourra contracter légalement mariage. En cas de doute, le mariage sera considéré néanmoins valide et un divorce sera tout de même nécessaire à la dissolution de l'union⁴⁰⁹.
- Les liens de consanguinité. Les unions avec les descendants et les ascendants, de même que les unions entre collatéraux sont toujours

⁴⁰⁴ S. RÉGNIÈRE, préc., note 7, p. 61 et suiv.

⁴⁰⁵ G. ATLAN, préc., note 403, p.138.

⁴⁰⁶ M. ELON, ENCYCLOPAEDIA JUDAICA, préc., note 48, p. 359 et suiv.

⁴⁰⁷ F. SKOLNIK et M. BERENBAUM, préc., note 391, vol. 13, p. 573.

⁴⁰⁸ M. ELON, ENCYCLOPAEDIA JUDAICA, préc., note 48, p. 366.

⁴⁰⁹ F. SKOLNIK et M. BERENBAUM, préc., note 391, vol. 13, p. 571.

interdites. Une femme ne peut marier son neveu alors qu'aucune interdiction n'existe entre un homme et ses nièces⁴¹⁰.

- Les liens familiaux par alliance. Lors des remariages suite à un divorce ou à un décès, il existe plusieurs interdictions entre une partie et la famille de son ex-conjoint. De même, lors des unions polygames, des interdictions existent de façon à interdire certains deuxièmes mariages. Par exemple, un homme ne peut épouser deux sœurs. Une exception à cette règle existe cependant : le lévirat⁴¹¹.
- L'existence d'un précédent mariage. Le mariage est interdit entre un homme et une femme encore liés par un mariage. Cette interdiction soulève le problème particulier des *Agounah*, traduit littéralement par « femmes enchaînées ». En effet, un mariage est dissout par le décès de l'époux ou par le divorce religieux qui n'est accordé que si la femme mariée a obtenu l'acte de divorce (le *get*) de son mari. Quand le mari refuse de l'accorder ou dans le cas d'un mari disparu dont on ne peut prouver le décès, ces *Agounah* se retrouvent interdites à un nouveau mariage⁴¹². La question du déni de *get* sera étudiée de manière plus approfondie plus loin dans le mémoire⁴¹³.
- La religion d'une des parties. Un mariage entre un juif et un non-juif est habituellement prohibé, bien que le judaïsme réformé l'admette depuis 1983⁴¹⁴. La conversion de l'époux non-juif est possible, mais elle doit être une conversion réelle et non pas choisie uniquement pour pouvoir contracter un mariage religieux⁴¹⁵.
- Les relations sexuelles adultères. Une femme mariée ayant eu des relations sexuelles en dehors des liens du mariage devient interdite au mariage pour son mari ainsi que pour son amant. Ainsi, la femme adultère ne peut demeurer mariée avec son mari et ne peut contracter mariage avec son

⁴¹⁰ S. RÉGNIÈRE, préc., note 7, p. 118.

⁴¹¹ Lorsqu'un homme décède sans laisser de descendance, sa veuve doit épouser son frère, mais la loi prévoit une procédure afin d'éviter cette union si elle n'est pas désirée par les parties. Voir : M. ELON, ENCYCLOPAEDIA JUDAICA, préc., note 48, p. 403.

⁴¹² G. ATLAN, préc., note 403, p. 203 et suiv.

⁴¹³ Voir *infra*, p. 89.

⁴¹⁴ S. RÉGNIÈRE, préc., note 7, p.121.

⁴¹⁵ *Id.*, p. 124. La question du mariage, ou de l'intermariage, est très importante pour la religion juive. Pour plus d'informations, voir M. ELON, ENCYCLOPAEDIA JUDAICA, préc., note 48, p. 378.

amant. Dans les cas de viol, cependant, la femme ne devient pas interdite pour son mari, à moins que celui-ci ne soit un prêtre (un *Cohen*)⁴¹⁶.

- L'existence d'un mariage précédent entre les mêmes parties, suivi par un divorce et le remariage de l'épouse. À la suite d'un divorce, les époux ne peuvent se remarier ensemble si la femme s'est remariée depuis, même si son second mariage a pris fin par le décès de l'époux ou le divorce⁴¹⁷.
- La prêtrise associée à certaines conditions de la future épouse. Un prêtre ne peut marier une femme divorcée ou ayant eu des relations sexuelles en dehors d'une union juive légitime. Notons que cette exception n'existe pas pour les juifs de milieu libéral⁴¹⁸.
- Le statut religieux d'un des époux. Un juif, homme ou femme, ne peut épouser une personne ayant le statut de *mamzer*, c'est-à-dire un « enfant né d'une union incestueuse ou adultère »⁴¹⁹.
- L'état matrimonial. Une femme ne peut jamais être mariée à deux hommes à la fois, le deuxième mariage serait alors nul à sa face même. Un homme ne devrait pas se marier à une deuxième femme sans avoir auparavant divorcé de sa première épouse. Cependant, ce deuxième mariage serait tout de même valide⁴²⁰.
- Pour une femme, le délai à observer après la rupture d'un premier mariage. En fait, l'épouse doit attendre 90 jours avant de pouvoir contracter une nouvelle union, de manière à ce que la paternité d'un éventuel enfant à naître ne soit pas source de confusion. Dans le même esprit, le mariage d'une femme enceinte ou allaitante est interdit jusqu'à ce que ce que l'enfant ait atteint l'âge de 24 mois, et ce, pour le bien de celui-ci⁴²¹.

Certaines de ces interdictions sont absolues et les mariages les transgressant seront considérés comme n'ayant jamais été célébrés, notamment les mariages incestueux et les remariages d'une femme déjà mariée. Les autres

⁴¹⁶ M. ELON, *ENCYCLOPAEDIA JUDAICA*, préc., note 48, p. 362.

⁴¹⁷ *Id.* p. 360.

⁴¹⁸ G. ATLAN, préc., note 403, p. 253.

⁴¹⁹ S. RÉGNIÈRE, préc., note 7, p. 166.

⁴²⁰ M. ELON, *ENCYCLOPAEDIA JUDAICA*, préc., note 48, p. 366 et suiv. Voir également *supra*, p. 67.

⁴²¹ *Id.* p. 361.

mariages interdits sont valides⁴²², bien qu'irréguliers, et devront être dissouts par un *get*.

iii Obligations des époux

Les obligations des époux sont : les obligations provenant de la rédaction du contrat de mariage juif, la *ketubbah*, et celles découlant de la célébration du mariage lui-même, lesquelles ne nécessitent pas l'approbation des époux pour prendre force (obligations de nature légale).

Le contrat de mariage, la *ketubbah*, contient l'exposé des obligations financières des époux⁴²³. La première obligation financière, la *ketubbah*, traduite en français par douaire, est un montant que le mari devra remettre à son épouse à la fin du mariage, que se soit par suite d'un divorce ou en raison de son décès. Cette obligation vise à protéger la femme en lui garantissant un montant pour sa subsistance pendant au moins un an suivant un divorce ou le décès de son mari, ainsi qu'une certaine protection contre un divorce irréfléchi ou précipité qu'il demanderait⁴²⁴. Ce montant est composé de deux parties. La première est la portion légale de la *ketubbah*, un montant fixe qui a été établi par le Talmud (200 dinars pour une vierge ou 100 dinars pour une veuve ou une divorcée). Ces montants sont des minima et sont obligatoires, au risque d'invalider la *ketubbah*⁴²⁵. La deuxième partie de la *ketubbah* est facultative : il s'agit d'un paiement supplémentaire auquel peut s'obliger le mari lors de la signature du contrat de mariage. Elle est nommée *augment*, ou *tosefet*, et peut être constitué soit d'argent, soit de biens. La *ketubbah* et le *tosefet* ne sont payables qu'à la fin du mariage. Le *tosefet*, quant à lui, ne sera payé à l'épouse que si le mariage a été consommé⁴²⁶.

⁴²² *Id.* p. 360.

⁴²³ M. ELON, ENCYCLOPAEDIA JUDAICA, préc., note 48, p. 387.

⁴²⁴ *Id.*, p. 388.

⁴²⁵ G. ATLAN, préc., note 403, p. 23.

⁴²⁶ *Id.* p. 25-26.

La femme doit fournir une dot, le *nedunyah*, apport qui peut être de différentes natures⁴²⁷. L'époux a l'obligation de faire fructifier ces biens durant le mariage. L'importance de la dot est très grande et c'est au père de l'épouse qu'en revient l'obligation. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une obligation légale à proprement parler, le fait de fournir une dot à ses filles constitue pour le père une *mitzvah*⁴²⁸.

Continuons avec les obligations religieuses de nature légale découlant du mariage lui-même. La première obligation des époux dans le mariage est la fidélité, et celle-ci s'applique de la même manière aux deux époux⁴²⁹. Cette obligation est fondamentale et s'appliquait dès la conclusion des fiançailles lorsque le mariage était célébré en deux temps séparés par une période pouvant aller jusqu'à douze mois⁴³⁰.

Au-delà de cette obligation commune, les autres obligations légales des époux ne sont pas les mêmes de part et d'autre, mais sont considérées comme étant complémentaires. L'homme doit remplir dix obligations alors que la femme s'en voit imposer quatre.

1- Premièrement, le mari doit pourvoir aux dépenses nécessaires à la subsistance de sa femme, selon les coutumes locales et les standards sociaux applicables à la femme avant le mariage. De plus, le mari doit remettre à l'épouse un montant hebdomadaire afin de couvrir ses dépenses personnelles⁴³¹.

⁴²⁷ *Id.* p.23 .

⁴²⁸ *Id.*, p. 426.

⁴²⁹ S. RÉGNIÈRE, préc., note 7, p. 72.

⁴³⁰ G. ATLAN, préc., note 403, p. 28.

⁴³¹ M. ELON, ENCYCLOPAEDIA JUDAICA, préc., note 48, p. 394 et suiv.

2- Deuxièmement, l'époux doit veiller à ce que son épouse soit vêtue correctement⁴³².

3- La troisième obligation du mari est d'assurer à son épouse son devoir conjugal⁴³³. Il lui est cependant nécessaire d'obtenir le consentement de son épouse pour avoir une relation sexuelle et il lui est interdit de l'obliger à s'y soumettre⁴³⁴.

4- La quatrième obligation est de garantir à l'épouse sa *ketubbah* en cas de divorce, la *kettubah* elle-même étant une obligation contenue dans le contrat de mariage⁴³⁵.

5- Cinquièmement, l'époux doit prodiguer à son épouse les soins médicaux nécessaires en cas de maladie.

6- La sixième obligation de l'époux est de payer la rançon demandée par des ravisseurs, advenant l'enlèvement de son épouse⁴³⁶.

7- La septième obligation est d'assurer à l'épouse une sépulture décente si elle décède avant l'époux⁴³⁷.

8- Dans ce cas, l'époux a également l'obligation de s'assurer que la *ketubbah* de l'épouse décédée revienne aux fils de celle-ci et non pas à des fils issus d'une autre union du père⁴³⁸.

⁴³² *Id.*, p. 380.

⁴³³ *Id.*

⁴³⁴ G. ATLAN, préc., note 403, p.101.

⁴³⁵ *Id.*, p. 24-25

⁴³⁶ M. ELON, ENCYCLOPAEDIA JUDAICA, préc., note 48, p. 383.

⁴³⁷ *Id.*, p. 399.

9- La neuvième obligation de l'époux est qu'il doit veiller à ce que, advenant son propre décès, son épouse puisse demeurer au domicile conjugal et que sa subsistance soit prise en charge à même les biens de l'héritage.

10- La dixième obligation est qu'il doit veiller à ce que les filles nées du mariage soient entretenues jusqu'à leur mariage, même après son propre décès.⁴³⁹

Les obligations de l'épouse, pouvant également être considérées comme les prérogatives de l'époux, sont les suivantes. Celle-ci s'oblige :

- « 1- À lui abandonner le fruit de son travail personnel ;
- 2- À lui remettre les trésors qu'elle trouvera ;
- 3- À lui laisser la jouissance de tous ses biens ;
- 4- À le constituer son héritier. »⁴⁴⁰

Notons que certains de ces droits peuvent être perdus ou suspendus, selon le comportement des parties. Ainsi, l'époux perdra-t-il le droit au fruit du travail de sa femme s'il ne lui fournit pas le nécessaire à sa subsistance. De même, l'épouse perdra son droit à la subsistance si elle refuse, sans raison légitime, de cohabiter avec son époux et d'avoir des relations sexuelles avec lui⁴⁴¹. Il est intéressant de constater que la violence conjugale est considérée comme une raison légitime pour la femme d'abandonner le domicile conjugal, et ce, depuis l'ère médiévale⁴⁴².

Finalement, mentionnons que certaines communautés ont modifié la *ketubbah* de manière à ce que les obligations des époux soient bilatérales et

⁴³⁸ *Id.*, p. 383.

⁴³⁹ G. ATLAN, préc., note 403, p. 27.

⁴⁴⁰ *Id.*,

⁴⁴¹ M. ELON, ENCYCLOPAEDIA JUDAICA, préc., note 48, p. 379.

⁴⁴² G. ATLAN, préc., note 403, p. 46.

réciroques. Ces communautés sont dites de milieu libéral et la *ketubbah* ainsi rédigée est qualifiée d'égalitaire⁴⁴³.

iv Conditions de célébration du mariage

De nombreuses traditions entourent la célébration du mariage juif et diffèrent selon les communautés, bien que les étapes de la célébration soient les mêmes pour tous. Nous ne traiterons pas de ces coutumes et traditions mais seulement des étapes nécessaires à la célébration du mariage. Bien que nous n'étudions que le mariage juif tel qu'il existe de nos jours, il est intéressant de savoir qu'une telle union pouvait initialement être contractée de trois façons : par l'argent (*keseif*), par le contrat (*shetar*) et par la cohabitation (*bi'ah*)⁴⁴⁴. Les deux derniers modes de contracter mariage sont tombés en désuétude aujourd'hui, mais ne sont pas techniquement abolis, ce qui peut poser des problèmes concrets dont nous exposerons ultérieurement les tenants et aboutissants⁴⁴⁵.

Le premier mode de formation du mariage, par l'argent, est celui auquel on recourt encore aujourd'hui. L'argent est habituellement symbolisé par l'anneau remis à l'épouse lors de la cérémonie du mariage. La future épouse doit donner son consentement pour que le mariage soit valide⁴⁴⁶.

Avant la tenue de la cérémonie, le fiancé signe la *ketubbah*, c'est-à-dire le contrat de mariage contenant ses engagements envers la future épouse, démontrant ainsi qu'il accepte ses obligations d'époux. Cette signature qui est apposée devant deux témoins qui signent également le document. Elle doit toujours précéder la cérémonie car le document signé en fera partie⁴⁴⁷.

⁴⁴³ *Id.*, p. 253-255

⁴⁴⁴ M. ELON, *ENCYCLOPAEDIA JUDAICA*, préc., note 48, p. 356.

⁴⁴⁵ G. ATLAN, préc., note 403, p. 79.

⁴⁴⁶ *Id.* p. 16.

⁴⁴⁷ *Id.* p. 28.

Mentionnons que la cérémonie du mariage peut se tenir en n'importe quel lieu, le choix de celui-ci dépendant des coutumes⁴⁴⁸. Dans tous les cas, cependant, elle a lieu sous la *huppah*, un dais nuptial sous lequel se tiennent les époux et dont la signification varie selon les différentes interprétations en vigueur. Le fiancé attend la fiancée sous ce dais et celle-ci en fait trois fois le tour avant de l'y rejoindre.⁴⁴⁹

La première partie de la cérémonie, les *erusin*, se déroule après l'arrivée des fiancés. Cette première partie correspond à ce qui était autrefois une cérémonie distincte, séparée du mariage par une période allant de quelques mois à un an, pouvant être traduite par le terme « fiançailles ». De nos jours, cette cérémonie est célébrée immédiatement avant le mariage proprement dit⁴⁵⁰.

Pour les *erusin*, les fiancés sont bénis par le rabbin qui récite deux bénédictions, dont la dernière est spécifique à cette célébration. Ensuite, les futurs époux boivent du vin et le fiancé glisse au doigt de la fiancée une bague, celle-ci devant lui appartenir et être sans pierre précieuse⁴⁵¹. Le fiancé prononce ensuite la formule qui complétera leur union : « Tu m'es consacrée par cette bague, selon la loi de Moche et d'Israël. » Finalement, la *ketubbah* est lue à haute voix devant au moins deux témoins valables et remise à la fiancée⁴⁵².

Suit ensuite la cérémonie du mariage proprement dit, les *kiddushin*, qui consiste en la récitation des sept bénédictions, ou les *Cheva brachot*. Voici un extrait exprimant bien les deux objectifs principaux du mariage, soit l'affection conjugale et la procréation :

« [...] Béni sois-tu, Seigneur, Roi du monde, qui as créé l'homme à ton image, à l'image ressemblant à ton essence, et qui lui as destiné

⁴⁴⁸ S. RÉGNIÈRE, préc., note 7, p. 78.

⁴⁴⁹ *Id.*, p. 79-80.

⁴⁵⁰ G. ATLAN, préc., note 403, p. 28.

⁴⁵¹ M. ELON, ENCYCLOPAEDIA JUDAICA, préc., note 48, p. 82.

⁴⁵² G. ATLAN, préc., note 403, p. 29 et M. ELON, ENCYCLOPAEDIA JUDAICA, préc., note 48, p. 356.

un autre être afin de perpétuer le genre humain. Sois loué, Seigneur, qui as formé l'homme
 Réjouis-toi et jubile, femme stérile en voyant se rassembler en ton sein les enfants dans la joie. Sois loué, toi qui réjouis Sion par ses enfants.
 Réjouis, oui, réjouis ce couple qui s'aime, comme tu as réjouis [sic] ta créature dans le jardin d'Éden, à l'origine du monde. Sois loué, Seigneur, toi qui réjouis le jeune époux et la jeune épouse.»⁴⁵³

Il est maintenant reconnu que cette cérémonie doit être faite par un rabbin, devant un groupe d'au moins dix hommes (*minyan*), leur présence devant éviter les problèmes légaux pouvant découler d'une mauvaise célébration⁴⁵⁴. Ces bénédictions seront répétées après le repas de noces et durant les sept jours suivant la noce⁴⁵⁵. Selon les traditions, les nouveaux mariés peuvent avoir à s'isoler quelques instants⁴⁵⁶.

Chez les juifs libéraux, afin de rendre les engagements du mariage pleinement bilatéraux, des modifications ont été introduites dans la célébration du mariage. D'abord, les deux époux reçoivent un anneau et la formule normalement réservée au mari est prononcée par les deux époux. De plus, pour éviter les problèmes de déni de *get*, que nous exposerons ci-après, plusieurs rabbins font signer, au moment du mariage, des documents dans lesquels les époux s'engagent à accepter de donner et de recevoir un *get* dans l'éventualité d'un divorce civil. Ainsi, dans les cas de déni de *get*, le mariage est annulé rétroactivement parce que ses conditions n'ont pas été respectées⁴⁵⁷.

d Conditions du divorce juif

Avant d'analyser les conditions du divorce juif, il est important de mentionner que le tribunal religieux peut déclarer qu'un mariage est nul et n'a jamais existé. Une telle déclaration de nullité sera prononcée notamment lorsque les interdictions prévues par le droit biblique n'auront pas été respectées ainsi que

⁴⁵³ Extrait des bénédictions lues durant la cérémonie juive du mariage, cité dans Dominique BEAUX, *Se marier : rituels du mariage dans le judaïsme, le christianisme et l'islam*, coll. Rituels, Rosny-sous-Bois, Bréal, 2006, p. 91.

⁴⁵⁴ F. SKOLNIK et M. BERENBAUM, préc., note 29, vol. 13, p. 572.

⁴⁵⁵ S. RÉGNIÈRE, préc., note 7, p. 84.

⁴⁵⁶ F. SKOLNIK et M. BERENBAUM, préc., note 29, vol. 13, p. 570.

⁴⁵⁷ G. ATLAN, préc., note 403, p. 23.

dans les cas où un couple précédemment marié et divorcé se sera remarié ensemble, malgré le fait que la femme ait entre temps été mariée à un autre homme⁴⁵⁸.

Pour mettre fin aux mariages, qu'ils soient valides ou interdits, un divorce juif est toujours nécessaire. Celui-ci consiste en un document, le *get*, écrit par un scribe représentant le mari⁴⁵⁹ et remis à l'épouse qui doit l'accepter⁴⁶⁰. Ce document rompt le lien du mariage, permettant ainsi aux deux parties de contracter une nouvelle union en toute légalité⁴⁶¹. Le divorce est donc, tout comme le mariage, un acte contractuel entre deux parties sans qu'aucune intervention d'une tierce partie ne soit nécessaire, tribunal ou autre. Le tribunal religieux peut tout de même être impliqué dans la séparation. Sur demande des parties, le tribunal peut être appelé à déterminer si, selon les règles juives, le couple devrait se divorcer. Mais le tribunal ne peut mettre lui-même fin au mariage, le *get* impliquant toujours la participation libre des époux⁴⁶². Mentionnons finalement que, de nos jours, un tribunal religieux doit tout de même être impliqué dans le processus de divorce. Le tribunal s'assurera que le *get* est remis et reçu du plein gré des parties et qu'il a été rédigé correctement⁴⁶³.

Seul le mari ou son mandataire peut délivrer le *get* à l'épouse, quelles que soient les circonstances⁴⁶⁴. Le *get* doit être accepté par la femme car il n'est pas permis de divorcer de son épouse sans le consentement de celle-ci⁴⁶⁵. Le mari ne peut être contraint de délivrer le *get*, même lorsqu'il est dans l'obligation légale de l'accorder à sa femme et la femme ne peut être contrainte de l'accepter. Toutefois, une certaine pression morale, sociale ou financière peut être exercée⁴⁶⁶ pour

⁴⁵⁸ Des conséquences pénales sont également prévues : M. ELON, *ENCYCLOPAEDIA JUDAICA*, préc., note 48, p. 360.

⁴⁵⁹ Sur la procédure de nomination du scribe, voir le site Internet du Conseil de la Communauté Juive de Montréal, www.mk.ca/gittin.html.

⁴⁶⁰ G. ATLAN, préc., note 403, p. 54.

⁴⁶¹ S. RÉGNIÈRE, préc., note 7, p. 132.

⁴⁶² M. ELON, *ENCYCLOPAEDIA JUDAICA*, préc., note 48, p.415.

⁴⁶³ Voir au sujet du *get* le site Internet du Conseil de la communauté juive de Montréal : <http://www.mk.ca/gittin.html>.

⁴⁶⁴ M. ELON, *ENCYCLOPAEDIA JUDAICA*, préc., note 48, p. 419.

⁴⁶⁵ *Id.* p. 419.

⁴⁶⁶ G. ATLAN, préc., note 403, p. 71.

obtenir l'acceptation requise. Des problèmes importants peuvent donc survenir lorsque le divorce par consentement mutuel est impossible. Des solutions, qui seront étudiées plus loin, ont été élaborées pour contourner ces problèmes.

La position des époux face au divorce n'est pas la même pour l'homme et la femme. Les motifs objectifs pour l'époux sont reliés aux défauts physiques de l'épouse, incluant la stérilité de celle-ci, ou à son comportement envers lui⁴⁶⁷. L'éventail des raisons pouvant être invoquées par le mari est très large: certaines interprétations considèrent que l'homme juif possède une « liberté sans limite [...] pour répudier son épouse »⁴⁶⁸; s'il en a « trouvé une plus jolie »⁴⁶⁹, c'est suffisant. Les raisons pouvant être évoquées par l'époux pour demander le divorce ne seront donc pas étudiées en détail.

Les motifs objectifs pour l'épouse sont également reliés aux défauts physiques de l'époux, ou à son comportement envers elle. Ils sont cependant beaucoup plus limités. Les défauts physiques pouvant être invoqués sont les maladies répugnantes ou contagieuses, la stérilité de l'époux ou son impuissance⁴⁷⁰. Si la femme a eu connaissance de ce motif avant la célébration du mariage ou a continué la vie commune après sa connaissance de ce défaut, elle perdra son droit de l'invoquer comme cause de divorce⁴⁷¹.

Les comportements pouvant être invoqués par la femme pour demander le divorce sont les suivants : refus du mari de subvenir à ses besoins alors qu'il en a les moyens; refus par le mari d'accomplir son devoir conjugal; conduite indigne du mari à son égard (par exemple, violence physique ou verbale obligeant la

⁴⁶⁷ Pour les détails des motifs autorisant l'époux à demander le divorce voir : M. ELON, *ENCYCLOPAEDIA JUDAICA*, préc., note 48, p. 414. Un délai de 10 ans sans grossesse fait présumer qu'aucune grossesse ne sera possible au sein de ce couple. Cependant, si l'époux peut prouver, à la suite de telles allégations, que l'absence d'enfants est la conséquence de problèmes reliés à la santé de la femme, celle-ci perdra son droit à sa *kettubah*.

⁴⁶⁸ G. ATLAN, préc., note 403, p. 61.

⁴⁶⁹ *Id.*, p. 60-61.

⁴⁷⁰ La femme devra alors prouver que l'absence d'enfant est la réelle motivation à la demande et non une excuse afin de pouvoir être libre de s'unir à un autre homme. Voir M. ELON, *ENCYCLOPAEDIA JUDAICA*, préc., note 48, p. 416.

⁴⁷¹ *Id.*, p. 416.

femme à cesser la vie commune); transgression par l'époux des lois de Moïse, entraînant parfois la femme dans la même dérive (par exemple, violation des règles relatives à l'alimentation ou aux rapports sexuels lors de périodes interdites⁴⁷²); établissement du mari à l'étranger, malgré le refus de l'épouse et apostasie de l'époux⁴⁷³.

Malgré le fait que le tribunal rabbinique puisse en venir à la conclusion que le divorce est légal, rappelons que ledit tribunal ne peut qu'enjoindre les époux à divorcer selon les règles, n'étant nullement habilité à déclarer lui-même la fin de l'union⁴⁷⁴. Cependant, une procédure a été élaborée afin de permettre à un homme civilement divorcé de se remarier religieusement alors que sa femme refuse de recevoir le *get*. L'homme doit dresser le *get* et le remettre ensuite au tribunal rabbinique afin que celui-ci désigne un mandataire à l'épouse à qui sera remis le *get*. Le document reste à la disposition de l'épouse, qui ne sera divorcée réellement que lorsqu'elle en aura pris possession. L'homme peut alors obtenir une autorisation à se remarier⁴⁷⁵. Cette procédure est cependant exceptionnelle et l'équivalent n'existe pas pour l'épouse, les bases de l'élaboration de cette procédure tenant à l'autorisation originelle de la polygamie, alors que la polyandrie a toujours été proscrite.

Dans le but avoué de protéger la femme, certaines dispositions ont été adoptées. Ainsi, il est impossible pour un homme de délivrer un *get* à sa femme si celle-ci est dans l'incapacité de comprendre la nature de l'acte : la femme souffrant de démence ou de problème de santé mentale reste donc mariée et son époux ne peut mettre fin à ses obligations à son égard par le biais du divorce. Dans le même esprit, il a été établi que le consentement de la femme était nécessaire à l'établissement du divorce juif, partant du principe que la situation idéale pour la femme est de demeurer mariée.

⁴⁷² *Id.*, p. 417.

⁴⁷³ G. ATLAN, préc., note 403, p. 64.

⁴⁷⁴ *Id.*, p. 68-69.

⁴⁷⁵ Pour plus de détails sur cette procédure, nommé *hetter nissu'in*, voir : *id.*, p. 72-75.

Mentionnons finalement que les interprétations les plus strictes considèrent qu'un couple juif s'étant marié civilement est considéré comme s'étant marié par le biais de la cohabitation. Leur union se trouve donc religieusement en vigueur. Conséquemment à cette reconnaissance, la femme pourra, à la suite de la dissolution, avoir besoin d'un *get* afin de pouvoir contracter un second mariage religieux valide, bien qu'il n'y ait jamais eu de célébration religieuse lors de la première union. Cependant, si l'homme refuse de le donner, les rabbins pourront éliminer la nécessité du *get*⁴⁷⁶. Notons cependant que les opinions ne sont pas unanimes à ce sujet⁴⁷⁷.

e Autres obligations religieuses touchant les couples

i Relatives à la garde des enfants

Le droit juif comporte des règles relatives à la garde des enfants. À l'instar du droit civil québécois, ces règles considèrent la garde de l'enfant comme un droit de celui-ci et non comme un droit des parents. Les décisions concernant la garde doivent être prises en fonction du meilleur intérêt de l'enfant, même si cet intérêt demande exceptionnellement que sa garde soit confiée à quelqu'un d'autre que ses parents⁴⁷⁸.

Selon le droit juif, l'intérêt de tout enfant est de rester avec sa mère jusqu'à l'âge de six ans. Par la suite, la garde du garçon sera confiée au père alors que celle de la fille restera l'apanage de la mère. Il faut cependant garder à l'esprit que ces règles sont interprétées comme étant le droit de l'enfant de rester avec le parent désigné par le droit juif et non pas le droit du parent d'être avec son enfant. En conséquence, le tribunal juif pourra toujours statuer sur la garde autrement, si l'intérêt de l'enfant le commande⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ *Id.*, p. 70-72.

⁴⁷⁷ *Id.*, p 17 et 79.

⁴⁷⁸ M. ELON, *ENCYCLOPAEDIA JUDAICA*, préc., note 48, p. 427.

⁴⁷⁹ *Id.*, p. 428.

ii Relatives à l'entretien des enfants et des ex-conjoints

L'obligation religieuse de subvenir aux besoins des enfants du couple revient entièrement au père et se termine avec la sixième année de l'enfant, quelles que soient les moyens financiers de celui-ci et de la mère de l'enfant⁴⁸⁰. Le montant de cette obligation est déterminé par rapport aux besoins de l'enfant, selon son milieu, et non selon les revenus des parents⁴⁸¹. Dans la mesure où l'enfant vit avec la mère, subvenir aux besoins de l'enfant peut inclure une obligation de paiement pour l'entretien de la mère. Ce paiement sera calculé selon ce que le père aurait eu à déboursier pour obtenir ces soins d'un étranger⁴⁸². La mère n'a aucune obligation de contribuer financièrement aux besoins des enfants, à moins d'avoir consenti à partager ou à assumer cette obligation dans un accord, à la suite d'un divorce par exemple⁴⁸³.

Dans les cas où l'obligation religieuse de subvenir aux besoins de l'enfant ne s'applique plus en tant que tel, lorsque l'enfant a plus de six ans, chacun des parents est tout de même assujéti à ce devoir par le biais des règles religieuses relatives à la charité. Les exigences de la charité étant plus importantes pour ses propres enfants que pour des étrangers, les parents n'auront d'autre choix que de s'y soumettre⁴⁸⁴.

Les obligations du père envers ses enfants prennent fin à son décès et ne sont pas transférées à sa succession, à l'exception des obligations envers ses filles lorsque celles-ci sont exclues de la succession. Dans ce cas, l'obligation par la succession d'entretenir les filles du défunt se poursuit jusqu'à ce que celles-ci atteignent l'âge de la majorité ou se marient, ce droit primant celui des héritiers⁴⁸⁵.

⁴⁸⁰ *Id.*, p. 424.

⁴⁸¹ *Id.*, p. 425-426.

⁴⁸² *Id.*, p. 425.

⁴⁸³ *Id.*, p. 425.

⁴⁸⁴ *Id.*, p. 425-426.

⁴⁸⁵ Pour toute cette partie, voir *id.*, p. 425.

*f L'interaction entre les obligations religieuses juives et le droit civil
québécois*

Le déni de *get* est un problème important relié au divorce juif, problème qui en préoccupe plusieurs. En effet, le refus de l'époux d'accorder le *get* à son épouse peut avoir des conséquences religieuses majeures pour l'avenir de celle-ci et celui des enfants qu'elle pourrait avoir d'un autre homme; ceux-ci auraient le statut de *mamzerim*, enfants illégitimes, ce qui implique d'importantes conséquences sur leur pratique religieuse⁴⁸⁶. Le remariage de l'époux sans *get*, quant à lui, reste possible bien que difficile⁴⁸⁷.

L'importance de ces questions pour les femmes juives croyantes les place dans une situation d'infériorité importante lors des négociations reliées à la fin du mariage civil, certains ex-époux pouvant utiliser le *get* afin de leur forcer la main et leur soutirer des concessions, souvent la renonciation à des droits financiers ou même des concessions relatives à la garde et aux droits d'accès aux enfants⁴⁸⁸. La situation de vulnérabilité des femmes n'est cependant pas la même dans toutes les communautés. En effet, plusieurs communautés ont développé des solutions au déni de *get* par le mari et la situation des deux époux s'avère alors plus égalitaire. Ce n'est cependant pas la même chose pour toutes les communautés, la question du *get* étant loin de faire l'unanimité dans la judaïcité.

La situation de vulnérabilité des femmes membres de ces communautés est inacceptable pour plusieurs: certains groupes de femmes juives⁴⁸⁹ et certains groupes religieux ont entrepris des démarches auprès du gouvernement canadien. Leur quête de solution juridique à ce problème a connu son aboutissement en 1990, alors que la *Loi sur le divorce* fut amendée. L'article 21.1 prévoit que le tribunal peut refuser toute demande faite par l'époux qui refuse par ailleurs de supprimer les obstacles religieux au remariage de l'autre conjoint. Malgré l'existence d'une exception visant le conjoint pouvant prouver que son objection est basée sur « de motifs sérieux, fondés sur la religion ou la conscience », il est

⁴⁸⁶ Sur la question des *mamzerim*, voir *id.* p. 435-43 et G. ATLA, préc., note 404, p. 249-252.

⁴⁸⁷ *Id.*, p. 73.

⁴⁸⁸ B. MOORE, préc., note 56, p. 238.

⁴⁸⁹ G. ATLAN, préc., note 403, p. 235-236.

depuis difficile de refuser l'octroi du *get*, le déni étant jugé hautement problématique même chez plusieurs rabbins⁴⁹⁰. De fait, il semble qu'à ce jour, aucun époux n'ait réussi à invoquer l'exception légale avec succès devant une cour⁴⁹¹.

g Conclusion

En résumé, le mariage juif est une institution permanente basée sur une logique contractuelle. Les obligations des époux dans le mariage ne sont pas les mêmes pour l'homme et la femme, mis à part l'obligation de fidélité, partagée par les deux époux. Les obligations incombant à l'époux sont au nombre de dix. Une partie d'entre elles portent sur l'entretien de l'épouse : le nécessaire à la subsistance, les vêtements, les soins médicaux, le versement d'une rançon exigée par des ravisseurs, une sépulture décente, l'assurance que la subsistance de la veuve sera prise en charge par la succession. D'autres obligations de l'époux portent sur la *ketubbah* de son épouse ainsi que sur les obligations du père envers les enfants de celles-ci. Ainsi, le mari doit-il garantir le montant de la *ketubbah* et s'assurer qu'advenant le décès de l'épouse, la *ketubbah* revienne à ses fils à elles. Finalement, le mari a l'obligation d'entretenir les filles du couples jusqu'au moment de leur mariage.

Les obligations de l'épouse sont quant à elles au nombre de quatre. Il s'agit pour l'épouse de remettre à son mari le fruit de son travail ainsi que les trésors qu'elle pourrait trouver. Elle doit également lui laisser la jouissance de tous ses biens, quoique leur propriété ne soit pas changée par le mariage. Elle doit

⁴⁹⁰ *Id.*, p. 244.

⁴⁹¹ Par exemple, voir *Droit de la famille – 09298*, 2009 QCCS 538, par. 8-9, où le juge ne retient pas la justification du défendeur suivant laquelle il « ne veut pas salir la réputation de sa famille ou de la demanderesse devant le tribunal rabbinique convoqué pour statuer sur le « Get », en accusant cette dernière d'adultère ». De même, dans *A.D. c. J.P.*, 2004 CanLII 9414, par. 13 et 22 (QC C.S.), le fait pour l'époux d'accepter d'accorder le *get* seulement après le prononcé du divorce civil est considéré par le tribunal comme « fort probablement dans le but d'utiliser sa résistance comme outil de négociation dans les procédures civiles qui l'opposent à son épouse »; dans *D.A. c. J.H.*, 2008 QCCS 838, les motifs relatifs à la confession du tribunal (par. 20), au désir de l'époux, non partagé par l'épouse, de tenter une réconciliation (par. 46-53), à la croyance de l'époux relative à l'interdiction religieuse qu'une des filles du mari soit en présence d'un homme ne faisant pas partie de leur famille (un éventuel nouvel époux de leur mère), (par. 55-66) sont tous rejetés.

finalement faire hériter son époux. Ces obligations sont également des droits, à l'inverse. Ces droits peuvent être perdus, de part et d'autre, selon le comportement des époux. Ainsi, l'épouse qui refuse de cohabiter ou d'avoir des relations sexuelles sans raison pourra perdre ses droits à l'entretien. De même, le mari ne fournissant pas à sa femme le nécessaire à sa subsistance perdra ses prérogatives.

Les obligations des époux sont considérées comme étant complémentaires, mais elles sont en définitive très différentes. Les obligations financières liées à la famille et au couple sont toutes à la charge du mari, alors que la femme doit, de son côté, cohabiter avec lui, accepter d'avoir des relations sexuelles et mettre à sa disposition autant ses revenus que ses biens.

Le divorce est cependant admis par le droit juif, bien que découragé par les rabbins dans la majorité des cas, l'accent étant mis sur la réconciliation. L'acte de divorce doit être rédigé par un scribe au nom de l'époux, remis par celui-ci et accepté par l'épouse : le divorce est, tout comme le mariage, un acte contractuel entre les époux, sans qu'aucune intervention d'une tierce partie ne soit nécessaire, le tribunal possédant dans ce cas un rôle de témoin plus qu'un rôle judiciaire à proprement parlé. Même lorsque le tribunal rabbinique déclare que l'acte du divorce doit légalement être rédigé et remis, aucun moyen n'existe en droit juif pour déclarer le divorce à l'encontre de la volonté de l'époux.

La femme à qui l'époux refuse le divorce, l'*agunah*, est toujours considérée comme étant mariée religieusement et ne pourra refaire sa vie, sous peine d'être considérée adultère et que les enfants d'une seconde union soient considérés *mamzerim*, c'est-à-dire illégitime. Il est cependant possible pour le mari de contourner, sous certaines conditions, le refus de sa femme à recevoir le *get*. Cependant, pour certains groupes, il est possible, au moment du mariage, que les futurs époux s'engagent à remettre et à recevoir le *get*, advenant l'échec du mariage, ce qui évite les problèmes pouvant survenir à la suite d'un refus.

Afin de limiter les problèmes reliés aux dénis de *get*, le législateur canadien a inclus dans la *Loi sur le divorce* une disposition permettant au juge de rejeter toute demande faite par le conjoint qui refuse d'éliminer les obstacles au remariage religieux de l'autre conjoint.

C Conclusion

Le but de cette présentation des différents droits religieux n'était pas d'effectuer une comparaison théologique ou philosophique du mariage, de la séparation et du divorce, tel que conçus par les catholiques, les musulmans et les juifs. Afin de permettre l'identification des points de jonction entre les obligations religieuses des couples de croyants et les règles civiles s'appliquant à eux, seul l'aspect « juridique » des mariages et des séparations a été abordé. Cette brève incursion dans le monde religieux était nécessaire à la compréhension de l'arrimage entre les exigences du droit québécois lors d'un divorce ou une séparation d'une part, et les exigences qu'impose aux croyants la religion à laquelle ils adhèrent, d'autre part.

Il faut également mentionner que des situations plus complexes peuvent se présenter. Par exemple, les couples dits « mixtes », c'est-à-dire les couples dont les membres ne relèvent pas de la même religion ou de la même tradition. Dans les différentes religions, ces unions sont permises ou non, selon des modalités variables⁴⁹². On peut donc prévoir que les demandes provenant de tels couples seront asymétriques, une partie formulant les demandes de nature religieuse, probablement contre la volonté de l'autre partie⁴⁹³. La conversion à une autre religion ou l'apostasie de la religion commune du couple par l'un des conjoints mènera également à de telles situations d'asymétrie.

⁴⁹² Pour les catholiques, voir ÉGLISE CATHOLIQUE, *Catéchisme de l'Église catholique*, préc., note 48, p. 347. Pour les juifs, voir F. SKOLNIK et M. BERENBAUM, préc. note 29, vol. 14, p. 373-385. Pour les musulmans voir *supra*, note 327.

⁴⁹³ C'était d'ailleurs le cas dans les faits concernés par le jugement déjà mentionné *D.A. c. J.H.*, préc., note 493, où le mari refusait d'accorder le *get* à sa femme pour éviter que ses filles mineures soient en contact avec un éventuel deuxième époux, ce qui fut considéré par le tribunal comme une tentative d'imposer ses croyances à son ex-épouse.

Une connaissance des différentes religions, même fragmentaire, s'avère importante pour le juriste dans le cadre de la célébration du mariage ou des procédures liées à une séparation. Lors d'un mariage ou d'un divorce, les négociations d'un couple ayant des convictions religieuses fortes soulèveront, bien entendu, différents enjeux liés à leurs croyances. Le juriste au fait de ces considérations religieuses sera plus à même de bien conseiller ses clients, lors de la conclusion d'un contrat de mariage, lors des négociations se déroulant dans le cadre d'une médiation familiale ou lors de la rédaction d'ententes de séparation. C'est à ces éléments que nous nous attarderons dans la seconde partie.

II Conciliation – harmonisation

La première étape vers la conciliation et l'harmonisation des situations civile et religieuse des parties relativement à leur mariage et leur divorce est l'identification des points de rencontre entre les différentes normes qui leur sont applicables. Les points de rencontre identifiés par l'analyse des présentations de différentes visions du mariage présentées plus haut sont le partage des biens du couple, la teneur et l'étendue des obligations alimentaires pour enfants et conjoints, la garde des enfants, le divorce asymétrique et l'importance de la réconciliation (A).

Suite à l'identification de ces points de rencontre, trois mécanismes juridiques seront proposés pour tenter d'aider les couples à concilier les normes juridiques et religieuses qui les régissent (B). Le premier mécanisme est le contrat de mariage, le second est la médiation familiale. Le déroulement de celle-ci peut être adapté de manière à inclure des intervenants religieux durant le processus ou pour permettre aux parties de consulter leurs conseillers religieux entre les rencontres aux fins d'adapter les négociations et les conventions intervenues aux règles religieuses, le cas échéant.

La troisième solution proposée consiste dans la rédaction d'ententes de séparation. La rédaction de telles ententes constitue le dernier lieu où l'intervention du juriste pourra être utile aux couples, que ces ententes surviennent à la suite d'une médiation familiale ou non. L'inclusion de certaines clauses sera d'une utilité certaine pour la prévention des conflits futurs entre les ex-conjoints, que ces clauses soient de nature purement légale ou qu'elles aient un caractère religieux également.

Nous concluons cette deuxième partie en rappelant les principes juridiques qui, en toutes circonstances, baliseront les tentatives d'harmonisation. La primauté de l'intérêt de l'enfant, le principe de la laïcité et les droits de la personne protégés par les Chartes, plus particulièrement le droit à l'égalité et à la

liberté de conscience et de religion sont autant de points délicats qui s'imposeront aux différents protagonistes.

A Points de jonction entre le droit étatique québécois et les droits religieux

Comme il a été vu plus haut, le droit civil et les trois religions étudiées ont chacun leur propre vision de la femme, de l'homme, du mariage, de la séparation et du divorce. Les personnes croyantes vivant au Québec peuvent désirer vivre selon les règles de leur religion; par ailleurs, elles doivent aussi tenir compte des règles du droit civil québécois. Selon les sujets précis et la religion concernée, les points de jonction entre ces systèmes normatifs peuvent être compatibles, parallèles ou conflictuels.

Lorsque deux ordres normatifs s'intéressent au même sujet, comme c'est le cas pour le mariage, différentes situations peuvent survenir. Dans certains cas, un sujet précis est traité de deux manières totalement parallèles par les ordres normatifs, qui n'ont en pratique aucun point de rencontre. Tel est le cas, notamment, lorsque l'ordre normatif religieux impose des sanctions religieuses à certains comportements civilement acceptés. Pensons, par exemple, au refus par l'Église catholique d'accorder l'accès sacrements aux personnes divorcées et remariées civilement. Sur d'autres points, les règles des ordres normatifs se rencontrent sans conflits, les deux ordres n'étant pas en opposition, ce qui est notamment le cas lorsqu'un des ordres normatifs fait référence aux règles de l'autre ordre. Finalement, à propos d'autres sujets précis, les points de rencontre sont des points de frictions ou carrément d'opposition, les deux positions étant inconciliables.

Rappelons que le droit québécois et le droit catholique n'ont que peu de problèmes à imbriquer leurs règles matrimoniales. Le droit canonique laisse au droit étatique le soin d'établir les règles de gestion et de partage des biens, de

même que celles portant sur la garde des enfants⁴⁹⁴, réduisant d'autant les possibilités de conflits. Le seul point évident de divergence entre le droit civil et le droit catholique reste l'impossibilité religieuse de divorcer. La seule avenue possible, qui n'est pas un divorce, appartient au tribunal ecclésiastique qui a le pouvoir de reconnaître la nullité d'un mariage, et ce, dans des circonstances précises qui ont déjà été présentées⁴⁹⁵. La seule solution pour les conjoints désireux de vivre selon les règles catholiques demeure la chasteté. Bien sûr, ces couples pourront également préférer l'union de fait ou le remariage civil, choisissant alors de vivre en contradiction avec leurs convictions religieuses. Le droit canonique ne sera donc plus mentionné pour ce qui est des points de jonction entre les droits religieux et le droit étatique québécois.

Seront présentés comme points de jonction entre les droits religieux et le droit civil le partage des biens du couple, la garde des enfants, les obligations alimentaires imposées à la suite du divorce, le divorce asymétrique ainsi que l'importance de la réconciliation. Chacun de ces points sera d'abord étudié rapidement du point de vue du droit international privé. Cette étude ne sera en fait qu'un survol destinée à identifier quelle loi s'appliquera aux différentes situations et quelle serait la compétence du tribunal québécois appelé à trancher un différend entre les époux.

En effet, une partie des couples religieux proviennent de l'immigration. Les questions relatives à la compétence du tribunal québécois et à l'identification de la loi applicable sont donc pertinentes dans le contexte de ce mémoire.

1 Droit international privé

Pour les fins de ce mémoire, il n'est pas nécessaire d'aborder la question de la validité du mariage. Nous tiendrons donc pour acquis que ceux-ci ont été célébrés valablement, autant selon les critères de la religion concernée que selon

⁴⁹⁴ Voir *supra*, p. 30.

⁴⁹⁵ Voir *supra*, p. 47.

ceux du droit étatique applicable lors de la célébration, que celle-ci se soit tenue au Québec ou à l'étranger.

De même, nous ne traiterons ici que des questions relatives à la compétence du tribunal et à la loi applicable aux couples désirant se divorcer au Québec. Nous ne nous pencherons pas sur la question de la reconnaissance des divorces étrangers, qui constitue un tout autre sujet débordant du cadre du présent travail.

a La compétence du tribunal québécois

Le tribunal compétent pour instruire une affaire de divorce est le tribunal de la province où l'un des époux a résidé habituellement pendant au moins une année précédant la demande⁴⁹⁶. Dans le cas des mesures accessoires⁴⁹⁷ ou dans le cas des actions en modification⁴⁹⁸, sera compétent le tribunal de l'État où l'un des époux a sa résidence habituelle ou celui dont les deux époux reconnaissent la compétence.

De plus, de manière générale, en dehors du divorce, le tribunal québécois sera compétent pour entendre les demandes des couples dont au moins un des membres est domicilié au Québec. En effet, le domicile des parties est le facteur de rattachement qui est retenu par le *Code civil du Québec*, autant en matière d'aliments⁴⁹⁹ qu'en ce qui a trait aux effets du mariage⁵⁰⁰. Pour ce qui est de la garde des enfants, ce n'est pas le domicile des parties qui sera pertinent pour déterminer la compétence du tribunal mais bien le domicile de l'enfant lui-même; le tribunal québécois n'aura donc compétence que si l'enfant est domicilié au

⁴⁹⁶ Art. 3(1), *Loi sur le divorce*. Pour les situations particulières, voir les paragraphes 2 et 3 du même article de la loi. Claude EMANUELLI, *Droit international privé québécois*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, p. 88-101.

⁴⁹⁷ Art. 4, *Loi sur le divorce*. Cet article contient également des règles sur les instances déposées devant deux tribunaux, à des dates différentes ou à la même date.

⁴⁹⁸ Art. 5, *Loi sur le divorce*. Cet article contient également des règles sur les instances déposées devant deux tribunaux, à des dates différentes ou à la même date.

⁴⁹⁹ Art. 3143 C.c.Q.

⁵⁰⁰ Art. 3145 C.c.Q.

Québec⁵⁰¹. Cependant, bien quelle puisse être l'objet d'une demande indépendante, la garde des enfants peut aussi être une demande accessoire lors d'une action en divorce. Dans ce cas, ce sera le tribunal compétent pour entendre le divorce qui aura également compétence sur cette question⁵⁰².

b La loi applicable

i Le divorce⁵⁰³

La *Loi sur le divorce* ne prévoit pas de règles de conflit de lois. Lorsque le tribunal a compétence pour juger du divorce, celui-ci jugera alors selon la loi du for, c'est-à-dire la loi canadienne qui, selon les règles de la compétence des tribunaux, correspondra à la loi de la résidence d'un des époux⁵⁰⁴.

ii Le contrat de mariage et le régime matrimonial⁵⁰⁵

Le contrat de mariage est régi par les règles applicables aux contrats en droit international privé. De même que pour le régime matrimonial conventionnel, la loi applicable est celle applicable au fond de l'acte⁵⁰⁶, c'est-à-dire la loi désignée dans le contrat de mariage⁵⁰⁷ ou, à défaut d'une telle désignation, la loi ayant les liens les plus étroits avec le contrat, soit le plus souvent celle de la résidence habituelle des parties ou celle de leur domicile⁵⁰⁸.

La loi applicable au régime matrimonial légal, quant à elle, est soit la loi du domicile des époux au moment du mariage, soit la loi de leur nationalité commune ou la loi du lieu de la célébration du mariage, dans les cas où les

⁵⁰¹ Art. 3142 C.c.Q.

⁵⁰² Voir Gérald GOLDSTEIN et Éthel GROFFIER, *Droit international privé*, t. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 132-134; Sur la garde des enfants et leur articulation avec les enlèvements internationaux et interprovinciaux d'enfants, voir C. EMANUELLI, préc., note 496, p. 88-94.

⁵⁰³ Sur le droit international privé et le divorce, voir G. GOLDSTEIN et É. GROFFIER, préc., note 502, p. 123-146.

⁵⁰⁴ Id. p. 126-127; C. EMANUELLI, préc., note 496, p. 291-292.

⁵⁰⁵ Sur les régimes matrimoniaux en droit international privé, voir G. GOLDSTEIN et É. GROFFIER, préc., note 502, p. 898-929.

⁵⁰⁶ Art. 3122 C.c.Q.

⁵⁰⁷ Art. 3111 C.c.Q.

⁵⁰⁸ C. EMANUELLI, préc., note 496, p. 325-326.

conjointes étaient domiciliés dans des États différents au moment de la célébration du mariage⁵⁰⁹.

Finalement, mentionnons un problème particulier que souligne le professeur Jeffrey Talpis⁵¹⁰. Ne faisant pas partie de la culture juridique québécoise, la nature exacte du *nikah* ou de la *kettubah* n'est pas claire en droit québécois. Par exemple, selon les situations de faits, le *nikah* et la *kettubah* peuvent autant être reconnus comme un contrat de mariage que comme un acte de mariage. En vertu des règles sur la loi applicable énumérées plus haut, dans le premier cas, le « contrat de mariage » étant silencieux sur le régime matrimonial, celui-ci sera plutôt celui établi par la loi implicitement désignée par le contrat, soit celle d'Israël pour la *kettubah* ou celle de l'État de célébration du mariage pour les *nikah*. D'autre part, s'agissant d'un « acte de mariage », il s'agira d'un mariage sans contrat de mariage et le régime matrimonial légal sera alors, selon la situation, celui du domicile des époux au moment du mariage, celui de leur nationalité commune des époux, de leur première résidence commune ou celui du lieu de la célébration du mariage. Les conséquences peuvent être majeures sur le partage des biens des époux, surtout lorsque les conjoints n'avaient pas le même domicile lors de la célébration du mariage ou lorsqu'ils se sont installés dans un troisième État par la suite. La détermination de la loi applicable peut alors révéler des surprises aux conjoints eux-mêmes lors du divorce.

iii Les effets du mariage

Les effets du mariage sont régis par la loi du domicile commun des époux, ou à défaut d'un tel domicile, de leur résidence commune ou de leur dernière résidence commune⁵¹¹. Les effets du mariage prévus par le droit québécois, dont

⁵⁰⁹ Art. 3123 C.c.Q., *id.*, p. 327-328.

⁵¹⁰ Jeffrey A. TALPIS « L'accommodement raisonnable en droit internationale privé québécois », dans Jean-François Gaudreault-DesBiens (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable » : le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, aux p. 322-330.

⁵¹¹ Art. 3089 C.c.Q.

le patrimoine familial, s'appliqueront donc pour les couples domiciliés au Québec, qui y sont résidents ou qui y ont eu leur dernière résidence commune⁵¹².

iv Les pensions alimentaires⁵¹³

En principe, la loi applicable à l'obligation alimentaire est la loi du domicile du créancier⁵¹⁴. Plusieurs exceptions sont cependant prévues. Premièrement, lorsque cette loi ne prévoit aucune obligation, la loi du domicile du débiteur sera appliquée⁵¹⁵. Dans le cas d'un collatéral ou d'un allié, la créance sera irrecevable si la loi de son domicile ne prévoit pas d'obligation pour le débiteur⁵¹⁶. Finalement, l'obligation entre les époux divorcés, séparés ou dont le mariage a été annulé est régie par la loi applicable au divorce⁵¹⁷.

v La garde des enfants⁵¹⁸

La garde des enfants est régie par la loi de leur domicile⁵¹⁹. Cependant, si cette loi n'a qu'un lien ténu avec la situation, cette loi pourra être écartée⁵²⁰. De plus, dans les situations d'urgence, les autorités québécoises pourront prendre des mesures pour protéger l'enfant étranger se trouvant au Québec, mesures qui seront prises en vertu du droit québécois⁵²¹.

c Conclusion

Cette identification succincte des règles de compétence du tribunal québécois et de la loi applicable aux différents sujets pertinents ne représente qu'un très bref survol du droit international privé en vigueur. Il s'agissait principalement d'identifier les situations où les règles québécoises s'appliqueront

⁵¹² C'est également le cas pour la participation aux charges du ménage, les dispositions relatives à la résidence familiale et à la prestation compensatoire : C. EMANUELLI, préc., note 496, p. 273-276.

⁵¹³ *Id.*, p. 289-290.

⁵¹⁴ Art. 3094 C.c.Q.

⁵¹⁵ Art. 3094 *in fine* C.c.Q.

⁵¹⁶ Art. 3095 C.c.Q.

⁵¹⁷ Art. 3096 C.c.Q.

⁵¹⁸ C. EMANUELLI, préc., note 496, p. 288-289.

⁵¹⁹ Art. 3093 C.c.Q.

⁵²⁰ Art. 3082 C.c.Q.

⁵²¹ Art. 3140 et 3084 C.c.Q.

aux couples issus de l'immigration, ceux-ci étant susceptibles de formuler certaines demandes de nature religieuse lors des procédures de divorce.

2 Les obligations financières du couples

Les obligations des époux pendant et après le mariage selon les différentes religions, d'une part, et les principes québécois de partage des biens que sont le patrimoine familial et la prestation compensatoire, d'autre part, sont des règles qui ne sont absolument pas analogues. En effet, elles proviennent de deux logiques totalement distinctes.

Le droit québécois aspire à répartir équitablement les avantages de l'union pour les époux, en prévoyant le partage égalitaire de certains biens à caractère familial entre les époux et en donnant droit à une prestation compensatoire dans certaines circonstances. Les règles religieuses se préoccupent aussi de la sécurité financière de l'épouse en préservant la pleine propriété de ses biens, sans partage avec l'époux et en lui garantissant son *mahr* ou sa *kettubah*. L'époux, à l'inverse, n'a pas non plus à céder une part de ses biens à son épouse.

Nous avons déjà présenté plus haut les règles religieuses sur les obligations financières des conjoints. Un bref rappel : chez les musulmans, les besoins du ménage, autant ceux des époux que des enfants, sont entièrement pris en charge par l'époux. L'épouse quant à elle, si elle travaille, n'a pas à y participer à même ses deniers⁵²². De plus, tant chez les musulmans que chez les juifs, chacun des époux conserve ses propriétés, sans aucun partage de celles-ci avec l'autre. Finalement, le montant du *mahr* différé et de la *kettubah* doivent être remis en pleine propriété à l'épouse à la fin du mariage, sauf entente et selon différentes règles des différents divorces musulmans.

De même, la prise en charge des besoins de la famille, qui est entièrement confiée au mari selon les règles religieuses, se trouve également en opposition

⁵²² Voir *supra*, p. 62.

avec le droit québécois. Le Code civil prévoit effectivement que les époux contribuent aux charges du ménage à proportion de leurs facultés respectives⁵²³.

Ces positions antinomiques du droit québécois et des droits religieux se verront évidemment cristallisées lors d'un divorce ou d'une séparation. Il s'agit effectivement d'une situation où l'application stricte des principes du droit civil conduira à un résultat qui sera parfaitement différent de celui auquel mène l'application des principes du droit religieux.

Or, les systèmes de droit religieux classique⁵²⁴ pris dans leur ensemble, autant juif que musulman, n'entraînent pas nécessairement d'abus financier d'un conjoint sur l'autre. Évidemment, des situations d'abus d'un conjoint sur l'autre, surtout au détriment de la femme, peuvent survenir, comme dans tout système d'ailleurs. Il semble un peu facile de présumer de l'existence systématique d'un abus simplement parce que les règles appliquées sont d'origine religieuse. Un examen *in concreto* des conséquences résultant de l'application de ces règles pourrait mener à la conclusion que le résultat obtenu est tout à fait équitable pour chacun des conjoints.

En effet, les règles religieuses comportent leur propre logique de protection des droits de chacun des conjoints. Il ne s'agit certes pas de l'équilibre financier auquel sont habitués les juristes, mais il peut tout de même s'agir d'un équilibre financier équitable, selon la situation financière et matérielle des époux. Il nous semble tout aussi déraisonnable de refuser un arrangement conforme à l'intérêt des deux conjoints et de leurs enfants, strictement à cause de ses origines religieuses, que d'accepter un arrangement abusif parce qu'il provient de l'application de ces mêmes règles religieuses. Étant donné l'avantage spirituel pour les conjoints de respecter les règles de leur religion, tenter cet exercice nous semble approprié et souhaitable.

⁵²³ Art. 396 C.c.Q.

⁵²⁴ Nous ne nous prononçons ici nullement sur l'équité des systèmes de droit religieux étatique, leur comparaison ne faisant pas partie du présent travail. Nous nous intéressons ici seulement aux systèmes juridiques religieux classiques, qui ont été présentés dans la première partie.

3 Les pensions alimentaires

i Pension alimentaire à l'enfant

En droit québécois, les deux parents ont des obligations d'égale intensité envers leurs enfants, en proportion de leurs moyens. À la suite de la rupture conjugale, ces obligations se traduiront par la contribution du parent non-gardien aux besoins matériels de ses enfants, contribution prenant la forme d'une pension alimentaire dont le montant sera versé au parent gardien *es-qualité*⁵²⁵. Comme nous l'avons déjà exposé, le montant minimum de cette pension sera calculé lors des procédures du divorce selon les critères établis par le droit québécois, bien que les parties puissent s'entendre pour augmenter ce montant pour tenir compte de leur situation particulière⁵²⁶. Même lorsque les parties se seront entendues sur le sujet, le tribunal devra s'assurer de la conformité de leur convention, eu égard aux dispositions applicables⁵²⁷.

D'un autre côté, les droits religieux prévoient une obligation beaucoup plus importante pour le père que pour la mère relativement à la contribution à l'entretien des enfants du couple, que ce soit sur le plan de l'intensité de cette obligation ou de sa durée. Il y a donc une apparente impossibilité pour les musulmans de respecter à la fois le droit étatique et le droit religieux sur ce point. En effet, selon la situation financière des parties et l'attribution de la garde des enfants, la mère pourrait être tenue de payer une pension alimentaire. Au minimum, ses revenus personnels seront mis à contribution pour l'entretien des enfants et seront donc inclus pour le calcul du montant devant être payé par le père, diminuant celle-ci d'autant.

Mentionnons cependant que dans le droit juif, la mère peut accepter une modification de l'étendue de ses obligations vis-à-vis de ses enfants. Un

⁵²⁵ Selon, évidemment, les moyens des parties et les modalités établies entre elles, notamment les modalités de garde et de prise en charge des frais.

⁵²⁶ *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, préc., note 127; J.-P. Senécal, préc., note 103, p. 171.

⁵²⁷ *Id.*, p. 170.

consentement en ce sens pourra donc modifier la portée de ses obligations et éliminera du même coup le conflit entre les deux normes⁵²⁸.

ii Pension alimentaire à l'ex-conjoint

En droit québécois, tel que nous l'avons déjà présenté, la pension alimentaire à l'ex-conjoint a pour vocation, dans certaines circonstances, de répartir entre les conjoints les inconvénients du mariage et du divorce. Autant la femme que l'homme peuvent obtenir, ou être tenu de payer, une telle pension alimentaire, selon les circonstances dans lesquelles se trouve le couple.

En droit musulman, seul l'époux a une obligation alimentaire envers l'épouse et cette obligation ne couvre qu'une période déterminée et très limitée. Quant à l'époux juif, il n'a pas d'obligation alimentaire à la suite de la dissolution du mariage.

Évidemment, il n'est pas souhaitable, ni même acceptable, qu'une épouse renonce à la pension alimentaire à laquelle elle a droit, pour des raisons religieuses. Cependant, lors de l'attribution de la pension alimentaire pour ex-conjoint, le tribunal tiendra compte des autres avantages économiques obtenus à la suite de la séparation. Encore une fois, dans la mesure où la situation concrète des époux est tout de même équitable, la conclusion d'ententes ne comportant pas de versements de pension alimentaire pourrait être valable. À la condition, toutefois que les intérêts des deux époux soient suffisamment préservés.

4 Garde des enfants

Le droit musulman et le droit juif prévoient des règles concernant la garde des enfants lorsque survient un divorce, ces règles confiant habituellement la garde des très jeunes enfants à leur mère et celle des enfants plus vieux, surtout lorsqu'il s'agit de garçons, à leur père. Le critère du meilleur intérêt de l'enfant

⁵²⁸ Voir *infra*, p. 88. Nous ne nous prononçons ici nullement sur la validité religieuse de l'accord civil survenu entre les parties, mais en soulevons simplement la possibilité.

existe en droit juif (permettant de contourner le principe autrement applicable), alors qu'il est absent des règles du droit musulman classique⁵²⁹.

En droit civil québécois, l'intérêt de l'enfant demeure le critère primordial et exclusif pour l'attribution de la garde⁵³⁰. Il est intéressant de souligner que dans les années soixante-dix, on présumait que la mère était la plus apte à s'occuper des besoins des enfants (surtout des jeunes enfants), le tribunal n'ayant pas à évaluer les compétences parentales des deux parents, à moins que le père ne parvenait à démontrer que la mère était inapte à assumer cette charge⁵³¹. Cette solution de confier presque systématiquement la garde des enfants à leur mère n'est pas sans rappeler les règles religieuses d'attribution de la garde...

Dans les faits, l'attribution de la garde des enfants selon les règles religieuses n'est pas nécessairement contraire à l'intérêt de l'enfant, mais n'est pas nécessairement conforme à cet intérêt non plus. Par exemple, l'attribution de la garde d'un jeune enfant à sa mère, conformément aux règles religieuses, est souvent adéquate, notamment lorsque celui-ci est un nourrisson allaité. Lors d'une ordonnance de garde, le juge prendra certainement en compte une demande correspondant aux convictions religieuses des parents parmi les circonstances à considérer, mais il demeure tenu d'accorder la garde de l'enfant selon ce qui est le plus conforme à l'intérêt de l'enfant. Si les parties s'entendent pour confier la garde à l'un ou l'autre des parents et que cette entente n'est pas contestée devant le tribunal, celui-ci, bien qu'il possède la capacité de décider autrement, sera moins porté à approfondir la question, surtout s'il n'a pas de doute sur les compétences parentales des deux parents⁵³².

⁵²⁹ Le critère de l'intérêt de l'enfant peut cependant faire partie du droit étatique musulman : voir COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DE LA JEUNESSE DU QUEBEC, P. EID et K. MONTMINY, préc., note 270, p. 43.

⁵³⁰ Voir *supra*, p. 23.

⁵³¹ M. TÉTRALT, préc., note 12.

⁵³² J.-P. SENÉCAL, préc., note 103, p. 171.

5 Divorce civil sans divorce religieux ou divorce asymétrique

Une différence majeure entre le droit civil québécois et le droit religieux juif concerne la nécessité du consentement des parties à la dissolution du lien marital. En effet, le droit juif ne reconnaît que le divorce consensuel et exige donc le consentement des deux parties pour défaire les liens du mariage, cette position entraînant les problèmes qui ont déjà été exposés. De plus, autant dans le droit juif que dans le droit musulman, à l'exception très limitée du *fask* en droit musulman⁵³³, le consentement de l'époux est essentiel à la concrétisation du divorce religieux et rien ne peut le remplacer, pas même une décision judiciaire.

Le droit du divorce canadien, quant à lui, ne prévoit pas l'obligation de l'acceptation du divorce par les deux parties. Le conjoint désirant rompre l'union doit faire la preuve d'une cause de divorce prévue par la *Loi sur le divorce* afin d'obtenir celui-ci. Malgré l'opposition de l'autre conjoint, il lui suffit de provoquer la cessation de la vie commune et, au terme d'une année de séparation, le divorce sera accordé et l'autre conjoint ne pourra maintenir le lien du mariage civil. Il lui sera également loisible d'invoquer l'adultère ou la cruauté, le cas échéant, sans que le concours du conjoint fautif n'ait à être obtenu.

Il peut donc se produire de nombreuses situations où les époux divorcés civilement demeureront toujours mariés religieusement, ce qui peut poser de sérieux problèmes sur le plan religieux. Cette situation touche particulièrement, mais non exclusivement, les femmes: l'époux juif peut, sous certaines conditions, passer outre l'opposition de sa première épouse au divorce et se remarier religieusement, quoique ce ne soit pas automatique; l'époux musulman peut souvent contracter une nouvelle union sans dissoudre la précédente, la polygamie étant permise par certaines écoles⁵³⁴. Dans les deux cas, c'est l'épouse qui se retrouvera le plus souvent à vivre les conséquences négatives du déni de divorce religieux.

⁵³³ Voir *infra*, p. 67

⁵³⁴ Voir P. FOURNIER, préc., note 303.

Comme nous l'avons déjà évoqué, la solution législative élaborée pour résoudre le problème du déni de *get* est contenue à l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce*⁵³⁵. Soulignons que la portée de cet article est large. Toute demande provenant du conjoint refusant de lever les obstacles au remariage religieux de l'autre conjoint sera rejetée, que cette demande touche la pension alimentaire au conjoint ou aux enfants, les droits d'accès du conjoint non-gardien ou les modalités de garde⁵³⁶. Ainsi, le conjoint récalcitrant, pour qui le divorce civil pourrait être de moindre importance, se retrouve dans une situation où la pression exercée peut tout de même être efficace, surtout lorsque le couple a des enfants. Cette interprétation de la disposition a déjà été retenue par la Cour supérieure, dans une affaire où le mari demandait au juge de trancher la question des droits de visite, au nom du meilleur intérêt de l'enfant. La juge Trahan a plutôt décidé que c'était le chantage qu'effectuait monsieur à l'encontre de madame en utilisant le *get* comme monnaie d'échange qui était contraire à l'intérêt des sept enfants du couple⁵³⁷.

Tel que nous l'avons vu, cet article a été adopté afin d'éliminer le problème des *Agounah*. Le législateur cherche à éviter qu'un époux juif refuse d'accorder le *get* à sa conjointe. L'utilisation de cet article englobe évidemment les couples où la femme refuse de recevoir le *get*⁵³⁸, mais probablement également les cas où le mari musulman refuse d'accorder le *talaq*, le *khul* et le *mubaraat* à son épouse, alors qu'elle ne peut pas se qualifier pour obtenir un *faskh*, divorce religieux judiciaire⁵³⁹.

Évidemment, dans tous les cas de figure, l'avocat de la partie dont le conjoint ou l'ex-conjoint refuse d'abolir les obstacles au remariage religieux doit être informé de la situation religieuse conflictuelle des parties afin de pouvoir

⁵³⁵ Rappelons que cet article prévoit que le tribunal peut refuser toute demande faite par l'époux qui refuse par ailleurs de supprimer les obstacles religieux au remariage de l'autre conjoint.

⁵³⁶ Pour les détails de la procédure, voir : M. TÉTRAULT, préc., note 12, p. 492.

⁵³⁷ *D.A.c. J.H.*, préc., note 493, par. 74.

⁵³⁸ Par exemple, *Tanny c. Tanny*, 2000 CanLII 22534 (ON S.C.J.)

⁵³⁹ À ce sujet, voir : T. SYRTASH, « Removing Barriers to religious remarriage in Ontario : Rights ans remedies » C.F.L.Q. 1986-87, no 1, 309 mentionné dans : C. LANDHEER-CIESLAK, préc., note 15, p. 477.

déposer l'affidavit nécessaire, d'où l'importance de la sensibilisation et la formation des intervenants impliqués dans les procédures de séparation, dont les avocats.

6 L'importance de la réconciliation

Soulignons finalement que les trois religions étudiées accordent une grande importance au maintien du mariage et à la réconciliation des conjoints, ou du moins aux tentatives de réconciliation, lorsque cela est envisageable. Pour les catholiques, qui ne reconnaissent pas le divorce, cela est évident et même inclus dans les lois de l'Église⁵⁴⁰. Chez les juifs, la tentative de réconciliation des époux est également fortement encouragée, comme le démontre bien la mention du témoignage d'un rabbin, commenté dans un jugement récent de la Cour supérieure : « Il [le rabbin] a expliqué que le maintien de la famille est la chose la plus importante et qu'il y a lieu de travailler très fort afin de réconcilier les parties. »⁵⁴¹ Une auteure mentionne d'ailleurs que les juges en Israël, « se sentent plus investis d'une mission de réconciliation entre conjoints que du devoir de procéder au *get*. Ainsi, la tendance générale serait de retarder la procédure du *get*, espérant rétablir le « *shelom bayit* » : la paix du ménage »⁵⁴². Finalement, chez les musulmans, l'incitation à la réconciliation des parties est incluse directement dans le Coran, qui prévoit une procédure d'arbitrage pour les couples en difficulté⁵⁴³. Certaines législations étatiques basées sur le droit musulman ont inclus dans leur droit ce recours à l'arbitrage et à la tentative de réconciliation⁵⁴⁴.

Finalement, autant les prêtres, les imams que les rabbins ont un rôle, une fonction qui est d'abord religieuse et spirituelle, mais également sociale. Ils sont souvent très respectés par les personnes croyantes. Ce respect leur procure une force morale qui peut avoir une influence réelle sur les croyants. Ceux-ci peuvent se référer à leur chef religieux pour avoir des conseils sur la spiritualité, bien sûr,

⁵⁴⁰ Art. 1152-1155 *Code canonique*.

⁵⁴¹ Rapporté dans le jugement récent de la Cour supérieur *D.A. c. J.H.*, préc., note 493, par. 27 .

⁵⁴² G. ATLAN, préc., note 403, p. 243.

⁵⁴³ Voir Muhammad ABDUL-RAUF, *The Islamic view of women and the family*, 1^{ère} éd., New York, R. Speller, 1977, p. 119

⁵⁴⁴ Voir D. PEARL et W. MENSKI, préc., note 298, p. 288 et suiv.

mais également sur la manière de vivre dans la foi, en général. Cette influence peut être assez importante, notamment pour les québécois issus de l'immigration ayant apporté avec eux une tradition de recours au prêtre, à l'imam ou au rabbin pour régler les conflits. Cette manière de faire peut malheureusement parfois contribuer à maintenir les personnes, notamment les femmes, dans l'ignorance de leurs droits civils⁵⁴⁵.

⁵⁴⁵ Voir Pierre NOREAU, Samia AMOR, BARREAU DU QUÉBEC et UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL, CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PUBLIC, *Le droit en partage : le monde juridique face à la diversité ethnoculturelle*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 55.

B La complémentarité possible

L'harmonisation des normes religieuses et civiles applicables aux couples peut emprunter diverses voies. Nous en explorerons trois qui s'inscrivent toutes et chacune dans une perspective de droit préventif: le contrat de mariage, la médiation familiale et les ententes de séparation. L'arbitrage des différends, qu'on peut également classer au rang des instruments de droit préventif^{546.1}, sera exclue de notre analyse, et ce, pour une raison fort simple: En droit québécois, l'arbitrage des litiges a toujours été interdit en matière familiale. Cette interdiction, importée directement du droit français⁵⁴⁶, est maintenant énoncée au premier alinéa de l'article 2639 du *Code civil du Québec*⁵⁴⁷. On ne saurait donc considérer l'arbitrage en matière familiale, que ce soit pour des motifs religieux ou autre. Les considérations religieuses sont d'ailleurs invoquées pour justifier le refus d'un assouplissement des règles québécoises. Les réactions extrêmement négatives suscitées par le dépôt⁵⁴⁸, en Ontario, du rapport Boyd, en témoignent de manière éloquente. Avant d'expliquer sommairement en quoi consistait ce rapport, un bref survol historique de la législation ontarienne paraît pertinent.

Dès les années 1990, l'arbitrage en matière familiale, que ce soit pour un conflit relatif au droit familial ou successoral, était permis en Ontario en vertu de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*⁵⁴⁹. La participation à un arbitrage devait être volontaire pour les deux parties, qui s'y obligeaient par la conclusion d'une convention d'arbitrage. Le choix de l'arbitre, qui se devait d'être neutre⁵⁵⁰, ainsi que de la loi applicable au conflit⁵⁵¹ étaient laissés à la discrétion des parties. Notons que celles-ci pouvaient, dans la convention d'arbitrage, s'interdire mutuellement d'en appeler de la sentence arbitrale⁵⁵². Cette disposition étant

^{546.1} P. NOREAU, préc., note 18.1.

⁵⁴⁶ L'arbitrage des matières familiales est d'ailleurs toujours interdit en France, par l'article 2060 du *Code civil français*.

⁵⁴⁷ « 2639. Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public. »

⁵⁴⁸ Sur les réactions internationales, voir le site Internet nosharia.com

⁵⁴⁹ L.O. 1991, chap. 17, S.O. 1991 c. 17.

⁵⁵⁰ *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, art. 11(1).

⁵⁵¹ *Id.*, art. 31.

⁵⁵² *Id.*, art. 3 et 45. Voir à ce sujet : Marion BOYD, *Résolution des différends en droit de la famille : pour protéger le choix, pour promouvoir l'inclusion* [Ressource électronique], p. 16, en ligne: <http://www.ontla.on.ca/library/repository/mon/9000/249162.pdf> (site consulté le 31 août 2010).

incluse dans la convention d'arbitrage, les parties y consentaient donc préalablement à toute rencontre d'arbitrage.

Conformément aux dispositions contenues dans la loi ontarienne, des couples ont eu recours à des arbitrages des différends familiaux durant une décennie, sans que l'opinion publique ne soit inquiétée. Certains de ces arbitrages étaient menés selon la loi religieuse choisie par les parties concernées, notamment des conjoints juifs, musulmans ou chrétiens⁵⁵³.

Or, en 2003, les déclarations à la presse de monsieur Syed Mumtaz Ali ont provoqué de fortes réactions. En effet, cet avocat ontarien à la retraite annonçait alors la création de l'institut islamique de justice civile (IIJC), qui serait chargé d'arbitrer les litiges familiaux des croyants musulmans (qui y consentiraient) conformément au droit privé islamique. La création de cet institut et ses prétentions à s'imposer à toute personne se qualifiant de « bon musulman » soulevèrent dès lors une vague d'inquiétudes, notamment en regard des droits des femmes et des autres personnes vulnérables. Pourtant, malgré la présentation parfois erronée qu'en ont alors faite les médias⁵⁵⁴, l'IIJC ne faisait que saisir l'opportunité qui était offerte à tous de former un tribunal d'arbitrage des différends familiaux.

Suite à ce tollé de la population ontarienne, le gouvernement confia à Madame Marion Boyd, ancienne ministre ontarienne, le mandat d'étudier l'arbitrage des matières familiale et successorale prévue par la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, et plus précisément, de mettre en lumière son impact sur les personnes vulnérables. Après avoir effectué des consultations approfondies auprès des

⁵⁵³ *Id.*, p. 3.

⁵⁵⁴ *Id.*, p. 2-3.

parties intéressées, Madame Boyd devait également soumettre des recommandations au gouvernement ontarien⁵⁵⁵.

Le rapport de Mme Boyd fut déposé le 20 décembre 2004, sous le titre *Résolution des différends en droit de la famille : pour protéger le choix, pour promouvoir l'inclusion*. De manière générale, le rapport recommandait le maintien de l'arbitrage dans les affaires de droit de la famille et de droit des successions, même en vertu du droit religieux, sous réserve d'un certain nombre de recommandation visant à rehausser les protections applicables.⁵⁵⁶

Malgré les recommandations du Rapport Boyd, le gouvernement libéral du Premier ministre Dalton McGuinty, alors au pouvoir, annonça quelques mois plus tard sa décision de retirer les matières familiales des sujets pouvant faire l'objet d'un arbitrage en Ontario. Cette décision souleva la grogne chez certains, alors que d'autres, en revanche, crièrent victoire⁵⁵⁷.

Il est important de souligner que le contexte législatif en vigueur en Ontario lors de ces événements et le contexte législatif existant au Québec sont grandement différents. En Ontario, lors de l'étude de la procédure de l'arbitrage religieux des conflits familiaux de Marion Boyd, interdire l'arbitrage religieux aux musulmans ou interdire l'utilisation de la loi religieuse musulmane lors de ceux-ci consistait à retirer à la population musulmane un droit qu'accordait par ailleurs la province à tous : le droit de soumettre ses différends, même de nature familiale, à l'arbitrage, incluant l'opportunité de soumettre ces litiges à des règles juridiques extérieures. Ce droit étant celui de tous, l'interdiction d'appliquer la loi religieuse particulière qu'est la Charia aurait été manifestement discriminatoire,

⁵⁵⁵ Pour le mandat précis confié : *id.*, Annexe I, p. 153.

⁵⁵⁶ Ces protections se regroupaient sous les rubriques suivantes: recommandations d'ordre législatif, réglementaires, conseils juridiques indépendants, éducation juridique du public, formation et éducation à l'intention des professionnels, surveillance et évaluation des arbitres et finalement élaboration future de politiques : *id.*, p. 142-152.

⁵⁵⁷ Par exemple : Frédérique DOYON, « La décision de l'Ontario soulève la colère des uns et le soulagement des autres », *Le Devoir [de Montréal]* (13 septembre 2005) A2; Walter, E., «Don't throw out my baby! Why Dalton McGuinty was wrong to reject religious arbitration», (2006) 11 *Appeal Rev. Current L. & L. Reform* 94.

dans la mesure où la loi juive ou chrétienne, par exemple, aurait pu encore être appliquée.

À l'inverse, reconnaître aux musulmans du Québec, ou à tout autre groupe d'ailleurs, le droit de soumettre leurs différends familiaux à l'arbitrage reviendrait à donner à cette population un droit que ne reconnaît pas et n'a jamais reconnu le législateur aux autres couples du Québec, de quelque origine qu'ils soient. L'interdiction de l'arbitrage dans ce contexte n'est donc pas discriminatoire et ne représente pas un problème politique important pour le gouvernement en place. Au contraire, il s'agit de traiter la population musulmane, juive ou autre de la même façon que la population générale du Québec.

1 Solution préventive : le contrat de mariage

Bien que les futurs époux aient la possibilité de conclure un contrat de mariage contenant toutes les dispositions légalement admises, on ne saurait considérer le contrat religieux que constitue le *kettubah*, le *nikha* ou toute autre entente religieuse comme étant un contrat de mariage civil au sens du droit québécois, celui-ci devant d'ailleurs être fait sous la forme notariée en minute⁵⁵⁸. Il est toutefois possible aux couples religieux de convenir, avant ou après la conclusion de leur entente religieuse, d'un contrat de mariage notarié contenant, en partie du moins, les obligations religieuses auxquelles il désire se soumettre.

En effet, même si la très grande majorité des couples se contentent du régime légal ou, lorsqu'ils concluent un contrat de mariage, n'y incluent que le choix du régime matrimonial et l'inclusion des donations d'usage, il est tout à fait possible pour un notaire d'être créatif dans ce domaine et d'inclure des dispositions qui clarifieraient la position des époux relativement à l'aspect temporel de ce que chacun d'eux considère comme leurs obligations religieuses et morales.

⁵⁵⁸Sous réserve du couple dont un des membres du couple est ressortissant d'un État étranger dont la législation permet le contrat de mariage sous seing privé et que la loi choisie par les époux est la loi étrangère : J. A. TALPIS, préc., note 510.

i Le régime matrimonial

L'adoption du régime de la séparation de biens est la première mesure, très classique, qu'impose le respect des traditions religieuses de partage des biens. Bien entendu, ce régime matrimonial ne permettra pas aux couples de se soustraire aux règles du régime primaire qui prévoit le partage du patrimoine familial, mais il règlera néanmoins le sort des biens qui en sont exclus.

Ceci dit, une planification réfléchie des investissements du couple pourrait restreindre au maximum l'incidence du partage du patrimoine familial pour les couples désirant la séparation absolue de leurs biens. Par exemple, un couple ne possédant ni résidence familiale, parce que locataires, ni de régime de placement en prévision de la retraite, se trouvera à limiter de façon considérable la valeur partageable des actifs faisant partie du patrimoine familial. Le régime de la séparation de biens conventionnellement établi dans le contrat de mariage, conjugué à une stratégie de planification des investissements du couple, pourraient donc lui permettre de se rapprocher des exigences du droit juif ou musulman. Les coûts économiques d'un tel choix pourraient cependant être élevés. Pensons simplement aux avantages fiscaux dont les conjoints se priveront en rejetant l'option d'un régime enregistré d'épargne-retraite.

Certes, le montage ou la planification mise en place ne doit pas être source d'iniquité. En ce sens, il peut paraître risqué et inopportun de conseiller aux conjoints de se soustraire indirectement à une mesure obligatoire prévue pour protéger le conjoint désavantagé financièrement. L'harmonisation des normes civiles et religieuses ne revient pas à rejeter l'équilibre et l'équité. Il s'agit plutôt de voir s'il est possible d'atteindre cet objectif autrement, dans le respect des règles prescrites par la religion à laquelle appartiennent les époux.

Toute stratégie de planification relative aux biens ne peut donc être envisagée que si elle est conjuguée avec diverses mesures susceptibles de protéger les intérêts de l'épouse. Sachant que les normes religieuses imposent au mari d'assumer seul les coûts du ménage (bien qu'une telle prise en charge ne puisse

faire l'objet d'une disposition juridiquement valide⁵⁵⁹), il sera intéressant d'explorer les possibilités qu'offre le régime des donations entre vifs par contrat de mariage. Dans la mesure où celles-ci peuvent correspondre à l'obligation religieuse de l'époux, dont nous traiterons maintenant, il est loisible de croire qu'elles pourraient permettre au couple de respecter ses obligations religieuses, tout en préservant l'intérêt de chacun des conjoints.

Évidemment, il conviendra d'envisager l'éventualité d'un changement de perspectives. Il est en effet possible que le mari en vienne à abandonner la stratégie de planification en cours de mariage qu'il décide de se porter acquéreur de biens faisant partie du patrimoine familial. Afin d'éviter l'octroi d'avantages indus, on pourrait donc stipuler la donation consentie à l'épouse conditionnelle à l'inexistence d'une créance supérieure ou égale lui résultant du partage du patrimoine familial.

ii Les donations

La donation par contrat de mariage peut constituer la représentation civile du *mahr* ou de la *ketubbah*⁵⁶⁰. On peut par exemple imaginer une donation pour cause de mort d'une somme d'argent, négociée entre les parties pour être la représentation civile du *mahr* différé ou de la *ketubbah*, associée à une « clause de divorce »⁵⁶¹, prévoyant que la donation sera exigible par l'épouse au moment du divorce. Cette donation étant par défaut révocable, il serait par ailleurs sage d'en stipuler l'irrévocabilité⁵⁶².

Rappelons que toute donation par contrat de mariage peut être assortie d'une condition suspensive, c'est-à-dire que les parties peuvent faire dépendre son

⁵⁵⁹ Voir *supra*, p. 98. Sur l'application du régime primaire en droit international privé, voir : C. EMANUELLI, préc., note 496, p. 274-276.

⁵⁶⁰ Mentionnons que dans un jugement récent de la Cour supérieure, le juge assimile le *mahr* consenti en Iran à un « Gift in the Marriage Contract », bien que le montant soit revu à la baisse : *Droit de la famille — 10717*, 2010 QCCS 1342.

⁵⁶¹ Christian LABONTÉ, « Les donations par contrat de mariage », dans *Personnes, famille et successions*, Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 3, 2009, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2009CDD63, p. 4.

⁵⁶² Art. 1841 C.c.Q.

existence de la survenance d'un événement futur et incertain, extérieur à la donation elle-même⁵⁶³. Pour être valide, la condition doit rencontrer les critères suivants : elle doit être stipulée, possible, licite et indépendante du bon vouloir du débiteur de l'obligation⁵⁶⁴. Ce dernier critère est également nommé condition potestative et vise à éviter qu'un débiteur s'engage à la condition qu'il veuille bien s'engager. Cependant, si la condition tient en partie de la volonté du débiteur et en partie de conditions hors de son contrôle, celle-ci sera valide⁵⁶⁵. Assortir la donation d'une condition potestative peut donc constituer une solution efficace pour respecter, le cas échéant, la teneur de la règle religieuse.

Bien que le prononcé d'un divorce ne soit pas considéré, en droit civil, sous l'angle d'une condition potestative⁵⁶⁶, la survenance d'un *talak*, divorce religieux, serait fort probablement conçue autrement. En effet, contrairement au divorce civil, l'époux a la possibilité repousser indéfiniment le moment où le divorce religieux sera effectif, sous réserve des cas très limités où l'épouse pourra obtenir un *faskh*, divorce judiciaire. En stipulant la donation sous condition suspensive d'un divorce civil plutôt que religieux, on se trouverait à rencontrer les exigences du droit civil et on éliminerait du même coup les possibilités de chantage qui peuvent exister dans le cadre des négociations religieuses⁵⁶⁷.

On doit cependant constater qu'une telle perspective pourrait étendre l'obligation de l'époux au-delà de ce que les normes religieuses lui imposent. En effet, tel qu'il a été mentionné dans la section sur les droits religieux⁵⁶⁸, autant l'épouse juive que l'épouse musulmane peut, surtout par son comportement mais également lors du divorce, perdre son droit au douaire. On ne peut donc parler d'harmonisation puisque l'époux devra alors payer la donation en vertu du droit civil, alors qu'il n'aurait rien eu à payer au terme de la norme religieuse.

⁵⁶³ Art. 1500 C.c.Q. Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006. p. 1393-1401.

⁵⁶⁴ *Id.*, p. 1402-1403

⁵⁶⁵ Sur le régime de la condition, voir *Id.*, p. 1409-1419.

⁵⁶⁶ Voir *Droit de la famille – 1739*, (1993) R.J.Q. 663; R.D.F. 724 (C.A.), commenté dans : Alain ROY, « Des contrats de mariage innovateurs », (1995) 98 *R. du N.* 64.

⁵⁶⁷ P. FOURNIER, préc., note 122.

⁵⁶⁸ *Supra*, p. 38.

L'inclusion d'une condition supplémentaire à la donation, par exemple la déclaration par un tiers qualifié que l'épouse n'a pas perdu son droit au douaire, pourrait permettre de contourner la difficulté. Ce tiers qualifié, autorité religieuse prédéterminée par les parties, tel qu'un tribunal religieux précis, le rabbin ou l'imam rattaché à une communauté explicitement identifiée⁵⁶⁹, devra impérativement être choisi par les deux conjoints ensemble. L'importance de son intervention sur la situation des parties justifie les plus grandes précautions quant à son choix.

On peut cependant se demander si l'époux serait disposé à s'engager civilement pour la même somme monétaire que celle prévue dans le « contrat de mariage » religieux. En effet, une chose est de s'engager religieusement à verser une somme, alors que cette donation ne pourra pas être exigible devant les tribunaux civils, une autre est de s'engager clairement du point de vue civil à verser cette même somme, ouvrant par le fait même tous les recours civils pouvant y être associés!

Il nous apparaît cependant que même ce refus d'accorder à l'épouse, dans le contrat de mariage civil, la même somme que dans le « contrat religieux » peut comporter des avantages certains. En effet, l'exercice aura le mérite d'amener le couple à chiffrer exactement les valeurs en jeu. L'épouse sera ainsi en mesure d'évaluer la véritable somme à laquelle elle aura légalement droit à la fin du mariage. Le calcul de la différence entre les montants civils et religieux aura l'avantage de rendre l'exercice plus transparent. De plus, cette donation civile pourra être revue par le tribunal lors des procédures de divorce, conformément à l'article 520 du *Code civil du Québec*⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ Il nous semble en effet que cette condition rencontre les critères nécessaires. Voir Pierre CIOTOLA et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *De la donation*, 2e éd., Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2006, p. 26.

⁵⁷⁰ C'est d'ailleurs ce que le tribunal a fait dans : *Droit de la famille – 10717*, préc., note 560, par. 54-75, où le *mahr* (traduit par « gift » dans le jugement) prévu au contrat de mariage conclu en Iran a été réduit par la juge pour tenir compte de la courte durée du mariage, du partage du patrimoine familial et du régime matrimonial, du fait que les parties sont toutes les deux éduquées

iii L'engagement des époux à accorder le divorce religieux si le couple se divorce civilement

La Cour suprême du Canada, dans un arrêt récent, a eu à se pencher sur la validité d'un engagement à accorder le *get* à l'ex-époux, contenu dans un contrat civil, et à la possibilité d'accorder des dommages à l'épouse souffrant d'un déni de *get* en vertu des obligations civiles découlant de la violation d'un engagement contractuel⁵⁷¹. Les faits de cette affaire, où le mari a refusé pendant quinze années d'accorder à son ex-épouse le divorce religieux, malgré un engagement à cet effet dans une entente intervenue entre les parties, ont donné lieu à l'octroi de dommages-intérêts à l'épouse par le plus haut tribunal⁵⁷².

La Cour suprême du Canada, à la majorité, a jugé que même si une obligation civile, contenue dans un contrat correctement négocié entre deux parties contenait un aspect religieux, la Cour était compétente pour l'examiner⁵⁷³. Les parties, en incluant le *get* dans leur entente sur la séparation, ont changé une obligation morale en obligation civile, celle-ci devenant par le fait même exécutoire en justice⁵⁷⁴. Ni son caractère religieux, ni l'application de la Charte des droits et liberté⁵⁷⁵ ne s'opposent à ce qu'une personne s'engage à poser un acte à caractère religieux, dans ce cas à se présenter devant le tribunal rabbinique pour accorder le *get* à son épouse, et qu'elle soit par la suite tenue des conséquences civiles de son refus subséquent d'honorer cet engagement⁵⁷⁶.

Le contrat de mariage civil pourrait donc, à notre avis, inclure un engagement à accorder à l'autre le divorce religieux, par exemple lors du dépôt des procédures de divorce par l'une ou l'autre des parties. Cet engagement

et en mesure de subvenir à leurs besoins, du fait que leurs revenus sont comparables et que la capacité de payer de monsieur est présentement limitée, même si son salaire devrait augmenter.

⁵⁷¹ *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607.

⁵⁷² Pour une analyse de ce jugement, voir : Benoît MOORE, « Sur la contractualisation de la croyance », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIEENS (dir.), *Le droit, la religion et le "raisonnable" : le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 506-530 ainsi que les différents points de vue des auteurs dans Louise LANGEVIN, Louis-Philippe LAMPRON, Christelle LANDHEER-CIESLAK, Alain PRUJINER et Patrick TAILLON, « L'affaire *Bruker c. Marcovitz* : variations sur un thème », (2008) 49 *C. de D.* 655.

⁵⁷³ *Bruker c. Marcovitz*, préc., note 571, par. 39-47.

⁵⁷⁴ *Id.*, par. 48-64.

⁵⁷⁵ Préc., note 20

⁵⁷⁶ *Id.*, par. 65-93.

pourrait même être assorti d'une clause pénale prévoyant à l'avance les dommages que se verrait accorder la partie lésée. Bien entendu, cet engagement ne saurait en aucun cas être sujet à une exécution en nature par le tribunal. Cependant, la partie souffrant du déni du divorce religieux pourrait tout de même se voir accorder des dommages-intérêts advenant le refus de l'autre partie d'accorder ledit divorce, ce qui mettrait une pression supplémentaire sur le conjoint récalcitrant.

De plus, il semble, à notre œil de profane et sous toute réserve, qu'une telle solution serait en accord avec les solutions que les droits religieux ont élaboré pour résoudre les problèmes de déni de divorce religieux. En effet, le droit musulman prévoit que le mari peut déléguer à son épouse, lors de la conclusion de la *nikah*, le pouvoir de prononcer le divorce par *talak* lors de la survenance d'un évènement futur, qui serait par exemple le dépôt de la procédure de divorce⁵⁷⁷. Le droit juif, quant à lui, bien qu'il ne reconnaisse nullement le *get* accordé sans l'entière liberté du mari, prévoit tout de même des mécanismes pour inciter celui-ci à bien vouloir le délivrer. De même, l'engagement pré-marital à assujettir la validité du mariage au fait d'accorder le divorce religieux advenant un divorce civil contribue à éviter les situations de déni de *get*⁵⁷⁸.

En tout état de cause, l'approbation des autorités religieuses n'est pas nécessaire, dans la mesure où les conjoints se sont volontairement et validement engagés lors de la conclusion du contrat de mariage. Dès lors, il s'agit de l'incorporation d'une règle religieuse dans l'ordre juridique étatique, qui devient alors une obligation civile⁵⁷⁹. La solution proposée doit donc être valide en droit civil afin d'emporter des conséquences civiles à l'engagement, dès lors détaché de son fondement religieux.

⁵⁷⁷ Voir *supra*, p. 56.

⁵⁷⁸ G. ATLAN, préc., note 403, p. 221-223, 225-227 et 237-238.

⁵⁷⁹ Sur l'obligation naturelle, l'obligation morale et l'obligation civile, voir : D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 563, p. 12-17.

Ainsi, dans la mesure où le consentement des époux lors de la signature du contrat de mariage n'est pas mis en doute, la validité d'une telle clause ne pourrait être contestée facilement. La Cour suprême du Canada a souligné, toujours dans l'arrêt *Bruker c. Markovitz*⁵⁸⁰ que, pour les faits spécifiques de cette affaire, un des aspects importants de la conduite de l'époux dans l'évaluation de la demande de celui-ci en rapport à la *Charte québécoise*, était « les atteintes importantes que la violation de ses obligations juridiques porte à nos engagements — précisés dans la Constitution et les lois — envers l'égalité, la liberté de religion et la liberté de choix en matière de mariage et de divorce »⁵⁸¹.

Bien que les faits ayant conduit aux solutions élaborées dans l'arrêt *Bruker c. Markovitz* concernaient le déni de *get* pour un couple de religion juive, rappelons que les mêmes commentaires s'appliquent au déni de *talak* des couples de confession musulmane. Le refus d'accorder le divorce religieux musulman ou l'exigence de conditions financières déraisonnablement onéreuses pour l'épouse mèneraient, à notre avis, aux mêmes conclusions.

b Conclusions

L'utilisation par les couples croyants d'un outil très conventionnel du droit civil, le contrat de mariage, pourrait donc selon nous être une manière efficace de limiter les problèmes posés par l'asymétrie des obligations religieuses et civiles de ces couples.

Que ce soit par des clauses très classiques, tel que la stipulation établissant un régime matrimonial et celle prévoyant des donations, ou par des clauses plus innovatrices comme l'engagement à lever les obstacles au remariage religieux de l'autre époux, la rédaction réfléchie du contrat de mariage pourrait diminuer de manière importante les conflits au moment de la rupture.

⁵⁸⁰ *Bruker c. Marcovitz*, préc., note 571.

⁵⁸¹ *Id.*, par. 80.

2 La juxtaposition des intervenants religieux et juridiques en médiation familiale

L'article 814.7 du *Code de procédure civile du Québec* permet, avec le consentement des parties et du médiateur, l'intervention d'une tierce personne dans le processus de médiation, si cette personne n'est ni un représentant des parties, ni un expert. À notre avis, il serait donc possible que les parties demandent à leur rabbin, prêtre ou imam de participer à une rencontre de médiation afin de s'assurer de la compréhension des parties et du médiateur de la teneur et de la portée des normes religieuses qui s'appliquent au couple.

Cette intervention aiderait à la transparence des pourparlers en positionnant clairement les enjeux religieux à l'intérieur de la négociation officielle. Ce faisant, la présence de l'intervenant religieux pourrait permettre au couple d'en venir à des ententes respectant autant le droit civil que les normes religieuses auxquelles chacun des conjoints adhère.

L'ouverture du médiateur envers une telle intervention religieuse pourrait aussi avoir un impact positif sur l'issue même de la médiation. En effet, si le droit religieux est pris en compte tout au long des négociations, le risque qu'une des parties change d'idée entre les rencontres ou se retire du processus de médiation à la suite à des commentaires faits par l'intervenant religieux consulté *ad hoc* diminue d'autant. De plus, le médiateur conscient des sensibilités religieuses de ses clients sera sans doute amené à mettre l'emphase de manière plus soutenue sur le caractère d'ordre public de certaines dispositions du droit civil qui ne pourront faire l'objet d'accommodements ou de négociations en fonction des normes religieuses. Pensons, notamment, à pension alimentaire aux enfants. Cette prise de position claire pourrait être aussi utile aux parties qu'à l'intervenant religieux assistant aux séances de médiation.

Par ailleurs, dans le cas où, pour une raison ou pour une autre, aucun intervenant religieux n'aura pris part aux séances de médiation, il pourrait s'avérer pertinent pour le médiateur de recommander aux parties de soumettre leurs

ententes à tel intervenant afin de recueillir son avis sur les résultats de la médiation. Une telle recommandation pourrait être assimilée à celle qu'émet le médiateur lorsqu'il avise les parties de l'importance de consulter, chacun de leur côté ou conjointement, un conseiller juridique afin de revoir à la lumière de leurs intérêts propres les ententes conclues en médiation⁵⁸².

Toujours dans un souci d'harmonisation, il serait en outre intéressant d'inclure dans l'entente de médiation les engagements de source religieuse, de manière à les rendre exécutoires à la suite de leur homologation par le tribunal, comme c'est le cas pour n'importe quel autre engagement. Tel pourrait être le cas, par exemple, de l'engagement à remettre le divorce religieux, mais également des ententes relatives à la remise de montants d'argent tels que le *mahr* musulman ou la *kettubah* juive⁵⁸³.

Soulignons finalement que le refus par un des conjoints, au moment de la médiation familiale, de s'engager dans les procédures religieuses afin de lever les obstacles au remariage religieux de l'autre conjoint ou minimalement à prendre un engagement à cette fin, constitue à notre avis une raison valable pour que le médiateur mette fin à la médiation et renvoie les parties devant le tribunal. En effet, il semble tout à fait illogique qu'une médiation familiale prenne place dans un contexte où toutes demandes judiciaires pourraient être refusées par le tribunal en vertu de l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce*. Cela ne reviendrait-il pas à faire indirectement ce que ce conjoint ne peut pas faire directement?

a Les précautions à prendre

i La sensibilisation des intervenants religieux

L'invitation des intervenants religieux dans le bureau du médiateur constitue tout de même un risque. Il faut effectivement une certaine ouverture d'esprit, autant pour le juriste que pour le religieux, pour arriver à accorder les obligations de ces deux ordres juridiques différents. Les mêmes arguments sur la

⁵⁸² COMITÉ DES ORGANISMES ACCRÉDITEURS EN MÉDIATION FAMILIAL, préc., note 160, p. 13.

⁵⁸³ Voir la section sur le contrat de mariage, *infra*, p. 110.

nécessité pour le juriste d'être un minimum au fait des obligations religieuses des couples s'appliquent aux intervenants religieux.

Ainsi, l'implication d'intervenants religieux dans le processus de médiation exigerait une certaine sensibilisation de leur part. Une connaissance minimale des droits et obligations des conjoints découlant du droit étatique leur permettrait de tenir un rôle constructif dans le processus.

ii La formation des médiateurs familiaux accrédités

La formation des médiateurs familiaux accrédités pourrait être modifiée de manière à introduire une portion sur les droits religieux et les différents mécanismes permettant d'imbriquer ces obligations à l'intérieur des ententes de médiation, par exemple l'engagement à accorder le divorce religieux à la suite du prononcé du divorce.

Cette idée de rehausser la formation des médiateurs et autres tiers intervenants dans le processus de la rupture conjugale n'est pas nouvelle. Plusieurs auteurs, dans différents contextes, suggèrent d'ores et déjà tel rehaussement. Marion Boyd, dans son rapport proposant le maintien de l'arbitrage religieux en Ontario, recommandait ainsi au gouvernement de bonifier la formation professionnelle des arbitres⁵⁸⁴. D'autres auteurs considèrent également qu'une formation supplémentaire sur les enjeux culturels liés à la rupture des couples serait bénéfique aux professionnels et aux juges⁵⁸⁵.

3 Rédaction d'ententes de séparation

Que ce soit à la suite d'une médiation familiale ou non, il est fréquent que les conjoints concluent une convention de rupture réglant les conséquences de leur union, dans le but d'en obtenir ensuite l'homologation par le tribunal. Comme nous l'avons déjà mentionné, le législateur accorde une grande importance à l'avenue consensuelle et en fait expressément la promotion.

⁵⁸⁴ M. BOYD, préc., note 552, p. 148.

⁵⁸⁵ P. NOREAU et al., préc., note 548, p. 191 et suiv.

a Les clauses pertinentes

Plusieurs clauses sont normalement incluses dans les ententes de séparation. Ces clauses portent sur l'autorité parentale, la pension alimentaire, la somme forfaitaire, la prestation compensatoire, le règlement du patrimoine familial et le partage du régime matrimonial, notamment. Des clauses connexes sont normalement prévues, telles les clauses de renonciation ou de quittance, la responsabilité des dettes et autres⁵⁸⁶.

La rédaction d'une entente de rédaction est distincte de la rédaction d'un autre type de contrat. En effet, le rédacteur a un devoir de conseil particulièrement important dans ce contexte. Afin d'assurer la validité du consentement des conjoints, il lui reviendra de leur expliquer leurs droits et obligations, ainsi que la position qui est normalement celle des tribunaux sur les différents enjeux reliés à la rupture⁵⁸⁷.

i Prévoir l'obligation de lever les obstacles au remariage religieux de l'autre conjoint

Les mêmes remarques que celles que nous avons formulées pour le contrat de mariage s'appliquent à l'obligation à laquelle les conjoints peuvent souscrire de lever les obstacles à leur remariage religieux. Nous ne les reprendrons donc pas toutes ici. Contentons-nous de mentionner, que sans l'imagination du rédacteur de la convention étant intervenue entre Mme Bruker et M. Markovitz lors de leur séparation, l'état du droit sur la question ne serait pas le même aujourd'hui...

ii La renonciation au partage du patrimoine familial et de la société d'acquêts

Pour respecter les règles qui lui sont imposées par sa religion, une épouse pourrait être amenée à renoncer au partage des biens de son époux, à la pension alimentaire, à une portion de celle-ci ou à la prestation compensatoire, avantages auxquels elle pourrait pourtant avoir droit en vertu du droit civil. En contrepartie, cependant, l'époux lui remettrait le montant de son *mahr* ou de sa *kettubah*,

⁵⁸⁶ Voir Michel TÉTRAULT, *La rédaction des conventions en matière familiale*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 53-206.

⁵⁸⁷ J.-P. SENÉCAL, préc., note 103, p. 158.

renoncerait au partage des biens de l'épouse selon les règles civiles et assumerait seul les dettes de la famille, étant seul responsable de l'entretien de l'épouse et des enfants durant le mariage. Certes, chacun des époux aurait alors renoncé pour des raisons religieuses à des prérogatives que leur accorde le droit québécois, mais la renonciation de l'autre conjoint à ses propres prérogatives lui procurerait d'autres avantages financiers équivalents.

Tel que mentionné dans la partie relative à l'identification des points de jonction entre droits civil et religieux, il nous semble important d'accorder aux conjoints la possibilité de régler les conséquences de leur union selon leurs croyances et d'évaluer *in concreto* l'effet des normes religieuses sur leur situation économique respective. Évidemment, il est inacceptable qu'une épouse renonce simplement à tous les droits et protection que lui accorde le droit québécois dans la mesure où l'application du droit religieux ne préserve pas suffisamment ses intérêts. Cependant, rien ne s'oppose à ce que le tribunal prenne acte des renonciations de l'épouse lorsque l'exécution des obligations financières religieuses du mari lui procure des avantages financiers dont la valeur économique se compare à ceux auquel donnerait lieu l'application stricte du droit civil. Pensons, par exemple, au mari qui, en contrepartie d'une renonciation au patrimoine familial, accepterait, au terme de l'entente de séparation, de verser à son épouse une somme substantielle à titre de *mahr* ou de *ketubbah*. Considérerait-on la situation inacceptable s'il s'agissait d'une somme forfaitaire, sans connotation religieuse? Dans la mesure où la réponse à cette question est négative, le problème en est donc un de vocabulaire, et de perceptions...

b Le nécessaire contrôle du tribunal

Dans toute tentative d'harmonisation des droits religieux et civil, le contrôle exercé par le tribunal sur le contenu des ententes de séparation nous semble essentiel. Les risques pour les clientèles vulnérables sont bien réels et ont de multiples sources. Bien entendu, la présence du tribunal dans le processus de divorce, ne serait-ce que par l'étude des ententes conclues entre les conjoints, ne constitue pas une panacée ni une solution miracle. Il s'agit tout de même d'un

rempart qui pourra être efficace pour certains couples et qu'il vaut la peine de conserver et de promouvoir.

En droit québécois, d'ailleurs, ce contrôle du tribunal sur les matières intéressant l'ordre public n'est nullement remis en cause. À cet égard, rappelons que, malgré le grand respect qu'ont en général les tribunaux à l'égard des conventions de rupture conclues entre les conjoints, certains points intéressant l'ordre public ne peuvent faire l'objet d'une transaction. Plusieurs des sujets préalablement identifiés comme points de jonction entre le droit civil et les droits religieux font partie de cette catégorie : toutes les questions relatives aux enfants, la pension alimentaire pour conjoint, le partage du patrimoine familial et de la société d'acquêts, pour ne nommer que ceux-là⁵⁸⁸.

Le contrôle du tribunal sur les questions relatives aux enfants du couple est primordial. Ceux-ci sont les premiers à bénéficier de la protection judiciaire. Tel que déjà mentionné, les parents ne sont malheureusement pas toujours en état de préserver l'intérêt de leurs enfants durant la difficile période de la séparation. La garde des enfants, les droits de visite du parent non-gardien, la pension alimentaire sont autant de sujets qui toucheront la vie des enfants de manière directe et souvent durant de longues périodes. Le devoir du tribunal envers les enfants est d'autant plus important.

i La sensibilisation du système judiciaire et des juges

Dans la mesure où les obligations religieuses peuvent se voir incorporer dans le droit par le biais, par exemple, du contrat ou des règles de conflit du droit international privé, il nous semble important que les juges soient sensibilisés aux différents enjeux juridiques susceptibles de se poser au moment de la rupture conjugale.

⁵⁸⁸ *Id.*

La prise en compte du contexte social et religieux est un exercice très difficile pour le juge. La formation n'est peut-être pas une solution miracle, mais elle faciliterait certainement le travail et préviendrait probablement certaines des situations malheureuses où les juges, dans un mouvement de bonne foi, se sont retrouvés dans de fâcheuses positions relativement à la situation culturelle des parties⁵⁸⁹.

4 Conclusion

L'intervention d'un juriste sensible aux dimensions religieuses du mariage et aux préoccupations du couple peut contribuer à simplifier les éventuels problèmes entre les conjoints, même ceux relatifs aux obligations religieuses qu'ils se reconnaissent mutuellement. Cette intervention peut avoir lieu avant le mariage ou pendant celui-ci par la mise en place ou la modification du contrat de mariage ou lors de la séparation, par la médiation familiale ou la rédaction d'ententes de séparation.

Un rédacteur au fait des problématiques propres à certains groupes religieux sera en mesure d'anticiper certains problèmes et de proposer des solutions spécifiquement adaptées aux conjoints, que ceux-ci auront évidemment le pouvoir d'accepter ou de refuser.

C Les impératifs qui s'imposent aux parties

Le recours aux trois solutions proposées plus haut ne peut être envisagé que dans le respect des principes fondamentaux qui gouvernent le couple et la famille en droit québécois et canadien. La légitimité de la démarche visant à intégrer dans le droit certaines considérations de nature religieuse en dépend. Que ce soit dans le cadre de la rédaction du contrat de mariage, des ententes de séparation ou dans le processus de médiation familiale, il est important pour le rédacteur et le médiateur de garder à l'esprit les principes fondamentaux que

⁵⁸⁹ Pascale FOURNIER, « The Ghettoization of Difference in Canada: "Rape by Culture" or the Danger of a Cultural Defence in Criminal Law Trials », (2002) 29 *Manitoba Law Journal* 81.

constituent l'intérêt de l'enfant, la laïcité, l'égalité des conjoints et le droit de tout un chacun à la liberté de conscience et de religion.

1 L'intérêt de l'enfant

Comme nous l'avons déjà mentionné dans la section portant sur le droit civil québécois, toutes les décisions concernant les enfants du couple doivent être prises dans leur intérêt exclusif⁵⁹⁰. Ce principe est impératif et les croyances religieuses des parents ne peuvent y faire obstruction. Bien entendu, les croyances des parents et surtout celles de l'enfant lui-même, s'il est suffisamment âgé, seront prises en considération lors de la prise des décisions le concernant puisqu'elles font partie des critères dont on doit tenir compte dans l'appréciation de ce qui constitue le meilleur intérêt de l'enfant. En aucun cas, cependant, on ne pourra se fonder sur une croyance pour justifier une décision qui s'avérerait contraire au bien être de l'enfant.

2 La laïcité

Malgré la place importante qu'a occupé le principe de laïcité dans le débat public et dans les débats parlementaires ces derniers temps, celui-ci n'est formellement inclus nulle part dans la législation québécoise. Aucun texte de loi ne le définit et on ne peut le déduire directement des garanties procurées par les Chartes des droits relatives à la liberté de religion et de conscience.

Le rapport résultant de la *Commission de consultation sur les pratiques d'accommodements reliés aux différences culturelles* Bouchard-Taylor se penche de manière assez exhaustive sur le sujet et y consacre un chapitre entier⁵⁹¹. La laïcité y est décrite en fonction de quatre grands principes : l'égalité morale des personnes, la liberté de conscience et de religion, la neutralité de l'État à l'égard des religions et la séparation de l'Église et de l'État⁵⁹². Ces principes peuvent en

⁵⁹⁰ Art. 33 C.c.Q. et voir *supra*, p. 23.

⁵⁹¹ G. BOUCHARD, C. TAYLOR et COMMISSION DE CONSULTATION SUR LES PRATIQUES D'ACCOMMODEMENTS RELIÉES AUX DIFFÉRENCES CULTURELLES, préc., note 27, p. 131-153.

⁵⁹² *Id.*, p. 135-136. Ce n'est pas la seule définition possible de la laïcité. Voir Luc TREMBLAY, « Le tournant multiculturel de la Cour Suprême », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.),

pratique s'opposer et l'équilibre entre eux sera atteint en appliquant une logique « ouverte » ou « fermée », selon la politique adoptée par l'État concerné.

Les commissaires prennent nettement position pour une laïcité ouverte au Québec⁵⁹³, laquelle accorde à la liberté de conscience et de religion une grande portée. Ils présentent d'ailleurs cette option comme étant celle ayant suscité l'adhésion du plus grand nombre d'organismes intéressés par le sujet⁵⁹⁴. Cette opinion n'est cependant pas partagée par tous. Certains refusent la laïcité ouverte et les accommodements que celle-ci implique pour l'État face aux demandes des citoyens de différentes religions. Pour les tenants du camp opposé à la laïcité ouverte, ces accommodements peuvent constituer autant de brèches dans la nécessaire neutralité de l'État face aux questions religieuses⁵⁹⁵.

Il est intéressant de constater qu'autant les tenants de la laïcité ouverte que ceux d'une laïcité plus stricte en viennent à la même conclusion : cette question devrait être réglée par un texte officiel. Les commissaires Bouchard et Taylor réclament dans leur rapport un « livre blanc sur la laïcité »⁵⁹⁶, alors que certains de leurs détracteurs demandent que ce soit une loi quasi-constitutionnelle qui vienne établir une vision claire de la laïcité⁵⁹⁷.

Le droit, la religion et le "raisonnable" : le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 240 où l'auteur définit la laïcité, dans le cadre de la tradition libérale, comme impliquant au minimum deux choses « 1- L'État doit s'abstenir de prendre position ou s'immiscer dans le domaine religieux [...] et inversement, le religieux doit s'abstenir de s'imposer dans le champ politique; 2- l'État doit respecter toutes les religions de manière égale [...] ». Il mentionne également que la Cour suprême du Canada a écarté cette vision de la laïcité.

⁵⁹³ G. BOUCHARD, C. TAYLOR et COMMISSION DE CONSULTATION SUR LES PRATIQUES D'ACCOMMODEMENTS RELIÉES AUX DIFFÉRENCES CULTURELLES, préc., note 27, p. 148.

⁵⁹⁴ *Id.* p. 140.

⁵⁹⁵ Marie-France BAZZO, Daniel BARIL, Jacques BEAUCHEMIN, Paul BÉGIN, Henri BRUN, Christian DUJOUR, Jacques GODBOUT, Jean-Claude HÉBERT, Yvan LAMONDE, Bernard LANDRY, Julie LATOUR, Christiane PELCHAT, Guy ROCHER, « Déclaration des intellectuels pour la laïcité - Pour un Québec laïque et pluraliste », *Le Devoir [de Montréal]* (16 mars 2010), p. A7. Notons qu'une centaine d'autres personnes ont également signé cet article. La liste complète des signataires est publiée sur le site Internet www.quebecclair.org.

⁵⁹⁶ G. BOUCHARD, C. TAYLOR et COMMISSION DE CONSULTATION SUR LES PRATIQUES D'ACCOMMODEMENTS RELIÉES AUX DIFFÉRENCES CULTURELLES, préc., note 27, p. 153-154.

⁵⁹⁷ M.-F. BAZZO et al, préc., note 595, p. 2.

Selon nous, les solutions qui sont proposées ici respectent le principe de la laïcité, tel que ci-dessus défini. En effet, le contrat de mariage, la médiation familiale et les ententes de séparation sont des actes privés, qui n'impliquent l'État qu'en périphérie, c'est-à-dire par l'intervention de l'officier public qu'est le notaire rédacteur du contrat de mariage et par l'intervention du tribunal lors de la reconnaissance judiciaire des ententes, que celles-ci résultent de la médiation familiale ou non et ce, même si un acteur religieux est intervenu durant les négociations.

3 Les Chartes de droits et libertés

Deux droits fondamentaux s'opposent dans la majorité des discussions concernant la religion et la place que peut lui reconnaître l'État : le droit à la liberté de conscience et de religion, ainsi que le droit à l'égalité, surtout l'égalité entre les femmes et les hommes. Il y aurait beaucoup à dire sur ces sujets, mais nous nous contenterons de quelques mentions particulièrement pertinentes.

Avant d'aborder directement les droits concernés, mentionnons que, malgré les demandes formulées par certains⁵⁹⁸, les prises de positions de groupes politiques⁵⁹⁹ ainsi que l'inclusion de l'importance pour la société québécoise de l'égalité entre les hommes et les femmes à même le préambule de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁶⁰⁰, les droits constitutionnels ne sont pas hiérarchisés. Leur interprétation doit donc être faite dans une recherche d'équilibre visant la préservation de tous les droits impliqués⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ Voir à ce sujet, par exemple, Josée BOILEAU, « Accommodement raisonnable - Inégales » *Le Devoir [de Montréal]*, (13 octobre 2009) A6.

⁵⁹⁹ Voir Jocelyne RICHER, « Les tribunaux doivent donner préséance à l'égalité hommes-femmes, dit le PQ », *La Tribune (Sherbrooke)*, mercredi, 25 novembre 2009, p. 10.

⁶⁰⁰ Le troisième alinéa de la Charte québécoise se lit ainsi : « Considérant que le respect de la dignité de l'être humain, l'égalité entre les femmes et les hommes et la reconnaissance des droits et libertés dont ils sont titulaires constituent le fondement de la justice, de la liberté et de la paix [...] »

⁶⁰¹ À ce sujet, voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712 et *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergeron*, [1994] 2 R.C.S. 525

a Le droit à l'égalité entre les hommes et les femmes

Plusieurs personnes considèrent que les droits religieux ne respectent pas l'égalité des hommes et des femmes, tel qu'appréhendée par le droit québécois. En effet, pour plusieurs religions dont celles étudiées plus haut, les obligations des époux sont considérées complémentaires mais différentes, ce qui est généralement vu comme étant discordant avec l'absence de « distinction, exclusion ou préférence »⁶⁰² ou de « discrimination »⁶⁰³ que suppose l'application des chartes.

b La liberté de religion

Il est important de souligner que la liberté de religion est une liberté intrinsèquement personnelle. La liberté de conscience et de religion n'implique pas nécessairement l'embrassement total des croyances, doctrines et préceptes d'une religion. Chacun a la liberté d'interpréter ces enseignements à sa propre manière et selon ses propres convictions⁶⁰⁴. Ce sont ces croyances personnelles⁶⁰⁵ et non les dogmes officiels qui sont protégées⁶⁰⁶.

La liberté de conscience et de religion est prévue à l'article 3 de la Charte québécoise et à l'article 15 de la Charte canadienne. Cette liberté de religion comprend une double protection. Dans un premier temps, il s'agit du droit pour toute personne d'avoir ses propres croyances et de pouvoir les exprimer sans crainte de représailles. Dans un deuxième temps, la liberté de religion implique également que « nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience »⁶⁰⁷. Bien entendu, ces deux aspects du droit à la religion sont tempérés par la réserve relative aux restrictions « nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui ».

⁶⁰² Art. 10 de la Charte québécoise

⁶⁰³ Art. 15 de la Charte canadienne

⁶⁰⁴ Voir l'exemple qui est donné dans COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DE LA JEUNESSE DU QUEBEC, P. EID et K. MONTMINY, préc., note 270, à la page 25, sur la signification du port du *hijab*.

⁶⁰⁵ Voir *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 28, par. 47 et suiv.

⁶⁰⁶ Sur l'appréhension objective ou subjective de la règle religieuse par les tribunaux québécois, voir : C. LANDHEER-CIESLAK, préc., note 15, p. 487-492.

⁶⁰⁷ R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

Il faut également mentionner que la liberté de religion implique la liberté de changer de religion ou de ne pas respecter certains pans de celle-ci. Il est possible pour une personne d'établir ses priorités en choisissant, par exemple, de s'exclure de sa communauté afin de prendre soin de son enfant. Comme le mentionne une auteure, il est important que les tribunaux accordent crédit aux changements effectués par la personne, ses croyances religieuses pouvant être ainsi modifiées, de même que son appartenance à une communauté précise⁶⁰⁸.

Dans le contexte de la séparation d'un couple, il faut souligner que chacun des membres du couple possède sa propre liberté de religion. Évidemment, ces deux libertés devront être mises en balance, aucune des parties ne pouvant imposer à l'autre ses propres convictions.

L'implication d'intervenants religieux dans le processus de séparation peut susciter certaines inquiétudes chez les clientèles vulnérables. La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, dans son document sur les demandes d'arbitrage religieux à titre d'accommodement raisonnable, en identifie quelques-uns⁶⁰⁹. Premièrement, les pressions sociales que les parties peuvent subir, notamment les femmes, surtout dans les milieux conservateurs. L'impact de commentaires sur la qualité de la foi des parties, surtout s'ils sont faits par un leader religieux, peut avoir une grande influence.

Deuxièmement, observe la commission, l'accessibilité économique des mécanismes de règlement de conflits, que ce soit l'arbitrage religieux ou même la médiation familiale, peut avoir des effets pervers. En effet, pour une personne à faible revenu, avoir à choisir le recours au tribunal implique des coûts souvent assez élevés. La gratuité des alternatives présente donc un attrait très important.

⁶⁰⁸ Voir S. KHAN, préc., note 294.

⁶⁰⁹ Pour toute cette section, voir: COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, P. EID et K. MONTMINY, préc., note 270, p. 25-28.

Troisièmement, la situation des immigrantes récentes est particulièrement problématique. Effectivement, les femmes nouvellement arrivées méconnaissent souvent leurs droits et les protections qui leur sont accordés par le droit québécois. La situation des femmes parrainées par leur époux est encore plus précaire, l'équilibre entre les conjoints étant souvent grandement troublé par la relation particulière de dépendance que crée le parrainage.

À la lumière de ces considérations, il y a certainement lieu de rester prudent et vigilant, les risques étant bien réels. Ce qui ne veut pas dire, cependant, qu'il faille rejeter l'idée d'intégrer un intervenant religieux dans le processus de séparation. Comme nous l'avons déjà soutenu, nous croyons qu'intervention religieuse et équilibre et protection des femmes et des enfants ne sont pas nécessairement antinomiques. Si les conjoints croyants parviennent à adopter un arrangement équilibré et équitable à la suite du divorce, on ne saurait le mettre de côté ou le discréditer pour la simple raison qu'il a été conclu en tenant compte de leurs aspirations religieuses respectives. Dans la mesure où les obligations financières des conjoints sont équivalentes et que l'intérêt de chacun d'entre eux est correctement préservé, le respect de la liberté des époux commande que l'on respecte leur choix.

Qui plus est, les solutions proposées le sont dans le respect de la compétence attribuée au tribunal en matière familiale. Celui-ci constitue et constituera toujours le rempart auquel se buteront les conjoints ou les intervenants religieux irrespectueux du droit à l'égalité et des autres impératifs qui s'imposent aux parties. Les pressions sociales dont les parties peuvent souffrir ne pourront donc influencer outre mesure le résultat final des ententes judiciairement homologuées. De même, le recours obligatoire au tribunal élimine le problème de la « trop facile accessibilité » des acteurs religieux.

i La pratique religieuse des enfants

Ce sont aux parents, ensemble, de prendre les décisions relatives à l'éducation de leurs enfants, dans le meilleur intérêt de ceux-ci, y compris les

décisions relatives à leur éducation religieuse, agnostique ou athée. Le droit de toute personne à libre pratique de sa religion inclut également le droit de pratiquer celle-ci en présence de ses enfants et de leur transmettre les enseignements de cette religion, sous réserve du respect de la religion de l'autre parent et du droit à la liberté de religion de l'enfant lui-même, lorsqu'il atteint un âge raisonnable⁶¹⁰.

Évidemment, à la suite d'un divorce, ces questions peuvent créer des situations conflictuelles, principalement lorsque les deux parents ne proviennent pas de la même tradition religieuse ou lorsqu'ils ne partagent pas le même niveau de dévotion au sein de la même religion⁶¹¹.

Finalement, soulignons que le souhait d'un parent de voir ses enfants embrasser sa religion et de la pratiquer conformément à ses convictions, expression de sa liberté de conscience et de religion, ne doit pas être utilisé de manière à brimer cette même liberté chez l'autre conjoint. Par exemple, le refus par un ex-époux de remettre le *get* à son épouse, fondé sur sa conviction que ses filles ne doivent pas être seules avec un homme qui n'est pas de leur famille (un éventuel nouveau conjoint de madame), ne peut être accepté comme étant une justification adéquate en vertu de l'article 21.1 (4) de la *Loi sur le divorce*. Plutôt qu'une justification sérieuse du refus, fondée sur la religion ou la conscience, on y verra plutôt une tentative par monsieur d'imposer ses croyances à madame, entravant de ce fait la liberté de religion de celle-ci⁶¹².

⁶¹⁰ *Droit de la famille – 1456*, [1991] R.D.F. 610 (C.A.), cité dans Christelle LANDHEER-CIESLAK et Anne SARIS, préc., note 21, 701.

⁶¹¹ Pour une étude très complète de la question de l'attitude des tribunaux français et québécois face à la normativité religieuse touchant les enfants, voir *Id.*

⁶¹² *D.A. c. J.H.*, préc., note 493, par. 46-73.

Conclusion générale

Pour plusieurs religions, sinon toutes, le mariage est la seule manière de vivre une vie de famille. Plus souvent qu'autrement, les croyants désireux de fonder une famille s'engageront donc dans le mariage. Compte tenu des dispositions du Code civil qui habilite les ministres du culte à célébrer des mariages assortis d'effets civils, ces croyants se retrouveront unis à la fois par les liens du mariage religieux et ceux du mariage civil. Incidemment, si leur couple devait en venir à une séparation, les règles civiles régissant le mariage et le divorce s'appliqueront à eux.

Si les conjoints formant ces couples doivent respecter les lois québécoises, dont celles qu'imposent l'ordre public et les dispositions impératives du droit étatique, ils devront également respecter les règles que leur impose leur religion. Ces règles revêtent une grande importance pour la plupart des religions, leur pérennité dépendant de la transmission des croyances de génération en génération. Deux systèmes juridiques s'appliqueront donc concurremment aux couples: les règles du droit étatique québécois et les règles religieuses relevant de la confession à laquelle ils appartiennent.

Après avoir présenté les règles civiles gouvernant le mariage, nous avons exposé les normes régissant le mariage religieux des catholiques, des musulmans et des juifs. Par cet exposé, nous entendions dégager les principaux points de jonction entre ces deux univers normatifs parallèles soit: les obligations financières des époux, la pension alimentaire destinée à l'ex-conjoint et aux enfants, la garde des enfants et le cadre procédural à l'intérieur duquel se déroule la rupture conjugale.

Dans une perspective de droit préventif, nous avons ensuite discuté d'outils ou de mécanismes d'harmonisation des normes civiles et religieuses. À cet égard, nous nous sommes intéressée au contrat de mariage, à la médiation familiale et aux ententes de séparation. Ces mécanismes constituent autant

d'occasion de concilier des univers normatifs qu'on appréhende trop souvent de manière cloisonnée.

Ainsi, les stipulations traditionnelles du contrat de mariage que sont le choix d'un régime matrimonial et l'établissement de donations peuvent-elles être élaborées à la lumière des devoirs religieux que s'imposent mutuellement les conjoints. Ce faisant, ces devoirs passent-ils de l'ordre juridique religieux, hors de portée des tribunaux judiciaires, à l'ordre juridique civil, par le biais du contrat de mariage. Outre les dispositions classiques qu'on y retrouve, le contrat de mariage peut également constituer la plate-forme à partir de laquelle les conjoints se reconnaîtront l'obligation de lever les empêchements religieux au remariage de l'autre conjoint, advenant divorce civil.

La médiation familiale représente quant à elle l'occasion d'impliquer, dans le processus de la rupture, un interlocuteur religieux susceptible de favoriser l'harmonisation des normes civiles et religieuses. Quant à la rédaction des ententes de séparation, elle constitue l'aboutissement logique du processus de conciliation puisqu'elles permettent d'envisager le règlement des conséquences accessoires de la dissolution du mariage dans une perspective intégrée.

Certes, la liberté des conjoints, dans chacune des solutions proposées, n'est pas totale. En effet, bien qu'il leur soit possible de prendre les arrangements qu'ils désirent, notamment lors de la conclusion du contrat de mariage et des ententes de séparation, des limites leurs sont imposées par le droit québécois et canadien. Le principe du meilleur intérêt de l'enfant, la laïcité, l'égalité homme-femme garantie par les Chartes et l'intégrité du consentement des parties sont autant d'impératifs auxquels ils ne pourront déroger, quelles que soient la teneur des normes religieuses autrement applicables.

Cela dit, l'« adaptation religieuse » des outils juridiques à la disposition des juristes ne commande pas une profonde connaissance des devoirs religieux

que se reconnaissent mutuellement les conjoints. Ce qui est par contre essentiel, c'est l'ouverture d'esprit du juriste. Sans doute certains juristes seront-ils réticents à poser des questions au sujet de la pratique religieuse des parties se présentant devant eux, considérant que cela ne relève pas de leur expertise. Évidemment, nous ne croyons pas qu'il est du rôle du juriste de devenir expert en droit religieux! Cependant, ce sont les convictions sincères des personnes présentes qui comptent aux yeux du droit. En effet, la liberté religieuse est accordée aux individus et non aux différentes confessions. Les obligations religieuses que les parties se reconnaissent font donc partie, à notre avis, du contexte factuel de la séparation que le juriste ne peut se permettre d'ignorer.

Table de la législation et réglementation

Textes fédéraux

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)

Code criminel

Loi concernant le mariage entre personnes apparentées, L.C. 1990, c. 46

Loi d'harmonisation no 1, L.C. 2001, c. 4

Loi sur le mariage civil, L.C. 2005, c. 33

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

Textes québécois

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12

Code civil du Bas Canada

Code civil du Québec,

Règles sur la célébration du mariage civil ou l'union civile, (2003) 135
G.O. II, 1506

Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants, c. C-25,
r.1.2

Règlement sur la médiation familiale, (1993) G.O. II, 8648

Code de procédure civile

Code des professions

Règlement sur les diplômes délivrés par les établissements d'enseignement désignés qui donnent droit aux permis et aux certificats de spécialistes des ordres professionnels, (1983) 2 G.O. II, 2877

Loi concernant le mariage civil, S.Q. 1967-68, c. 82

Loi modifiant le Code de procédure civile concernant la médiation familiale,
L.Q. 1993, c. 1

Textes ontariens

Loi de 1991 sur l'arbitrage, L.O. 1991, chap. 17, S.O. 1991 c. 17

Autres textes

Code de droit canonique de 1917

Code de droit canonique de 1983

Pastor Bonus

Règlement général de la curie romaine

Table des jugements

Jurisprudence québécoise

A.D. c. J.P., 2004 CanLII 9414
A.F. c. M.L., [2005] n° AZ-50304610 (C.S.)
A.P. c. L.C., REJB 2002-37086 (C.S.)
A.V. c. C.R., 2006 QCCS 3916
D.A. c. J.H., 2008 QCCS 838
Droit de la famille-102247, 2010 QCCA 1561 (C.A.)
Droit de la famille — 093038, 2009, QCCS 5794
Droit de la famille – 09298, 2009 QCCS 538
Droit de la famille — 10717, 2010 QCCS 1342
Droit de la famille - 1456, [1991] R.D.F. 610 (C.A.)
Droit de la famille – 1739, (1993) R.J.Q. 663; R.D.F. 724 (C.A.)
Droit de la famille — 977, [1991] R.J.Q. 904 (C.A.)
G.B. c. C.C., [2001] R.J.Q. 1435 (C.A.)
R.(M.P.) c. L.(G.) [2004] R.D.F. 190 (C.S.)
S.R. c. R.Ro. [2004], n° AZ-50278424 (C.S.)

Jurisprudence canadienne

Boston c. Boston, [2001] 2 R.C.S. 413
Bracklow c. Bracklow, [1999] 1 R.C.S. 420
Bruker c. Marcovitz, [2007] 3 R.C.S. 607
Caron c. Caron, [1987] 1 R.C.S. 892
Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergeron, [1994] 2 R.C.S. 525
Ford c. Québec, [1988] 2 R.C.S. 712
G.(L.) c. B.(G.), [1995] 3 R.C.S. 367

Hartshorne c. Hartshorne, [2004] 1 R.C.S. 550

Miglin c. Miglin, [2003] 1 R.C.S. 303

Moge c. Moge, [1992] 3 R.C.S. 813

Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois, [2006] 1 R.C.S. 256

Pelech c. Pelech, [1987] 1 R.C.S. 801

R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103

Richardson c. Richardson, [1987] 1 R.C.S. 857

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

Tanny c. Tanny, Ontario Supreme Court, 2000 CanLII 22534 (ON S.C.)

Y. J. v. N.J., [1994] O.J. No 2359

Bibliographie

Monographie et ouvrages collectifs

- ABDUL-RAUF, M., *The Islamic view of women and the family*, 1^{ère} éd., New York, R. Speller, 1977
- AHMED, L., *Women and gender in Islam : historical roots of a modern debate*, New Haven, Yale University Press, 1992
- ALDEEB ABU-SAHLIEH, S.A., *Religion et droit dans les pays arabes*, coll. Monde arabe et monde musulman, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2008
- AMRAM, D.W., *The Jewish law of divorce, according to Bible and Talmud with some reference to its development in post-Talmudic times*, 2^e éd., New York, Harmon Press, 1968
- AOUN, S. et J.-F. LEGARE-TREMBLAY, *L'islam entre tradition et modernité*, Montréal, Édition Varia, 2007
- ARMSTRONG, M.-C., G. ROY et LAVERY DE BILLY (FIRME), *Législation sur le patrimoine familial annotée*, 4^e éd., Scarborough, Thomson/Carswell, 2003
- ARNAUD, A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, Bruxelles, Librairie générale de droit et de jurisprudence; E. Story-Scientia, 1988
- ATLAN, G., *Les Juifs et le divorce : droit, histoire et sociologie du divorce religieux*, Bern ; New York, P. Lang, 2002
- AYYOUB, H. et S.a.-D. KIŠRĪD, *La foi musulmane : dogme et dissidences*, 2^e éd. cor., Paris, Al Qalam, 2002
- BAKER, H.E., *The legal system of Israël*, London, Sweet & Maxwell, 1961
- BAUDOIN, J.-L., P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005
- BEAUX, D., *Se marier : rituels du mariage dans le judaïsme, le christianisme et l'islam*, coll. Rituels, Rosny-sous-Bois, France, Bréal, 2006
- BOURGEOIS, A.L., *Divorcés remariés mes frères*, Paris, Desclée de Brouwer 1998
- BURROWS, M., *The basis of Israelite marriage*, coll. American oriental series, v. 15, New Haven, American Oriental Society, 1938
- CAPARROS, E., *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3^e éd. rev., augm., Montréal, Wilson Lafleur, 1988
- CASTELLI, M.D. et D. GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd., Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2005

CIOTOLA, P. et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *De la donation*, 2^e éd., coll. Bleue, série Répertoire de droit, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2006

Le patrimoine familial, perspectives doctrinales et jurisprudentielles, 2^e éd., coll. Bleue, série Répertoire de droit, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2007

COMITÉ DES ORGANISMES ACCRÉDITEURS EN MÉDIATION FAMILIAL, *GUIDE DE NORMES DE PRATIQUE EN MÉDIATION FAMILIAL* [RESSOURCE ÉLECTRONIQUE], EN LIGNE : [HTTP://WWW.BARREAU.QC.CA/PDF/MEDIATION/FAMILIALE/GUIDE-PRATIQUE-MEDIATION-FAMILIALE.PDF](http://www.barreau.qc.ca/pdf/mediation/familiale/guide-pratique-meditation-familiale.pdf)

CONCILE DU VATICAN (2E : 1962-1965), *Gaudium et spes: L'Eglise dans le monde de ce temps*, Paris, Fleurus, 1967

ÉGLISE CATHOLIQUE et CONFÉRENCE DES ÉVÊQUES CATHOLIQUES DU CANADA, OFFICE NATIONAL DE LITURGIE, *Rituel du mariage*, Ottawa, Service des éditions Conférence des évêques catholiques du Canada, 1983

ÉGLISE CATHOLIQUE, *Catéchisme de l'Église catholique*, Paris, Mame/Plon, 1992

ÉGLISE CATHOLIQUE. et G. DUMEIGE, *Textes doctrinaux du magistère de l'Église sur la foi catholique*, Paris, Editions de l'Orante, 1969

ÉGLISE CATHOLIQUE, CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, JEAN PAUL II et BENOÎT XVI, *La pastorale des divorcés remariés*, Paris, Bayard : Centurion : Fleurus-Mame, Éditions du Cerf, 1999

ÉGLISE CATHOLIQUE, PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, *Instruction sur ce que les tribunaux diocésains et interdiocésains doivent observer pour traiter les causes de nullité de mariage*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2005

ELON, M., ENCYCLOPAEDIA JUDAICA, *The Principles of Jewish law*, Jerusalem, Encyclopaedia Judaica, 1975

EMANUELLI, C., *Droit international privé québécois*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2006

ESPOSITO, J.L. et N.J. DELONG-BAS, *Women in Muslim family law*, 2^e éd., coll. Contemporary issues in the Middle East, Syracuse, N.Y., Syracuse University Press, 2001

FATHALLY, J., N. MARIANI, A.-F. BISSON et L. PERRET, *Les systèmes juridiques dans le monde*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008

GAUDREAU-DESBIENS, J.-F. et D. LABRECHE, *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain : l'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009

GAUDREAU-DESBIENS, J.-F. (dir.), *Le droit, la religion et le "raisonnable" : le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009

GEOFFROY, É., *Initiation au soufisme*, coll. L'espace intérieur, Paris, Fayard, 2003

GIBB, H.A.R. et B. LEWIS, *Encyclopédie de l'Islam*, Nouv. éd., Leyde, E.J. Brill, 1954

GISEL, P., *Les monothéismes : judaïsme, christianisme, islam*, coll. Religions en perspective ; no 19, Genève, Labor et Fides, 2006

GOLDSTEIN, G. et É. GROFFIER, *Droit international privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998

HOROWITZ, G., *The spirit of Jewish law : a brief account of Biblical and rabbinical jurisprudence, with a special note on Jewish law and the state of Israel*, New York, Central Book, 1973

HUSSAIN, J., *Islam, its law and society*, Sydney, The federation press, 2004

JARRY, J., *Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008

JEAN PAUL II, *Lettre aux familles*, Paris, Les Éditions du Cerf, 1994

Résurrection, mariage, et célibat : l'Évangile de la rédemption du corps, Paris, Editions du Cerf, 1985

JEAN PAUL II, G. DEFOIS et M. BOULLET, *Les tâches de la famille chrétienne dans le monde d'aujourd'hui : exhortation apostolique Familiaris consortio (22 novembre 1981)*, Paris, Éditions du Centurion, 1981

KARIM, V., *Les obligations*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009

LAKHDHAR, L., *Les femmes au miroir de l'orthodoxie islamique*, La Tour d'Aigues [France]Tunis, Aube; Amal, 2007

LANDHEER-CIESLAK, C., *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, coll. Minerve, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007

LANGLAIS, J. et D. ROME, *Juifs et Québécois français : 200 ans d'histoire commune*, coll. Rencontre des cultures, Essais, Montréal, Fides, 1986

LE TOURNEAU, D., *Le droit de l'Église*, coll. Bibliothèque d'initiation théologique, Paris, le Laurier, 1999

Le droit canonique, 3^e éd. mise à jour, coll. Que sais-je?; no 779, Paris, Presses universitaires de France, 2002

Leclercq, M., *Le divorce et l'Église ; le mariage est-il toujours indissoluble?*, Paris, Fayard, 1969

LEVY, I., *Pour comprendre les pratiques religieuses des juifs, des chrétiens et des musulmans*, Paris, Presse de la renaissance, 2003

LLUELLES, D. et B. MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006

MARTIN, P.-A., *Vatican II : les seize documents conciliaires : texte intégral*, Nouv. éd. rev. et corr., Saint-Laurent, Québec, Fides, 2001

MERNISSI, F., *Le harem politique : le prophète et les femmes*, Paris, A. Michel, 1987

MILLIOT, L. et F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2e éd., Paris, Sirey, 1987

MILOT, J.-R., *L'Islam et les musulmans*, Saint-Laurent, Québec, Fides, 1993

Musulmans et chrétiens : des frères ennemis?, Montréal, Médiaspaul, 1995

L'islam : des réponses aux questions actuelles, Montréal, Québec Amérique, 2004

MONBOURQUETTE, J., *Groupe d'entraide pour personnes séparées/divorcées : comment l'organiser et le diriger*, Outremont, Novalis, 1994

MORIN, M., *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Montréal, Éditions Thémis, 2004

NASIR, J.J., *The Islamic law of personal status*, 2^e éd., coll. Arab and Islamic laws series, London ; Boston, Graham & Trotman, 1990

NAZ, R., *Dictionnaire de droit canonique, contenant tous les termes du droit canonique, avec un sommaire de l'histoire et des institutions et de l'état actuel de la discipline*, Paris, Letouzey et Ané, 1935

NOREAU, P. *Le droit préventif : Le droit au-delà de la loi*, Montréal, Édition Thémis, 1993

NOREAU, P., S. AMOR, FONDATION BARREAU DU QUÉBEC et UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL, CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PUBLIC, *Le droit en partage : le monde juridique face à la diversité ethnoculturelle*, Montréal, Éditions Thémis, 2003

PANSIER, F.-J. et K. GUELLATY, *Le droit musulman*, 1^{re} éd., coll. Que sais-je? ; no 702, Paris, Presses universitaires de France, 2000

PEARL, D. et W. MENSKI, *Muslim family law*, 3^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1998

PILON, S. et J. JARRY, *Guide sur le partage de la société d'acquêts*, Brossard, CCH, 2007

- PINEAU, J. et M. PRATTE, *La famille*, Nouv. Éd., Montréal, Éditions Thémis, 2006
- RÉGNÈRE, S., *Une union proclamée au ciel : nature et obligations du mariage selon la doctrine juive traditionnelle*, Sainte-Foy; Paris, Presses de l'Université Laval ; L'Harmattan, 2002
- ROBINSON, G., *Mariage, divorce et nullité : une introduction à la procédure suivie pour les causes en déclaration de nullité dans l'Église catholique*, Ottawa, Novalis/Le Chalet, 1986
- ROME, D. ET CONGRES JUIF CANADIEN, ARCHIVES NATIONALES, *On the Jews of Lower Canada and 1837-38*, coll. Canadian Jewish archives, new ser., no. 28-30, Montréal, National Archives Canadian Jewish Congress, 1983
- ROY, A., *La charte de vie commune, ou, L'émergence d'une pratique réflexive du contrat conjugal*, Montréal, Éditions Thémis, 2007
- SANDKÜHLER, B., *Rencontre avec l'islam : fondements, modes de vie et perspectives*, Laboissière en Thelle, Triades, 2006
- SCHACHT, J., *Introduction au droit musulman*, coll. Islam d'hier et d'aujourd'hui, Paris, Maisonneuve et Larose, 1999
- SKOLNIK, F. et M. BERENBAUM, *Encyclopaedia Judaica*, 2^e éd., Detroit, Jerusalem, Macmillan Reference USA ; In association with the Keter Pub. House, 2007
- SNYDER, E.M., *Israel : a legal research guide*, coll. Legal research guides ; v. 37, Buffalo, W.S. Hein, 2000
- TAHON, M.-B., *Famille désinstituée : introduction à la sociologie de la famille*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1995
- TANCELIN, M., *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009
- TÉTRAULT, M., *Droit de la famille*, 3^e éd., Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2005
- La rédaction des conventions en matière familiale*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2007
- WAARDENBURG, J.J., *L'Islam dans le miroir de l'Occident; comment quelques orientalistes occidentaux se sont penchés sur l'Islam et se sont formé une image de cette religion*, 2^e éd., Paris, Mouton, 1963
- WADUD, A., *Qur'an and woman*, Kuala Lumpur, Fajar Bakti, 1992
- WERCKMEISTER, J., *Petit dictionnaire de droit canonique*, Paris, Éd. du Cerf, 1993

Articles de revue et études d'ouvrages collectifs

- ALBECK, P., «Introduction générale au droit israélien», *Gaz. Pal.* 1998.512
- AL-JOHAR, D., «Muslim Marriages in America: Reflecting New Identities», (2005) 95 *The muslim world* 557
- BENKHEIRA, M.H., «Les origines du droit musulan, Conférence», (2006-2007) 115 *Annuaire École Pratique des Hautes Études, Sciences religieuses* 163-165
- BISSON, A.F., «Sur un adage trompeur: "En mariage, il trompe qui peut" », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le faux en droit privé*, Centre de recherche en droit privé & comparé du Québec; Montréal, Les Éditions Thémis, 2000
- BLEUCHOT, H., «L'Étude du droit musulman: jalons pour une convergence (entre l'islamologie juridique et l'anthropologie juridique)», (1990) 15 *Droit et société* 193
- BROWN, D., «A Destruction of Muslim Identity: Ontario's Decision to Stop Shar'a-based Arbitration», (2006) 32 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 495
- DESCÔTEAUX, S., «La médiation familiale», dans *Personnes, famille et successions*, Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 3, 2009, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2009CDD46
- DESMARAIS, J., «Chronique - Les normes de pratique en médiation familiale: la supervision», dans *Repères*, mars 2003, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2003REP74
- «Commentaire sur la décision *P. (H.) c. S. (B.)* - Le résumé des ententes de médiation : sa valeur juridique», dans *Repères*, février 2006, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2006REP438
- FOURNIER, P., «In the (Canadian) shadow of islamic law: translating Mahr as a bargaining endowment», (2006) 44 *Osgood Hall Law journal* 649
- «The erasure of islamic difference in canadian and american family law adjudication», (2001) 10 *Journal of Law and Policy* 51
- «The Ghettoization of Difference in Canada: "Rape by Culture" or the Danger of a Cultural Defence in Criminal Law Trials», (2002) 29 *Manitoba Law Journal* 81
- «The reception of muslim family law in western liberal states», (2004) *Canadian Council of Muslim Women, Sharia/Muslim Law Project*
- GILAT, I., «Peut-on parler de conflit de compétence entre les juridictions religieuse et civile en matière de statut personnel?», *Gaz. Pal.* 1998.534

GILLIOT, C., «Les débuts de l'exégèse coranique», (1990) 58 *Revue du monde musulman et de la Méditerranée* 82

GTARI, R., «Lever le voile sur le droit musulman», dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le "raisonnable" : le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009

JARRY, J., «L'obligation alimentaire à l'égard des enfants», dans *Personnes, famille et successions*, Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 3, 2009, *Droit civil en ligne* (DCL) EYB2009CDD50

«L'obligation alimentaire entre époux et conjoints unis civilement», dans *Personnes, famille et successions*, Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 3, 2009, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2009CDD49

JUSTON, M., «La médiation familiale: une impérieuse nécessité dans les tribunaux», (2004) 272 *Gazette du Palais* 2

KHAN, S., «Race, Gender, and Orientalism: *Muta* and the Canadian Legal System», (1995) 8 *Canadian Journal of Women and Law* 49

LABONTÉ, C., Les donations par contrat de mariage, « Les donations par contrat de mariage » dans *Personnes, famille et successions*, Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 3, 2009, *Droit civil en ligne* (DCL) EYB2009CDD63

LAGHMANI, S., «Les écoles juridiques du sunnisme», (2003) 1 *Le Seuil / Pouvoirs* 21

LALONDE, C., «L'application des dispositions relatives au patrimoine familial», dans *Personnes, famille et successions*, Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 3, 2009, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2009CDD55

LANDHEER-CIESLAK, C. et A. SARIS, «La réception de la norme religieuse par les juges de droit civil français et québécois: étude du contentieux concernant le choix de la religion, l'éducation et la pratique religieuse des enfants», (2003) 48 *R.D. McGill* 671

LANGEVIN, L., L.-P. LAMPRON, C. LANDHEER-CIESLAK, A. PRUJINER et P. TAILLON, «L'affaire *Braker c. Marcovitz* : variations sur un thème», (2008) 49 *Les Cahiers de Droit* 655

MOLINARI, P.A., R. Murphy et Institut canadien d'administration de la justice, *Doing justice : dispute resolution in the courts and beyond = Règlement des conflits : la justice n'appartient-elle qu'aux tribunaux?* Montréal, Institut canadien d'administration de la justice, 2009

MOORE, B., «L'absence d'intention conjugale: mariage simulé ou erreur sur la personne?», (2000) 102 *Revue du notariat* 245

«Le droit de la famille et les minorités», (2003-2004) 34 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 230

OTIS, L., *La transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire*, 8^e Conférence Albert-Mayrand, Montréal, Les éditions Thémis, 2005

RAKOVER, N., «Lois fondamentale et tradition d'Israël», *Gaz. Pal.* 1998.518

ROCHER, G., « Les « phénomènes d'internormativité » : faits et obstacles », dans Jean-Guy BELLEY, *Le Droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, coll. Droit et société 16, Paris, L.G.D.J., 1996

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

ROY, A., «Déjudiciarisation et divorce consensuel: Perspectives socio-juridiques», dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Édition Thémis, 2001

« Des contrats de mariage innovateurs », (1995) 98 *Revue du Notariat* 64

« L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec », dans Agnès MARTIAL et Hélène BELLEAU, *Aimer et compter ? Droits et pratiques des solidarités conjugales : Approche pluridisciplinaire*, Presses Universitaires du Mirail (Toulouse), à paraître en 2010

«Problématiques en matière de patrimoine familial et fonctions préventives du contrat de mariage», (1996) no 1 *Cours de perfectionnement du notariat*, 159

SARRAZIN, Y., F. CYR, J. LÉVESQUE et J.-F. BOUDREAU, «L'impact des caractéristiques du médiateur familial sur l'efficacité du processus de médiation», (2005) 3 *Revue de Prévention des différends*

SENÉCAL, J.-P., «La validité et la portée des conventions matrimoniales de rupture», (1992) 2 *Cours de perfectionnement du notariat* 131

SHAKANKIRI, M.E., «Sacralité, pouvoir et droit dans l'histoire juridique de l'islam», (2003) 2 *Diritto @ Storia*, en ligne : <http://www.dirittoestoria.it/lavori2/Contributi/Shakankiri.htm> (site consulté le 31 août 2010)

TALPIS, J.A. « L'accommodement raisonnable en droit internationale privé québécois », dans Jean-François Gaudreault-DesBiens (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable » : le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009

ULLMO-BLIAH, B., «Un état juif et démocratique», *Gaz. Pal.* 1998.511

WALTER, E., «Don't throw out my baby! Why Dalton McGuinty was wrong to reject religious arbitration», (2006) 11 *Appeal Rev. Current L. & L. Reform* 94

WOOG, A., «Rapport entre Tora écrite et Tora orale; esquisse d'une théorie du droit hébraïque», *Gaz. Pal.* 1998.5

WYGODA, M., «Droit Juif et Droit Israélien», *Gaz. Pal.* 1998.515

Documents gouvernementaux

BOUCHARD, G., C. TAYLOR et COMMISSION DE CONSULTATION SUR LES PRATIQUES D'ACCOMMODEMENTS RELIÉES AUX DIFFÉRENCES CULTURELLES, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation : rapport, Québec*, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, 2008

BOYD, M., *Résolution des différends en droit de la famille: pour protéger le choix, pour promouvoir l'inclusion* [Ressource électronique], en ligne: <http://www.ontla.on.ca/library/repository/mon/9000/249162.pdf> (site consulté le 31 août 2010)

CAMPBELL, A. et Condition féminine Canada, Recherche en matière de politiques, *La polygamie au Canada : conséquences juridiques et sociales pour les femmes et les enfants : recueil de rapports de recherche en matière de politiques*, Ottawa, Condition féminine Canada, 2005

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, P. EID et P. BOSSET, *Droit et religion: de l'accommodement raisonnable à un dialogue internormatif* [Ressource électronique], 2006, en ligne : http://www.cdpedj.qc.ca/fr/publications/docs/droit_religion_dialogue_internormatif.pdf (site consulté le 30 août 2010)

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, P. EID, K. MONTMINY, *L'intervention d'instances religieuses en matière de droit familial*, [Ressource électronique], 2006, en ligne : http://www.cdpedj.qc.ca/fr/publications/docs/intervention_instances_religieuses_droit_familial.pdf (site consulté le 31 août 2010)

CONSEIL NATIONAL CONSULTATIF DE LA MÉDIATION FAMILIALE, *Médiation familiale : un métier pour l'avenir - Travaux et recommandations* [Ressource électronique], en ligne http://www.unaf.fr/IMG/pdf/Livret_MediationDecembre_2004_.pdf (consulté le 4 août 2010)

STATISTIQUE CANADA, M.D.L.I., *Votre guide des sources de données sur des thèmes du recensement*, No 92-135-GIF au catalogue, Ottawa, 2007

Articles de journaux

BARIL, D., M.-F. Bazzo, J. BEAUCHEMIN, P. BÉGIN, H. BRUN, C. DUJOUR, J. GODBOUT, J.-C. HÉBERT, Y. LAMONDE, B. LANDRY, J. LATOUR, C. PELCHAT, G. ROCHER, «Déclaration des intellectuels pour la laïcité - Pour un Québec laïque et pluraliste», (2010) 16 mars 2010 *Le Devoir*

BIBBY, R.W., «Religion à la Carte in Quebec: A Problem of Demand, Supply, or Both?», (2007-2008) 10/2 *Globe*

BOILEAU, J., « Accommodement raisonnable Inégales », *Le Devoir*, mardi, 13 octobre 2009, p. A6

DOYON, F., « La décision de l'Ontario soulève la colère des uns et le soulagement des autres », 13 septembre 2005, *Le Devoir*, A2

RICHER, J., « Les tribunaux doivent donner préséance à l'égalité hommes-femmes, dit le PQ », (2009) *La Presse Canadienne Actualités nationales*, 24 novembre 2009

WORTH, R.F., «Crime (Sex) and Punishment (Stoning)» *The New York Times, Late Edition - Final* (22 août 2010), en ligne: *The New York Times, Late Edition - Final*

