
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

Christelle Landheer-Cieslak et Anne Saris*

Cet article s'attache à démontrer la façon dont les juges de droit civil français et québécois appréhendent la normativité religieuse lorsqu'elle est invoquée par des parties au cours d'un litige tout en limitant son champ d'investigation au contentieux relatif au choix de l'éducation et de la pratique religieuse des enfants par les titulaires de l'autorité parentale. Il s'efforce de répondre à deux questions principales. Premièrement, quelle est la finalité poursuivie par les parties lorsqu'elles invoquent la normativité religieuse ? Deuxièmement, les juges de droit civil français et québécois prennent-ils en considération l'existence et les effets de la normativité religieuse en vue de lui faire produire des effets de droit positifs ou négatifs au sein de son ordre juridique ? Dans le cas d'une réponse affirmative, quels effets de droit spécifiques lui font-ils produire ?

L'intérêt de la comparaison entre les décisions judiciaires françaises et québécoises est de démontrer l'importance des précompréhensions du juge de droit civil dans leur élaboration. Qu'il s'agisse de la question de la reconnaissance ou du contrôle des effets des normes religieuses sur l'enfant, les méthodes et les outils juridiques auxquels les juges français et québécois recourent pour appréhender la normativité religieuse sont façonnés par une conception implicite donnée et intégrée de la place et du rôle du code civil au sein de leur société. Ainsi, le juge français conçoit son droit civil en situation de monopole sur le territoire national et normalise les comportements religieux. Pour le juge québécois, son droit civil est en situation de primauté et il a pour fonction d'accommoder les normes religieuses entre elles et avec l'ordre juridique étatique.

This article demonstrates the way in which civil law judges in France and Quebec understand religious normativity when it is invoked by a litigant, and limits its scope of investigation to litigation relating to the choice of education and of religion for children made by those who hold parental authority. Two main issues are raised. First, what kind of outcome do litigants expect when they invoke religious normativity? Second, when civil law judges in France and Quebec consider the existence and the effects of religious normativity, do they do so with an eye on effecting rights (positive or negative) within their legal order? If the answer is affirmative, what are the specific legal effects that are produced?

The reason for drawing a comparison between French and Québécois judgments is to demonstrate the role of judicial preconceptions of the civil law in the development of these judgments. Whether they have to do with the question of recognition or of controlling the effect of religious norms on a child, the legal methods and tools that are applied by French and Québécois judges to understand religious normativity are drawn from implicit conceptions of the place and the role of the civil code in their societies. The French judge views the civil law as being the exclusive source of law in the state and treats religious norms as factual considerations, rather than concurrent normative orders. For the judge in Quebec, the civil law holds a position of primacy and its role is to find an appropriate accommodation among religious norms and between them and the state's legal order.

* Christelle Landheer-Cieslak, chercheur au Centre de recherche de droit public de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, doctorante en droit à l'Université de Paris I-Panthéon-Sorbonne ; Anne Saris, chargée de cours à l'Université McGill, doctorante en droit à l'Université McGill. Les auteurs tiennent à remercier Laurent Aynès, Jean-Guy Belley, Paul-André Crépeau, Patrick Glenn, Richard Janda, Nicholas Kasirer, Philippe Malaurie, Horatia Muir Watt et Pierre Noreau pour leur généreux apport à la préparation de ce texte. Courriels : cieslac@wanadoo.fr ; anne.saris@videotron.ca.

© Revue de droit de McGill 2003

McGill Law Journal 2003

Mode de référence : (2003) 48 R.D. McGill 671

To be cited as: (2003) 48 McGill L.J. 671

Introduction	675
Les assises méthodologiques	681
I. Un pluralisme reconnu ?	685
A. <i>Le juge de droit civil face aux parties qui invoquent une normativité religieuse : l'analyse concrète des décisions judiciaires</i>	685
1. Le contenu des prétentions des parties : un essai de typologie	686
a. <i>Pour faire reconnaître la soumission de l'enfant à une normativité religieuse et permettre l'expression de ses effets à son égard (effet positif)</i>	687
b. <i>Pour faire reconnaître que l'enfant ne peut être soumis à une normativité religieuse et évincer ses effets à son égard (effet négatif)</i>	687
2. Le traitement des prétentions des parties par les juges de droit civil français et québécois	688
a. <i>La soumission à une normativité religieuse : un argument évincé par le juge français par un déplacement de l'objet du litige</i>	688
i. Effets positifs demandés et reconnaissance incidente des effets de la normativité religieuse	688
ii. Effets négatifs demandés et reconnaissance directe de la normativité religieuse	692
b. <i>La soumission à une normativité religieuse : un argument pertinent pour le juge québécois</i>	694
i. Effets positifs demandés et reconnaissance directe de la normativité religieuse	694
ii. Effets négatifs demandés et reconnaissance directe des effets de la normativité religieuse	696
B. <i>Le choix de la reconnaissance de la normativité religieuse par le juge de droit civil : la synthèse théorique de l'analyse concrète des décisions judiciaires</i>	698
1. Les techniques juridiques de la reconnaissance de la normativité religieuse	699
a. <i>En France : l'autorité parentale</i>	699
b. <i>Au Québec : la liberté religieuse</i>	700
2. À la base des techniques juridiques : les précompréhensions concernant la place du droit civil au sein de la société	703

2003]	C. LANDHEER-CIESLAK ET A. SARIS – LA NORME RELIGIEUSE	673
	a. <i>Le point commun entre les juges français et québécois : le choix d'un pluralisme médiatisé</i> b. <i>Les différences entre les juges français et québécois : d'une situation de monopole du droit civil français à une situation de primauté du droit civil québécois</i> i. <i>Le droit civil français : un droit conçu en situation de monopole sur le territoire national</i> ii. <i>Le droit civil québécois : un droit conçu en situation de primauté sur le territoire national</i>	703 704 704 705
II.	Un pluralisme contrôlé	708
	A. <i>Un contrôle axé autour de la notion de l'intérêt de l'enfant</i>	708
	1. <i>Les caractéristiques du contrôle de la normativité religieuse</i> a. <i>Le contrôle des effets des comportements parentaux fondés sur une normativité religieuse</i> b. <i>Le contrôle de la teneur de la normativité religieuse sur laquelle se fondent les comportements parentaux</i> 2. <i>L'outil décisif du contrôle : l'intérêt de l'enfant</i> a. <i>La fonction de la notion de l'intérêt de l'enfant</i> i. <i>L'intérêt de l'enfant comme justification de l'intervention du juge de droit civil au sein de la cellule familiale</i> ii. <i>L'intérêt de l'enfant comme étalon axiologique assurant le contrôle des solutions données par l'application mécanique des règles de droit civil</i> α. <i>L'intérêt de l'enfant en France : un étalon axiologique qui permet d'évincer la normativité religieuse</i> β. <i>L'intérêt de l'enfant au Québec : un outil pour évincer par exception certains effets des comportements parentaux qui se fondent sur une normativité religieuse</i> b. <i>La signification de la notion de l'intérêt de l'enfant et les valeurs de l'ordre juridique étatique qu'elle exprime</i> i. <i>L'intérêt de l'enfant en France : le choix d'une identité religieuse unique et stable pour l'enfant, doublé de la volonté d'assurer son intégration dans la société française</i> ii. <i>L'intérêt de l'enfant au Québec : le choix d'une identité religieuse en devenir pour l'enfant doublé de la volonté de préserver ses spécificités</i>	708 708 708 713 716 716 716 719 719 723 726 726 727

<i>B. Un contrôle, fondé sur une précompréhension de la fonction du droit civil à l'égard du pluralisme normatif religieux existant au sein de la cellule familiale</i>	730
1. Le droit civil : un droit qui détermine les normes religieuses applicables au sein de la cellule familiale	730
<i>a. Le droit civil français : un droit qui assure un exclusivisme normatif au sein de la cellule familiale</i>	730
<i>b. Le droit civil québécois : un droit qui organise une coexistence normative au sein de la cellule familiale</i>	732
2. Le droit civil : un droit qui imprègne des valeurs de l'ordre juridique étatique les cellules familiales soumises à des normes religieuses	734
<i>a. La fonction normalisatrice du droit civil français à l'égard des normes religieuses applicables au sein de la cellule familiale</i>	735
<i>b. La fonction accommodatrice du droit civil québécois à l'égard des normes religieuses qui s'appliquent au sein de la cellule familiale</i>	739
Conclusion	743

Introduction

La cellule familiale, comme toute entité sociale (entreprise, communauté, etc.) est un espace où s'enchevêtrent une pluralité de normes : les normes que les membres de la famille se sont données à eux-mêmes, les normes des collectivités ethniques, culturelles ou religieuses auxquelles ceux-ci sont affiliés et enfin les normes étatiques qui leur sont imposées. La cellule familiale est donc marquée par le pluralisme juridique, c'est-à-dire par la coexistence de normes hétérogènes qui puisent leurs sources dans des ordres normatifs distincts¹. Or, la manière dont ces normes s'articulent entre elles au sein de la cellule familiale peut prêter à débat. La famille est-elle le lieu par excellence d'influence indirecte de l'État, celui-ci essayant d'y apposer ses politiques familiales, à l'exclusion de toute autre norme² ? La famille est-elle un lieu de non-droit libéré de la sanction étatique³ ? La famille est-elle un lieu où les individus, soumis simultanément à une pluralité de normes, établissent eux-

¹ Les définitions qui ont pu être données par les auteurs au pluralisme juridique sont très diverses. Ainsi, pour Jean Carbonnier, le pluralisme juridique est le constat de l'existence sur un territoire donné d'une « pluralité de droits concurrents, étatiques, infraétatiques, supraétatiques » (*Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001 à la p. 19). Pour cet auteur, il convient donc de distinguer, sur un territoire donné, le droit étatique, qui, à première vue, semble être le seul à pouvoir être qualifié de droit, et les autres normes (religieuses, morales, coutumières, etc.) qui sont de l'infra-droit. Dans son article, Jacques Vanderlinden (« Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique » (1993) 18 *Revue de la recherche juridique, droit prospectif* 573) propose deux définitions du pluralisme juridique selon que l'on se place du point de vue de la société ou de l'individu. Si l'on se place dans la perspective de la société, le pluralisme juridique est pour lui « d'existence, au sein d'une société déterminée, de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques » (*ibid.* aux pp. 573-74). Si l'on se place du point de vue de l'individu, le pluralisme juridique est « la situation, pour un individu, dans laquelle des mécanismes juridiques relevant d'ordonnancements juridiques différents sont susceptibles de s'appliquer à cette situation » (*ibid.* à la p. 583).

² La question des relations entre la famille et l'État en Europe occidentale est envisagée par Marie-Thérèse Meulders-Klein, *La personne, la famille et le droit, 1968-1998 : trois décennies de mutations en occident*, Bruxelles, Bruylant, 1999 à la p. 413 et s. Marie Pratte, quant à elle, a analysé certaines dispositions du nouveau *Code civil du Québec* au regard de la nouvelle politique familiale québécoise, dans *Analyse de certaines dispositions du nouveau Code civil du Québec en regard de la politique familiale québécoise : rapport présenté au Secrétariat à la Famille, Ministère du Conseil exécutif*, Québec, Gouvernement du Québec, Secrétariat à la famille, 1993.

³ À propos des réformes intervenues en droit de la famille en France, le doyen Jean Carbonnier a affirmé qu'« [e]n libérant certains comportements de la sanction juridique, le législateur a entendu les renvoyer à d'autres systèmes normatifs, mœurs, morale, religion. [...] L'espace de liberté qui a été dégagé pourrait bien être occupé par des normes collectives, des pouvoirs moraux, les médias, l'école et l'Église » (*Droit civil : la famille*, t. 2, 17^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1995 à la p. 24). De là est née pour cet auteur l'hypothèse du non-droit, qui est l'idée d'un espace d'où le droit étatique choisit de se retirer pour que d'autres normes puissent s'y installer pour organiser les rapports entre individus.

mêmes, selon les circonstances, une hiérarchie *ad hoc* des règles qui convergent vers eux⁴ ?

C'est la question de l'attitude du juge de droit civil à l'égard de l'enchevêtrement des normes étatiques et des normes religieuses au sein de la cellule familiale que cet article se propose d'étudier en confrontant l'hypothèse du pluralisme juridique à la démarche pratique des juridictions civiles. Deux raisons essentielles justifient le choix de cette double perspective : celle du juge et celle de la tradition de droit civil.

Premièrement, quelle que soit la nature des relations qu'un ordre juridique étatique choisit d'entretenir avec les ordres normatifs religieux, y compris si l'ordre juridique étatique choisit d'établir une séparation stricte entre les règles de droit étatique et les règles religieuses, il demeure que l'individu constitue le point de rencontre entre ces règles. Comme sa situation peut être soumise à des mécanismes juridiques relevant d'ordres normatifs distincts, celui-ci peut recourir au juge de droit civil pour lui demander de prendre en considération et d'arbitrer cette situation de pluralisme juridique. Dès lors, quelle est l'attitude du juge de droit civil ? Prend-il en considération la norme religieuse ? Accepte-t-il de la reconnaître, c'est-à-dire de déduire des effets positifs ou négatifs au sein de l'ordre juridique étatique du fait de la soumission de l'individu à cette norme religieuse ?

Deuxièmement, une des particularités de la tradition de droit civil est de recourir à un raisonnement déductif⁵, le syllogisme juridique, qui consiste à appliquer des

⁴ Voir Vanderlinden, *supra* note 1 aux pp. 580-81, où il constate que «[t]out individu, sauf exception toujours possible, est [...] le point de rencontre de multiples réseaux sociaux. [...] Les ordonnancements [normatifs] qui se rencontrent, sans nécessairement être différents dans leurs mécanismes, à l'intérieur du champ clos de chaque comportement individuel ne sont pas nécessairement hiérarchisés». Dès lors, selon cet auteur, ce serait l'individu lui-même qui déterminerait cette hiérarchie en fonction de paramètres qui n'ont pas nécessairement un caractère institutionnel : «Il établi[rait] ainsi lui-même, pour la circonstance, une hiérarchie *ad hoc* des ordonnancements juridiques qui convergent vers lui».

⁵ Le raisonnement déductif formel est au centre de la tradition de droit civil mais des nuances peuvent être apportées sur cette approche de cette tradition juridique. Voir Chaïm Perelman, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979. Ce dernier, après avoir noté que le syllogisme rigoureux, raisonnement analytique emblématique d'une logique formelle, a pour particularité le caractère contraignant du passage des prémisses vers la conclusion (*ibid.* à la p. 2), s'efforce ensuite tout au long de son livre de donner des illustrations d'autres types de raisonnements juridiques. Ainsi, reprenant Tarello, Perelman énonce 13 types d'arguments, tels que l'argument *a contrario*, l'argument analogique et l'argument naturaliste (*ibid.* à la p. 55). Mais c'est surtout dans son analyse du raisonnement judiciaire d'après-guerre que Perelman insiste sur le recours par les juges à un raisonnement dialectique, impliqué «par la recherche d'une solution convaincante, instauratrice de la paix judiciaire, parce que, à la fois raisonnable et conforme au droit», et conclut que «le passage de la règle abstraite au cas concret, n'est pas un simple processus déductif, mais une adaptation constante des dispositions légales aux valeurs en conflit dans les controverses judiciaires» (*ibid.* à la p. 84). N'oublions pas toutefois que, comme l'écrit aussi Perelman, «il y a toujours moyen de transformer une argumentation quelconque en un syllogisme, en ajoutant une ou plusieurs prémisses supplémentaires» (*ibid.* à la p. 2), et que le raisonnement dialectique utilise aussi un syllogisme appelé

règles de droit, rassemblées dans un code (la majeure), à des faits présentés par les parties (la mineure), en vue d'en déduire des effets de droit⁶. La tradition de droit civil est donc marquée par une distinction, théoriquement nette⁷, entre le droit (la majeure) et le fait (la mineure). Dès lors, s'il y a reconnaissance de la normativité religieuse⁸ par le juge de droit civil, quel statut lui confère-t-il ? La considère-t-il comme du fait ? Ou, au contraire, la considère-t-il comme du droit ?

Cette lecture de la décision judiciaire fondée sur la dichotomie entre le «fait» et le «droit» peut sembler réductrice en ce qu'elle néglige la dimension rhétorique de l'acte de juger et simplifie à l'excès la question du traitement de la normativité religieuse par le juge de droit civil. Dès lors ne faut-il la dépasser ou à tout le moins la nuancer en recourant à des explications d'ordre méta-juridique ? C'est cette voie que cet article se propose d'explorer en partant de l'intuition que la reconnaissance et les effets accordés à la normativité religieuse par les juridictions civiles sont déterminés par une précompréhension qui leur est propre de la place et du rôle du droit qu'elles appliquent au sein de la société.

À l'origine de cette idée, le postulat proposé par François Ost, selon lequel toute lecture herméneutique d'un événement, d'un document, d'un récit est déjà pré-structurée par une précompréhension de ce qui y est à comprendre⁹. Cette idée d'une précompréhension, fondatrice de tout jugement, de tout acte d'interprétation, de toute connaissance juridique, a également été reprise par Pierre Legrand. Selon lui, les juristes comprendraient le droit, «munis d'un dispositif aussi complexe qu'unique de

«entymème», dont les prémisses ne sont pas énoncées car étant supposément connues et acceptées par l'auditoire.

⁶ Sur les spécificités de la tradition de droit civil, voir H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000 aux pp. 116-56. Voir aussi l'article de Pierre Legrand, «Sens et non-sens d'un code civil européen» [1996] R.I.D.C. 779.

⁷ En effet, cette distinction, théoriquement nette, pose des difficultés lorsqu'il s'agit de distinguer ce qui relève du droit et ce qui relève du fait au cours d'un litige. Sur la distinction entre le fait et le droit, voir l'article de Laurent Leveneur, «Le fait» dans *Archives de philosophie du droit: vocabulaire fondamental du droit*, t. 35, Paris, Sirey, 1990, 143.

⁸ Dans cet article, plutôt que de parler des seules normes religieuses, nous avons choisi l'expression plus large de «normativité religieuse». En effet, lorsque des parties invoquent des normes religieuses à l'appui de leurs prétentions pour obtenir des effets positifs ou négatifs au sein de l'ordre juridique étatique, elles invoquent soit une norme religieuse seule pour en obtenir l'application, soit la situation créée par une ou plusieurs normes religieuses dont elles demandent au juge de droit civil la reconnaissance. Dès lors, lorsque nous utilisons l'expression «normativité religieuse», nous nous référons à la fois à l'un ou l'autre cas.

⁹ François Ost, «L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur» dans Michel van de Kerchove, dir., *L'interprétation en droit: approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, 97. Selon Ost, tout jugement reposerait sur une interprétation fondatrice inconsciente, définissant le contenu d'une précompréhension, c'est-à-dire le contenu de ce qui est à comprendre dans les faits qui sont présentés par les parties. En l'occurrence, selon lui, cette précompréhension serait une représentation idéologique de l'ordre juridique tel que produit par un législateur rationnel, que le juge s'efforcerait d'affirmer et de justifier au travers du jugement en recourant à la logique juridique.

“précompréhension” [qui serait tant] le produit de la culture juridique à laquelle [ils accèdent] par leurs études en droit [que] le fruit du conditionnement opéré par la culture tout court préalablement à toutes études juridiques que ce soit¹⁰. Tout juriste accèderait donc à une connaissance du droit, limité par cette précompréhension du droit qui s’ancre dans son héritage culturel et qui déterminerait la manière dont il aborde tout savoir relatif au droit.

Pour identifier la précompréhension qui sous-tend les décisions abordant la question de la réception de la normativité religieuse, nous avons choisi de limiter notre champ de recherche aux contentieux civils français et québécois relatifs au choix de la religion, à la pratique et à l’éducation religieuse de leurs enfants par les titulaires de l’autorité parentale. En effet, l’intérêt de la comparaison entre le droit de la famille français et le droit de la famille québécois réside dans le fait que les rapports des ordres juridiques français et québécois avec la religion sont fort distincts quand bien même le droit de la famille y est homogène, sécularisé et unifié. En France, l’affirmation de la laïcité de l’État¹¹ a eu trois conséquences sur son droit national : l’appartenance religieuse n’y est plus un élément de l’état des personnes¹² ; les normes étatiques sont exemptes de toutes références explicites à des commandements religieux ; les normes religieuses et les normes de l’État appartiennent à deux ordres parallèles, différents et séparés. Au Québec, une semblable sécularisation du droit civil est observable depuis la promulgation du

¹⁰ Legrand, *supra* note 6 à la p.799. Pierre Legrand utilise cette notion de précompréhension pour affirmer l’individualité de tout ordre juridique national, de même que les limites que rencontre tout juriste dans la compréhension d’un droit autre que son droit national.

¹¹ Selon *Le Petit Robert*, la laïcité est «un principe de séparation de la société civile et de la société religieuse, l’État n’exerçant aucun pouvoir religieux et les Églises aucun pouvoir politique». Cette notion justifie donc politiquement la séparation de l’Église et de l’État. Cependant, elle ne manque pas d’ambiguïté. Comme le constate Jean Rivero, la laïcité «est né[e] d’Église ; le laïc, c’était initialement, e’est toujours dans le vocabulaire catholique, le baptisé qui n’appartient pas à la hiérarchie ecclésiastique, le non clerc» («De l’idéologie à la règle de droit : la notion de laïcité dans la jurisprudence administrative» dans A. Audibert *et al.*, *La laïcité*, Paris, Presses universitaires de France, 1960, 263 à la p. 265). Voir aussi, sur la laïcité, Jean Cornec, *Laïcité*, 2^e éd., Paris, Société universitaire d’éditions et de librairie, 1967 ; Jean Baubérot *et al.*, *L’histoire religieuse de la France, 19^e-20^e siècle*, Paris, Beauchesne, 1975 ; Jean Baubérot, *Vers un nouveau pacte laïque ?*, Paris, Seuil, 1990. Le caractère laïc de l’État français fut reconnu pour la première fois dans le préambule de la constitution de 1946, traduisant par-là même l’achèvement du processus de séparation de l’ordre étatique et des ordres religieux.

¹² Voir *Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit civil*, «Actes de l’état civil» au n° 9. Dans l’Ancien droit, les actes de l’état civil étaient reçus par le clergé catholique, dont les registres avaient un caractère officiel. Par le décret du 20 septembre 1792, les ministres du culte ont cependant perdu toute compétence à cet égard au profit des municipalités, qui ont depuis le soin de dresser et de conserver ces actes. Le clergé continue toutefois à tenir des registres, mais les actes n’ont plus qu’une valeur privée de renseignements sur le fait contesté.

nouveau *Code civil du Québec* en 1991 : le régime de l'état civil est laïcisé¹³ ; le nouveau code ne contient plus que deux articles dont la présupposition renvoie de manière explicite à la religion¹⁴. Toutefois, l'absence de principe de séparation entre les églises et l'État¹⁵ ainsi que le souci exprimé dans le cadre constitutionnel fédéral canadien¹⁶ et dans la Charte québécoise des droits et libertés de la personne¹⁷ d'appréhender la personne dans la concrétude de ses appartenances¹⁸ et de protéger les minorités, notamment religieuses, semblent inviter le juge québécois à appliquer de manière différenciée les règles de droit civil en fonction de l'appartenance culturelle, ethnique et religieuse de l'individu. Dès lors, ce ne sont pas sur les mêmes présupposés que les décisions des juges français et québécois peuvent d'emblée se fonder pour appréhender la normativité religieuse au cours d'un litige.

Pour réaliser cette étude, tous les degrés de juridiction ont été considérés, du Tribunal de grande instance à la Cour de cassation en France, de la Cour supérieure à la Cour suprême du Canada au Québec. Ce corpus jurisprudentiel a toutefois été

¹³ L'article 103 C.c.Q. précise : «Le directeur de l'état civil est le seul officier de l'état civil. Il est chargé de dresser les actes de l'état civil et de les modifier, de tenir le registre de l'état civil, de le garder et d'en assurer la publicité».

¹⁴ L'article 366, al. 2 C.c.Q. reconnaît que les ministres du culte sont des célébrants compétents pour célébrer les mariages, s'ils ont été habilités à le faire par la société religieuse à laquelle ils appartiennent ; l'article 367 C.c.Q. énonce quant à lui qu'«[a]ucun ministre du culte ne peut être contraint à célébrer un mariage contre lequel il existe quelque empêchement selon sa religion et la discipline de la société religieuse à laquelle il appartient».

¹⁵ Selon Margaret H. Ogilvie (*Institutions and the Law in Canada*, Toronto, Carswell, 1996 à la p. 77), le Canada, profondément influencé par la tradition chrétienne majoritaire, reconnaît l'indépendance de l'ordre spirituel et de l'ordre temporel mais n'a jamais posé un principe de séparation, pourtant reconnu tacitement par la pratique. C'est la raison pour laquelle la référence à Dieu peut être envisageable dans les textes canadiens. Ainsi, le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1982* (constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11) énonce : «Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit».

¹⁶ Les principaux textes constitutionnels du Canada sont : la *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5 [*Loi constitutionnelle de 1867*] et la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *ibid.* [*Charte canadienne*].

¹⁷ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12 [*Charte québécoise*].

¹⁸ En effet, comme le note Charles Taylor dans *Multiculturalisme, différence et démocratie* (Manchecourt, Champs Flammarion, 1997), la *Charte canadienne* et la *Charte québécoise* contiennent trois catégories de droits, les deux dernières invitant l'ordre juridique canadien à envisager l'individu dans ses caractéristiques concrètes. Les premiers droits sont individuels et sont semblables à ceux étant protégés par d'autres chartes et constitutions au sein des démocraties occidentales : ce sont, par exemple, la liberté de religion et la liberté d'expression. Les seconds garantissent l'égalité de traitement des citoyens et les protègent contre un traitement discriminatoire pour des motifs irrecevables, tels que la race, le sexe ou la religion. Enfin, les deux chartes reconnaissent des droits à certaines collectivités linguistiques, religieuses ou ethniques. Dès lors, l'ordre juridique canadien reconnaît l'égalité des droits des citoyens tout en reconnaissant l'identité spécifique de certains groupes et de certains individus.

encadré par une double limite¹⁹. La première limite est temporelle. En France, les décisions sélectionnées sont postérieures à la seconde guerre mondiale, s'échelonnant principalement des années soixante à nos jours. En effet, c'est à partir de cette période que le juge de droit civil, marqué auparavant par une compréhension stricte du principe de laïcité, sort de sa neutralité judiciaire pour distinguer, parmi les communautés religieuses, les «religions» et les «sectes». Au Québec, les décisions retenues s'échelonnent des années quatre-vingt à nos jours puisque c'est à partir de cette date que les réformes affectant le droit de la famille et que les chartes canadienne et québécoise définissent des principes directeurs fondamentaux pour guider les décisions civiles en matière religieuse. La seconde limite du corpus jurisprudentiel concerne les sources d'information disponibles. Nos recherches se sont restreintes aux décisions publiées dans les revues et les recueils officiels de jurisprudence. Ce choix se justifie par l'idée qu'une telle publication se fonde sur une sélection *a priori* des décisions civiles significatives selon une certaine doctrine relative aux rapports entre le droit et la religion et, dès lors, peut-être, sur des précompréhensions de la nature des rapports qu'ils doivent entretenir l'un avec l'autre. La conséquence de ce choix est que les faits et les prétentions des parties n'ont pas été recueillis dans les archives judiciaires. L'étude que nous avons pu en faire résulte donc de la narration que le juge de droit civil a pu en retenir dans le cadre de sa décision ainsi que des informations recueillies dans les notes d'arrêts.

Par l'analyse de l'attitude des juges de droit civil français et québécois face aux choix des titulaires de l'autorité parentale de soumettre leur(s) enfant(s) à une ou plusieurs normativité(s) religieuse(s), cet article vise à identifier explicitement les valeurs²⁰ qui guident ces juges dans leur pratique judiciaire. Ces valeurs seront d'autant plus facilement identifiables dans les litiges impliquant un mineur, que le juge de droit civil, sortant de sa neutralité, a souvent tendance à contrôler les normes religieuses auxquelles l'enfant, citoyen en devenir, est soumis, de façon à ce que son sort ne soit pas laissé au libre jeu des normes familiales et des ordres normatifs religieux.

En outre, une démarche comparative entre la France et le Québec peut faciliter la mise en évidence des précompréhensions judiciaires relatives à la place et au rôle du

¹⁹ Pour comprendre les rapports antérieurs entre la règle religieuse et la règle de droit civil au Québec, et plus particulièrement les rapports entre le droit canonique et le droit civil québécois, on se référera aux articles de Ernest Caparros, «La "civilizatio" du droit canonique : une problématique du droit québécois» (1977) 18 C. de D. 711 et de Jean-Louis Baudouin, «L'influence religieuse sur le droit civil du Québec» (1984) 15 R.G.D. 563.

²⁰ La notion de «valeur» a fait couler beaucoup d'encre parmi les philosophes occidentaux, qu'elle soit considérée comme une donnée intuitive d'origine transcendente (Rousseau, Bergson) ou une donnée de l'intuition de la volonté générale d'où naît l'obligation morale (Kant, Fichte) ; certains vont même jusqu'à estimer que la valeur est donnée par un jugement immédiat d'évidence préférentielle (voir Max Scheler, disciple d'Edmund Husserl). Dans cette constellation d'approches philosophiques de la «valeur», se pose plus particulièrement la question de leur enseignement et de leur préservation, comme nous le verrons tout au long de cet article.

droit civil au sein de ces sociétés respectives. En effet, le constat des différences entre les techniques juridiques que les juges français et québécois utilisent pour appréhender la normativité religieuse permet de soulever la question des causes de ces différences et de lever le voile sur la «dimension muette»²¹ de ces décisions : les précompréhensions sur lesquelles sont fondées les décisions des juges français et québécois²².

En partant d'une approche pratique de l'attitude du juge de droit civil français et québécois vis-à-vis de la norme religieuse, cette étude espère s'affranchir d'une analyse trop systématique de la place de la norme religieuse dans la pratique judiciaire. Elle espère identifier la place effective de la norme religieuse dans les ordonnancements juridiques français et québécois tout en dévoilant les précompréhensions relatives à la place et au rôle du droit civil au sein des sociétés respectives qui la sous-tendent. Nous démontrerons ainsi que les juges français et québécois reconnaissent l'existence et les effets des normativités religieuses invoqués par les parties à l'égard de l'enfant, en se servant de certaines techniques juridiques dont le choix est dicté par leurs précompréhensions relatives à la place du droit civil dans la société. Un certain pluralisme est donc reconnu au sein de la cellule familiale (Titre I). Mais, ces deux juges ne se limitent pas à la seule question de la reconnaissance des prétentions des parties quant à l'existence et aux effets de la normativité religieuse. Ils contrôlent aussi les retombées de ce pluralisme au sein de la cellule familiale en déterminant les effets juridiques que la normativité religieuse peut produire au sein de l'ordre juridique étatique. À cet effet, ils utilisent la notion de l'intérêt de l'enfant telle que façonnée par leurs précompréhensions concernant le rôle du droit civil dans leur société respective (Titre II).

Section préliminaire : les assises méthodologiques

Afin de saisir ces précompréhensions, ou, en d'autres termes, cette dimension méta-juridique du droit, nous n'avons pu nous limiter à une méthode traditionnelle d'analyse des jugements de droit civil. Pour explorer cette «dimension muette» de ces décisions, nous avons dû nous efforcer d'adapter cette méthode. En effet, cette dernière, à savoir l'étude du syllogisme juridique comme raisonnement mécanique et

²¹ Cette expression est employée dans l'article de Horatia Muir Watt, «La fonction subversive du droit comparé» (2000) 52 R.I.D.C. 503, qui l'emprunte à Rodolfo Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991 à la p. 106. Selon ce dernier auteur, la comparaison des systèmes juridiques aurait pour conséquence de permettre l'expression des «cryptotypes», données implicites caractérisant une «mentalité» juridique donnée (*ibid.*).

²² Dans son article, Muir Watt constate que «l'admission de la fonction subversive du droit comparé fait partie des acquis de la doctrine comparative depuis l'élaboration par le grand comparatiste italien Rodolfo Sacco de sa théorie du droit comparé comme connaissance critique du droit» (*ibid.* à la p. 505). En effet, en regardant au-delà des horizons purement nationaux, «[l]a comparaison s'engage ainsi contre le dogmatisme, contre les stéréotypes, contre l'ethnocentrisme, c'est-à-dire, contre la conviction répandue (quel que soit le pays) selon laquelle les catégories et concepts nationaux sont les seuls envisageables» (*ibid.* à la p. 506).

neutre qui met l'accent sur la seule décision du juge, était clairement insatisfaisante²³. Pour dépouiller les décisions françaises et québécoises, nous avons donc choisi d'envisager l'acte de juger comme un processus, en vue de décomposer toutes les étapes de l'argumentaire du juge de droit civil dans sa réponse à l'invocation de la normativité religieuse par les parties.

L'élaboration de cette méthode d'analyse des décisions du juge de droit civil a reposé sur trois prémisses : premièrement, le jugement est une argumentation qui se construit en réponse aux prétentions des parties en vue de résoudre le litige, certes, mais aussi en vue de proclamer et de garantir une représentation donnée du droit ; deuxièmement, cette argumentation qui permet au juge de formuler sa décision est le fruit d'un processus appelé «acte de juger» dans lequel l'interprétation de la règle de droit est tout aussi importante que celle des faits exposés par les parties²⁴ ; troisièmement, le juge exerce sa discrétion au cours des différentes étapes constitutives de l'acte de juger, c'est-à-dire qu'il fait des choix et dispose d'une certaine liberté à condition, évidemment, de justifier sa décision par la motivation²⁵.

Dès lors, il a été possible de décomposer de façon chronologique l'acte de juger en cinq phases, la dernière phase étant la seule à être matérialisée dans le jugement tel que publié, résultat lui-même des quatre phases précédentes.

La première phase est l'écoute des prétentions des parties par le juge de droit civil au cours de laquelle les parties exposent des faits²⁶ à l'appui de leurs prétentions

²³ Cette idée selon laquelle le droit peut se réaliser de manière neutre et objective est développée par Henri Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Dalloz, 2002. En développant un mécanisme de réalisation du droit qui repose sur la méthode du syllogisme juridique, Motulsky veut montrer qu'«avant de s'en remettre à des guides aussi incertains et aussi décevants que l'équité, la «nature des choses» ou sa propre conscience [...], le juriste doit essayer de rattacher la solution qu'il recherche aux manifestations concrètes et fermes de l'ordre juridique positif» (*ibid.* à la p. 14).

²⁴ Sur la question de l'interprétation des faits en droit, voir l'ouvrage de Théodore Ivainier, *L'interprétation des faits en droit : essai de mise en perspective cybernétique des «lumières du magistrat»*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1988.

²⁵ La motivation représente la contrainte majeure du jugement et remplit plusieurs fonctions. Tout d'abord, la motivation de la décision vise à favoriser sa légitimation au regard des parties (et particulièrement au regard du perdant), en montrant que la décision se fonde sur le droit. La motivation donne une objectivité au jugement, et ouvre des moyens de recours pour les parties : elle leur permet de fonder leur recours devant une juridiction supérieure en invoquant les motifs de droit ou de fait invoqués par le juge à l'appui de sa décision.

²⁶ Cette présentation est primordiale puisque le juge ne peut fonder sa décision que sur les faits présents au débat (art. 7 N.C. proc. Civ. ; art. 468 C.p.c. : «Le tribunal ne peut adjuger au-delà de ce qui est demandé [...]). Toutefois, la loi offre en France une certaine marge de manoeuvre au juge : selon l'article 26 N.C. proc. Civ., le juge peut fonder sa décision sur tous les faits relatifs au cas qui lui est soumis, y compris ceux qui n'auraient pas été allégués. Par conséquent, le juge peut se référer aux faits que les parties n'ont pas présentés à l'appui de leur prétention mais qui sont exposés dans les conclusions. Sur les parties, pèse la charge de l'allégation. Ainsi, en France, l'article 6 N.C. proc. Civ. précise qu'«à l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les

juridiques, qui suscitent chez le juge «une intuition complexe»²⁷ mêlée simultanément d'une idée de la ou des règle(s) de droit potentiellement applicables au cas de l'espèce, mais aussi d'une idée de la solution à prendre au regard des ses propres valeurs et de celles de la société.

La seconde phase est la reconstruction de l'objet du litige par le juge au cours de laquelle, pour insérer les prétentions des parties dans le système juridique étatique, le juge construit, en interprétant les faits soumis par les parties, son propre objet du litige (la mineure dans le syllogisme juridique), se détachant ainsi de l'objet du litige tel qu'il lui est présenté²⁸. Une telle reconstruction est le fruit d'un ordonnancement et

fonder», et l'article 9 N.C. proc. Civ. indique qu'«il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention». Voir aussi, pour le Québec, l'article 76 C.p.c., qui énonce que «[l]es parties doivent exposer, dans leurs actes de procédure, les faits qu'elles entendent invoquer et les conclusions qu'elles recherchent» et l'article 289 C.p.c., qui précise que «[c]'est à la partie sur laquelle repose le fardeau de la preuve à procéder la première à l'interrogation de ses témoins».

²⁷ En effet, selon les réalistes américains, ce sont surtout des facteurs sociaux qui influencent la décision des juges et l'application mécanique du syllogisme juridique. Voir notamment Jules L. Coleman et Brian Leiter, «Determinacy, Objectivity, and Authority» (1993) 142 U. Pa. L. Rev. 549; Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, New York, Brentano's, 1930 à la p. 100 et s.; Joseph C. Hutcheson, «The Judgment Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decision» (1929) 14 Cornell L.Q. 274; Karl N. Llewellyn, «A Realistic Jurisprudence — The Next Step» (1930) 30 Colum. L. Rev. 431. Voir aussi les critiques exprimées contre cette idée par des auteurs pourtant sensibles à la remise en cause du caractère prétendument mécanique des jugements. Il en est ainsi de Felix Cohen qui, tout en raillant le non-sens transcendantal de la pensée juridique américaine classique, précise que la théorie du «hunch», en mettant trop l'accent sur des facteurs accidentels (par exemple le contenu d'un petit déjeuner), dénie toute pertinence aux facteurs sociaux qui déterminent le cours et le résultat de la décision judiciaire («Transcendental Nonsense and the Functional Approach» (1935) 35 Colum. L. Rev. 809). De même, Roscoe Pound a critiqué les réalistes pour «leur manque de réalisme» lorsqu'ils refusaient de reconnaître que d'autres éléments entraient en ligne de compte dans la prise de décision du juge tels que les idées reçues, la quête d'un idéal de certitude et d'uniformité, le mode de raisonnement juridique traditionnel, etc. («The Call for a Realist Jurisprudence» (1931) 44 Harvard L. Rev. 697).

²⁸ L'objet du litige est la situation sur laquelle s'est élevé le litige, telle que reconstruite par le juge. Ce n'est donc pas un donné, mais bien une construction par le juge pour permettre l'application de la règle de droit. Une telle analyse s'inspire de celle de Patrick Nehrot, «The Law and its Reality» dans Patrick Nehrot, dir., *Law, Interpretation and Reality: Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht, Kluwer, 1990, 50. Selon lui, le fait et le droit ne sont pas deux notions contradictoires, mais plutôt complémentaires. En effet, Nehrot affirme que le fait est le résultat d'une conceptualisation à partir d'éléments détachés de leur contexte. Dès lors, l'objet du litige, support de l'application de la règle de droit, est un «construit» du juge et non pas un «donné» des parties. D'ailleurs, même lorsque les parties présentent les faits, il ne s'agit pas d'un «donné» mais d'un «construit» lui aussi tiré de son contexte, afin de justifier l'application d'une règle de droit favorable à la partie qui invoque les faits. La particularité du «construit» du juge est donc le fait d'être celui d'un tiers au litige qui est censé s'échapper des intérêts particuliers des parties, afin de permettre l'application de la règle de droit et la reconnaissance de valeurs collectives. Cette perception peut être complétée par celle de Rigaux, qui d'ailleurs va plus loin. Selon ce dernier, l'apparente unicité du fait est illusoire : le fait est complexe, et est constitué par la pluralité de ses descriptions au cours du procès (François Rigaux, «The Concept of Fact in Legal Science» dans Nehrot, *ibid.*, 38).

d'une interprétation des faits de l'espèce que le juge de droit civil réalise par leur pondération et la détermination de leur degré de pertinence, ainsi qu'en fonction de la règle de droit qu'il a en vue d'appliquer. Tout comme dans la première phase, le travail du juge est orienté ici par ses propres valeurs ainsi que par celles de la société au sein de laquelle il rend sa décision²⁹.

La troisième phase est la qualification juridique de l'objet du litige par le juge afin d'identifier la règle de droit applicable et les effets de droit qui en découlent. Au cours de cette phase, le juge de droit civil subsume l'objet du litige reconstruit sous une règle de droit civil (la majeure du syllogisme juridique) afin de le rattacher à une catégorie de droit pré-existante et de déterminer le régime applicable. En d'autres termes, au cours de cette troisième phase, pour élaborer le syllogisme juridique, le juge de droit civil établit une coïncidence entre les éléments qui composent la présupposition de la règle de droit civil et ceux qui constituent l'objet du litige, en vue d'en déduire des effets de droit³⁰. Cette phase n'est pas non plus empreinte d'une neutralité absolue, contrairement à ce qu'une approche mécanique du droit pourrait laisser croire. En effet, le choix par le juge de la règle de droit civil qui lui paraît la plus adéquate pour intégrer l'objet du litige et le résoudre est influencé par ses pré-compréhensions quant à la place et au rôle du droit civil au sein de la société. Elle se structure autour des précompréhensions du juge de droit civil qui, depuis l'écoute des prétentions des parties, est inspiré par une idée de la «juste» solution à apporter au litige.

La quatrième phase est la détermination concrète des effets de droit par le juge civil. À l'occasion de cette phase, le juge exerce son contrôle sur les solutions données par l'application des règles de droit civil. Par le recours à un standard tel que l'intérêt de l'enfant, il détermine si ces dernières sont conformes à la normalité des comportements et des situations tels que définis *a priori* par ses précompréhensions attendant à l'ordre juridique étatique. Ces dernières se déduisent de la teneur et du rôle donnés au standard de l'intérêt de l'enfant.

Enfin, la dernière et cinquième phase est la formulation de la décision par le juge de droit civil, laquelle comprend la rédaction de la motivation du jugement et celle du dispositif. Cette phase est essentielle : elle concrétise les étapes précédentes de l'acte de juger et concentre les précompréhensions du juge de droit civil. En effet, la motivation sert à justifier l'application de la règle de droit à l'espèce, à légitimer le bien-fondé de la décision tant à l'égard des parties que des juridictions supérieures et contribue à la construction de l'image du pouvoir judiciaire au sein de la société. Quant au dispositif recelant la solution concrète du litige, il est tout autant le résultat de l'application aux parties du régime juridique choisi par le juge au terme de la

²⁹ Selon Ivainier, *supra* note 24, l'interprétation des faits est une phase essentielle de l'office du juge de droit civil qu'il convient de réhabiliter. Selon lui, le juge interprète les faits grâce à un double système de références : le système de valeurs de l'ordre juridique au sein duquel il intervient, et un système axiologique qui lui est propre, composé de ses valeurs et de celles de la société dont il est issu.

³⁰ Voir les développements sur la qualification de Motulsky, *supra* note 23.

qualification de l'objet du litige que la «réalisation» de ses précompréhensions présentes tout au long du processus.

Par l'application systématique de cette méthode d'analyse aux décisions françaises et québécoises, nous avons pu identifier les différents paramètres qui guident souvent de manière simultanée le juge de droit civil dans sa prise de décision, que ceux-ci soient techniques (recours à des concepts juridiques comme l'autorité parentale ou la liberté de religion), méthodologiques (recours au syllogisme juridique et au standard tel que celui de l'intérêt de l'enfant) ou axiologiques (précompréhensions du juge de droit civil). Plus particulièrement, il nous est apparu que les paramètres axiologiques du juge constituent la clef de voûte du processus de l'acte de juger et déterminent le choix des paramètres techniques et méthodologiques. Par bien des aspects, la mise en œuvre de ces paramètres tend à répondre à une représentation donnée et intégrée de la place et du rôle du droit civil au sein de la société.

Cet article présente une synthèse de ce dépouillage. Notre méthode d'analyse n'est donc que l'arrière-plan de notre étude dont la trame suit une logique plus théorique. Par l'analyse méthodique des décisions françaises et québécoises, deux constats se sont imposés. Premièrement, les concepts juridiques d'autorité parentale, en France, et de liberté de religion, au Québec, servent de fondements à la reconnaissance de la norme religieuse et servent à établir la place du droit civil à l'égard des normes religieuses (I). Deuxièmement, le standard de l'intérêt de l'enfant est au centre du contrôle des effets de la norme religieuse et assoit un rôle spécifique du droit civil au sein de la société (II).

I. Un pluralisme reconnu ?

Bien que les juges français et québécois adoptent une attitude différente à l'égard des parties qui invoquent une normativité religieuse à l'appui de leur prétention (A), l'un et l'autre choisissent de reconnaître l'existence de la normativité religieuse et ses effets sur l'enfant. Toutefois, les techniques juridiques de la reconnaissance, propres à chacun de ces deux juges, révèlent, à la base de leur raisonnement juridique, des représentations idéologiques distinctes quant à la place du droit civil au sein de la société (B).

A. Le juge de droit civil face aux parties qui invoquent une normativité religieuse : l'analyse concrète des décisions judiciaires

Lorsque les titulaires de l'autorité parentale³¹ choisissent de soumettre leur enfant à des règles religieuses, voire même à un ordre normatif religieux, ils adoptent, sur le fondement desdits préceptes religieux, des comportements qui produisent des effets

³¹ En droit français tout comme en droit québécois, les parents naturels (du moment qu'ils reconnaissent l'enfant) et les parents légitimes se voient reconnus titulaires de l'autorité parentale sur leur enfant.

sur l'enfant. Or, parfois, le choix par un parent de la religion, des rites religieux (baptême, circoncision, etc.), de l'éducation ou de la pratique religieuse pour un enfant peut aller à l'encontre des désirs de l'autre parent. Un conflit peut alors s'élever entre les titulaires de l'autorité parentale, qui peuvent décider de le porter devant les juridictions de l'ordre juridique étatique. Généralement, les conflits présentés au juge peuvent émerger de deux types de situations : les deux parents s'opposent soit parce qu'ils appartiennent à deux religions différentes, soit parce qu'ils ne pratiquent pas leur religion commune avec le même degré de ferveur.

1. Le contenu des prétentions des parties : un essai de typologie

Lors des litiges relatifs au choix de la religion, à l'éducation ou à la pratique religieuse des mineurs, les parties peuvent invoquer à l'appui de leurs prétentions des comportements qu'elles présentent comme induits de la soumission à une règle religieuse, à un faisceau de règles religieuses, voire à un ordre normatif religieux. Elles attendent que le juge de droit civil en tienne compte lors de l'écoute de leurs prétentions (première phase de l'acte de juger)³² ainsi que lors de l'application de la règle de droit civil (troisième phase de l'acte de juger). On constate que la norme religieuse peut alors être invoquée à un double titre : soit comme une norme dont les parties réclament l'application au juge³³; soit comme une norme à l'origine d'une situation créée sous son emprise, situation que les parties demandent au juge de reconnaître ou de méconnaître³⁴. En outre, on peut considérer que ces prétentions fondées sur une normativité religieuse poursuivent généralement l'un ou l'autre des deux desseins suivants. Soit les parties cherchent à faire reconnaître par le juge la soumission de l'enfant à une normativité religieuse et à permettre l'expression de ses effets à son égard par le biais de l'application de la règle de droit civil : il s'agit là de demander des effets positifs au sein de l'ordre juridique étatique de la soumission de l'enfant à une normativité religieuse (a). Soit elles cherchent à faire reconnaître que l'enfant ne peut être soumis à cette normativité et à évincer ses effets à son égard par l'application de la règle de droit civil : il s'agit de demander des effets négatifs au sein de l'ordre juridique étatique de la soumission de l'enfant à une normativité religieuse (b).

³² Nous rappelons ici que c'est à partir des jugements et des notes d'arrêt publiés que nous avons tenté d'identifier les prétentions des parties telles qu'elles ont sans doute été présentées et narrées au juge de droit civil.

³³ Par exemple, un parent musulman qui invoque une règle musulmane considérant que si l'enfant reçoit les sacrements d'une autre religion, il ne pourra plus être considéré comme musulman pour empêcher des actes religieux de son ex-épouse catholique à l'égard de leur enfant commun.

³⁴ Par exemple, deux époux qui revendiquent leur qualité de parrain et marraine pour obtenir un droit de visite à l'égard de leur filleule, alors qu'aucun lien de parenté ne les lie avec celle-ci.

a. *Pour faire reconnaître la soumission de l'enfant à une normativité religieuse et permettre l'expression de ses effets à son égard (effet positif)*

Les parties peuvent invoquer la soumission de l'enfant à une ou des règle(s) religieuse(s), voire à un ordre normatif religieux, pour que le juge reconnaisse l'existence de cette normativité religieuse et qu'il permette, par l'application d'une règle de droit civil, l'expression de ses effets à l'égard de l'enfant. Ainsi, au Québec, une épouse, membre du mouvement Lubavitch, a pu invoquer les préceptes religieux de son mouvement en vue d'obtenir le retrait du droit de visite de son ex-époux pendant le «Shabbat» afin que, pendant ce jour, celui-ci n'impose pas à leurs enfants communs des actes que le mouvement défend³⁵. De même, un père musulman a-t-il pu invoquer une règle religieuse de sa communauté, excluant de la religion musulmane tout enfant baptisé qui reçoit l'eucharistie chrétienne, en vue d'obtenir une injonction interlocutoire³⁶ interdisant à son ex-épouse, catholique, d'administrer le sacrement de l'eucharistie à leur enfant commun³⁷. En France, deux époux, parrain et marraine, ont pu invoquer l'institution du baptême catholique en vue d'obtenir un droit de visite à l'égard de leur filleule, que leur déniaient les parents de l'enfant³⁸. Dans une autre affaire, deux parents protestants ont pu demander que leur enfant, placée dans un établissement catholique, reçoive une éducation protestante et soit élevée selon les préceptes de leur religion³⁹.

b. *Pour faire reconnaître que l'enfant ne peut être soumis à une normativité religieuse et évincer ses effets à son égard (effet négatif)*

L'invocation de la norme religieuse pour que le juge prête le bras séculier du droit civil pour reconnaître les effets de cette norme dans son ordre juridique n'est pas la seule fin que recherchent les parties. En effet, l'une des parties peut aussi choisir d'invoquer la norme religieuse ou la situation créée sous son empire pour que le juge l'évince (effet négatif) et rende ainsi inefficaces ses effets à l'égard de l'enfant. Par

³⁵ Voir *Droit de la famille* — 1114, [1987] R.D.F. 366 (C.S.).

³⁶ Au Québec, soit on demande une injonction à titre principal : il s'agit de l'injonction demandée par action. Soit on demande une injonction à titre incident : il s'agit alors de l'injonction interlocutoire. Voir l'article 752 C.p.c., qui précise : «Outre l'injonction qu'elle peut demander par requête introductive d'instance, avec ou sans autres conclusions, une partie peut, au début ou au cours d'une instance, obtenir une injonction interlocutoire. L'injonction interlocutoire peut être accordée lorsque celui qui la demande paraît y avoir droit et qu'elle est jugée nécessaire pour empêcher que ne lui soit causé un préjudice sérieux ou irréparable, ou que ne soit créé un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace».

³⁷ Voir *Droit de la famille* — 2505, [1996] R.D.F. 785 (C.S.).

³⁸ Voir Paris, 30 avril 1959, D. 1960.Jur.673 (note Jean Carbonnier), J.C.P. 1959.II.11097 (note P.N.).

³⁹ Voir Trib. gr. inst. Versailles, 24 septembre 1962, D. 1963.Jur.52 (note Jean Carbonnier) [T.G.I. Versailles, 24 septembre 1962].

exemple, au Québec, un époux catholique a pu invoquer l'obligation de son épouse, Témoin de Jéhovah, de faire du porte-à-porte en vue d'obtenir la restriction du droit de visite de celle-ci⁴⁰. De même, en France, une épouse catholique a pu invoquer les exigences excessives de la communauté des Témoins de Jéhovah pour interdire à sa fille de 16 ans de recevoir le baptême dans le cadre de cette communauté religieuse⁴¹.

Faire produire des effets positifs ou négatifs au sein de l'ordre juridique étatique du fait de la soumission de l'enfant à une normativité religieuse, tels sont les desseins poursuivis par les parties dans les litiges relatifs au choix de la religion, de l'éducation ou de la pratique religieuse des mineurs. Face à de telles prétentions fondées sur une normativité religieuse, le juge de droit civil va reconstruire l'objet du litige : se départissant de l'objet du litige tel que construit par les parties, il va sélectionner les faits qui lui apparaissent pertinents et, à partir de ceux-ci, construire la mineure du syllogisme pour appliquer la règle de droit civil appropriée en l'espèce. La question qui se pose est alors la suivante : dans quelle mesure la norme religieuse ou la situation née sous son empire est-elle un élément pertinent pour le juge dans la construction de l'objet de litige ?

2. Le traitement des prétentions des parties par les juges français et québécois

Face aux prétentions des parties fondées sur une normativité religieuse, le juge va ensuite reconstruire l'objet du litige (deuxième phase de l'acte de juger) et choisir une qualification donnée (troisième phase de l'acte de juger). Sur ces points, les positions du juge français et québécois diffèrent. Alors que le juge français semble, la plupart du temps, vouloir évincer cet argument en déplaçant l'objet du litige (a), le juge québécois s'efforce de le prendre en considération (b).

a. *La soumission à une normativité religieuse : un argument évincé par le juge français par un déplacement de l'objet du litige*

i. Effets positifs demandés et reconnaissance incidente des effets de la normativité religieuse

En France, la reconnaissance directe de la soumission à une normativité religieuse pour en déduire des effets positifs au sein de l'ordre juridique étatique semble, à bien des égards, n'être qu'une exception, qui d'ailleurs a été rapidement mise en échec. L'exemple sans doute le plus représentatif de reconnaissance directe de la soumission à une norme religieuse invoquée par les parties afin que le droit

⁴⁰ Voir *Droit de la famille* — 353 (1987), 8 R.F.L. (3^e) 360 (C.A.).

⁴¹ Voir Cass. Civ. 1^{re}, 11 juin 1991, Bull. Civ. 1991.I.n°196, D. 1991.Jur.521 (note Philippe Malaurie), [1992] R.T.D. civ. à la p. 75 (note Jean Hauser).

étatique prête son concours à la réalisation de ses effets au sein de l'ordre juridique étatique est l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 30 avril 1959. Dans cette décision, les juges ont accordé un droit de visite à des époux catholiques, parrain et marraine d'une enfant avec laquelle ils n'avaient aucun lien de parenté, en le justifiant par l'existence de l'institution religieuse du parrainage⁴². Pour ce faire, ils ont eu recours à un raisonnement juridique s'appuyant sur deux arguments principaux. Tout d'abord, ils ont affirmé la juridicité de l'institution du parrainage en affirmant qu'elle était une coutume *praeter legem*. Dès lors, par un raisonnement analogique, ils ont assimilé la parenté spirituelle à la parenté légale, admettant ainsi une certaine complémentarité de la règle religieuse et de la règle de droit civil⁴³. Ensuite, en utilisant l'argument de l'autonomie de la volonté, ils ont reconnu le choix des époux de se soumettre aux obligations imposées par l'Église catholique dans le cadre de l'institution du parrainage et en ont déduit l'existence d'un droit subjectif comme fondement de leur action, justifiant qu'ils revendiquent des droits reconnus au sein de l'ordre juridique étatique, comme le droit de visite, pour assurer le respect de leurs devoirs religieux⁴⁴. Ainsi, dans cet arrêt, les juges français ont identifié une obligation juridique à la charge des époux qui trouvait sa source dans l'acte du baptême, dont le contenu était défini par les règles de la communauté catholique et à laquelle le droit civil a prêté son bras séculier pour permettre à ceux auxquels elle s'impose de la respecter. Une nuance doit toutefois être apportée. En effet, s'il y a eu reconnaissance d'une certaine complémentarité entre la règle étatique et la règle religieuse par le juge français, ce n'est qu'après avoir incorporé les règles religieuses au sein des sources du droit reconnues par l'ordre juridique français : la coutume *praeter legem* et l'autonomie de la volonté.

Toutefois, cette tentative de reconnaissance directe d'une situation créée sous l'empire de règles religieuses a été rapidement mise en échec. Ainsi, par un arrêt du 22 mars 1961, la première Chambre civile de la Cour de cassation a cassé la décision de la Cour d'appel de Paris, en lui reprochant de s'être fondée «sur le lien spirituel qui unit [l'enfant] à ses parrain et marraine» pour imposer aux parents investis du droit de garde un droit de visite ou d'hébergement au profit de personnes autres que

⁴² Voir Paris, 30 avril 1959, *supra* note 38.

⁴³ *Ibid.* : «[I]l est généralement admis que la parenté légale (légitime ou naturelle) confère sur le mineur soumis à l'autorité parentale le droit de le voir (droit de visite) ou de le recevoir (droit d'hébergement), dans la mesure où l'exige l'intérêt de l'enfant et ne l'interdit pas l'exercice normal et légitime de la puissance paternelle ; [il] ne saurait en être différemment du lien de parenté dans son essence spirituelle qui [...] existe entre parrain et marraine et filleul ou filleule et trouve sa consécration dans un usage plusieurs fois séculaire, constant, généralement suivi et non contraire à la loi».

⁴⁴ *Ibid.* : «[D]e surcroît, en l'espèce, [les époux] se sont volontairement, formellement et solennellement soumis [à cette institution], de l'aveu même de la mère, seule titulaire [de l'autorité parentale] ; [un tel] lien implique l'observance, tant sur le plan moral que matériel, des devoirs correspondants, qui, s'ils ne sont soumis à aucune sanction du droit positif, ne s'en imposent pas moins en conscience, et confèrent à ceux qui les ont acceptés et entendent les assumer la faculté de revendiquer l'exercice des droits qu'exige leur exact accomplissement».

les ascendants⁴⁵. Cette position a été confirmée le 1^{er} décembre 1982 par la première Chambre civile de la Cour de cassation⁴⁶, qui a reconnu de façon exceptionnelle un droit de visite à une tante à l'égard de ses neveux, en se fondant sur le lien d'affection qui l'unissait aux enfants et non sur «le lien d'essence spirituel né du parrainage religieux»⁴⁷. L'existence d'un ordre normatif religieux coexistant avec l'ordre juridique étatique n'a donc pas été reconnue, pas plus que l'existence d'une norme religieuse obligatoire pour le sujet de droit. Ce sont les sentiments, les émotions du sujet de droit qui semblent davantage avoir justifié le droit de visite de la marraine à l'égard de son filleul⁴⁸.

Ce choix de ne pas déduire directement des effets positifs de la soumission à une normativité religieuse a été également exprimé dans une décision rendue par le Tribunal de grande instance de Versailles, le 24 septembre 1962⁴⁹. En réponse aux prétentions de deux parents protestants qui affirmaient que la religion de l'enfant était un élément de l'état pour obtenir que leur fille, placée dans un établissement catholique, soit élevée selon les préceptes de la religion réformée qu'ils avaient choisie d'un commun accord, le juge de droit civil a affirmé qu'un tel principe ne pouvait être posé au sein de l'ordre juridique étatique français. En effet, «l'état d'une personne étant l'ensemble des qualités que la loi prend en considération pour y attacher des effets juridiques, rattacher la religion à l'état aurait pour conséquence de reconnaître à la religion des effets juridiques, ce qui est impossible dans un Etat laïc». Il apparaît donc que le juge de droit civil a refusé de considérer comme un élément de l'état de l'enfant, la religion que les parents lui ont choisie d'un commun accord afin de ne pas devoir reconnaître systématiquement la soumission de l'enfant à cette normativité religieuse et être contraint d'assurer l'expression de ses effets à l'égard de celui-ci.

Toutefois, à défaut de déduire directement des effets positifs au sein de l'ordre juridique étatique de la soumission à une normativité religieuse, le juge français assure de manière incidente l'expression des effets de certaines normativités religieuses à l'égard de l'enfant, reconnaissant de manière indirecte l'existence des ordres normatifs religieux. Ainsi, dans certaines décisions, on constate que, pour résoudre les conflits de nature religieuse entre les parents, le juge français s'efforce

⁴⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 22 mars 1961, D. 1961.Jur.521 (note René Savatier).

⁴⁶ D. 1983.IR.143.

⁴⁷ L'article 371-4, alinéa 2 C.c.F. prévoit qu'en considération de situations exceptionnelles, le juge aux affaires familiales peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non.

⁴⁸ Sur la place accordée aux sentiments en droit civil, voir l'ouvrage de Jacqueline Pousson-Petit et Alain Pousson, *L'affection et le droit*, Paris, Centre national de la recherche scientifique, 1990 à la p. 34 : «Le Code civil recueille cette conception de l'homme désincarné et désensibilisé. Nul mieux que R. Savatier n'a décrit la réalité révolutionnaire, le Code de 1804 ampute la personne des époux de toute une partie d'elle-même, et méconnaît les attributs de leur personnalité. Il n'entend pas voir dans le mariage le siège du droit d'épanouir les tendresses sensibles du complexe familial».

⁴⁹ *Supra* note 39.

d'identifier la religion de l'enfant afin de résoudre les litiges qui peuvent naître entre deux parents à propos de son éducation religieuse. Selon une méthode établie le 6 janvier 1948 par le Tribunal civil de Briançon⁵⁰ et reprise maintes fois⁵¹, notamment dans l'arrêt de la première Chambre civile du 11 juin 1991⁵², «l'enfant a la religion de ses parents au jour de sa naissance et la religion commune qu'ils lui ont choisie». À partir de cette règle élaborée par la jurisprudence qui, à bien des égards, ressemble à une règle de conflit, le juge français s'efforce de déterminer la religion de l'enfant en se référant à un faisceau d'indices : l'appartenance religieuse des parents au jour de la naissance de l'enfant, le mariage religieux des parents, les sacrements religieux auxquels les parents ont déjà soumis leur enfant d'un commun accord. Cet ensemble de faits, pertinents dans la construction de l'objet du litige, permet au juge de déterminer les pratiques et les sacrements religieux applicables à l'enfant. Il permet aussi d'identifier la religion de l'enfant pour les personnes extérieures à la cellule familiale⁵³. En fait, pour le juge de droit civil, les parents posent des actes tendant à démontrer la soumission de leur communauté de vie à une normativité religieuse donnée. Dès lors, il semble exister pour lui une présomption que cette normativité religieuse choisie par les parents d'un commun accord interviendra dans l'éducation religieuse des enfants jusqu'à leur majorité.

Dans le cadre de cette méthode, deux constats s'imposent. Tout d'abord, en identifiant la religion à laquelle l'enfant est soumis, le juge français autorise à l'égard de l'enfant les comportements issus des normes de la communauté religieuse qui est commune aux deux parents ou qu'ils ont choisi en commun. En d'autres termes, le juge de droit civil français assure implicitement à l'égard de l'enfant les effets de la normativité religieuse commune aux deux parents ou qu'ils ont choisi d'un commun accord. En second lieu, dans le cadre de cette méthode, il est à noter que la normativité religieuse invoquée par les parties n'est pas un élément pertinent pour la construction de l'objet du litige. En effet, cette méthode permet au juge français de ne pas répondre directement aux prétentions des parties fondées sur une normativité religieuse mais bien de les évincer en déplaçant l'objet du litige de la question de la reconnaissance des effets de la normativité religieuse vers celle de l'identification de la religion de l'enfant.

⁵⁰ D. 1948.Jur.579 (note Jean Carbonnier), J.C.P. 1948.II.4163 (note Robert Vouin) [Trib. civ. Briançon, 6 janvier 1948].

⁵¹ Voir par ex. Trib. gr. inst. Sarrebourg, 12 novembre 1988, J.C.P. 1989.II.213 (note Fossier) [T.G.I. Sarrebourg, 12 novembre 1988].

⁵² *Supra* note 41.

⁵³ Voir Trib. gr. inst. Paris, 6 novembre 1973, Gaz. Pal. 1974.1^{er} sem.Jur.299 (note Pierre Barbier). Dans cette affaire, le père avait intenté une action en responsabilité contre le médecin qui avait pratiqué une circoncision thérapeutique sur ses trois enfants, à la demande de la mère : «Attendu qu'il aurait pu en être différemment s'il s'était agi d'une circoncision rituelle, notamment dans le cas d'enfants dont les parents n'auraient pas été tous deux de confession israélite, ou si les formes normales prescrites par la religion hébraïque n'étaient pas respectées, l'hypothèse d'un désaccord des parents avait été vraisemblable».

ii. Effets négatifs demandés et reconnaissance directe de la normativité religieuse

Quant à l'attitude du juge français à l'égard des prétentions des parties qui lui demandent de déduire des effets négatifs de la soumission à une normativité religieuse, il s'avère que celle-ci varie le plus souvent. Parfois, face à de telles prétentions, certains juges s'efforcent de déplacer l'objet du litige et de ne pas prendre en considération, dans la construction de ce dernier, l'existence et les effets de la normativité religieuse invoqués par les parties. Dans le cadre de telles décisions, ils affirment généralement être contraints à une obligation de neutralité à l'égard du phénomène religieux en raison du principe de laïcité, obligation qu'ils entendent respecter en niant ou tout au moins en minimisant la dimension religieuse du litige qui leur est présenté. Ainsi, la Cour d'appel de Montpellier, le 29 juin 1992⁵⁴, a-t-elle contesté la décision du juge aux affaires familiales de Rodez qui, après avoir autorisé deux époux à vivre séparément, avait fixé la résidence des enfants chez le père en raison de l'appartenance de la mère à la communauté des Témoins de Jéhovah, sa soumission à cette normativité religieuse étant contraire, selon le premier juge, à l'intérêt de l'enfant⁵⁵. Dans cet arrêt, après avoir mentionné les écueils que tout juge de droit civil doit éviter face aux litiges de nature religieuse, la Cour d'appel s'est efforcée d'apprécier la meilleure solution pour l'enfant au regard de critères essentiellement psychologiques et matériels⁵⁶. Dans le cadre de cette décision, elle a refusé de considérer l'existence et les effets de la normativité religieuse à laquelle la mère avait choisi de se soumettre comme étant des éléments pertinents dans la construction de l'objet du litige.

Toutefois, le plus souvent, le juge français prend en considération l'existence et les effets de la normativité religieuse à l'égard de l'enfant en vue d'en déduire des effets négatifs au sein de l'ordre juridique étatique⁵⁷. Ainsi, le Tribunal de grande

⁵⁴ Gaz. Pal. 1993.2^e sem.Jur.547 (note Alain Garay et Philippe Goni) [Montpellier, 29 juin 1992].

⁵⁵ La Cour affirme que «c'est à tort que le premier juge a fondé sa décision [...] sur les activités cultuelles de [la mère] telles que l'exigerait d'elle son adhésion aux Témoins de Jéhovah» (*ibid.*).

⁵⁶ Ainsi, après avoir déclaré qu'«il n'appartient pas au juge de peser et de comparer les mérites ou les dangers, les bienfaits ou les inconvénients respectifs d'une religion dominante par rapport à une secte minoritaire [et que] le juge doit non procéder par voie d'affirmations générales, mais rechercher si, dans le cas d'espèce, les activités des père et mère au sein d'une église, d'une secte, d'un parti politique ou de tout autre groupement ou association à finalité religieuse, culturelle, politique, philosophique, culturelle ou autre, présentent des avantages ou des inconvénients au regard de l'intérêt des enfants» (*ibid.*), la Cour d'appel en a déduit que la résidence des enfants devait être maintenue chez le père parce que l'enquêtrice sociale a constaté que les enfants n'étaient pas perturbés psychologiquement chez leur père, que la maison du père était un cadre de vie idéal pour les enfants, qu'il avait une bonne activité professionnelle, alors que la mère n'avait pas conservé son appartement et que ses occupations professionnelles étaient inconnues.

⁵⁷ Pour illustrer notre affirmation, voir les décisions ci-dessous où le juge de droit civil français analyse les préceptes et les modes de vie des sectes auxquelles des parents sont affiliés en vue de leur retirer leur droit de garde. Voir, par exemple, Dijon, 4 juin 1991, Gaz. Pal. 1993.Somm.511 : «La liberté de la mère d'adhérer à une secte où elle croit trouver son épanouissement personnel ne peut

instance de Saint-Brieuc a pris en considération les prétentions d'une mère demandant que sa fille de 16 ans ne soit pas autorisée à recevoir le baptême de la communauté des Témoins de Jéhovah en raison des effets de la normativité religieuse sur l'enfant⁵⁸. De même, la Cour de cassation, le 6 mai 1987, a confirmé la décision de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence qui avait confié la garde des enfants à un ex-époux en raison de l'appartenance de la mère à la secte de la «Fraternité Blanche Universelle»⁵⁹. Pour apprécier l'intérêt des enfants, la Cour d'appel a constaté qu'il était dans leur intérêt de vivre avec leur père parce que lorsque la mère «s'absentait, pour les besoins de sa profession, elle laissait les enfants sous la surveillance de son concubin, adepte, comme elle, d'une secte», et parce que les adolescents «se plaign[ai]ent souvent des carences au niveau de leur vie quotidienne organisée selon les préceptes de la secte de leur mère, secte dont l'enquêtrice précise qu'elle est présente à plusieurs moments de la journée par divers rituels»⁶⁰.

L'analyse de ces décisions conduit à nouveau à la formulation de trois constats. Tout d'abord, l'existence et les effets de la normativité religieuse à laquelle sont soumis les enfants en raison du choix de l'un des titulaires de l'autorité parentale sont le plus souvent des éléments pertinents pour la construction de l'objet du litige. En

avoir pour effet que ses enfants, âgés de 8 ans et de 5 ans, soient contraints de partager un mode de vie peu compatible avec les normes éducatives communément admises. Même si elle manifeste l'intention de les inscrire dans un établissement scolaire public, il n'est pas conforme à l'intérêt des enfants que seul la Cour doit prendre en considération, de subir l'influence de la responsable de la secte, qui paraît avoir subjugué leur mère. C'est donc avec raison que le juge aux affaires matrimoniales a dit que l'exercice de l'autorité parentale sera attribué au père et à la mère et a fixé chez le premier la résidence habituelle des enfants, décision correspondant de surcroît au souhait exprimé par les propres parents de la mère, inquiets du comportement de celle-ci et conscients du danger que présentait pour leurs petits-enfants la proximité de l'endroit où est installée la secte». Voir aussi Nîmes, 23 octobre 1996, J.C.P. 1997.IV.2165 : «Il n'appartient pas à la cour de porter un jugement sur les fondements de la religion dite des Témoins de Jéhovah, mais il entre dans ses attributions de protéger les enfants ou mineurs de pratiques qui ont pour but d'atténuer leur libre arbitre et l'éclosion de leur personnalité par un endoctrinement ou un conditionnement précoce. En l'espèce, les méthodes d'éducation, pouvant aller jusqu'aux corrections physiques, qui ont été appliquées sans doute par les deux parents jusqu'à leur séparation et continuées, avec une ferveur accrue par le père, postérieurement, ont abouti à créer un déséquilibre psychologique chez les enfants, ayant nécessité des suivis psychiatriques pendant plusieurs années. Le père les prive de toute activité ludique et leur impose des études bibliques. La mère, face à la souffrance de ses enfants, a abandonné toute pratique religieuse et leur dispense une éducation classique en opposition avec les convictions du père que les enfants ressentent comme une véritable marginalisation. Il convient dès lors de confier à la mère l'exercice exclusif de l'autorité parentale».

⁵⁸ Le tribunal a affirmé, pour interdire le baptême à cette adolescente, que la secte des témoins de Jéhovah imposait un endoctrinement considérable et que «le baptême [...] ne ferait que l'ancrer davantage dans une religion qui, par ses exigences énormes, ne doit s'adresser qu'aux adultes, du moins lorsqu'il s'agit d'une conversion». Les prétentions des parties et les arguments du Tribunal de grande instance de Saint-Brieuc (10 octobre 1989) [T.G.I. Saint-Brieuc, 10 octobre 1989] sont rapportés dans Cass. Civ. 1^{re}, 11 juin 1991, *supra* note 41, qui a confirmé la décision de ce tribunal.

⁵⁹ Cass. civ. 2^e, 6 mai 1987, *Juridisque Lamy*.

⁶⁰ *Ibid.*

effet, après avoir constaté l'existence de la normativité religieuse et ses effets préjudiciables pour l'enfant, invoqués par les parties, le juge de droit civil l'évince par l'application de la règle de droit civil, en confiant la garde de l'enfant à l'autre parent par exemple. Deuxièmement, le juge français n'hésite pas à reconnaître l'existence et les effets de la normativité religieuse lorsqu'il s'agit de déduire des effets négatifs au sein de l'ordre juridique étatique de la soumission à une normativité religieuse, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'évincer à l'égard de l'enfant l'application de certaines normativités religieuses. Enfin, au travers de ces décisions, on peut noter que le traitement de la normativité religieuse par le juge français, à savoir l'absence d'invocation d'office de la norme religieuse⁶¹ et l'inexistence de tout recours à un expert pour lui expliquer le sens et la portée des préceptes religieux invoqués, montre que la norme religieuse est assimilée à un fait. Le juge français semble refuser de lui reconnaître la qualité de norme, confirmant ainsi que les tribunaux, sans contredire la laïcité du système juridique français, peuvent seulement tenir compte, comme d'une donnée de fait, de la religion d'une partie⁶².

b. La soumission à une normativité religieuse : un argument pertinent pour le juge québécois

i. Effets positifs demandés et reconnaissance directe de la normativité religieuse

À la différence du juge français, le juge québécois reconnaît par principe l'existence de la norme religieuse invoquée par les parties. Il reconnaît la règle religieuse comme l'expression d'un ordre normatif distinct de l'ordre juridique étatique québécois et s'efforce d'assurer l'expression de ses effets à l'égard de l'enfant par l'application de la règle de droit civil. La reconnaissance de principe, par le juge québécois, des prétentions des parties fondées sur une normativité religieuse, se réalise en trois étapes. Tout d'abord, le juge de droit civil identifie la normativité religieuse à laquelle les titulaires de l'autorité parentale ont choisi de se soumettre et détermine leur degré de soumission à celle-ci, faisant semble-t-il de cette dernière une condition de la recevabilité de la prétention fondée sur la norme religieuse. Ainsi, dans *Droit de la famille - 1114*⁶³, le juge québécois, pour se prononcer sur les prétentions d'une mère juive, membre du mouvement Lubavitch, a-t-il vérifié la réalité de sa pratique religieuse ainsi que celle de son ex-époux, également juif⁶⁴.

⁶¹ La charge de l'allégation de la norme religieuse et sa preuve sont du ressort de la partie qui l'invoque. Voir Paris, 19 mars 1981, Gaz. Pal. 1981.2^e sem.Somm.238 : «la preuve du choix de la religion catholique par des parents au demeurant non pratiquants résulte suffisamment du fait que leur mariage a été célébré religieusement et que leur premier enfant a été baptisé».

⁶² Voir la note sous Nîmes, 10 juin 1967, D. 1969.Jur.366 (note Jean Carbonnier).

⁶³ *Supra* note 35.

⁶⁴ À cette occasion, il avait constaté que cette mère avait commencé à fréquenter ce mouvement juif plus orthodoxe après s'être séparée en 1984 de son époux, également juif, et que, depuis, elle

Puis, constatant que les deux parents appartenaient à la même religion, il s'est efforcé de mesurer leur degré d'implication respectif.

Ensuite, après avoir vérifié l'existence d'une soumission effective des titulaires de l'autorité parentale à une ou plusieurs normativité(s) religieuse(s), le juge québécois soutient généralement le droit pour chacun des deux époux de soumettre leurs enfants aux préceptes religieux qu'ils ont choisis en conscience, affirmant ainsi la légitimité du choix des parents de soumettre leur(s) enfant(s) à une ou plusieurs normativité(s) religieuse(s). Ainsi, dans *Droit de la famille — 1456*, la Cour d'appel du Québec a reconnu que «le droit fondamental à la liberté religieuse est tel qu'il autorise et justifie chacun des ex-conjoints de pratiquer librement sa religion en présence de l'enfant et d'enseigner à ce dernier les préceptes de la religion de son choix»⁶⁵.

Enfin, face aux prétentions des parties fondées sur une normativité religieuse, le juge de droit civil québécois ne se limite pas à cette seule reconnaissance. En effet, le plus souvent, il s'efforce de permettre l'exercice effectif de ce droit par le retrait ou l'application de la règle de droit civil. Ainsi, dans *Droit de la famille — 2505*⁶⁶, le juge québécois a, entre autres, protégé le droit du père musulman de transmettre ses préceptes religieux à son fils cadet en limitant les actes religieux de la mère, découlant de ses préceptes religieux catholiques, ceux-ci étant de nature à exclure définitivement leur fils de la communauté musulmane. Toutefois, il est important de noter que ce n'est qu'au terme du contrôle de la teneur de la normativité religieuse invoquée par la partie que le juge de droit civil québécois décide du retrait ou de l'application de la règle de droit civil. Ainsi, dans *Droit de la famille — 2505*, pour décider de prononcer une injonction interlocutoire à l'encontre de la décision de la mère catholique d'administrer le sacrement de l'eucharistie à son fils, le juge s'est-il efforcé d'apprécier la signification du sacrement de l'eucharistie au regard des règles religieuses de l'Église catholique et des règles religieuses de la communauté musulmane. Puis, après avoir prononcé la mesure d'urgence, le juge québécois a affirmé que toute décision au fond ne pourrait être rendue qu'après le recours à un expert pour déterminer la teneur exacte des règles religieuses catholiques et

observait le «shabbat» de façon rigoureuse et s'efforçait de respecter la pratique de ce mouvement durant tous les jours de la semaine.

⁶⁵ [1991] R.D.F. 610 (C.A.) à la p. 616. Il faut noter que cette liberté est assortie de deux restrictions sous réserve que cet enseignement soit «respectueux de la religion de l'autre conjoint et, surtout, respectueux du droit de l'enfant au libre choix de sa propre religion lorsqu'il aura atteint l'âge et la maturité pour ce faire» (*ibid.*).

⁶⁶ *Supra* note 37. Un père musulman voulait s'opposer à la décision de son ex-épouse, catholique, gardienne de leurs enfants communs, de faire administrer le sacrement de l'eucharistie à leur fils cadet. Selon lui, un tel sacrement pouvait être de nature à l'enraciner définitivement dans la communauté religieuse catholique et à l'exclure définitivement de la communauté religieuse musulmane de son père. En l'espèce, le juge a choisi de prononcer une injonction interlocutoire pour interdire à la mère d'administrer un tel sacrement puisque «*prima facie*, [...] l'administration du sacrement de la communion [...] pourrait *prima facie* l'empêcher [l'enfant] de continuer d'être membre de la communauté religieuse islamique» (*ibid.* à la p. 793).

musulmanes à l'égard du sacrement de l'eucharistie. Ce n'est donc qu'au terme d'une détermination précise de la teneur de la normativité religieuse invoquée par les parties, notamment par le recours à un expert, que le juge québécois décide de déduire des effets positifs au sein de l'ordre juridique étatique, c'est-à-dire décide d'appliquer la règle de droit civil en vue de favoriser l'expression des effets de la normativité religieuse à l'égard de l'enfant.

ii. Effets négatifs demandés et reconnaissance directe des effets de la normativité religieuse

L'attitude du juge québécois à l'égard des prétentions des parties qui lui demandent de déduire des effets négatifs de la soumission à une normativité religieuse a pu, dans certaines décisions, être semblable à celle de son homologue français lorsqu'il est demandé à ce dernier de déduire des effets positifs au sein de l'ordre juridique étatique. Tout d'abord, le juge québécois a pu identifier la religion de l'enfant en se référant à celle commune aux deux parents ou choisie en commun par eux pour assurer à l'égard de l'enfant l'expression des effets de la normativité de cette seule religion. Ainsi, dans *Droit de la famille — 1456*, pour accueillir la prétention d'un père catholique demandant que son ex-épouse, Témoin de Jéhovah, gardienne de leurs enfants communs, soit contrainte de ne plus emmener leurs enfants aux réunions de sa communauté ni faire du porte à porte, le juge Larouche de la Cour supérieure a affirmé que «l'enfant était baptisé selon les rites de l'Église catholique romaine [et que la] mère [devait] attendre qu'il soit capable de décider pour lui-même puisqu'il s'agit d'un changement d'orientation religieuse pour l'enfant auquel le père s'oppose même s'il n'est pas pratiquant»⁶⁷. De même, dans *Droit de la famille — 955*⁶⁸, la Juge Lemieux, en première instance, a interdit au père Témoin de Jéhovah, à la demande d'une mère, catholique, «de dispenser à son fils tout enseignement religieux autre que celui de la religion catholique, de le faire participer de quelque manière que ce soit à toute autre activité de caractère religieux contraire au catholicisme»⁶⁹. Enfin, dans une autre décision, le juge québécois a pu aussi analyser

⁶⁷ *Supra* note 65 à la p. 612.

⁶⁸ [1991] R.J.Q. 599 (C.A.).

⁶⁹ *Ibid.* aux pp. 599-600. La juge Lemieux avait conclu que «[l]e père n'a pas le droit d'imposer à son fils de sept (7) ans, l'enseignement d'une religion autre que la religion catholique. L'enfant pourra faire un tel changement lorsqu'il aura la maturité et les connaissances intellectuelles nécessaires à l'exercice d'un choix libre et éclairé, ce qui certes n'est pas le cas à l'âge de sept (7) ans. Il ne s'agit pas pour le Tribunal de conclure que le père n'est plus apte à continuer à avoir la garde de son enfant [...] pour mauvaise conduite [...] mais son comportement et son attitude à l'égard de l'éducation de son fils guidée par sa conviction religieuse personnelle et le milieu qu'il offre présentement sont de nature à créer un certain danger, un certain risque dans le développement et l'épanouissement d'un enfant de sept (7) ans» (*ibid.* à la p. 604). Pour ces raisons, la Cour avait donc décidé de confier la garde de l'enfant à sa mère. Il est à noter toutefois que les juges de la Cour d'appel ont estimé que ces restrictions devaient être biffées. Voir la décision du juge Malouf, où il affirme: «The [...] conclusions of the judgment should be struck from the record. [...] I would not at this time make any order limiting the rights of the parents in respect to the religious education of their child» (*ibid.* à la p. 612).

la teneur et les effets de la normativité religieuse d'une communauté religieuse et qualifier cette dernière de «secte» et ainsi imposer à une mère, à la demande du père, de retirer leurs enfants communs d'une école appartenant à cette communauté⁷⁰.

Toutefois, on peut constater que ces décisions, relativement rares, sont en général très sévèrement remises en cause par la Cour d'appel du Québec. Ainsi, le juge Monet, dans *Droit de la famille* — 955⁷¹, a considéré que la décision de la juge Lemieux d'interdire au père Témoin de Jéhovah de dispenser à son fils tout enseignement religieux autre que celui de la religion catholique n'était pas raisonnable car elle était de nature à engager la cour dans un rôle policier qui, sous-entendu, n'était pas le sien⁷².

En fait, l'attitude du juge québécois à l'égard des prétentions des parties qui lui demandent de déduire des effets négatifs de la soumission à une normativité religieuse, consiste généralement à analyser si les comportements des parents résultant de cette soumission ne causent pas un préjudice à l'enfant. Le juge québécois se contente de prendre en considération les effets de leur soumission à une normativité religieuse à l'égard de l'enfant. En outre, ce que le juge québécois apprécie, ce ne sont pas toujours les effets objectifs de la normativité religieuse, c'est-à-dire les comportements effectivement imposés par les préceptes religieux des parents mais bien les comportements que les parents choisissent d'adopter en conscience du fait de leur soumission à des préceptes religieux. Ainsi, dans *Droit de la famille* — 353, le juge Jacques de la Cour d'appel du Québec a précisé qu'en l'espèce, «[l]a foi des Témoins de Jéhovah n'[était] pas en litige, mais plutôt la façon dont le père enseign[ait] cette foi

⁷⁰ Ainsi, dans *Droit de la famille* — 2494, [1996] R.D.F. 647 (C.S.), le juge Audet a tout d'abord repris la définition de la «secte» telle que donnée par l'un des experts : «A cult is a movement which is highly manipulative and exploits its members (psychologically, physically or financially) which dictates in great detail how members should feel, think and act. It claims to special status for itself and puts it in opposition with main line society or family. It uses manipulative technics to make its members dependent and subservient. They can cause great psychological harm to members or members of the family» (*ibid.* à la p. 654). Dès lors, il en a conclu que l'Institut La Flèche, le lieu d'éducation des enfants, dépendait de la «secte» de l'Esprit-Saint et que les enfants devaient être protégés de celle-ci : «[T]he Mission is an all encompassing organization. There is no half measure ; it's an all or nothing affair. You must become a true believer of all the divine teachings of the Master who possesses the true on all matters. Those who are not total believers are possessed by evil. [...] [I]n the Court's opinion, F... and E... must not only be removed from the Mission school, but they should have no contact with the Mission whatsoever. It is important to remember that the Mission is an all encompassing movement ; you cannot be a part-time participant. Therefore, if the children continue to participate in some of the Mission's activities without attending the Mission school, they will be considered outcasts» (*ibid.* aux pp. 655, 657).

⁷¹ *Supra* note 68.

⁷² *Ibid.* à la p. 603. Le juge Malouf ajoute : «The evidence discloses that the judge had reason to be concerned about the well-being of the child and was justified in placing constraints on the behaviour of the father to protect the child's best interest. However, she went too far in issuing an order prohibiting the father from teaching his son any religion other than the Roman Catholic religion and prohibiting him from participating in any activity of a religious nature contrary to Catholicism» (*ibid.* à la p. 610).

à son fils. [...] [S]i sa façon d'enseigner sa religion traumatis[ait] l'enfant, sa méthode d'enseignement [devait] être changée»⁷³.

Cette réponse du juge québécois aux prétentions des parents qui contestent la soumission de leur conjoint ou de leur ex-conjoint à une normativité religieuse et les effets négatifs que celle-ci entraîne à l'égard de leur(s) enfant(s) commun(s) se révèle donc marquée par un réel souci de neutralité à l'égard des ordres normatifs religieux. En effet, ce que le juge québécois accepte de prendre en considération, ce n'est pas la teneur des normes religieuses mais bien les comportements qui découlent de celles-ci et, le plus souvent, les comportements que, subjectivement, les individus choisissent d'adopter du fait de leur soumission à la normativité religieuse. Deux conséquences découlent de ce constat. Tout d'abord, dans chaque cas d'espèce, le juge québécois doit apprécier avec précaution la preuve présentée par les parties quant au préjudice subi par l'enfant en raison du choix de l'un des titulaires de l'autorité parentale de se soumettre à certaines normes religieuses. En effet, ce sont les comportements induits par les règles religieuses et le préjudice réel subi par l'enfant qui seront des éléments de fait pertinents dans la construction de l'objet du litige⁷⁴. En outre, il est à noter que les décisions québécoises, précisément en raison de leur souci d'apprécier la situation de l'enfant *in concreto*, c'est-à-dire à la lumière du préjudice réellement subi par celui-ci du fait d'un comportement religieux de l'un des titulaires de l'autorité parentale, conduisent à la formulation d'un dispositif très détaillé.

Lorsque l'une des parties demande au juge québécois d'évincer une normativité religieuse à l'égard de l'enfant, ce dernier procède donc avec prudence, s'attachant à une analyse *in concreto* des effets à l'égard de l'enfant des comportements parentaux fondés sur la normativité religieuse.

B. La reconnaissance de la normativité religieuse par le juge de droit civil : synthèse théorique de l'analyse concrète des décisions judiciaires

L'analyse du traitement des prétentions des parties par les juges de droit civil français et québécois révèle que ces deux juges reconnaissent le choix des titulaires de l'autorité parentale de soumettre leur(s) enfant(s) à une ou plusieurs normativité(s) religieuse(s) : ils acceptent de prendre en considération l'existence et les effets de la normativité religieuse invoquée par les parties en vue d'en déduire des effets positifs ou négatifs au sein de leur ordre juridique. Toutefois, si cette reconnaissance semble se réaliser en droit civil français pour évincer les effets de la normativité religieuse à

⁷³ *Supra* note 40 à la p. 365.

⁷⁴ Ainsi, dans *Droit de la famille – 1456*, *supra* note 65 aux pp. 616-17, la Cour d'appel a affirmé que «[c]haque cas en est un d'espèce dont la situation découle essentiellement de l'appréciation de la preuve qui peut être faite d'une situation indésirable pour le bien-être de l'enfant, domaine dans lequel le rôle du maître de la preuve et des faits qu'est le premier juge doit être respecté par un tribunal d'appel à moins que le premier juge ne se soit mal dirigé en droit ou qu'il ait manifestement erré dans son appréciation de la preuve».

l'égard de l'enfant, celle-ci semble intervenir en droit civil québécois afin de permettre, voire protéger, l'expression de ses effets à l'égard de l'enfant. Toutefois, la comparaison entre les deux ordres juridiques ne peut se limiter à ce seul constat. Ce n'est pas parce que les juges français et québécois reconnaissent l'existence d'une normativité religieuse dans le cadre du litige, qu'ils reconnaissent pour autant directement l'existence des ordres normatifs religieux qui sont à sa source. En effet, l'étude des techniques juridiques distinctes auxquelles ils recourent l'un et l'autre pour appréhender la norme religieuse démontre que, pour ces deux juges, il ne peut y avoir de reconnaissance de la normativité religieuse sans sa médiatisation par leur ordre juridique étatique (1) qui prévaut sur les ordres normatifs religieux (2).

1. Les techniques juridiques de la reconnaissance de la normativité religieuse

Pour intégrer la norme religieuse dans son raisonnement, le juge utilise des concepts juridiques précis. Alors que le juge français recourt à l'autorité parentale (a), le juge québécois se sert quant à lui du concept de liberté religieuse (b).

a. En France : l'autorité parentale

En France, l'autorité parentale se révèle être l'outil juridique auquel le juge de droit civil recourt pour reconnaître le choix des parents de soumettre leur enfant à une ou plusieurs normativité(s) religieuse(s). Une telle analyse s'inspire d'un principe posé depuis longtemps par la jurisprudence selon lequel «le choix de la religion des enfants est un des attributs de l'autorité parentale»⁷⁵. Deux arguments tirés de l'étude de la jurisprudence appuient cette affirmation. Tout d'abord, l'autorité parentale étant exercée en commun par le père et la mère selon l'ancien article 371-2 (actuellement l'article 372) du *Code civil français*⁷⁶, les décisions relatives au choix de la religion, de l'éducation et de la pratique religieuse du mineur devraient être prises d'un commun accord par les parents. À défaut d'accord entre eux, l'ancien article 372-1-1 du *Code civil français*⁷⁷ énonçait que l'identification de la pratique antérieure

⁷⁵ Voir T.G.I. Sarrebourg, 12 novembre 1988, *supra* note 51. Voir aussi T.G.I. Versailles, 24 septembre 1962, *supra* note 39 («[I]l résulte de la doctrine et de la jurisprudence, que le choix d'une religion donnée et l'éducation religieuse sont des attributs de la puissance paternelle [et] qu'ils ne sont qu'un des multiples aspects de l'éducation et qu'à ce titre ils rentrent donc normalement dans le cadre des prérogatives de la puissance paternelle»), ainsi que Paris, 11 décembre 1964, J.C.P. 1965.II.14155 («Il ne faut pas perdre de vue qu'il est traditionnellement admis que le choix d'une religion relève de la puissance paternelle»).

⁷⁶ Suite à l'amendement introduit par la *Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002*, J.O., 5 mars 2002, 4161. Art. 372 C.c.F. : «Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale».

⁷⁷ Art. 372-1-1, al. 1 C.c.F. : «Si les père et mère ne parvenaient pas à s'accorder sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant, la pratique qu'ils avaient précédemment pu suivre dans des occasions semblables leur tiendrait lieu de règle». Cet article a été abrogé par la *Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002*, J.O., 5 mars 2002, 4161.

commune des parents permettrait de déterminer les règles religieuses auxquelles l'enfant peut être soumis. Or, tel est bien le cas en matière religieuse, selon les principes posés par la jurisprudence. On constate que la règle générale posée par les juges de droit civil français pour résoudre les litiges entre les parents à propos du choix de la religion, de l'éducation et de la pratique religieuse du mineur, règle selon laquelle «l'enfant a la religion de ses parents au jour de sa naissance et la religion commune qu'ils lui ont choisie»⁷⁸, est une application aux questions religieuses familiales des règles posées par le *Code civil français* en matière d'autorité parentale. En effet, cette règle renvoie à l'idée d'exercice en commun de l'autorité parentale par les père et mère ainsi qu'au recours à la pratique antérieure commune des parents pour trancher les conflits qui peuvent les opposer quant à l'éducation religieuse de leur(s) enfant(s). Le choix de la religion de l'enfant est donc considéré comme un attribut par nature indivisible de l'autorité parentale⁷⁹, qui doit être exercé par les deux parents. Il est un choix qui s'applique à toute la famille, qui est commun à tous ses membres.

De plus, selon l'article 371-1 du *Code civil français*⁸⁰, l'enfant reste sous l'autorité parentale de ses père et mère jusqu'à sa majorité. Dès lors, l'identification de la religion de l'enfant devrait entraîner la soumission de ce dernier aux règles religieuses déterminées d'un commun accord par ses parents jusqu'à sa majorité. Telle est actuellement la position de la jurisprudence. Ainsi, le Tribunal de grande instance de Saint-Brieuc, dans une décision rendue le 10 octobre 1989 et confirmée par la Cour de cassation, le 11 juin 1991⁸¹, a constaté, pour interdire le baptême d'une adolescente de 16 ans au sein de la communauté des Témoins de Jéhovah, que l'enfant avait moins de 16 ans et qu'elle était donc sous l'autorité parentale de ses parents qui ont «le seul pouvoir de choisir son éducation religieuse et son baptême, étant mineure au regard de la loi jusqu'à l'âge de 18 ans accomplis». Dès lors, «en aucun cas elle ne [pouvait] se soustraire à une opposition formelle de l'un de ses parents, étant précisé que l'autre entend s'abstenir en la matière». Ces éléments jurisprudentiels confirment donc que l'autorité parentale est l'outil juridique justifiant que les titulaires de l'autorité parentale puissent choisir de soumettre leur(s) enfant(s) à des règles religieuses, cette soumission s'imposant au(x) mineur(s) jusqu'à leur majorité, dans la mesure où les deux parents la maintiennent d'un commun accord.

b. Au Québec : la liberté religieuse

Quant au juge québécois, il semble avoir choisi la liberté religieuse comme fondement de ses décisions relatives au choix de la religion, à l'éducation et à la

⁷⁸ Voir *supra* notes 50-52.

⁷⁹ Voir T.G.I. Sarrebourg, 12 novembre 1988, *supra* note 51.

⁸⁰ Art. 371-1, al.2 C.c.F. : «[L'autorité parentale] appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne».

⁸¹ Voir *supra* note 58.

pratique religieuse des mineurs. Ainsi, dans l'arrêt de la Cour d'appel *Droit de la famille – 1150*⁸², le juge Proulx a affirmé que «la liberté de religion peut à tout le moins comprendre le droit de pratiquer sa religion et de l'enseigner [à son enfant]»⁸³. De même, dans *Droit de la famille – 1456*, la Cour d'appel du Québec a reconnu que «[l]e droit fondamental à la liberté de religion est tel qu'il autorise et justifie chacun des ex-conjoints de pratiquer librement sa religion en présence de l'enfant et d'enseigner à ce dernier les préceptes de la religion de son choix»⁸⁴.

Deux conséquences découlent du choix de ce fondement juridique par le juge québécois pour traiter les prétentions des parties fondées sur une normativité religieuse. Tout d'abord, il y a reconnaissance d'un pluralisme normatif au sein de la famille. En effet, comme chacun des deux parents est titulaire de cette liberté de religion, chacun d'eux peut enseigner ses préceptes religieux à son enfant même s'ils diffèrent de ceux de l'autre parent et même s'il s'est converti après la naissance de l'enfant sans que son conjoint ou ex-conjoint l'accompagne dans sa conversion⁸⁵. Toutefois, comme cette liberté de religion est reconnue aux deux parents, l'enseignement par l'un d'eux de ses préceptes religieux à un enfant doit toujours être respectueux de la religion de l'autre conjoint⁸⁶.

Deuxièmement, selon le juge québécois, les parents ne sont pas les seuls à être titulaires d'une liberté de religion au sein de la cellule familiale. Les enfants sont

⁸² [1991] R.J.Q. 306 (C.A.).

⁸³ *Ibid.* à la p. 310. Cette affaire opposait deux parents : une mère catholique (ayant la garde de leur fille de trois ans et demi) et un père Témoin de Jehovah, qui demandait en l'occurrence que la garde lui soit confiée ou que tout au moins ses droits d'accès soient augmentés. La mère s'y opposait et demandait que leur fille soit éduquée dans la religion catholique. En première instance, le juge Frenette avait décidé de laisser la garde à la mère et de limiter l'exercice de la pratique religieuse du père dans le meilleur intérêt de l'enfant. Il précisait ainsi que «[l]e requérant peut enseigner à l'enfant la religion des Témoins de Jehovah mais il n'a pas le droit de l'endoctriner continuellement avec les préceptes et la pratique religieuse des Témoins de Jehovah» et lui a ordonné «de ne pas amener l'enfant dans les démonstrations, cérémonies ou des congrès des Témoins de Jehovah, ou faire de la prédication de porte en porte, jusqu'à ce que la Cour détermine que l'enfant soit en état de choisir la religion qu'elle voudra suivre» ([1988] R.D.F. 40 à la p. 43 [*Droit de la famille – 1150* (C.S.)]. Le jugement avait été porté en appel et les juges Tourigny et Vallerand avaient certes estimé que la deuxième condition (portant sur la distinction entre enseignement religieux et endoctrinement) était trop vague mais ne devait pas pour autant être biffée, décision avec laquelle le juge Proulx n'était pas d'accord.

⁸⁴ *Supra* note 65 à la p. 616.

⁸⁵ Voir *ibid.* Les juges de la Cour d'appel du Québec ont reconnu le droit pour une mère, qui s'était convertie après la naissance de son enfant, de lui transmettre les préceptes de la religion des Témoins de Jehovah, quand bien même l'enfant avait été baptisé catholique à sa naissance, alors la religion commune de ses deux parents. Les juges ont donc infirmé la décision du premier juge, qui avait affirmé que puisque l'enfant avait été baptisé selon les rites de l'Eglise catholique Romaine, «[l]a mère [devait] attendre qu'il soit capable de décider pour lui-même puisqu'il s'agit d'un changement d'orientation religieuse pour l'enfant auquel le père s'oppose même s'il n'est pas pratiquant» (tel que cité dans l'arrêt de la Cour d'appel, *ibid.* à la p. 612).

⁸⁶ Voir *ibid.* à la p. 616.

également titulaires d'une telle liberté. Dès lors, l'enseignement religieux des parents doit être respectueux de la liberté de religion de l'enfant, qui, dès qu'il atteint l'âge de la maturité, peut lui-même choisir les préceptes religieux auxquels il veut se soumettre⁸⁷. Ainsi, dans *Droit de la famille* — 2505, c'est entre autres parce que la Cour supérieure voulait «remettre cette décision importante à un autre temps, peut-être plus opportun, où [l'enfant aurait] un esprit plus mûr et où il ser[ait] plus apte à choisir sa religion, sachant les conséquences de son choix»⁸⁸, qu'elle a décidé de ne pas permettre à la mère d'administrer le sacrement de l'eucharistie à son fils, sacrement qui, selon le père musulman, serait de nature à exclure l'enfant de la communauté musulmane et à l'empêcher de choisir cette religion le moment venu. Au regard des dispositions de l'article 14, alinéa 2 du *Code civil du Québec*⁸⁹, la Cour supérieure, dans la décision *Protection de la jeunesse* — 884⁹⁰, a même considéré qu'une enfant de 14 ans et trois mois était devenue, au sens de la doctrine et de la jurisprudence, une mineure douée de discernement⁹¹. C'est à partir de cet âge que le juge québécois reconnaît, dans une certaine mesure⁹², la capacité pour un enfant d'exercer sa liberté de religion de manière autonome par rapport à ses parents.

Enfin, il est important de noter que le juge québécois ne s'est pas contenté d'utiliser la liberté de religion telle que définie par la *Charte des droits et libertés de la personne*⁹³, Charte qui, selon la disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, s'applique en harmonie avec celui-ci. À bien des égards, il semble lui avoir donné un

⁸⁷ Voir *ibid.*, notamment à la p. 616, où les juges de la Cour d'appel précisent que l'enseignement religieux doit être «respectueux du droit de l'enfant au libre choix de sa propre religion lorsqu'il aura atteint l'âge et la maturité pour ce faire».

⁸⁸ Voir *supra* note 37 à la p. 792.

⁸⁹ Art. 14 C.e.Q.: «Le consentement aux soins requis par l'état de santé du mineur est donné par le titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur. Le mineur de quatorze ans et plus peut, néanmoins, consentir seul à ces soins».

⁹⁰ [1998] R.D.F. 351 (C.S.).

⁹¹ À cet égard, la Cour supérieure s'explique en affirmant qu'en droit civil, le législateur a édicté que l'enfant était présumé doué de discernement dès l'âge de 14 ans (art. 14 C.e.Q.) et qu'en common law, le degré de discernement de l'enfant est examiné scrupuleusement par le tribunal, avec pour conséquence que même des enfants de 13 ans pourraient être jugés comme ayant «suffisamment de discernement» pour prendre une décision.

⁹² En effet, dans *Protection de la jeunesse* — 884, *supra* note 90, si le juge a considéré une jeune fille de 13 ans et demi comme étant douée de discernement et capable d'exercer seule sa liberté de religion, en l'espèce, il lui a tout de même imposé de subir une intervention chirurgicale nécessaire qu'elle refusait pour des raisons religieuses. Membre avec ses parents d'une église évangélique, elle affirmait que de tels soins ne devaient pas lui être prodigués parce que «Dieu la guérirait de ses maux». Le juge a affirmé, pour justifier une telle décision, que la foi de l'enfant était profonde et sincère mais aveugle et nuisait à son aptitude d'exprimer un refus libre d'une personne (mineure) capable de discernement. Si le juge québécois affirme qu'un mineur de 13 ou 14 ans est capable d'exercer seul sa liberté de religion, ce n'est donc pas sans contrôler sa capacité de discernement effective.

⁹³ La liberté de religion est prévue à l'article 3 de la *Charte québécoise* (*supra* note 17): «Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association».

réel contenu normatif. Selon lui, la liberté de religion comporterait non seulement la liberté de se soumettre consciemment aux normes religieuses de son choix, de les enseigner et de les pratiquer avec autrui, mais elle servirait aussi de fondement à un véritable droit subjectif, le droit à la liberté de religion, permettant aux individus de revendiquer devant les juridictions étatiques les préceptes religieux auxquels ils se sont soumis en conscience⁹⁴ pour que les effets de ces normes soient reconnus, assurés et protégés par le juge de droit civil québécois⁹⁵.

2. À la base des techniques juridiques : des précompréhensions concernant la place du droit civil au sein de la société

a. *Le point commun entre les juges français et québécois : le choix d'un pluralisme médiatisé*

Nous avons constaté précédemment qu'en France et au Québec, le juge de droit civil reconnaît le choix des titulaires de l'autorité parentale de soumettre leur(s) enfant(s) à une ou plusieurs normativité(s) religieuse(s). Si les juges de droit civil français et québécois utilisent l'un et l'autre un outil juridique distinct pour reconnaître ce choix, l'autorité parentale pour le premier et la liberté religieuse pour le second, des similitudes peuvent toutefois être constatées dans la manière dont ils traitent les prétentions des parties fondées sur une normativité religieuse. Tout d'abord, les juges français et québécois ne reconnaissent l'existence et les effets de la normativité religieuse que lorsque celle-ci est invoquée par les parties. Ces deux juges ne l'invoquent pas d'office au cours d'un litige. En France et au Québec, c'est au travers des prétentions des parties que le pluralisme juridique se manifeste au juge de droit civil, les parties invoquant une règle religieuse, un faisceau de règles religieuses, voire même un ordre normatif religieux en vue d'obtenir ou d'évincer les effets de la règle religieuse à l'égard de l'enfant. En outre, c'est par le biais d'un outil juridique propre, l'autorité parentale en France et la liberté religieuse au Québec, que les juges

⁹⁴ «Choisir en conscience» équivaut à opérer des choix et à poser des actes selon des valeurs et des idéaux que l'on a définis sur le plan moral dans son for intérieur. La notion de conscience renvoie donc à un espace intime, le for intérieur, dans lequel le sujet pose des jugements de valeurs. La raison, la volonté et le libre arbitre sont à la source du «choix en conscience». Du point de vue du droit étatique, se pose la question de savoir si la conscience peut être considérée comme une source du droit. Existe-t-il des cas d'objection de conscience pouvant justifier le non-respect d'obligation légale ou contractuelle? Par exemple, un gynécologue catholique est-il en droit d'invoquer une clause de conscience pour refuser d'exécuter une intervention volontaire de grossesse et ne pas respecter une obligation contenue dans son contrat de travail? Sur ces questions, voir tout particulièrement la thèse de Dominique Laszlo-Fenouillet, *La conscience*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993.

⁹⁵ Ainsi, dans *Droit de la famille — 1456*, *supra* note 65 à la p. 616, la Cour d'appel du Québec a affirmé que «[l]e droit fondamental à la liberté de religion est tel qu'il autorise et justifie chacun des ex-conjoints de pratiquer librement sa religion en présence de l'enfant et d'enseigner à ce dernier les préceptes de la religion de son choix».

français et québécois déduisent des effets positifs ou négatifs au sein de leur ordre juridique étatique de la soumission à une normativité religieuse.

Or, ces deux outils présentent la particularité d'être un pouvoir, une liberté octroyés à l'individu et non à un groupement religieux en tant que tel. Le pluralisme juridique, dans ces deux pays, se révèle donc médiatisé par l'individu. En fait, les juges français et québécois ne considèrent pas directement la règle religieuse comme l'expression d'un ordre normatif avec lequel ils devraient choisir ou non de composer. Ils semblent ne reconnaître l'existence et les effets de la normativité religieuse que dans la mesure où elle a été choisie au préalable par l'individu. Ce n'est donc pas la normativité religieuse comme expression d'un ordre normatif, que ces deux juges choisissent de reconnaître, mais plutôt l'autonomie de la volonté des individus qui ont décidé de se soumettre en conscience à un corps de règles religieuses. La réception de la normativité religieuse ne se fait donc pas de manière objective : il n'y a pas réception d'une norme considérée comme telle parce qu'elle appartient à un ordre normatif. La norme religieuse est plutôt réceptionnée de manière subjective : elle est envisagée en tant que norme parce que le sujet de droit lui reconnaît un caractère obligatoire. C'est donc la volonté des individus qui semble établir la rencontre entre l'ordre juridique étatique et les ordres normatifs religieux.

b. Les différences entre les juges français et québécois : d'une situation de monopole du droit civil français à une situation de primauté du droit civil québécois

Pourtant, malgré ce choix commun d'un pluralisme subjectif médiatisé, certaines différences subsistent entre la France et le Québec dans le traitement des prétentions des parties fondées sur une normativité religieuse. Cette différence de traitement s'explique par des représentations idéologiques implicites et intégrées, propre à chacun des deux juges, quant à la place du droit civil au sein de la société.

i. Le droit civil français : un droit conçu en situation de monopole sur le territoire national

Ainsi, il semble que les décisions rendues par le juge de droit civil français à propos des litiges relatifs au choix de la religion, à l'éducation et à la pratique religieuse des enfants, reposent sur l'idée que l'État détient le monopole de l'édiction du droit sur le territoire national et qu'il revient au juge de droit civil français d'intervenir pour affirmer et protéger ce monopole. Plusieurs éléments tendent à confirmer cette analyse. Tout d'abord, lorsqu'il s'agit de déduire des effets positifs au sein de l'ordre juridique étatique de la soumission à une normativité religieuse, le juge français ne reconnaît les effets de la normativité religieuse à l'égard de l'enfant que de manière incidente. En effet, comme nous l'avons constaté, cette reconnaissance est la conséquence d'une règle générale et abstraite, posée par l'ordre juridique étatique français à partir des règles de droit civil relatives à l'autorité parentale. Tout se passe donc comme si le juge français entendait affirmer que les effets prévus par une règle religieuse ne sont pas la conséquence de l'application

même de cette règle mais bien de la règle de droit civil, règle de droit étatique. Autrement dit, il n'y a pas de reconnaissance directe de la normativité religieuse mais une reconnaissance indirecte par incorporation de la norme religieuse au sein d'une source du droit reconnue par l'ordre juridique étatique français : la volonté des individus.

En outre, si le choix de soumettre un enfant à une ou plusieurs normativité(s) religieuse(s) est une faculté reconnue par le juge français comme une conséquence de l'exercice de l'autorité parentale, ce choix, à la différence du droit civil québécois, n'est aucunement protégé. En effet, à aucun moment le juge français ne considère qu'il est de l'obligation de l'ordre juridique étatique français de reconnaître les prétentions des parties qui demandent de déduire des effets positifs au sein de l'ordre juridique étatique de leur soumission à une normativité religieuse. En d'autres termes, à aucun moment le juge français ne considère qu'il soit dans l'obligation d'assurer l'application de la règle religieuse à l'égard de l'enfant. Qui plus est, il ne répond pas à la revendication de la protection d'une telle soumission puisqu'il déplace l'objet du litige vers la question de l'identification de la religion de l'enfant. Tout se passe donc comme si le juge français voulait demeurer autonome face à de telles prétentions afin de ne pas être contraint de protéger, par principe, la soumission des enfants à une normativité religieuse. En effet, pour lui, choisir un tel raisonnement juridique reviendrait à reconnaître que la règle religieuse produit par elle-même des effets normatifs à l'égard de l'enfant que l'ordre juridique étatique devrait par principe prendre en considération. Or, ce que le juge français entend affirmer, c'est que le droit civil, en tant que droit étatique, est le seul à pouvoir produire des effets juridiques à l'égard des individus et que les effets d'une règle religieuse à leur égard ne sont jamais que la conséquence de l'application d'une règle de droit civil, règle de droit étatique.

Cette représentation idéologique du droit étatique en situation de monopole sur le territoire national est confirmée par le fait que le juge français n'hésite pas à reconnaître l'existence et les effets de la normativité religieuse lorsqu'il s'agit de déduire des effets de droit négatifs au sein de l'ordre juridique étatique de la soumission à une normativité religieuse, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'évincer à l'égard de l'enfant l'application de certaines normativités religieuses. Tout se passe comme si le juge français intervenait pour protéger le monopole du droit étatique sur le territoire national et évincer les règles des communautés religieuses qui viendraient à le contester.

ii. Le droit civil québécois : un droit conçu en situation de primauté sur le territoire national

À la différence du juge français, le juge québécois ne conçoit pas son droit en situation de monopole sur le territoire national mais plutôt en situation de primauté. En effet, bien qu'il confère à l'ordre juridique québécois un statut de supériorité à l'égard des ordres normatifs religieux, il reconnaît néanmoins les effets normatifs de ces derniers sur les comportements familiaux. Plusieurs éléments semblent confirmer

cette analyse. Tout d'abord, comme nous avons pu le constater, le juge québécois agit toujours en prenant pour acquis que les règles de droit civil ne sont pas les seules règles à régir les rapports entre les particuliers. Il reconnaît ainsi les préceptes religieux que les individus ont choisi de se donner en conscience pour guider leurs relations avec leur(s) enfant(s). D'ailleurs, la reconnaissance de l'existence des ordres normatifs religieux et de leur pouvoir normatif au sein de la cellule familiale conduit le plus souvent le juge québécois à s'efforcer d'identifier les règles religieuses qui s'appliquent à l'enfant. Ainsi, lorsque des parties invoquent des normes religieuses au cours d'un litige pour obtenir des effets positifs au sein de l'ordre juridique étatique, c'est-à-dire pour assurer l'expression de leurs effets à l'égard de l'enfant, le juge québécois reconnaît leur existence et s'efforce de déterminer leur teneur exacte en analysant les éléments de preuve apportés par les parties, voire en recourant à un expert⁹⁶. En outre, dans l'application de la règle de droit civil, le juge québécois s'efforce de ne pas porter atteinte à l'application des préceptes religieux. Ce respect de l'autonomie religieuse individuelle, reconnue par l'ordre juridique étatique québécois, se manifeste notamment lorsque le juge refuse de considérer la norme religieuse comme un élément pertinent dans la construction de l'objet du litige alors que l'une des parties lui demande de déduire des effets négatifs de la soumission d'un titulaire de l'autorité parentale à une normativité religieuse, c'est-à-dire lui demande d'évincer les effets de cette soumission à l'égard de l'enfant par la règle de droit civil. Dans ce cas, comme nous l'avons vu, le juge québécois apprécie non pas la norme religieuse en elle-même, mais bien les comportements qui découlent de la soumission des titulaires de l'autorité parentale à cette normativité religieuse, et plus précisément les comportements religieux que les individus ont choisis d'adopter en conscience du fait de leur soumission à une normativité religieuse.

Néanmoins, il ne faut pas pour autant en déduire que l'ordre juridique étatique québécois entretient des relations parfaitement égalitaires avec les ordres normatifs religieux et que son retrait à leur égard est absolu. Au contraire, le juge québécois est garant de la primauté de l'ordre juridique québécois par rapport à ces ordres normatifs religieux sur le territoire national. En effet, en premier lieu, il faut rappeler que la reconnaissance des effets des ordres normatifs religieux au sein de la cellule familiale est la conséquence d'une liberté fondamentale concédée par l'État aux individus. L'autonomie religieuse des communautés religieuses ne s'impose donc pas à la province du Québec en tant que telle. C'est une liberté qu'elle a concédée aux individus qui, par l'exercice de leur liberté de réunion pacifique et d'association,

⁹⁶ Ainsi, dans *Droit de la famille* — 1114, *supra* note 35, le juge québécois s'est efforcé de déterminer les préceptes religieux qu'une mère enseignait et pratiquait avec ses enfants suite à sa conversion au mouvement «Lubavitch». De même, dans *Droit de la famille* — 2505, *supra* note 37, lors d'un litige opposant une mère catholique et un père musulman sur la question de savoir s'il fallait administrer le sacrement de l'eucharistie à leur enfant commun, le juge a affirmé qu'aucune décision ne pourrait être rendue sur le fond sans l'avis d'un expert déterminant les conséquences de l'eucharistie chrétienne selon les règles de la communauté musulmane et selon les règles de l'Église catholique.

reconnue également par la *Charte des droits et libertés de la personne*, décident de l'utiliser collectivement. Tout se passe donc comme si le pluralisme juridique en matière religieuse trouvait sa source pour le juge de droit civil québécois dans une règle de droit étatique. En outre, le retrait de l'ordre juridique québécois n'est pas absolu. En effet, le juge ne se considère pas incompetent à l'égard des ordres normatifs religieux pour résoudre des litiges de nature religieuse entre particuliers impliquant un enfant. Il ne les abandonne pas aux juridictions religieuses⁹⁷. Bien au contraire, les règles de droit civil québécois semblent être utilisées comme des outils pour arbitrer les conflits qui naissent du pluralisme juridique religieux existant au sein de la cellule familiale.

Le juge québécois considère donc le droit civil qu'il applique en situation de primauté sur le territoire national. Il reconnaît l'existence d'un certain pluralisme juridique sur le territoire national en matière religieuse. Il reconnaît que le droit civil n'est pas le seul à régir les relations au sein de la cellule familiale au Québec : les règles religieuses produisent aussi des effets normatifs que le juge doit prendre en considération dans l'application de la règle de droit civil. Toutefois, le juge québécois considère le droit civil qu'il applique en situation de primauté à l'égard des ordres normatifs religieux. En effet, il semble considérer que, d'une part, le pluralisme juridique en matière religieuse, existant sur le territoire national et plus particulièrement au sein de la cellule familiale, trouve sa source dans une règle de droit étatique, la liberté de religion et, d'autre part, que le droit civil de la province du Québec qu'il applique est celui qui a vocation à s'appliquer pour arbitrer les litiges de nature religieuse au sein de la cellule familiale.

Ce premier titre nous a permis de constater que les juges français et québécois prennent en considération l'existence et les effets des normativités religieuses invoqués par les parties dans la construction de l'objet du litige. Si le juge français réalise cette reconnaissance en se référant à une précompréhension du droit civil en situation de monopole sur le territoire national, le juge de droit civil québécois prend en considération la normativité religieuse en concevant son droit civil en situation de primauté sur son territoire. Néanmoins, l'étude de la réception de la normativité religieuse par les juges français et québécois ne peut se limiter au seul constat de la reconnaissance des prétentions des parties fondées sur une normativité religieuse tantôt par le biais de l'autorité parentale comme en France, tantôt par celui de la liberté de religion comme au Québec. En effet, tout litige relatif au choix de la

⁹⁷ Une telle remarque est importante parce que certains juges canadiens ont pu, dans certains cas, se déclarer incompetents. Ainsi, dans *Levitts Kosher Foods v. Levin* (1999), 45 O.R. (3^e) 147, la Cour supérieure de l'Ontario a pu se déclarer incompetente pour résoudre le litige qui opposait une société fabriquant de la viande kasher à un conseil de rabbins orthodoxes (le Vaad Hakashruth), qui refusait de lui délivrer un certificat de viande kasher. Le juge Benotto a considéré que l'affaire devait être renvoyée devant le Beis Din : «The courts are understandably reluctant to intervene in the internal matters of a religious body. To do so would deprive the religious organization of the right to interpret its own doctrine. [...] Although couched in property and civil rights terms, the essence of the plaintiff's claim is an attack on the [religious] policies» (*ibid.* aux pp. 155-56).

religion, à l'éducation et à la pratique religieuse des mineurs se révèle également riche d'une dimension axiologique. Par le prisme de l'intérêt de l'enfant, les juges français et québécois contrôlent les normativités religieuses qui s'appliquent à l'enfant et leurs effets à son égard, s'efforçant d'imprimer les valeurs de l'ordre juridique étatique auquel ils appartiennent au sein de la cellule familiale.

II. Un pluralisme contrôlé

L'étude de la réception de la norme religieuse par les juges français et québécois ne peut se limiter à la seule analyse de la reconnaissance par ces derniers des prétentions des parties fondées sur une normativité religieuse. En effet, avant de faire produire des effets juridiques à une normativité religieuse au sein de leur ordre juridique étatique (quatrième et cinquième phases de l'acte de juger), les juges français et québécois, en recourant à la notion de l'intérêt de l'enfant, la soumettent à un contrôle dont les contours varient, s'immiscant ainsi au sein de la cellule familiale. À bien des égards, l'intérêt de l'enfant est un paramètre méthodologique qui intervient essentiellement lors de la détermination des effets concrets de la règle de droit (quatrième étape de l'acte de juger) (A). Les méthodes de contrôle que les juges français et québécois utilisent révèlent leurs précompréhensions quant à la fonction du droit civil à l'égard des normativités religieuses qui s'appliquent à l'enfant au sein de la cellule familiale (B).

A. Un contrôle axé autour de la notion de l'intérêt de l'enfant

Les juges de droit civil français et québécois ont organisé un contrôle de la normativité religieuse qui s'applique à l'enfant (1). Tant en France qu'au Québec, un outil décisif est au fondement de ce contrôle : l'intérêt de l'enfant (2).

1. Les caractéristiques du contrôle de la normativité religieuse

En France et au Québec, le contrôle de la normativité religieuse présente des caractéristiques particulières, suivant qu'il porte sur les effets des comportements parentaux fondés sur des normes religieuses (a) ou sur la teneur même des normes religieuses sur lesquelles se fondent les comportements parentaux (b).

a. Le contrôle des effets des comportements parentaux fondés sur une normativité religieuse

Lorsque les juges français et québécois contrôlent les effets des comportements parentaux fondés sur une normativité religieuse, tels que le fait de circoncire un enfant ou encore de l'emmener faire du porte-à-porte, deux types de méthodes d'analyse peuvent être utilisées pour les apprécier. Les juges français et québécois peuvent recourir à une analyse *in concreto*, c'est-à-dire à une analyse au cas par cas reposant sur les faits propres à l'espèce. Ils peuvent aussi choisir une analyse *in abstracto*, c'est-à-dire une analyse recourant à des modèles prédéfinis de ce qui est ou non dans l'intérêt de l'enfant.

Lorsque le juge de droit civil recourt à une analyse *in concreto* des effets des comportements parentaux fondés sur une normativité religieuse⁹⁸, il interdit comme étant incompatible avec l'intérêt de l'enfant, tout comportement qui a pour conséquence ou qui serait susceptible de lui causer un préjudice. Une telle interdiction est prononcée si trois conditions sont remplies. Tout d'abord, le juge doit constater l'existence d'un comportement se fondant sur une norme religieuse. Ensuite, il doit caractériser le préjudice de l'enfant, lequel peut être de nature varié : présent ou futur⁹⁹, physique, psychologique ou affectif¹⁰⁰. Enfin, le juge s'assure qu'il existe bien un lien de causalité entre le comportement se fondant sur une norme religieuse et le préjudice ou le risque de préjudice pour l'enfant. En d'autres termes, le préjudice subi par l'enfant doit pouvoir être relié aux comportements familiaux se

⁹⁸ Par souci de fluidité du texte, nous substituerons parfois l'expression «comportements religieux» à l'expression «comportements parentaux fondés sur une normativité religieuse». Nous prions le lecteur de ne pas oublier la dimension normative liée à ces comportements.

⁹⁹ Voir par ex. la décision du Tribunal des enfants de Rochefort du 17 janvier 1997 (inédiée), prononçant des mesures d'assistance éducative en milieu ouvert à l'égard d'enfants vivant avec leurs parents dans une communauté religieuse nommée «Le Grand Logis de Dieu». Selon le juge des enfants, ces mesures s'imposent en raison de la possibilité pour les enfants de subir un préjudice psychologique futur. En effet, «des membres de la communauté dans l'attente d'une apocalypse éventuelle ne se projettent aucunement dans une vie sociale plaçant ainsi leur enfant dans un monde artificiel». De même, dans *Droit de la famille* — 2833, J.E. 97-2120 (C.A.), la Cour d'appel du Québec affirme qu'«il n'est pas nécessaire qu'on prouve qu'un enfant a déjà subi un préjudice ; il suffit qu'on prouve que, par suite de la façon dont le parent élève les enfants, ceux-ci subiront probablement un préjudice».

¹⁰⁰ Par exemple, la Cour d'appel de Reunes, dans une décision rendue le 23 janvier 1991 (*Juridique Lamy*), considère que le fait pour un père musulman d'avoir fait circoncire ses enfants constituait une voie de fait puisqu'il y avait eu atteinte à leur intégrité physique : l'intervention avait été douloureuse. Quant aux décisions françaises suivantes, elles s'efforcent de caractériser le préjudice physique et psychologique subi par des enfants du fait de la pratique religieuse de leurs parents, en vue de déterminer si une séparation doit être instaurée entre la vie familiale et les activités culturelles des parents. Voir par ex. Paris, 11 décembre 1964, *supra* note 75; Cass. Civ. 1^{re}, 7 avril 1965, D. 1965.Jur.704 (note Jean Carbonnier), J.C.P. 1965.II.14270, Gaz. Pal. 1965.2^e sem.Jur.35; Cass. Civ. 1^{re}, 28 mars 1995, D. 1996.SC.239 ; Cass. Civ. 1^{re}, 22 février 2000, D. 2000.IR.86. Dans la décision *Droit de la famille* — 260, [1986] R.J.Q. 315 à la p. 316, le Juge Frenette a affirmé que «le principe fondamental en matière de garde d'enfant est celui du meilleur intérêt de l'enfant. De nombreux éléments entrent dans la détermination de ce qui représente le meilleur intérêt de l'enfant tant au point de vue physique, psychologique et psychique». Dans *Droit de la famille* — 1456, *supra* note 65 à la p. 613, en vue de déterminer si la pratique religieuse d'un parent Témoin de Jéhovah doit être limitée, la Cour d'appel se pose la question suivante, traduction du mode d'analyse *in concreto* : «Y a-t-il dans la preuve quelque élément qui puisse permettre de conclure que le fait pour l'enfant d'assister aux réunions et/ou cérémonies et de participer au porte à porte avec sa mère est de nature à le perturber [l'enfant] et cause des problèmes réels au niveau de sa relation avec son père? [...] [A] défaut de preuve de perturbation et de traumatisme résultant de la participation de l'enfant aux activités interdites, le premier juge peut-il, néanmoins, interdire de telles activités pour le seul motif que la sérénité de l'enfant, son propre droit à la liberté de religion, lorsqu'il sera d'âge à l'exercer, et son intérêt général tel qu'édicte par l'article 30 du *Code civil du Bas-Canada* doivent prévaloir sur la liberté de religion de la mère ? ».

fondant sur une norme religieuse¹⁰¹. À bien des égards, on peut constater que cette analyse *in concreto* est très semblable à celle qui est utilisée pour caractériser la responsabilité civile objective d'un individu et déduire des conséquences juridiques de son comportement qui a causé un préjudice à un tiers.

L'analyse *in concreto* présente la particularité d'avoir une portée limitée et, de ce fait, peut être qualifiée de contrôle *minimum*. En effet, lorsque les juges français et québécois recourent à une analyse *in concreto*, ils ont le souci de mesurer les conséquences du comportement religieux sur l'enfant tout en le dissociant de sa nature particulière, à savoir son caractère religieux. Ce que les juges français et québécois s'efforcent d'apprécier, ce ne sont pas les préceptes religieux à la source du comportement religieux, autrement dit la normativité religieuse, mais les incidences concrètes dudit comportement sur l'enfant. Ce type de contrôle correspond donc à un souci de neutralité de l'ordre judiciaire à l'égard des ordres religieux, la méthode d'analyse *in concreto* introduisant une casuistique : un comportement religieux autorisé dans un cas ne l'est pas forcément dans un autre¹⁰².

L'analyse *in concreto* des effets des comportements religieux des parents est présente dans les décisions françaises antérieures à 1980. En effet, par souci de neutralité judiciaire, l'argument religieux d'une partie à un litige y était minimisé : le juge français s'efforçait avant tout de mesurer les conséquences d'une pratique religieuse sur l'équilibre physique et psychologique de l'enfant plutôt que d'apprécier

¹⁰¹ Ainsi, dans *Droit de la famille — 1456*, *ibid.*, la Cour d'appel du Québec refuse d'interdire à une mère Témoin de Jéhovah d'enseigner les préceptes de sa religion à son enfant au motif que même si un certain degré de perturbation de l'enfant et certains accidents conflictuels à l'occasion desquels l'enfant aurait confronté son père d'une façon regrettable sont certainement de nature à nuire au respect du père par l'enfant, ces incidents n'ont pu être reliés ni aux cérémonies religieuses de la mère, ni à l'enseignement directement donné par la mère, ni à l'enseignement que la mère donne à l'occasion de ses visites à domicile (voir *ibid.* à la p. 617). Dans cette même décision, les juges n'ont pas suivi le raisonnement du juge Larouche de la Cour supérieure, qui avait précisé dans sa décision que la mère devrait comprendre qu'il s'agit d'une affaire de sens commun et qu'il faut toujours éviter, pour un enfant de cinq ans, de multiplier les situations qui peuvent engendrer des dérangements et des conflits» (*ibid.* à la p. 612), les juges de la Cour d'appel estimant que ce postulat ne saurait justifier l'interdiction d'emmener l'enfant aux cérémonies religieuses des Témoins de Jéhovah, mais qu'il fallait bien prouver le lien de causalité entre ces cérémonies et l'engendrement d'une situation conflictuelle avec le père pour formuler de telles interdictions. Or, selon eux, «[n]ulle part le premier juge ne fait-il un lien direct entre la perturbation dans les relations entre le père et l'enfant [...] et le fait que l'enfant accompagne sa mère aux réunions ou cérémonies de Témoins de Jéhovah» (*ibid.* à la p. 612).

¹⁰² Ainsi, dans les décisions québécoises, le fait d'emmener son enfant aux assemblées religieuses de sa communauté est autorisé dans certains cas et refusé dans d'autres en fonction du préjudice subi par l'enfant. Voir par ex. *Droit de la famille — 353*, *supra* note 40 ; *Droit de la famille — 1456*, *supra* note 65, où le droit d'emmener son enfant aux assemblées religieuses de sa communauté est reconnu. Voir aussi *Droit de la famille — 274*, [1986] R.J.Q. 945 (C.A.) ; *Droit de la famille — 2618*, [1997] R.D.F. 215 (C.A.), décisions où le droit d'emmener son enfant aux assemblées religieuses de sa communauté n'a pas été reconnu.

le bien-fondé de la pratique en tant que telle¹⁰³. En France, cette analyse *in concreto* se retrouve également dans certaines décisions de cours d'appel relatives aux «sectes» qui entendent rappeler la neutralité judiciaire en matière religieuse¹⁰⁴. Dans les décisions québécoises, l'analyse *in concreto* est très fréquente. En effet, le juge québécois évalue généralement si la liberté de religion reconnue aux deux parents et leur permettant d'adopter des comportements fondés sur des normes religieuses n'a pas des conséquences préjudiciables pour l'enfant. Dans le cadre d'un tel contrôle, la fonction de l'intérêt de l'enfant est donc de vérifier que l'exercice effectif par les parents de leur liberté de religion n'a pas causé de préjudices physiques, moraux ou psychologiques à l'enfant¹⁰⁵.

¹⁰³ Voir par ex. T.G.I. Versailles, 24 septembre 1962, *supra* note 39. En l'espèce, une mineure, née de parents protestants, avait été placée dans un établissement catholique suite à une mesure éducative. Ses parents s'y opposaient et demandaient soit que l'enfant sorte de cet établissement, soit que la pratique de la religion protestante lui soit imposée. Le tribunal refusa d'adresser une injonction à l'établissement pour que la mineure protestante soit contrainte à une pratique religieuse. En effet, après avoir affirmé «qu'en l'absence de majorité légale religieuse, il convient de rechercher l'intérêt de l'enfant non pas en se plaçant au point de vue religieux, mais uniquement en adoptant un critère psychologique», il constatait qu'en l'espèce, «toute tentative pour [la] contraindre [...] par quelque moyen que ce soit à des actes de pratique religieuse aurait sur son développement psychique les plus graves répercussions». Cette décision et la méthode d'analyse *in concreto* qu'elle contient furent confirmées par la première Chambre civile de la Cour de cassation dans Cass. Civ. 1^{re}, 7 avril 1965, *supra* note 100. Voir aussi Paris, 11 décembre 1964, *supra* note 75. Dans cette décision, pour apprécier si une mère ayant une pratique religieuse intensive pouvait obtenir la garde de sa fillette, la Cour d'appel a apprécié l'intérêt de l'enfant à la lumière de trois types d'arguments, soit matériel, psychique et philosophique, sans envisager l'argument religieux à proprement parler.

¹⁰⁴ Voir par ex. la décision de la Cour d'appel de Montpellier en date du 29 juin 1992, *supra* note 54, qui, à propos d'un problème d'octroi de garde à une mère Témoin de Jéhovah, affirme qu'elle refuse de distinguer entre les «églises reconnues» et les «groupes religieux minoritaires» et que l'appréciation des comportements religieux des parents par rapport à l'intérêt de l'enfant doit se faire *in concreto*.

¹⁰⁵ Voir par ex. l'affirmation du juge Jacques de la Cour d'appel dans l'arrêt *Droit de la famille* — 353, *supra* note 40 à la p. 365, selon laquelle «[l]a foi des Témoins de Jéhovah n'est pas en litige, mais plutôt la façon dont le père enseigne cette foi à son fils. [...] Si sa façon d'enseigner sa religion traumatise l'enfant, sa méthode d'enseignement doit être changée». Voir également *Droit de la famille* — 1114, *supra* note 35, où le juge Flynn refuse de limiter le droit de visite d'un père juif à la demande d'une mère, membre du mouvement juif orthodoxe «Lubavitch», parce que «[l]a preuve dans l'ensemble n'a pas convaincu le tribunal que les enfants étaient à ce point perturbé[s] qu'il faille intervenir, directement ou indirectement, ce qui serait le cas par exemple si le Tribunal s'abstenait d'accorder des droits de sortie durant le "Shabbat"» (*ibid.* à la p. 369). Voir la position des juges McLachlin et Sopinka dans *Young c. Young* ([1993] 4 R.C.S. 3, 108 D.L.R. (4^e) 193 [*Young* avec renvois aux R.C.S.]), selon laquelle la liberté d'expression religieuse doit être écartée par l'intérêt de l'enfant si son exercice entraîne des changements et des perturbations à l'encontre de celui-ci. Voir enfin la position des juges L'Heureux-Dubé, La Forest, Gonthier et McLachlin dans *B.(R) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* ([1995] 1 R.C.S. 315, 122 D.L.R. (4^e) 1 [*Children's Aid Society*]), selon laquelle les lois contemporaines favorisent l'intervention de l'État au nom de l'intérêt de l'enfant, bien que cette intervention ne peut être que minimale. Les tribunaux ont fait preuve d'une certaine hésitation à s'immiscer dans les droits des parents, et l'intervention de l'État n'est tolérée que lorsque sa nécessité est démontrée, c'est-à-dire si les parents ne respectent pas la

Le juge de droit civil peut aussi recourir à une analyse *in abstracto* des effets des comportements religieux des parents pour déterminer s'ils sont contraires à l'intérêt de l'enfant. Dans le cadre d'une telle analyse, les juges français et québécois se réfèrent soit à une typologie prédéfinie de comportements religieux présumés préjudiciables pour l'enfant, soit à une représentation *a priori* de ce qui est ou non dans l'intérêt de l'enfant en matière religieuse. Dans le premier cas, la présomption du caractère préjudiciable du comportement peut être simple : la présomption pourra être renversée si le parent prouve le caractère non préjudiciable du comportement religieux en cause. La présomption peut aussi être irréfragable : aucune preuve contraire ne pourra être apportée par le parent mis en cause¹⁰⁶. Dans le second cas, il appert au travers des décisions que le juge se donne une définition *a priori* de l'intérêt de l'enfant en matière religieuse en se référant aux valeurs qui sont propres à son ordre juridique. Il est à noter que l'analyse *in abstracto* induit le plus souvent dans les décisions judiciaires l'apparition d'une terminologie renvoyant à la notion de faute¹⁰⁷. En effet, en France comme au Québec, l'autorité parentale est envisagée comme conférant aux parents des droits finalisés par l'intérêt de l'enfant. Par conséquent, l'atteinte qui lui est portée conduit le juge à conclure à l'existence d'une faute, c'est-à-dire à la violation d'une obligation préexistante, à savoir l'obligation pour les parents d'agir en matière religieuse dans l'intérêt de leur enfant.

Cette méthode d'analyse *in abstracto* présente la particularité d'avoir une portée plus large que le contrôle fondé sur l'analyse *in concreto* et, de ce fait, peut être

norme minimale socialement acceptable. En d'autres termes, l'intervention du juge étatique est justifiable si le préjudice ou le risque de préjudice découlant d'une pratique religieuse peut être caractérisé.

¹⁰⁶ Ainsi, au Québec, le fait d'emmener des «enfants d'âge tendre» à des cérémonies religieuses après 20 heures ou faire du porte-à-porte est interdit par les juges québécois. Dès lors, il semble que ces comportements religieux sont présumés contraires à l'intérêt de l'enfant, présomption qui apparaît irréfragable. Voir par ex. la décision *Droit de la famille — 1153*, [1988] R.D.F. 129 à la p. 131 (C.S.), où le juge Provost affirme: «Je suis d'avis que, dans la présente cause, dans l'espèce, dans la situation actuelle, il n'est pas dans l'intérêt des enfants des parties, qui sont âgés de sept ans à quatre ans, de faire du porte à porte ou de participer à des réunions le mardi soir, de 19 h 30 à 21 h 30, quel qu'en soit le motif [...]. Je suis d'avis qu'il s'agit d'une pratique qui est préjudiciable aux enfants».

¹⁰⁷ Voir par ex. Paris, 3 décembre 1959, J.C.P. 1960.II.11552. Dans cette affaire, le père israélite reprochait à la mère catholique d'avoir donné à son fils une éducation non conforme à ses principes laïcs et surtout à la double origine israélite de ses parents; elle l'avait en effet fait baptiser et lui faisait suivre des cours d'instruction catholique au lycée. La Cour d'appel a alors affirmé, à propos de l'autorité parentale, «qu'un tel droit, s'il est discrétionnaire, a cependant pour limite l'abus qui pourrait en être fait». Voir aussi Paris, 31 janvier 1963, J.C.P. 1963.II.13236 (note R.P.), où deux parents catholiques convertis au protestantisme interjetaient appel de l'ordonnance rendue par le juge des enfants à Versailles qui avait rejeté leur requête de voir leur fille de 16 ans, alors placée dans un internat catholique, élevée dans la religion protestante. L'une de leur prétention était que «les parents ont la possibilité [en vertu de la puissance paternelle] de modifier la religion de l'enfant, que l'exercice de la religion choisie par les parents doit être imposé à l'enfant nobobstant toutes considérations sociales ou psychologiques», arguments auxquels les juges répondent «que le juge est fondé à intervenir lorsqu'un exereice abusif ou inopportun de ce droit risque de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation du mineur».

qualifiée de contrôle *intermédiaire*. En effet, il conduit à interdire dans tous les cas un type déterminé de comportement religieux (sauf quand la présomption du caractère préjudiciable dudit comportement est simple, ce qui est relativement rare). En fait, cette analyse *in abstracto* d'un comportement religieux par référence à une représentation *a priori* de ce qu'est l'intérêt de l'enfant en matière religieuse traduit une volonté de l'ordre judiciaire de contrôler les comportements religieux des parents au sein de la famille. Le juge de droit civil entend accepter certains comportements religieux et en exclure d'autres. Dès lors, l'autonomie de la cellule familiale en matière religieuse semble ne devoir être reconnue qu'à la condition de respecter certaines valeurs prédéfinies par l'ordre juridique étatique. Ce dernier se départi donc de sa neutralité en écartant les comportements religieux en contradiction avec les valeurs qu'il veut voir être transmises à l'enfant. Au contrôle des effets des comportements parentaux fondés sur une normativité religieuse s'ajoute enfin le contrôle normatif ou contrôle de la teneur de la normativité religieuse sur laquelle se fondent les comportements parentaux.

b. Le contrôle de la teneur de la normativité religieuse sur laquelle se fondent les comportements parentaux

Dans le cadre du contrôle normatif, c'est la compatibilité de la normativité religieuse, source des comportements religieux familiaux parentaux, avec l'intérêt de l'enfant qui est directement appréciée par les juges français et québécois. C'est cette normativité qui est analysée par le juge de droit civil comme étant contraire à l'intérêt de l'enfant. Cette incompatibilité se retrouve notamment dans les deux cas de figure suivants : soit parce que cette norme religieuse est l'expression de la soumission de l'enfant à une normativité religieuse qui lui est ou qui risque de lui être préjudiciable¹⁰⁸, soit parce qu'elle est l'expression de la soumission de l'enfant à une

¹⁰⁸ Ainsi, dans Cass. Civ. 2^e, 6 mai 1987, *supra* note 59, pour refuser d'accorder la garde des enfants à une mère, membre d'un groupement religieux nommé «La Fraternité Blanche Universelle», la Cour de cassation note que «les adolescentes se plaignent souvent des carences au niveau de leur vie quotidienne organisée selon les préceptes de la secte de la mère, secte dont l'enquêtrice précise qu'elle est présente à plusieurs moments de la journée par divers rituels», caractérisant ainsi le préjudice résultant de la soumission des adolescentes à la normativité de ce groupement religieux. Voir également la décision de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 15 juin 1994, *Juridisque Lamy* [Cass. Civ. 1^{re}, 15 juin 1994], dans laquelle elle refuse la requête d'une mère tendant à ce que l'enfant ne vive plus avec son père, membre, selon elle, «d'une secte». En effet, se référant aux constatations de la Cour d'appel, elle note que les manifestations religieuses du père «apparaissent se limiter à l'art de la physionomie, à la science de l'astrologie, voire même à la pratique du yoga [et que] l'adhésion à un principe de médecine douce, dit alternative, ne pouvait, en l'absence de tout autre élément, faire présumer l'existence d'un risque physique ou psychique encouru par l'enfant auprès de son père». Voir enfin la décision *Droit de la famille* — 2494, *supra* note 70 à la p. 657, où le juge Audet de la Cour supérieure décide, après examen des préceptes de la communauté religieuse en cause, d'ordonner le retrait d'enfants d'un institut appartenant à un mouvement nommé la Mission de l'Esprit-Saint, aux motifs que «the Court consider[s] the Mission teachings and environment as detrimental to the children's psychological welfare [...]. [T]here's a real risk that the children become

normativité religieuse en contradiction avec les valeurs de l'ordre juridique étatique¹⁰⁹. Lors du contrôle par le juge de droit civil de la compatibilité de la norme religieuse avec l'intérêt de l'enfant, il s'avère donc que l'objet du contrôle n'est pas tant la norme prise isolément que comme partie d'un ensemble de normes. Dès lors, le juge de droit civil accroît l'étendue de son contrôle à ce dernier ensemble, recourant à nouveau à deux méthodes d'analyse : une analyse *in concreto* et une analyse *in abstracto*.

Dans le cas de l'analyse normative *in concreto*, le juge doit démontrer l'incompatibilité de la normativité religieuse avec l'intérêt de l'enfant en caractérisant le préjudice résultant de la soumission de l'enfant à cette dernière¹¹⁰. Dans le cas de l'analyse normative *in abstracto* de la teneur de la norme religieuse, le juge apprécie la compatibilité du contenu de cette norme, source du comportement parental, avec la notion de l'intérêt de l'enfant. Parfois, le préjudice ou le risque de préjudice est présumé. Si la présomption est simple, la preuve du caractère non préjudiciable de la normativité religieuse en cause pourra être rapportée. Si la présomption est irréfragable, la preuve contraire ne pourra l'être¹¹¹. En fait, au cours de ce contrôle, le juge s'efforce de vérifier s'il existe une antinomie entre la norme religieuse et la règle de droit civil. En d'autres termes, il vérifie si l'application de normes religieuses à une situation déterminée — en l'occurrence les relations que les parents entretiennent

alienated from their father as a result of the Mission's teachings and attitude toward the outside world. [...] [T]he Court's orders regarding the removal of the children from the Mission will also require that Mother changes her lifestyle to accommodate the children's needs».

¹⁰⁹ Voir par ex. la décision de la Cour d'appel de Paris du 8 décembre 1986, *Juridisque Lamy* [Paris, 8 décembre 1986], qui, au cours d'une procédure de divorce, refuse d'accorder la garde des enfants à une mère Témoin de Jéhovah aux motifs qu'elle était incapable de tenir les enfants à l'écart de ses engagements religieux au sein des Témoins de Jéhovah et à les préserver des risques que comportent pour leur évolution la doctrine et les préceptes religieux dont elle se réclamait. Voir aussi la décision de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 26 janvier 1994, *Juridisque Lamy* [Cass. Civ. 1^{re}, 26 janvier 1994], dans laquelle elle refuse d'accorder un droit de visite à un père musulman qui a fait circoncire ses deux enfants sans l'autorisation de la mère catholique aux motifs entre autres que l'opinion majoritaire est défavorable à la circoncision en France. En l'espèce, ce comportement religieux est invalidé par la Cour de cassation parce qu'il est l'expression de valeurs et de préceptes religieux en contradiction avec les valeurs de la nation française.

¹¹⁰ Ainsi, dans Cass. Civ. 1^{re}, 15 juin 1994, *supra* note 108, l'analyse de la juridiction porte dans un premier temps sur la nature des croyances et des préceptes religieux auxquels se réfère le père. Ce n'est qu'après avoir constaté que ceux-ci n'étaient pas préjudiciables pour l'enfant que le retour immédiat de l'enfant au domicile du père a été décidé. De même, dans la décision *Droit de la famille* — 2494, *supra* note 70, le Juge Audet examine d'abord les préceptes et les valeurs de la communauté religieuse de la Mission de l'Esprit-Saint avant d'en déduire que la fréquentation de l'Institut La Flèche, appartenant à celle-ci, avait pour effet de soumettre les enfants à la normativité de la communauté d'une manière qui leur serait préjudiciable.

¹¹¹ La présomption de dangerosité pour l'enfant des préceptes religieux de la communauté des Témoins de Jéhovah semble irréfragable en France pour de nombreux juges. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, dans sa décision du 8 décembre 1986, *supra* note 109, fait allusion aux risques que comporte pour l'évolution des enfants la doctrine religieuse et les préceptes des Témoins de Jéhovah. Voir aussi Cass. Civ. 2^e, 25 juin 1998, *Juridisque Lamy*.

avec leur(s) enfant(s) au nom de leur soumission à la normativité religieuse — n'a pas pour conséquence de transmettre à l'enfant des valeurs contraires, voire même hostiles à celles de l'ordre juridique étatique.

Le contrôle de la teneur de la normativité religieuse est rare au Québec. En France, il se rencontre principalement dans les décisions relatives aux «sectes», manifestant ainsi la volonté de certains juges de droit civil français de ne pas voir les enfants soumis aux préceptes de ces communautés religieuses.

Le contrôle normatif est un contrôle de portée plus large que le contrôle portant sur les effets des comportements religieux des parents et peut être qualifié de contrôle *maximum*. En effet, lorsque les juges français et québécois considèrent qu'une norme religieuse sur laquelle se fonde le comportement parental est contraire à l'intérêt de l'enfant, ils invalident tous les comportements parentaux qui découlent de cette norme, que la méthode d'analyse de la teneur de cette norme soit *in concreto* ou *in abstracto*. Parfois même, l'interdiction est plus large : ils vont jusqu'à affirmer leur volonté de préserver l'enfant de l'ordre normatif religieux dont la norme religieuse est l'expression¹¹². À l'évidence, par ce type d'analyse, en contrôlant la norme religieuse à la source du comportement religieux par le prisme de l'intérêt de l'enfant, les juges veulent contrôler l'influence normative des communautés religieuses auxquelles les membres d'une famille se sont affiliés. Ils entendent accepter l'influence de certaines et exclure celle d'autres à l'égard de l'enfant au nom de valeurs propres à leur ordre juridique étatique. Ce faisant, les juges renoncent à leur neutralité à l'égard des ordres normatifs religieux. En fait, en recourant à cette méthode d'analyse, ils organisent un contrôle portant sur l'influence que les ordres religieux exercent sur les relations familiales et plus particulièrement sur l'enfant. C'est en raison de son étendue large que cette méthode d'analyse peut donc être qualifiée de contrôle maximum des normativités religieuses qui s'appliquent à l'enfant.

Au terme de cet aperçu des caractéristiques du contrôle exercé sur la normativité religieuse par les juges français et québécois, deux constats s'imposent. Tout d'abord, le contrôle des effets des comportements parentaux fondés sur des normes religieuses et le contrôle de la teneur des normes religieuses sur lesquelles se fondent les comportements parentaux sont présents tant dans les décisions françaises que

¹¹² Ainsi, dans Paris, 8 décembre 1986, *ibid.*, le juge n'accorde pas la garde des enfants à la mère, membre des Témoins de Jéhovah. De même, la première Chambre civile de la Cour de cassation, dans sa décision du 22 février 2000, *supra* note 100, confirme la décision de la Cour d'appel qui, en se référant à une enquête sociale et à un examen médico-psychologique, avait décidé d'interdire à une mère, membre du mouvement raëlien, de mettre en contact ses enfants avec des membres du mouvement, à l'exception d'elle-même et de son compagnon. Par là-même, pour préserver les enfants de la normativité du mouvement, une certaine séparation est instaurée entre la vie familiale et l'activité cultuelle des parents. «Vainement est-il reproché à une cour d'appel d'avoir interdit à une mère de mettre ses enfants en contact avec des membres du mouvement raëlien, à l'exception d'elle-même et de son compagnon, sur le fondement des Art. 8, 1°, 9, 10 et 11 Conv. Européenne des Droits de l'Homme, ces articles autorisant des limitations permettant les ingérences prévues par la loi et nécessaires dans une société démocratique à la poursuite des buts légitimes énoncés».

québécoises. Parfois, même, plusieurs modes d'analyse s'entremêlent dans une même décision. Toutefois, certaines tendances ont pu être identifiées. L'analyse *in concreto* des effets des comportements parentaux fondés sur une normativité religieuse est plus répandue dans les décisions québécoises qu'elle ne l'est dans les décisions françaises¹¹³. Quant à l'analyse normative, l'analyse qui a pour objet la teneur de la norme, elle se rencontre principalement dans les décisions françaises relatives aux «sectes», manifestant la volonté du juge de ne pas voir les enfants soumis aux préceptes de ces communautés religieuses¹¹⁴. Ensuite, il s'avère que, peu importe la méthode d'analyse utilisée, le contrôle de la normativité religieuse et de ses effets repose toujours sur une notion de référence : l'intérêt de l'enfant.

2. L'outil décisif du contrôle : l'intérêt de l'enfant

Que le contrôle porte sur la normativité religieuse en elle-même ou sur les effets des comportements religieux des parents, on constate que l'outil décisif du contrôle demeure la notion de l'intérêt de l'enfant tant en France qu'au Québec. Se posent alors les questions suivantes : Quelle fonction remplit-elle pour les juges français et québécois (a) ? Quelle signification propre les juges français et québécois lui ont-ils donnée (b) ?

a. La fonction de la notion de l'intérêt de l'enfant

Pour les juges français et québécois, il semble que la notion de l'intérêt de l'enfant remplisse une double fonction : d'une part, dans la formulation de la motivation de leur décision (cinquième phase de l'acte de juger), elle justifie l'intervention des juges français et québécois au sein de la cellule familiale (i) ; d'autre part, elle leur permet de contrôler les normes religieuses qui s'appliquent à l'enfant (ii).

i. L'intérêt de l'enfant comme justification de l'intervention du juge au sein de la cellule familiale

En premier lieu, il eut été possible de penser que les juges français et québécois étaient incompétents pour connaître des litiges relatifs au choix de la religion, à l'éducation et à la pratique religieuse des mineurs. En France, le principe de laïcité

¹¹³ Sur 14 arrêts français étudiés dans lesquels le juge avait fait porter son contrôle sur la compatibilité des effets des comportements parentaux avec l'intérêt de l'enfant, nous avons retrouvé à 4 reprises seulement l'emploi de l'analyse *in concreto* pour vérifier cette compatibilité : voir Cass. Civ. 2^e, 6 mai 1987, *supra* note 59; Cass. Civ. 1^{re}, 13 avril 1992, D. 1992.IR.161; Montpellier, 29 juin 1992, *supra* note 54; Cass. Civ. 1^{re}, 28 mars 1995, *supra* note 100.

¹¹⁴ Pour ce qui est de l'analyse *in abstracto* desdits effets, nous avons répertorié à 5 reprises ce type d'analyse : voir Trib. civ. Briançon, 6 janvier 1948, *supra* note 50; T.G.I. Versailles, 24 septembre 1962, *supra* note 39; Paris, 11 décembre 1964, *supra* note 75; T.G.I. Sarrebourg, 12 novembre 1988, *supra* note 51; Cass. civ. 1^{re}, 11 juin 1991, *supra* note 41.

établissant une séparation entre l'ordre juridique étatique et les ordres normatifs religieux aurait pu être une justification de l'incompétence du juge français pour contrôler les normes religieuses qui s'appliquent à l'enfant au sein de la cellule familiale. À première vue, le juge français n'aurait pu intervenir en la matière lorsque les titulaires de l'autorité parentale s'étaient mis d'accord sur le choix de la normativité religieuse s'appliquant à l'enfant. Leur accord sur cette question aurait dû s'imposer à ce dernier.

Quant au juge québécois, la protection qu'il accorde à la liberté religieuse des parents aurait pu logiquement avoir pour conséquence son refus de contrôler l'exercice que les titulaires de l'autorité parentale font de cette liberté à l'égard de leur enfant. La reconnaissance de cette liberté de religion aurait pu avoir pour conséquence de faire de la cellule familiale québécoise «une sphère de non-droit»¹¹⁵, soumise aux normes religieuses choisies par les parents, à l'égard de laquelle toute immixtion du juge québécois serait exclue. Or, tel n'est pas le cas ni pour le juge français, ni pour le juge québécois.

Ainsi, en France, le juge a pu affirmer dans certaines décisions que «[l'autorité parentale] n'est pas un droit absolu, discrétionnaire, qu'elle doit [...] s'exercer dans l'intérêt de l'enfant, en ayant pour but d'assurer le développement harmonieux de sa personnalité [et] qu'aucun attribut essentiel de la personnalité de l'enfant n'échappe en cas de conflit au contrôle du juge, compétent pour apprécier quel est l'intérêt véritable du mineur»¹¹⁶. Plutôt que d'affirmer le caractère absolu de l'autorité parentale, le juge français a donc choisi d'en faire un droit-fonction, finalisé par l'intérêt de l'enfant¹¹⁷, ce qui lui permet de justifier son immixtion au sein de la cellule familiale pour contrôler l'exercice que font les parents de leur autorité parentale en matière religieuse¹¹⁸.

¹¹⁵ La paternité de l'expression «sphère de non-droit» revient au doyen Carbonnier. Voir Carbonnier, *supra* note 3.

¹¹⁶ T.G.I. Versailles, 24 septembre 1962, *supra* note 39. Voir aussi Paris, 31 janvier 1963, *supra* note 107 : «Si le choix d'une religion et l'éducation religieuse des enfants sont bien des attributs de la puissance paternelle, les actes par lesquels celle-ci s'affirme ne peuvent plus échapper au contrôle du juge à qui il appartient d'apprécier tant les mobiles qui les ont inspirés que leur finalité. Le juge est fondé à intervenir lorsqu'un exercice abusif ou inopportun de ce droit risque de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation du mineur».

¹¹⁷ Voir art. 371-1, al. 2 C.c.F., *supra* note 80.

¹¹⁸ Le raisonnement du juge de droit civil français se manifeste donc au travers du syllogisme juridique suivant : «tous les attributs de [l'autorité parentale] sont soumis au contrôle du juge en fonction de l'intérêt de l'enfant ; or le choix d'une religion et l'éducation religieuse d'un enfant sont des attributs de [l'autorité parentale] ; donc le juge [...] est compétent pour contrôler le choix d'une religion et l'éducation religieuse d'un enfant, ceci en fonction de l'intérêt de celui-ci». Ce libellé du syllogisme juridique avait été formulé par R.P. dans sa note sous Paris, 31 janvier 1963, *supra* note 107. Il remarque ainsi que les juges posent dans cet arrêt le principe de «la compétence du juge des enfants pour trancher des questions confessionnelles». En effet, l'arrêt aurait pu se borner à constater que la requête des parents, qui contenait des critiques implicites à l'égard des éducateurs de leur fille, n'était pas fondée en fait, raisonnement que le juge n'a pas choisi de retenir.

Au Québec, la Cour supérieure a aussi soutenu que «[l]es tribunaux ne sont pas chargés du rôle de choisir et d'imposer l'enseignement moral ou religieux qu'un enfant devrait subir car c'est un devoir et un choix qui incombent aux parents [mais ils] doivent intervenir lorsqu'ils considèrent que cette question risque d'être nuisible au meilleur intérêt de l'enfant»¹¹⁹. D'ailleurs, l'article 33 du *Code civil du Québec* invite le juge à intervenir au sein de la cellule familiale afin de protéger l'enfant en recourant au standard de l'intérêt de l'enfant. En effet, cet article affirme que «les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits». Enfin, au Québec, les droits de l'enfant, protégés par l'intérêt de l'enfant, sont reconnus comme supérieurs aux droits des parents en matière religieuse. Le juge québécois intervient donc au sein de la cellule familiale pour contraindre les titulaires de l'autorité parentale à respecter ces droits de l'enfant.

L'intervention du juge québécois au sein de la cellule familiale trouve très certainement son fondement dans le rôle protecteur reconnu au juge de droit civil à l'égard de l'enfant, soit en vertu de la *parens patriae*¹²⁰, soit en vertu de sa simple

¹¹⁹ Voir *Droit de la famille* — 260, *supra* note 100 à la p. 316. Voir également *Droit de la famille* — 274, *supra* note 102 à la p. 949, où les juges de la Cour d'appel du Québec ont affirmé, pour justifier la restriction du droit de visite du père, devenu Témoin de Jéhovah, et lui interdire d'emmener son tout jeune enfant dans des congrès religieux, que «[l]e droit de garde d'un tout jeune enfant comporte celui de l'éduquer et de l'instruire en conformité de son intérêt prioritaire eu égard à son développement moral, intellectuel et physique. Un Tribunal a justement l'obligation de respecter ce principe et de l'appliquer, ce qui n'a rien d'une violation de la neutralité judiciaire ou encore de l'irrespect de la garantie constitutionnelle de la liberté de religion. Il n'est pas douteux d'autre part qu'en face de la priorité du bien de l'enfant un Tribunal puisse ordonner la suspension des droits parentaux même en matière de foi religieuse».

¹²⁰ La *parens patriae* est une notion de *common law* qui se réfère aux prérogatives reconnues au Souverain d'être le protecteur de certaines classes de personnes frappées d'incapacité juridique, dont les enfants et les malades mentaux. Cette doctrine remonte au 14^e siècle, époque à laquelle le roi avait la tutelle des enfants des personnes vivant sur ses terres. Elle permettait à l'État d'agir pour la sécurité de l'enfant principalement en matière de mariage non désirable et de testament, et fut plus tard élargie à la protection des enfants contre les abus et les violences aux États-Unis et au Canada anglophone. Au Québec, rien n'est écrit dans les textes en faveur ou en défaveur de ce principe. La doctrine et la jurisprudence sont donc partagées sur le point de savoir si cette notion s'applique ou non en droit québécois. Parmi les auteurs qui estiment que le Québec reconnaît la notion de *parens patriae* se trouve Dominique Goubau qui, citant la décision *Re Goyette : Centre de services sociaux du Montréal métropolitain* ([1983] C.S. 429), affirme que la Cour suprême du Canada s'est fondée sur cette compétence pour autoriser une intervention chirurgicale nécessaire à la sauvegarde de la vie d'un enfant de 2 ans. De même, la Cour d'appel se serait fondée sur ce même concept dans *Droit de la famille* — 323, [1988] R.J.Q. 1542. L'on trouve parmi les détracteurs de cette position Michel Morin, «La compétence *parens patrie* et le droit privé québécois : un emprunt inutile, un affront à l'histoire» (1990) 50 R. du B. 827, où il soutient que ce pouvoir n'a pas survécu à l'Acte de Québec de 1774. En outre, selon lui, cette compétence n'ajoute rien au droit positif qui contient des dispositions spécifiques permettant aux tribunaux d'agir. Par exemple, selon lui, l'article 42 de la *Loi sur la santé publique* (L.R.Q. c. S-2.2) permettrait une telle action à l'époque dans l'affaire *Goyette*. De plus, s'il n'y a pas de texte et que l'on se trouve en présence d'un danger pour l'intérêt de l'enfant, on peut de

fonction de protecteur du faible¹²¹, soucieux d'éviter qu'il n'y ait abus par les parents de leur droit et liberté au détriment de l'enfant. En effet, dans la cellule familiale, l'enfant apparaît comme un «individu faible». Il est titulaire d'un droit à la liberté de religion mais il ne peut l'exercer seul en raison de son incapacité juridique. Il est donc soumis aux choix des titulaires de l'autorité parentale en matière religieuse, ce qui peut parfois ne pas lui être favorable. En outre, étant un individu en devenir, sa personnalité, à bien des égards, ne se révèle pas assez construite pour exercer avec discernement des choix en matière religieuse. Dès lors, c'est en se fondant sur l'intérêt de l'enfant, lequel contient l'inventaire de ses droits en matière religieuse, que le juge québécois intervient au sein de la cellule familiale pour protéger le droit de l'enfant à sa liberté de religion contre les erreurs des titulaires de l'autorité parentale et contre les erreurs de l'enfant lui-même.

ii. L'intérêt de l'enfant comme étalon axiologique assurant le contrôle des solutions données par l'application mécanique des règles de droit civil

Outil décisif permettant aux juges français et québécois de se donner compétence pour contrôler la normativité religieuse dans ses effets ou dans sa teneur, l'intérêt de l'enfant se révèle également un étalon axiologique à l'aune duquel ils apprécient les solutions avancées «mécaniquement» par les règles de droit civil. En effet, une analyse des décisions relatives au choix de la religion, à l'éducation et à la pratique religieuse des mineurs révèle que les juges, loin de se tenir à une simple «application mécanique» des règles relatives à l'autorité parentale (pour le juge français) et à la liberté de religion (pour le juge québécois), recourent aussi l'un et l'autre à la notion de l'intérêt de l'enfant, donnant ainsi une dimension axiologique à leur décision. Toutefois, alors qu'en France le juge de droit civil recourt à cette notion pour évincer l'application de la normativité religieuse à l'égard de l'enfant, au Québec, le juge de droit civil se contente de l'utiliser pour évincer par exception certains effets des normativités religieuses à l'égard de l'enfant.

α. L'intérêt de l'enfant en France : un étalon axiologique qui permet d'évincer la normativité religieuse

Comme nous l'avons vu, le juge français recourt en règle générale à un mode de contrôle *in abstracto* en appréciant les effets ou la teneur de la normativité religieuse

recourir à l'article 33 C.c.Q., une disposition qui permettrait au juge québécois d'intervenir au sein de la cellule familiale.

¹²¹ On trouve ce rôle protecteur de l'État lorsque le juge statue sur la garde de l'enfant : voir l'art. 514 C.c.Q. Ainsi, au moment où il prononce la séparation de corps ou postérieurement, le tribunal statue sur la garde, l'entretien et l'éducation des enfants, dans l'intérêt de ceux-ci et le respect de leurs droits, en tenant compte, s'il y a lieu, des accords conclus entre les époux. La référence aux droits et à l'intérêt de l'enfant permettrait au juge de prendre en considération les besoins des enfants qui n'ont pas été reconnus dans le code.

à l'aulne de la notion de l'intérêt de l'enfant à laquelle il a donné une définition *a priori*, réalisant ainsi un contrôle normal ou maximal de la norme religieuse. Or, au sein des décisions françaises, lorsque le juge de droit civil réalise le contrôle des effets ou de la teneur de la normativité religieuse, la notion de l'intérêt de l'enfant lui permet soit d'asseoir sa décision en renforçant son argumentaire juridique par une dimension axiologique, soit d'adapter aux valeurs de son ordre juridique la solution obtenue par l'application «mécanique» de la règle de droit civil.

Dans le premier cas, le juge double son syllogisme juridique d'un syllogisme axiologique fondé sur l'intérêt de l'enfant¹²². Ainsi, le Tribunal de grande instance de Saint-Brieuc, dans sa décision du 10 octobre 1989, a non seulement affirmé qu'une enfant de 16 ans était soumise à l'autorité parentale de ses parents jusqu'à l'âge de 18 ans pour lui interdire de recevoir le baptême des Témoins de Jéhovah, mais a également apprécié les conséquences de ce baptême au regard de la notion de l'intérêt de l'enfant. Il a alors allégué que la communauté des Témoins de Jéhovah était «une

¹²² Le syllogisme juridique est un raisonnement formel déduisant de prémisses (majeure et mineure) une conclusion. Il se présente comme suit : «telle présupposition étant donnée, tel effet juridique en découle» (majeure) ; «or, le cas particulier est contenu dans cette présupposition» (mineure) ; «donc, l'effet juridique envisagé se produit dans ce cas particulier» (conclusion). La spécificité du syllogisme juridique est que les éléments de la présupposition sont exclusivement juridiques. Dans ce cas, le juge applique une méthode logique, dont le processus de qualification peut se décomposer comme suit : a) le juge analyse la présupposition de la règle de droit possiblement applicable pour déceler les éléments dont elle se compose ; b) le juge analyse les éléments constitutifs de l'objet du litige qu'il a construit ; c) le juge détermine s'il existe une coïncidence entre les éléments constitutifs de la présupposition et ceux de l'objet du litige. La particularité du syllogisme axiologique est de se référer à une valeur extra-juridique qui s'exprime au travers d'un standard au niveau de la présupposition ou d'apprécier les effets de droit au vu de cette même valeur. Selon nous, le standard est un référent axiologique qui se réfère à la normalité d'un comportement ou d'une situation et qui se substitue au référent légal ou s'ajoute à ce dernier. Il est défini de façon subjective (convictions propres du juge) et objective (réception par le juge des valeurs de la société qui l'entoure). Il est l'expression d'une technique législative fonctionnelle qui permet d'intégrer une référence à une normalité extra-juridique dans la règle de droit (par ex. notion de délai raisonnable, de cause réelle et sérieuse — de licenciement —, de bon père de famille, de l'intérêt de l'enfant, etc.). C'est par le syllogisme axiologique que se manifestent le plus explicitement les valeurs de l'ordre juridique au sein duquel le juge de droit civil rend sa décision. Comme nous l'avons vu précédemment, le standard peut intervenir à deux niveaux de la structure de la règle de droit : soit celui de la présupposition, soit celui des effets de droit. Soit le standard fait office de présupposition. Dans ce cas, syllogisme axiologique se substitue au syllogisme juridique car la majeure contient le référent axiologique, c'est-à-dire le standard. Le juge rappelle le standard et son contenu, s'il est défini, puis détermine les conséquences juridiques de sa reconnaissance. Le juge analyse les éléments constitutifs de l'objet du litige qu'il a construit pour déterminer s'ils sont conformes ou non à la normalité du standard et il détermine les conséquences juridiques concrètes de la conformité de l'objet du litige au standard. Soit le standard joue sur l'effet de la règle de droit. Le raisonnement du juge se fait alors en deux temps. Dans un premier temps, il applique un syllogisme juridique puis dans un deuxième temps, il applique un syllogisme axiologique. Après la construction du syllogisme juridique, le juge va apprécier le dispositif à l'étalon du standard. Dans ce cas, le dispositif devient la mineure et le standard la majeure, donnant une nouvelle conclusion, c'est-à-dire un nouveau dispositif.

secte qui exige énormément de ses membres, ce qui implique un endoctrinement considérable, totalement incompatible avec le désir de notre société de ne pas imposer à des adolescents un quelconque carcan¹²³. L'appréciation de la teneur de la normativité des Témoins de Jéhovah à l'aulne d'une définition *a priori* de l'intérêt de l'enfant a donc conduit le tribunal à lui refuser un tel sacrement, «qui ne ferait que l'ancrer davantage dans une religion qui, par ses exigences énormes, ne doit s'adresser qu'aux adultes». Dans cette décision, bien que la solution aurait pu être déduite de la seule application des principes relatifs à l'exercice de l'autorité parentale, c'est-à-dire de la soumission de l'enfant aux décisions parentales, le juge de droit civil a néanmoins choisi de la confirmer au regard de la notion de l'intérêt de l'enfant, refusant dès lors tout effet à la normativité religieuse des Témoins de Jéhovah sur l'adolescente.

La notion de l'intérêt de l'enfant peut aussi permettre d'adapter la solution donnée par l'application mécanique des règles de droit civil et plus particulièrement des règles portant sur l'autorité parentale. Ainsi, pour régler un différend entre une mère catholique et un père devenu Témoin de Jéhovah au cours du mariage, le Tribunal de Sarrebourg, dans une décision en date du 12 novembre 1988, avait appliqué l'ancien article 372-1-1 du *Code civil français* pour en déduire que les parents devaient revenir à «la pratique qu'ils avaient précédemment pu suivre dans des occasions semblables», à savoir, en l'espèce, ne pas associer les enfants à leur pratique religieuse, selon un accord qu'ils avaient conclu ensemble en 1987. Les normativités religieuses des deux parents devaient dès lors être évincées à l'égard des enfants. Toutefois, en recourant au prisme de l'intérêt de l'enfant, le tribunal a affirmé que la mère, catholique, pouvait fêter Noël et Pâques avec ses enfants, malgré le caractère religieux desdites fêtes. En effet, selon le tribunal, «de tels événements ont perdu dans la société française leur caractère spécifiquement religieux [...]» et «priver les enfants de telles fêtes aboutirait à les isoler de leurs camarades»¹²⁴, ce qui n'était pas dans leur intérêt. La mère s'est donc vue reconnaître le droit de célébrer avec ses enfants ces fêtes qui ne sont pas reconnues par les Témoins de Jéhovah, à condition, toutefois, de ne pas les emmener dans des lieux de culte. Par le biais de l'intérêt de l'enfant, le juge a donc adapté les effets de la solution donnée par la règle de droit civil, en l'espèce l'ancien article 372-1-1 du *Code civil français*. L'intérêt de l'enfant, dans une certaine mesure, lui a permis d'assurer l'expression indirecte des effets de la normativité religieuse catholique à l'égard des enfants au détriment de celle des Témoins de Jéhovah au motif que les fêtes religieuses catholiques sont fêtées par l'ensemble de la population française et qu'elles font partie de l'héritage culturel de la société française. Pour mieux comprendre cette décision, il faut ici rappeler que la position sociologiquement dominante du catholicisme¹²⁵ en France a fait que pendant

¹²³ T.G.I. Saint-Brieuc, 10 octobre 1989, *supra* note 58.

¹²⁴ T.G.I. Sarrebourg, 12 novembre 1988, *supra* note 51.

¹²⁵ À noter qu'au Québec, l'influence de l'Église catholique sur l'ensemble des institutions a été très grande dans le passé. Voir Anne-Marie Bilodeau, «Quelques aspects de l'influence religieuse sur le droit de la personne et de la famille au Québec» (1984) 15 R.G.D. 573.

longtemps, l'on ne s'est pas interrogé sur les rapports entre la religion et le droit. D'ailleurs, aujourd'hui encore, les juges semblent implicitement considérer que la religion catholique fait partie du patrimoine culturel français. On peut souvent trouver au fil des arrêts, la présomption selon laquelle l'appartenance à la religion catholique est la norme en matière d'appartenance religieuse¹²⁶, ce qui a pour résultat que les juges peuvent faire produire des effets de droit à la norme catholique en raison non de sa nature de norme religieuse mais de sa nature de norme sociale¹²⁷, passée dans les mœurs civiles¹²⁸. C'est donc avec la montée d'autres religions, notamment le

¹²⁶ Dans de nombreux arrêts, les juges de droit civil français se sont référés à la religion catholique sans préciser le nom de la communauté religieuse, comme si elle était la norme. En l'espèce, le juge avait estimé que le prêtre avait commis un abus de pouvoir en baptisant l'enfant sans l'assentiment du chef de famille, se prononçant en ces termes : «qu'ainsi la puissance paternelle [est] absolue et sans contrôle du droit pour le père de faire administrer ou non les sacrements de l'Église», sans donc préciser de quelle église il s'agissait, comme si l'appartenance catholique allait de soi en l'espèce. Voir les remarques sur ce point de Cyrille Duvert, «Droit et religion(s) : genèse et devenir d'un rapport méconnu» (1996) 21 *Revue de la recherche juridique, droit prospectif* 737, qui note que lorsqu'il s'agit de religion catholique, les juges bien souvent n'estiment pas nécessaire de faire une référence expresse au terme «catholique» (*ibid.* à la p. 740), ni même d'explicitier quelle est la portée religieuse de certaines pratiques : «Le catholicisme tout en étant nécessairement "autre chose" que du droit, bénéficie ainsi auprès des juges d'une présomption de normalité» (*ibid.* à la p. 741). L'auteur ajoute d'ailleurs que «[l]e catholicisme apparaît alors bien comme une norme sociale à laquelle il est inhabituel de déroger et que le juge peut sanctionner sans pour autant, dans son esprit, outrepasser les limites de sa mission» (*ibid.* à la p. 742).

¹²⁷ Voir Paris, 13 décembre 1934, D. 1935.RH.138, S. 1935.2.168, dans lequel le juge des référés avait ordonné la remise de deux enfants à leur mère pour que la seconde puisse tout comme son aînée faire sa première communion, précisant ainsi que son intérêt commandait qu'elle fut bénéficiaire du même privilège.

¹²⁸ Voir Montpellier, 7 novembre 1994, J.C.P. 1996.II.22680 (note Jean-Michel Bruguière), [1996] R.T.D. civ. 368 (pourvoi à la Cour de cassation rejeté, en date du 9 octobre 1996, disponible sur *Juridique Lamy*). Dans cette affaire, la Cour de cassation a précisé que «c'est une appréciation souveraine que la cour d'appel retient qu'à partir de 1989, l'épouse s'est refusée à participer aux fêtes de familles telles que les anniversaires des enfants, ainsi qu'aux fêtes de Noël, malgré le caractère aussi familial que religieux de ces dernières possibilités pour la mère de fêter Noël et Pâques car ces événements ont perdu leur caractère religieux dans la société française» et que «priver les enfants de telles fêtes aboutirait à les isoler de leurs camarades» ce qui serait contraire à leur intérêt. À noter à l'inverse au Canada, dans l'affaire *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 18 D.L.R. (4e) 321, la Cour suprême a dû se prononcer sur la validité constitutionnelle d'une loi d'inspiration chrétienne interdisant de travailler le dimanche sous peine de sanction pénale. Elle a ainsi été amenée à préciser que le fait, pour l'État, d'intégrer dans la législation les préceptes d'une religion particulière portait *ipso facto* atteinte à la liberté de religion, précisant ainsi que «protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions a pour effet de créer une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société» (*ibid.* à la p. 337). Cette décision est d'autant plus intéressante qu'à l'époque où elle fut rendue, les dispositions de la *Charte canadienne* relatives à l'égalité devant la loi n'étaient pas encore entrées en vigueur, de sorte que l'inégalité naissant de l'absence de neutralité de l'État dans cette affaire doit être considérée comme étant incompatible avec la liberté de religion elle-même plutôt qu'avec le droit à l'égalité. Voir sur ce point José Woehrling, «L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse» (1998) 43 R. D. McGill 325 à la p. 371.

judaïsme, que le juge français a été amené à penser les rapports entre la norme religieuse et le droit en termes de conflits potentiels de normativité.

Le recours par le juge français à l'étalon axiologique qu'est l'intérêt de l'enfant semble montrer que l'éviction de la normativité religieuse et de ses effets à l'égard de l'enfant n'est pas seulement une conséquence de l'application de la règle de droit civil. Elle est aussi une conséquence de l'application de valeurs propres à l'ordre juridique étatique français, contenues dans la notion de l'intérêt de l'enfant. Dans les litiges relatifs au choix de la religion, à l'éducation et à la pratique religieuse des mineurs, les fonctions que le juge français assigne à l'intérêt de l'enfant à l'égard de la normativité religieuse semblent donc se rapprocher de celle de l'ordre public en droit international privé. En effet, il semble bien que l'intérêt de l'enfant soit une valeur fondamentale qui permet au juge de droit civil français d'évincer toute normativité religieuse à l'égard de l'enfant qui serait contraire aux valeurs de l'ordre juridique étatique français. Le juge français admettrait donc les effets de la normativité religieuse à l'égard de l'enfant, seulement après avoir passé ses effets ou sa teneur au prisme des valeurs de son ordre juridique contenues dans la notion de l'intérêt de l'enfant¹²⁹.

β. L'intérêt de l'enfant au Québec : un outil pour évincer par exception certains effets des comportements parentaux qui se fondent sur une normativité religieuse

Au Québec, dans le cas du contrôle *in concreto* des effets des comportements parentaux fondés sur une norme religieuse, le standard de l'intérêt de l'enfant est utilisé afin de vérifier que l'exercice effectif par les parents de leur liberté de religion ne cause pas des préjudices physiques, moraux ou psychologiques à l'enfant. Par contre, dans le cadre de l'analyse *in abstracto*, la fonction de la notion de l'intérêt de l'enfant est de protéger les droits de l'enfant en matière religieuse. En effet, le juge québécois limite la liberté de religion reconnue à chacun des titulaires de l'autorité parentale lorsque celle-ci a pour conséquence de porter atteinte aux droits de l'enfant en matière religieuse. Ainsi, même si le juge québécois a affirmé que «les tribunaux ne sont pas chargés du rôle de choisir et d'imposer l'enseignement moral ou religieux qu'un enfant devrait subir car c'est un devoir et un choix qui incombent aux parents»¹³⁰, il a aussi reconnu qu'«[i]l n'est pas douteux d'autre part qu'en face de la

¹²⁹ Voir Bénédicte Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996 à la p. 389 : «En principe, l'exception d'ordre public est un mécanisme correcteur de la règle de conflit, qui la paralyse et justifie une dérogation aux résultats normalement atteints par l'application de la loi étrangère désignée lorsque celle-ci contient des dispositions dont la mise en oeuvre est jugée inadmissible par les instances judiciaires saisies».

¹³⁰ *Droit de la famille* — 260, *supra* note 100 à la p. 316.

priorité du bien de l'enfant un Tribunal puisse ordonner la suspension des droits parentaux même en matière de foi religieuse»¹³¹.

Pour protéger la liberté de religion de l'enfant, le juge québécois établit une distinction entre les droits des «enfants d'âge tendre» et les droits des adolescents de 13 ans et plus en matière religieuse. Comme les premiers sont considérés comme incapables de tout discernement, le juge québécois affirme que le droit en matière religieuse d'un tout jeune enfant comporte celui d'être éduqué et instruit en conformité avec son intérêt prioritaire eu égard à son développement moral, intellectuel et physique¹³². Dès lors, selon le juge québécois, doivent être contrôlés les comportements des titulaires de l'autorité parentale qui endoctrinent un jeune enfant, qui suivent et imposent «des préceptes religieux d'une façon intolérante et intransigeante»¹³³. Quant aux adolescents de 13 ans et plus, le juge québécois les présume capables de faire leurs propres choix en matière religieuse¹³⁴, tout en contrôlant toutefois qu'ils n'usent pas de cette liberté à leur détriment¹³⁵.

En fait, à la lumière de cette analyse, l'intérêt de l'enfant se révèle l'outil par lequel le juge québécois limite par exception la liberté de religion reconnue aux parents et par lequel il évince certains effets de la normativité religieuse à laquelle les titulaires de l'autorité parentale ont choisi de soumettre l'enfant. Ainsi, c'est en se fondant sur cette notion de l'intérêt de l'enfant que le juge québécois a interdit à une mère, Témoin de Jéhovah, d'amener ses enfants faire de la sollicitation de porte en porte pour quelque motif que ce soit et de les amener à des activités religieuses ou autres se terminant plus tard que 20 h 30 les soirs de semaine¹³⁶. Toutefois, à la différence du juge français, le juge québécois ne se fonde pas sur la règle religieuse à la source du comportement pour interdire un comportement religieux à un parent. Les préceptes de la communauté religieuse du parent ne sont pas en litige mais plutôt la façon dont le parent les enseigne à ses enfants¹³⁷. Autrement dit, c'est parce que les comportements religieux des parents causent un préjudice matériel, psychologique, moral à l'enfant, ou qu'ils sont contraires à ses droits en matière religieuse protégés par la notion de l'intérêt de l'enfant, qu'ils sont interdits par le juge de droit civil

¹³¹ *Droit de la famille* — 274, *supra* note 102 à la p. 949. C'est en se fondant sur l'intérêt de l'enfant comme limite au droit à la liberté de religion des titulaires de l'autorité parentale que le juge québécois a interdit à un père, Témoin de Jéhovah, d'emmener son tout jeune enfant dans des congrès religieux.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Droit de la famille* — 260, *supra* note 100 à la p. 316. En effet, selon le juge Frenette, il ressort de la jurisprudence canadienne que «l'endoctrinement d'un jeune enfant par un parent qui suit et impose des préceptes religieux d'une façon intolérante et intransigeante, doit être contrôlé par les Tribunaux qui doivent veiller au meilleur intérêt des enfants».

¹³⁴ Voir *Protection de la jeunesse* — 884, *supra* note 90.

¹³⁵ *Ibid.* Le juge Crépeau a imposé une intervention chirurgicale à une adolescente de 14 ans, membre d'une église évangélique, qui la refusait pour des motifs religieux. Il a considéré que la foi de l'enfant était profonde et sincère, mais aveugle, et nuisait à son aptitude d'exprimer un refus libre d'une personne (mineure) capable de discernement.

¹³⁶ Voir *Droit de la famille* — 1153, *supra* note 106 à la p. 131.

¹³⁷ Voir *Droit de la famille* — 353, *supra* note 40.

québécois. D'ailleurs, selon la juge L'Heureux-Dubé, «en statuant sur le meilleur intérêt de l'enfant, le tribunal ne fait le procès ni d'une religion ni de l'exercice qu'un parent peut en faire pour lui ou pour elle-même, mais examine uniquement la manière dont l'exercice par un parent, d'une religion donnée à l'occasion des droits de visite et de sortie, influe sur le meilleur intérêt de l'enfant»¹³⁸. En aucune façon, le juge québécois ne doit donc se risquer à un contrôle de la teneur de la norme religieuse sur laquelle se fondent les comportements parentaux à l'égard de l'enfant.

Il en résulte qu'au Québec, loin d'évincer la normativité religieuse, le juge va démembrer les effets de cette dernière sur l'enfant n'acceptant que ceux qui sont compatibles avec son intérêt. Cette approche est particulièrement patente en matière de conflit entre les parents quant à l'éducation d'un enfant lorsque l'un des parents fait partie d'une secte. Ainsi, dans la décision *Droit de la famille* — 353, le juge Kaufman de la Cour d'appel du Québec a interdit à l'intimé la pratique religieuse du porte-à-porte, parce qu'elle était préjudiciable pour l'enfant d'âge tendre¹³⁹. Ce même type de raisonnement a été repris par la Cour supérieure, dans lequel le juge Frenette dispose que «[l]e requérant peut enseigner à l'enfant la religion des Témoins de Jéhovah mais [...] [i]l lui est ordonné de ne pas amener l'enfant dans les démonstrations, cérémonies ou des congrès des Témoins de Jéhovah, ou faire de la prédication de porte en porte, jusqu'à ce que la Cour détermine que l'enfant soit en état de choisir la religion qu'elle voudra suivre»¹⁴⁰. Dans le dispositif de chaque décision, le juge québécois détermine donc au cas par cas les effets des comportements religieux familiaux fondés sur des normes religieuses autorisés à l'égard de l'enfant.

L'intérêt de l'enfant au Québec est donc pour le juge de droit civil un outil qui lui permet d'analyser les effets des comportements parentaux qui se fondent sur des normes religieuses, d'identifier ceux d'entre eux qui lui apparaissent comme étant incompatibles à cet intérêt et de les évincer. Pour le juge français, au contraire, le recours à l'intérêt de l'enfant permet d'évincer non pas certains effets des comportements parentaux fondés sur une normativité religieuse¹⁴¹ mais bien l'ensemble de ces effets, voire même la normativité religieuse elle-même. Ces

¹³⁸ *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141 à la p. 181, 108 D.L.R. (4^e) 287.

¹³⁹ Voir *supra* note 40 aux pp. 363-64: «There is some evidence that the door-to-door visits disturb the child. In this connection, it is important to recall that a distinction must be made between what a child may dislike and that which is harmful to the child. The learned trial judge felt that these visits were harmful to the child, and I accept this finding of fact». La Cour d'appel décide ensuite de remplacer un des points de l'ordonnance du juge de la Cour supérieure, qui ordonnait à l'intimé «de ne pas instruire l'enfant des croyances et principes particuliers à ses vues religieuses et, plus particulièrement mais sans limiter la généralité de ce qui précède, [...] de s'abstenir de faire fréquenter au dit enfant ses lieux de réunion religieuse et de s'abstenir de le faire participer à des visites de sollicitation religieuse de porte en porte» (*ibid.* à la p. 361).

¹⁴⁰ *Droit de la famille* — 1150 (C.S.), *supra* note 83 à la p. 43.

¹⁴¹ Pour une plus grande fluidité du style, l'expression «comportements religieux du parent» équivaldront dans le reste de cette étude à la notion de comportements parentaux fondés sur une normativité religieuse. De même, l'expression «pratique religieuse» recouvrira l'idée de pratique religieuse fondée sur des règles religieuses.

différences d'usage de l'intérêt de l'enfant s'expliquent par des précompréhensions propres aux juges français et québécois quant à ce que recouvre la notion de l'intérêt de l'enfant, mais aussi quant à l'attitude que leur ordre juridique respectif est censé entretenir à l'égard des ordres normatifs religieux exerçant une influence au sein de la cellule familiale.

b. La signification de la notion de l'intérêt de l'enfant et les valeurs de l'ordre juridique étatique qu'elle exprime

i. L'intérêt de l'enfant en France : le choix d'une identité religieuse unique et stable pour l'enfant, doublé de la volonté d'assurer son intégration dans la société française

En France, le juge définit l'intérêt de l'enfant en matière religieuse comme l'absence de préjudice présent ou futur pour l'enfant du fait de sa soumission à des normes religieuses. Dès lors, l'enfant ne doit pas être perturbé par la pratique religieuse de ses parents fondée sur des règles religieuses¹⁴², ni être endoctriné par ces derniers¹⁴³. Les parents doivent donc lui laisser, dans une certaine mesure, une marge d'appréciation en matière religieuse. En outre, le juge français semble estimer que l'enfant doit avoir une appartenance religieuse stable¹⁴⁴ de la naissance à l'âge de 18 ans¹⁴⁵ et qu'il ne doit pas être soumis à une pluralité de normativités religieuses avant sa majorité. En effet, en raison des contradictions éventuelles qui peuvent exister entre les différentes communautés religieuses, la soumission de l'enfant à des normes de confessions distinctes pourrait créer chez lui des confusions de nature à le perturber.

Enfin, le juge français considère que les choix éducatifs des parents en matière religieuse interviennent dans un cadre culturel, politique et social propre à la France,

¹⁴² Voir par ex. Cass. Civ. 1^{re}, 28 mars 1995, *supra* note 100, qui affirme que, sur le fondement de l'article 375 C.c.F., un enfant vivant dans une «secte» peut faire l'objet de mesures éducatives s'il subit, du fait de la pratique religieuse de ses parents, des sévices corporels ou si son évolution et son équilibre psychique sont gravement compromis.

¹⁴³ Voir par ex. Montpellier, 29 juin 1992, *supra* note 54, où il est affirmé qu'après séparation, est reconnu le droit pour chacun des parents de participer à l'éducation religieuse de leurs enfants à condition de refuser l'endoctrinement absolu.

¹⁴⁴ Voir Paris, 11 décembre 1964, *supra* note 75, où les juges emploient l'expression «existence stable, paisible et régulière».

¹⁴⁵ Cet intérêt de l'enfant se déduit de la manière dont le juge civil détermine la religion de l'enfant dans le cas où l'un des parents s'est converti au cours du mariage. En effet, celui-ci décide que la religion de l'enfant est celle correspondant au dernier statut religieux commun des parents. La prévalence en matière d'éducation religieuse est donc donnée au parent qui ne s'est pas converti, permettant ainsi à l'enfant de ne pas changer de religion au cours de son enfance. Voir par ex. Trib. civ. Briançon, 6 janvier 1948, *supra* note 50; T.G.I. Sarrebourg, 12 novembre 1988, *supra* note 51. Voir aussi la terminologie employée par les juges, telle l'expression «fixer la religion de l'enfant» dans Trib. civ. Versailles, 4 février 1959, J.C.P. 1960.II.11552.

au sein duquel les enfants doivent s'insérer. L'idée implicite semble être que l'enfant doit apprendre à connaître ce cadre général et à évoluer en son sein afin de s'en sentir membre une fois adulte. Dès lors, les enfants ne peuvent être soumis à une normativité religieuse qui rend leur insertion sociale difficile, les isole, les marginalise¹⁴⁶, en prônant des valeurs éloignées, voire opposées à celles de la société française. Ainsi, pour retirer à un père musulman son droit de visite à l'égard de ses enfants dont la mère, catholique, avait la garde, le juge français a pu constater qu'il avait procédé à la circoncision de ses enfants sans l'accord de son ex-épouse, alors que le père «devait tenir compte des opinions et valeurs de la mère quant à l'opportunité de la circoncision ; que la circoncision n'était pas courante en France [et] que l'opinion majoritaire [y] était défavorable»¹⁴⁷. Dans cette décision, le juge ne s'est pas contenté de fonder sa décision sur les seules règles relatives à l'autorité parentale, lesquelles imposent aux parents d'agir de concert. C'est en se fondant sur les valeurs majoritaires de la société française que le juge français a apprécié l'acte religieux du père, musulman, à l'égard de ses enfants, qui en l'espèce, était en contradiction avec celles-ci.

À la lumière de cette analyse, il apparaît que la notion de l'intérêt de l'enfant vise non seulement à protéger l'enfant en tant qu'individu, à lui assurer une identité religieuse stable, mais aussi à lui donner toutes ses chances d'épanouir sa future identité citoyenne et d'intégrer à son mode de vie les valeurs de la nation française. L'intérêt de l'enfant pour le juge français se révèle donc marqué d'aspects purement sociologiques traduisant les valeurs sociales et culturelles de la société française ainsi que les aspirations du corps social dans son ensemble.

ii. L'intérêt de l'enfant au Québec : le choix d'une identité religieuse en devenir pour l'enfant doublé de la volonté de préserver ses spécificités

Selon certains juges canadiens, le contenu de la notion de l'intérêt de l'enfant devrait être défini *a minima*. En aucun cas, selon eux, elle ne pourrait signifier plus que l'absence de préjudice présent ou futur, matériel, psychologique ou moral pour l'enfant au sein de sa cellule familiale. Telle est par exemple l'opinion du juge Sopinka de la Cour suprême du Canada, dans *Young c. Young*, qui a affirmé que le droit à la liberté de religion d'un parent à l'égard de son enfant ne pouvait être remis en cause que si un préjudice grave ou un risque de préjudice grave pour l'enfant pouvait être caractérisé dans le cas d'espèce¹⁴⁸. Toutefois, cet avis ne semble pas

¹⁴⁶ Voir par ex. Paris, 8 décembre 1986, *supra* note 109, où au terme d'un divorce, la garde des enfants n'est pas confiée à la mère Témoin de Jéhovah aux motifs qu'elle est incapable de tenir ses enfants à l'écart de ses engagements religieux au sein des Témoins de Jéhovah et de les préserver des risques que comporte pour leur évolution la doctrine religieuse dont elle se réclame, celle-ci présentant un caractère marginal et rendant l'insertion sociale difficile.

¹⁴⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 26 janvier 1994, *supra* note 109.

¹⁴⁸ *Young*, *supra* note 105 à la p. 108.

partagé par la majorité des juges canadiens. Ainsi, au cours du même litige, la juge L'Heureux-Dubé a affirmé que l'intérêt de l'enfant est *une valeur neutre fonctionnelle* qui octroie des pouvoirs discrétionnaires au juge pour protéger un segment vulnérable de la société sans avoir à attendre la réalisation d'un préjudice à son encontre¹⁴⁹. Dans la province du Québec, il semble que les juges aient reconnu l'analyse de la juge L'Heureux-Dubé en s'efforçant de donner une dimension axiologique à cette notion de l'intérêt de l'enfant, laquelle rassemble les droits de l'enfant en matière religieuse qui peuvent être opposés à ses parents.

L'intérêt de l'enfant en matière religieuse consiste ainsi à préserver le droit de ce dernier de faire le libre choix de sa religion lorsqu'il a atteint l'âge de la maturité (14 ans au Québec)¹⁵⁰. Dès lors, par le prisme de l'intérêt de l'enfant, le juge s'assure que toutes les conditions sont réunies au sein de la cellule familiale pour que l'enfant puisse le moment venu faire un choix éclairé en matière religieuse. Pour ce faire, l'enfant ne doit donc pas être endoctriné au point de considérer que sa liberté de choix n'existe plus en matière religieuse¹⁵¹. Au contraire, l'enfant doit recevoir des informations sur les préceptes religieux de ses deux parents, quand bien même ces derniers sont distincts, voire contradictoires¹⁵². Aucune décision définitive quant à la religion de l'enfant ne doit non plus être prise par les titulaires de l'autorité parentale, de nature à l'empêcher le moment venu de faire un véritable choix en matière religieuse¹⁵³. Ce choix peut d'ailleurs porter sur celui d'une religion minoritaire. En effet, un tribunal ne pourrait remettre en cause un tel choix parce qu'il n'est pas en mesure de remettre en question la validité d'une croyance religieuse, même si peu de gens partagent cette croyance.

En fait, ce droit reconnu à l'adolescent de définir par lui-même ses propres préceptes religieux se fonde sur l'idée développée par la juge Wilson dans *R. c. Jones*, selon laquelle tout individu est libre «de se développer et de réaliser son

¹⁴⁹ *Ibid.* à la p. 71.

¹⁵⁰ Selon la décision *Protection de la jeunesse* — 884, *supra* note 90, l'enfant de 14 ans est, au sens de la doctrine et de la jurisprudence, un mineur doué de discernement.

¹⁵¹ Voir *Droit de la famille* — 260, *supra* note 100 à la page 317 : «J... n'a que trois ans et n'est pas rendue au stade de développement qui puisse permettre l'endoctrinement moral ou religieux rigide et intense que le requérant désire lui inculquer; ce ne sera que lorsqu'elle aura atteint un stade de développement suffisant qu'elle pourra faire un choix libre et éclairé dans ce domaine».

¹⁵² Voir *Droit de la famille* — 2505, *supra* note 37.

¹⁵³ Ainsi, dans *Droit de la famille* — 2505, *ibid.*, c'est parce que l'administration de l'Eucharistie à un enfant de 10 ans d'un père musulman et d'une mère catholique était de nature à l'enraciner définitivement dans la religion catholique et à l'exclure définitivement de la religion musulmane que le juge québécois a décidé de prononcer une injonction interlocutoire interdisant à la mère de faire administrer à l'enfant ce sacrement. Selon lui, l'enfant devait recevoir un enseignement dans les deux religions, chrétienne et islamique : «Aucun choix déterminant ne [doit être fait] entre les deux religions avant qu'il ait plus de maturité et qu'il soit plus en mesure de faire un choix éclairé et d'apprécier les conséquences de son choix» (*ibid.* à la p. 792). Voir aussi *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, 31 D.L.R. (4^e) 569 [*Jones* avec renvois aux R.C.S.]; *Protection de la jeunesse* — 860, J.E. 97-1924 (C.Q.).

potentiel au maximum, d'établir son propre plan de vie, en accord avec sa personnalité; de faire ses propres choix, pour le meilleur et pour le pire, d'être non conformiste, original et même excentrique, d'être, en langage courant, "lui-même" et d'être responsable en tant que tel¹⁵⁴. Or, si ce droit d'être «soi-même» est reconnu aux adultes, il semble que, pour le juge québécois, il existe aussi pour les adolescents, lesquels doivent en conséquence recevoir une éducation religieuse leur permettant de construire leur «identité religieuse métaphysique personnelle». Au travers de l'intérêt de l'enfant, c'est donc cette capacité de l'enfant de construire son identité religieuse personnelle que le juge québécois semble vouloir préserver des atteintes éventuelles émanant des titulaires de l'autorité parentale.

Toutefois, l'intérêt de l'enfant n'est pas riche de cette seule idée de nature individualiste. L'intérêt de la société dans son ensemble est aussi envisagé par le juge québécois au travers de l'intérêt de l'enfant. Comme pour le juge français, l'éducation d'un enfant est un enjeu pour le juge québécois qui intervient au sein de la cellule familiale au nom de l'intérêt de l'enfant si les parents ne respectent pas «la norme minimale socialement acceptable»¹⁵⁵. En fait, le juge québécois développe souvent l'idée que les enfants, au terme de leur éducation, doivent prendre place dans une société marquée par le pluralisme religieux, voire par le multiculturalisme ou l'interculturalisme¹⁵⁶. Par conséquent, les parents doivent toujours transmettre des préceptes religieux à leur(s) enfant(s) en respectant le fait qu'il existe une diversité religieuse au sein de la société, qui peut se refléter parfois au sein de la cellule familiale¹⁵⁷.

À bien des égards, on peut constater que les juges français et québécois retiennent des solutions distinctes, voire même opposées lorsqu'ils contrôlent les effets ou la teneur des normes religieuses qui s'appliquent à l'enfant. Pour une part, cette différence s'explique par la signification propre qu'ils ont reconnue l'un et l'autre à la

¹⁵⁴ Jones, *ibid.* à la p. 318.

¹⁵⁵ Voir *Children's Aid Society*, *supra* note 105. Voir aussi Jones, *ibid.* à la p. 299, où, à l'occasion d'un litige impliquant un pasteur d'une église fondamentaliste qui éduquait ses 3 enfants ainsi que d'autres dans le cadre d'un programme scolaire donné dans le sous-sol de l'église et qui refusait tout contrôle de la province, les juges Dickson et La Forest ont imposé ce contrôle en invoquant «un intérêt impérieux à ce que la jeunesse reçoive un "enseignement approprié"».

¹⁵⁶ Le multiculturalisme de la société canadienne est affirmé dans l'article 27 de la *Charte canadienne* (*supra* note 16), affirmant que «[t]oute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des canadiens».

¹⁵⁷ Ainsi, dans *Droit de la famille — 955*, *supra* note 68 aux pp. 609-10, le juge Malouf de la Cour d'appel a justifié le contrôle des comportements religieux d'un père Témoin de Jéhovah avec ses enfants, en notant : «Society has evolved considerably in recent years. We now live in a pluralist society. The former concept under which the husband and father made all the important decisions affecting the family is no longer applicable in the society in which we live. [...] In our case, the father rejected the opinions advanced by the mother. He did not give her the consideration and respect she deserved. He insisted on following the dictates of his own conscience without any consideration for the religious and other beliefs of the mother. In doing so he did not serve the best interest of the child».

notion de l'intérêt de l'enfant. Toutefois, les méthodes de contrôle de la normativité religieuse auxquelles ils recourent et le sens qu'ils ont donné à la notion de l'intérêt de l'enfant traduisent aussi une précompréhension qui leur est spécifique de la fonction du droit civil à l'égard du pluralisme normatif religieux existant au sein de la cellule familiale.

B. Un contrôle fondé sur une précompréhension de la fonction du droit civil à l'égard du pluralisme normatif religieux existant au sein de la cellule familiale

En effet, à l'égard du pluralisme normatif religieux existant au sein de la cellule familiale, les juges français et québécois conçoivent que la fonction du droit civil qu'ils appliquent est double : d'une part, déterminer les normes religieuses applicables au sein de la cellule familiale (1) ; d'autre part, imprégner la cellule familiale soumise à des normes religieuses des valeurs de l'ordre juridique (2). Toutefois, le sens qu'ils donnent l'un et l'autre à cette double fonction se révèle très différent.

1. Le droit civil : un droit qui détermine les normes religieuses applicables au sein de la cellule familiale

Tout d'abord, il apparaît que les juges français et québécois appliquent les règles de droit civil en fonction d'une représentation qui leur est propre du pluralisme normatif religieux devant exister au sein de la cellule familiale. Ainsi, alors que le juge français fait prévaloir l'idée de l'exclusivisme normatif, identifiant alors une seule normativité religieuse applicable à l'enfant, le juge québécois, lui, n'hésite pas à reconnaître que différentes normativités religieuses puissent s'appliquer au sein de la cellule familiale.

a. Le droit civil français : un droit qui assure un exclusivisme normatif au sein de la cellule familiale

Ainsi, comme nous avons pu le constater précédemment, le juge français s'efforce d'identifier la religion de l'enfant en recourant aux règles du code civil relatives à l'autorité parentale et à la règle jurisprudentielle selon laquelle «l'enfant a la religion de ses parents au jour de sa naissance et la religion commune qu'ils lui ont choisie»¹⁵⁸. Affirmant l'hégémonie de son droit, le juge français semble donc se donner compétence pour identifier la normativité religieuse applicable à l'enfant.

En outre, en contrôlant les effets ou la teneur des normes religieuses par le prisme de l'intérêt de l'enfant, le juge français entend s'assurer que l'identité religieuse de l'enfant est stabilisée jusqu'à sa majorité, excluant ainsi à l'égard de celui-ci les effets

¹⁵⁸ Voir *supra* notes 50-52.

des préceptes religieux du parent qui s'est converti après sa naissance. À bien à des égards, l'application de l'ensemble de ces règles et de ces principes du droit civil français semble concourir à imposer à la cellule familiale un certain exclusivisme normatif. En effet, cette dernière semble ne pouvoir être soumise qu'aux seules règles religieuses que les parents ont choisies d'un commun accord pour que l'identité religieuse de l'enfant soit unique et stable jusqu'à sa majorité, le parent converti ne pouvant transmettre ses préceptes religieux à l'enfant.

Ce choix du juge français de concevoir le droit civil qu'il applique comme un droit qui tend à assurer l'exclusivisme normatif religieux au sein de la cellule familiale pour que l'enfant ait une identité religieuse unique jusqu'à sa majorité s'explique sans doute par l'idée qu'il se fait de l'identité religieuse. En effet, pour le juge français et sans doute pour le juriste français en général, le choix d'une identité religieuse est indissociable du choix d'appartenir à une communauté religieuse. Or, cette appartenance religieuse est envisagée le plus souvent de manière totalitaire, en ce qu'elle a vocation à s'imposer à l'individu, et totalisante, en ce qu'elle a vocation à organiser de très nombreux aspects de sa vie quotidienne. Ce point de vue a été clairement exprimé par le doyen Carbonnier lorsqu'il a écrit que «l'exclusivisme bien connu des religions [...] ne laisse aucun espoir que deux formations confessionnelles différentes puissent être cumulées en la personne d'un même catéchumène»¹⁵⁹. Le réflexe du juge de droit civil et du juriste français semble donc être d'assimiler la religion à un système d'appartenance contraignant. Son incapacité à la concevoir autrement nous permet de mieux comprendre son refus d'en faire un élément de l'état de la personne et d'en déduire des effets juridiques. À titre d'exemple, nous pouvons d'ailleurs citer l'affirmation de Daniel Gutmann selon laquelle il est «inadmissible de tirer, conformément à une définition classique de l'état, des effets juridiques de l'appartenance religieuse»¹⁶⁰ car cela reviendrait à «imposer à la personne de respecter les règles de sa religion ou de son groupe d'appartenance»¹⁶¹, et qu'en conséquence «la laïcité et le principe d'inefficacité juridique de l'appartenance religieuse demeurent encore les garanties les plus précieuses de la liberté individuelle»¹⁶², à savoir tout particulièrement la liberté de changer de religion ou de la refuser. Or, ce point de vue est pour une grande part contestable. En effet, le droit de changer de religion est un droit fondamental qui, même s'il n'est pas présent dans les textes français, est directement applicable en France en raison de sa présence dans la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*¹⁶³,

¹⁵⁹ Trib. civ. Briançon, 6 janvier 1948, *supra* note 50.

¹⁶⁰ Daniel Gutmann, *Le sentiment d'identité : étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2000 à la p. 415.

¹⁶¹ *Ibid.* à la p. 416. Cette position est majoritairement partagée par la doctrine. Voir également en ce sens M.P. Coulombel, «Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des églises et de l'État» (1956) 54 R.T.D. civ. I.

¹⁶² Gutman, *ibid.*

¹⁶³ 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. 5. L'article 9 de la Convention, relatif à la liberté de pensée, de conscience et de religion, précise :

ce qui fait que même si le droit français reconnaissait les effets juridiques d'une appartenance religieuse, il ne saurait en découler nécessairement l'emprisonnement de cette personne dans ladite appartenance.

Cette approche de l'appartenance religieuse comme totalisante et indivisible explique que l'identité de l'enfant, pour le juge français, doit être unique et exclusive de toute autre. En raison de cette approche totalisante de l'appartenance religieuse, une seule et même personne ne peut avoir plusieurs appartenances religieuses et être soumise à des préceptes religieux de communautés distinctes. Point de pluralisme normatif religieux possible sur la tête de l'enfant. En effet, si le juge français semble accepter le pluralisme normatif religieux dans un couple, il le trouve préjudiciable pour l'enfant. En fait, le primat ontologique sur l'individu, que le juge français reconnaît à la communauté porteuse de la normativité religieuse sur l'individu, semble l'amener à douter de la capacité de ce dernier à diviser, à parcelliser ou à démembrer les effets de l'ordre normatif religieux pour les accommoder avec ceux des autres ordres normatifs auxquels il est soumis, notamment celui de l'État. En outre, cette approche empêche d'envisager la religion comme un simple système de référence culturelle, participant de l'élaboration de l'identité religieuse de l'enfant. En effet, comme la religion est envisagée comme un ordre normatif qui s'impose à ceux qui choisissent de s'y soumettre, elle ne peut être un simple ensemble de valeurs participant à la construction de l'identité de l'enfant. Enfin, une telle conception contribue pour une large part à envisager la religion et les religions en général comme des ordres normatifs concurrents de celui de l'État qui doit dès lors s'efforcer de protéger les individus de leur influence «totalisante» et de préserver l'influence de son propre ordre juridique sur les individus.

b. Le droit civil québécois : un droit qui organise une coexistence normative au sein de la cellule familiale

Quant au juge québécois, la perception qu'il retient de l'identité religieuse de l'enfant et des normes religieuses qui doivent s'appliquer au sein de la cellule familiale est bien différente de celle du juge français. En effet, pour le juge québécois, en raison de la liberté de religion qui est reconnue aux deux parents, l'enfant peut être soumis aux préceptes religieux de l'un et l'autre, même si ceux-ci sont distincts. En outre, il est important pour ce juge que l'enfant connaisse les préceptes religieux de

-
1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.
 2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

ses parents, même s'il s'agit de préceptes provenant de communautés religieuses distinctes. En effet, selon le juge québécois, cette connaissance permettra à l'enfant, le moment venu, de faire le choix éclairé de sa religion en ayant été informé des différents choix envisageables en matière religieuse. Enfin, l'existence de cette diversité au sein de la cellule familiale participe de l'intérêt de l'enfant qui sera ainsi préparé à être un citoyen de la société canadienne marquée par le multiculturalisme¹⁶⁴ et donc par la diversité culturelle et religieuse. Dès lors, à la différence du juge français, le juge québécois admet qu'il puisse y avoir au sein de la cellule familiale une coexistence des différents types de normes religieuses auxquelles les parents ont choisi de se soumettre par l'exercice de leur liberté de religion, et que cette coexistence puisse affecter l'enfant. Pour ce juge, le droit civil a pour fonction d'assurer cette coexistence normative religieuse au sein de la cellule familiale et d'éviter qu'aucune de ces normes ne s'impose de manière exclusive à l'enfant, tout en rappelant la primauté de l'identité québécoise. Ainsi, dans une affaire opposant un père égyptien et catholique à une mère juive, la juge Rousseau de la Cour supérieure a bien précisé que l'enfant n'était ni un petit juif anglophone, ni un petit catholique francophone, mais bien avant tout un citoyen canadien¹⁶⁵.

Sans nul doute, ces solutions s'expliquent par le fait que, pour le juge de droit civil québécois, l'individu peut appartenir à plusieurs religions et se mouvoir dans différents ordres normatifs, effectuant un ordonnancement *ad hoc* des différentes normes religieuses. En effet, il semble concevoir qu'un individu puisse opter pour une religion comme à un ensemble de valeurs, sans pour autant appartenir et s'assujettir à une communauté religieuse. À bien des égards, la religion est perçue par le juge québécois non dans son aspect cultuel mais dans son aspect culturel. À cet égard, les termes employés dans le Rapport Proulx¹⁶⁶ confirment cette analyse. En effet, il est écrit dans ce rapport qu'au Québec, «[l]a religion et la langue ont constitué et demeurent, à l'évidence, quoique à des degrés différents selon les époques, deux valeurs culturelles structurantes de la société québécoise»¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Sur la question du multiculturalisme, voir Andrea Semprini, *Le multiculturalisme*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2000; Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995; Taylor, *supra* note 18; David Theo Goldberg, *Multiculturalism: A Critical Reader*, Boston, Blackwell, 1994.

¹⁶⁵ Voir *H. c. R.*, [1998] R.L. 98 à la page 106 (C.S.): «It is the Court's duty to remind the parents of certain basic facts: 1. Their child is a person different and separate from each of them; [...] [the child] was conceived, born and is being brought up in Canada; he may be entitled to other citizenship as well, but his own is Canadian».

¹⁶⁶ Québec, Ministère de l'Éducation, *Laïcité et religions: perspective nouvelle pour l'école québécoise*, Québec, Gouvernement du Québec, 1999. Disponible en ligne: <<http://www.meq.gouv.qc.ca/reforme/religion/integ-fr.pdf>>.

¹⁶⁷ *Ibid.* à la p. 3. Depuis 1875, au Québec, l'éducation était sous la responsabilité de l'Église catholique et des communautés anglo-protestantes. Ce n'est qu'en 1964 que le Ministère de l'éducation fut créé. Puis, en 1997, l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a été modifié afin d'abroger les privilèges et droits confessionnels que les catholiques et protestants détenaient en vertu de cette loi (voir *ibid.* à la p. 1 et s.). De plus, désormais, toutes les lois et dispositions québécoises

Dès lors, contrairement au juge de droit civil français, le juge québécois n'a pas à réfléchir à de possibles facteurs de rattachement pour définir le statut religieux de l'enfant. Il ne s'attribue pas la compétence pour déterminer son appartenance religieuse, mais plutôt celle de contrôler l'éducation religieuse que l'enfant reçoit de ses parents. Il en résulte que la soumission de l'enfant à plusieurs rites initiatiques¹⁶⁸ ne lui apparaît pas incongrue puisqu'il n'est pas encore question pour lui de soumission exclusive à une communauté religieuse donnée¹⁶⁹. Au contraire, cette confrontation de l'enfant à différents systèmes de valeurs semble plutôt être perçue comme une donnée positive¹⁷⁰. En effet, comme le droit de choisir sa religion est un droit dont l'enfant est le seul à avoir l'exercice, il est important pour le juge de droit civil québécois de permettre à l'enfant d'accéder à son héritage culturel, tout en gardant sa faculté de faire plus tard un choix éclairé quant à son identité religieuse.

2. Le droit civil : un droit qui imprègne des valeurs de l'ordre juridique étatique les cellules familiales soumises à des normes religieuses

Alors que le juge français de droit civil s'efforce d'appliquer les règles de droit civil en vue de maintenir l'exclusivisme normatif religieux au sein de la cellule familiale, le juge québécois de droit civil, au contraire, considère que le droit civil qu'il applique peut s'efforcer d'assurer une coexistence des normes religieuses au sein de la cellule familiale. Toutefois, la fonction que les juges français et québécois choisissent d'assigner au droit civil qu'ils appliquent ne saurait se limiter à cette seule fonction de déterminer les normes religieuses applicables au sein de la cellule familiale. À bien des égards, il apparaît que ces juges conçoivent que la fonction de

concernant la religion sont soumis à la *Loi constitutionnelle de 1867* ainsi qu'à la *Charte canadienne*. Selon les rapporteurs, conserver les privilèges des deux religions catholiques et protestantes est hors de question car contraire au principe d'égalité contenu dans la *Charte canadienne* et dans les instruments internationaux des droits de l'homme (voir *ibid.* aux pp. 110, 177). La question est alors la suivante : doit-on offrir un enseignement religieux à tous (articles 10 et 41 de la *Charte québécoise*) ou plus exactement peut-on offrir un enseignement religieux à tous selon la religion qui est propre à chacun? (voir *ibid.* notamment aux p. 62 et s., 109).

¹⁶⁸ Voir *Droit de la famille* – 2505, *supra* note 37. En l'occurrence, les deux parents avaient contracté un mariage musulman, bien que la mère était catholique, en s'entendant sur le fait que les enfants seraient éduqués dans la religion musulmane.

¹⁶⁹ Au contraire, en France, le rite initiatique est perçu comme le signe extérieur de l'appartenance à une religion et elle a pour conséquence la soumission exclusive à cet ordre normatif religieux.

¹⁷⁰ Voir *Droit de la famille* — 3055, [1998] R.D.F. 475 à la p. 484 (C.S.), où le juge Trahan affirme : «Madame est heureuse dans sa foi et elle veut l'inculquer à ses enfants. Elle a le droit de le faire. Par ailleurs, les enfants savent qu'il existe d'autres croyances et d'autres façons de faire. Tant que cela sera fait dans le respect des croyances et des actions de chaque parent, les enfants ne devraient pas en souffrir. Ils sauront faire la part des choses. De plus, ce sera une façon concrète d'être confronté à la réalité de la pluralité religieuse contemporaine. Cela ne peut que les enrichir. Plus tard, les enfants pourront toujours rejeter les principes religieux qui leur auront été inculqués, s'ils ne sont plus en accord avec eux. Mais, au moins, ils auront été éveillés à la dimension morale, religieuse ou spirituelle des choses».

leur droit civil est aussi d'imprégner les cellules familiales soumises à des normes religieuses des valeurs de leur ordre juridique étatique.

a. *La fonction normalisatrice du droit civil français à l'égard des normes religieuses applicables au sein de la cellule familiale*

En France, comme nous avons pu le constater précédemment, le juge de droit civil français apprécie le plus souvent les effets des comportements parentaux fondés sur des normes religieuses ou encore la teneur même de ces normes à l'aune d'une définition *a priori* de l'intérêt de l'enfant. Comme cette dernière définition précise que l'enfant doit avoir une identité religieuse stable jusqu'à sa majorité, les règles de droit civil français sont appliquées par le juge de droit civil en vue d'assurer un certain exclusivisme normatif au sein de la cellule familiale. Mais, à bien des égards, il s'avère que le juge de droit civil français s'efforce aussi d'imprégner la cellule familiale d'une certaine idée de la normalité en matière religieuse, ce qui justifie que soient évincés à l'égard de l'enfant certains types de normes religieuses considérées comme marginales, voire comme marginalisantes par le juge de droit civil français. En effet, lorsqu'il contrôle les normativités religieuses qui s'appliquent à l'enfant par le prisme de l'intérêt de l'enfant, la notion de normalité apparaît à un double niveau.

Tout d'abord, cette notion de normalité se manifeste lorsque le juge de droit civil français contrôle les comportements familiaux fondés sur des normes religieuses en se référant à un modèle *a priori* du comportement religieux raisonnable à l'égard de l'enfant. Il semble que le juge français évince à l'égard de l'enfant tous les comportements religieux parentaux d'une ferveur religieuse qu'il juge excessive et qui, selon lui, peuvent conduire l'enfant à être endoctriné, c'est-à-dire à structurer son identité propre autour des seules valeurs de la communauté religieuse à laquelle appartiennent ses parents, en excluant celles de la nation française. Le juge de droit civil français privilégie donc à l'égard de l'enfant des comportements religieux mesurés, ne remettant pas en cause la primauté, sur le territoire français, de l'identité nationale sur l'identité religieuse et conduisant l'enfant à articuler ses valeurs religieuses avec les valeurs de la société française.

Lorsque le juge de droit civil français contrôle la teneur même des normes religieuses sur lesquelles se fondent les comportements parentaux, il semble aussi accepter ou évincer des normes religieuses à l'égard de l'enfant soit en fonction d'une certaine présomption de dangerosité à l'égard de certains groupements religieux, soit en fonction d'une distinction *a priori* entre les sectes et les religions, l'influence normative des premières devant être évincée à l'égard des enfants. Par exemple, la Cour d'appel de Nîmes, le 23 octobre 1996, pour accorder l'exercice exclusif de l'autorité parentale à une mère, catholique, au détriment d'un père Témoin de Jéhovah, a pu retenir une présomption de dangerosité à l'égard de la communauté des Témoins de Jéhovah, dangerosité qui, selon elle, était confirmée par l'appréciation des faits de

l'espèce¹⁷¹. De son côté, la Cour d'appel de Paris, le 8 décembre 1986¹⁷², a pu confier la garde des enfants au père en raison des convictions religieuses de la mère, celle-ci étant incapable de maintenir les enfants à l'écart de ses engagements au sein des Témoins de Jéhovah et à les préserver des risques que comporte pour leur évolution la doctrine dont elle se réclame.

Enfin, dans les décisions relatives au choix de la religion, à l'éducation et à la pratique religieuse des mineurs, on peut constater que le juge de droit civil français n'effectue pas le même type de contrôle selon les communautés religieuses impliquées dans le litige. Ainsi, si la communauté religieuse en litige est proche des valeurs de la société française comme la communauté catholique, le juge de droit civil français aura tendance à effectuer un contrôle minimum des effets sur l'enfant des comportements familiaux fondés sur des normes religieuses. Au contraire, s'il s'agit d'une communauté religieuse étrangère aux valeurs traditionnelles de la société française comme l'Islam, ou hostile à celles-ci, comme c'est le cas de certaines «sectes», le juge opte pour un contrôle maximum de la teneur de la norme religieuse sur laquelle se fonde le comportement parental en vue le plus souvent de s'assurer que l'enfant ne sera plus soumis à une telle normativité.

En fait, au travers de ces exemples, on peut constater que le juge français établit une distinction entre les communautés religieuses aux pratiques religieuses raisonnables, proches ou tout au moins respectueuses des valeurs de la société française, les religions normales et les communautés religieuses aux pratiques religieuses excessives, étrangères, voire même hostiles aux valeurs de la société

¹⁷¹ Voir Nîmes, 23 octobre 1996, J.C.P. 1997.IV.2165. À propos de la communauté des Témoins de Jéhovah, la Cour d'appel a affirmé qu'«[i]l n'appartient pas à la cour de porter un jugement sur les fondements de la religion dite des Témoins de Jéhovah, mais il entre dans ses attributions de protéger les enfants ou mineurs de pratiques qui ont pour but d'atténuer leur libre arbitre et l'éclosion de leur personnalité par un endoctrinement ou un conditionnement précoce». Selon la Cour d'appel de Nîmes, cette présomption de dangerosité était confirmée dans les faits parce que «[l]e père prive les enfants de toute activité ludique et leur impose des études bibliques. [En outre,] [l]a mère, face à la souffrance de ses enfants, a abandonné toute pratique religieuse et leur dispense une éducation classique en opposition avec les convictions du père que les enfants ressentent comme une véritable marginalisation». Cette présomption de dangerosité existant à l'égard de la communauté des Témoins de Jéhovah a pu se manifester également au travers d'un avis de la Direction de l'Action Sociale (France, Ministère de l'emploi et de la solidarité (13 novembre 1997)) sur la question de l'agrément des maternelles appartenant à la communauté des Témoins de Jéhovah. En effet, selon Pierre Gauthier, Directeur de l'Action Sociale, «[l]a seule adhésion d'un candidat à une confession ou sa seule appartenance religieuse ne constitue pas bien évidemment un motif de nature à justifier légalement soit un refus d'agrément, soit un retrait». Il convient toutefois d'établir un double contrôle : «en tout premier lieu, de s'assurer, notamment au cours de l'enquête effectuée auprès du demandeur, si ce dernier entend [...] appliquer [les règles de vie des Témoins de Jéhovah] aux enfants dont il aurait la charge. Dans l'affirmative, dans un second temps, il est nécessaire de faire la liste des règles qui seront imposées aux enfants ainsi que des interdictions qui leur seront faites. Si le respect de l'ensemble de ces règles et interdits peut être regardé comme faisant obstacle à "l'épanouissement" de l'enfant, une décision de refus peut être légalement justifiée».

¹⁷² *Supra* note 109.

françaises, et les religions marginales, voire marginalisantes, parmi lesquelles se retrouvent «les sectes». D'ailleurs, derrière l'idée de dangerosité à l'égard des individus de certains groupements religieux appelés «sectes», se dissimule souvent l'idée que ces communautés religieuses remettent en cause l'influence de l'État à l'égard de ces individus et transmettent à l'enfant des valeurs susceptibles de fragmenter la société française si elles venaient à se développer. En effet, le fondement de l'éviction de la normativité religieuse des «sectes» à l'égard de l'enfant par le juge français est souvent lié au constat de sa contradiction affirmée avec les règles et les principes de l'ordre juridique étatique, et de son dessein affiché de nier, voire même de remettre en cause les règles et les valeurs de l'ordre juridique étatique français. L'idée de dangerosité des sectes pour le juge français serait donc liée à leur caractère asocial, lui imposant d'intervenir au sein de la cellule familiale pour réaffirmer les valeurs de l'ordre juridique auquel il appartient et évincer les effets de leurs normes religieuses à l'égard de l'enfant, afin que ce dernier ne vive pas dans un retrait, voire en opposition avec les premières.

Enfin, cette analyse semble démontrer que le juge français intervient au sein de la cellule familiale en fonction d'un modèle *a priori* des comportements religieux raisonnables au sein de la cellule familiale et d'une représentation *a priori* des communautés religieuses normales dont l'influence normative au sein de la cellule familiale peut être acceptée et les communautés religieuses marginales ou marginalisantes dont l'influence normative doit être évincée à l'égard de l'enfant. D'ailleurs pour certains juges français, cette dernière distinction semble trouver son fondement dans des rapports émanant de l'autorité gouvernementale qui est reconnue parfois par certains juges comme ayant seule compétence pour qualifier le groupement religieux de «secte dangereuse»¹⁷³. Tout se passe donc comme si le juge français contrôlait la normativité religieuse qui s'applique à l'enfant en s'efforçant d'imprimer au sein de la cellule familiale une certaine idée de la normalité en matière religieuse, permettant l'application des normes religieuses qui respectent le modèle *a priori* qu'il se fait de celle-ci et évinçant les normes qui le remettent en cause¹⁷⁴.

¹⁷³ Voir Montpellier, 29 juin 1992, *supra* note 54 : «Attendu qu'il n'est pas démontré ni même allégué que la religion ou secte — le mot "secte" devant s'entendre dans le débat que les parties ont voulu instaurer comme désignant un groupe minoritaire au sein d'une religion — dite des "Témoins de Jéhovah" soit interdite ou en voie de l'être par l'autorité gouvernementale qui seule a qualité pour déterminer si une association ou un groupement quelconque présente un danger pour ses adhérents ou pour l'ordre public». Voir aussi Cass. Civ. 2^e, 25 juin 1998, *supra* note 111, qui, pour réviser la convention de divorce, ajoute à la liste des faits, à savoir principalement une discipline de vie qualifiée de dangereuse pour un enfant de 10 ans, le fait que la secte en question ait été mentionnée comme telle dans un rapport parlementaire.

¹⁷⁴ Dans son ouvrage intitulé *Famille et droit public : recherches sur la construction d'un objet juridique* (Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1995), Éric Millard précise que le droit public français s'est saisi de la famille comme d'un référent qui lui permet d'orienter et de contrôler l'exercice par les individus d'un certain nombre de fonctions. Qui plus est, toujours selon le même auteur, c'est parce que ces fonctions, ces prérogatives individuelles, permettent à l'institution étatique de s'assurer au mieux de la réalisation des fonctions familiales dans un sens nécessaire à son

Cette représentation *a priori* de la normalité en matière religieuse semble à bien des égards s'ancrer dans une conception de la nation propre à la France. Sans doute cette conception de l'attitude du droit civil à l'égard des comportements religieux, voire même à l'égard des normes religieuses sur lesquelles se fondent les comportements familiaux, est-elle la manifestation de l'ambition de la nation française de transcender par la citoyenneté des appartenances particulières, biologiques, historiques, économiques, sociales, religieuses ou culturelles, et de définir le citoyen comme un individu abstrait, sans identification et sans qualification particulière¹⁷⁵, conception que le juge de droit civil français entend voir intégrée par l'enfant qui ne doit pas, une fois adulte, affirmer la primauté de son identité religieuse sur son identité nationale. Aussi, comme la France est une République indivisible et laïque¹⁷⁶, la règle de droit civil, pour le juge français, ne doit pas susciter une

institution qu'elles ont été reconnues comme des droits fondamentaux (voir la décision du Cons. Constitutionnel, 13 août 1993, 93-325 D.C.). Ainsi, en posant que le droit de mener une vie familiale normale figure parmi les droits fondamentaux de valeur constitutionnelle (*ibid.* à la p. 223), l'État français reconstruit, en fait, juridiquement la famille en termes de fonctions et prérogatives individuelles définies par référence à la famille telle que conçue idéalement par lui (*ibid.* à la p. 120), prérogatives qui ne pourront être reconnues à l'individu que sous réserve de leur conformité à la normalité. Selon Millard, ce ne sont donc pas toutes les familles qui doivent être protégées, quelles qu'elles soient, mais bien seulement celles qui, formellement ou fonctionnellement, sont utiles à l'État. Ce droit fondamental n'est reconnu qu'autant qu'il concerne la famille normale (*ibid.*). En fait, Millard a pu constater que la notion de normalité imprégnait les règles de droit français s'appliquant à la famille, au travers desquelles se dessine une représentation *a priori* de la famille normale. La construction de la notion de famille normale en droit français est le fait à la fois du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel français, qui se sont d'ailleurs opposés sur le contenu de cette normalité. Elle fait suite à l'apparition du concept de vie familiale normale développée par la Cour européenne des Droits de l'Homme et qui a pour corollaire d'imposer à l'État d'agir de manière à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale, à savoir principalement de maintenir dans la mesure du possible l'union entre les membres de la famille ou encore de permettre à l'enfant naturel de s'intégrer en son sein dès sa naissance. Le concept a ensuite été quelque peu dévoyé en droit français, puisque d'un droit des individus contre l'État, la France en a fait un droit pour l'État de contrôler indirectement la normativité intra-familiale. Les décisions relatives au choix de la religion, à l'éducation et à la pratique religieuse des mineurs semblent reprendre cette idée d'une conception *a priori* de la famille normale en matière religieuse.

¹⁷⁵ Dans son ouvrage, Gutmann affirme que «[l]e refoulement des effets juridiques produits par l'appartenance religieuse au nom de la théorie de la laïcité est [...] étroitement solidaire de la théorie de la nation elle-même» (*supra* note 160 à la p. 415). Selon lui, à bien des égards, elle serait proche de la conception que Dominique Schnapper retient de la nation française (*ibid.* à la p. 403), selon laquelle «[l]a nation se définit par son ambition de transcender par la citoyenneté des appartenances particulières, biologiques [...], historiques, économiques, sociales, religieuses ou culturelles, de définir le citoyen comme un individu abstrait, sans identification et sans qualifications particulières, en deçà et au-delà de toutes ses déterminations concrètes» (*La communauté des citoyens : sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, 1994 à la p. 49). Dès lors, le sujet réel semble devoir être refoulé dans l'application de la règle de droit français au profit du sujet de droit abstrait, détaché de toute appartenance collective concrète.

¹⁷⁶ Voir l'article 1^{er} de la *Constitution de 1958*. Voir aussi la décision du Cons. Constitutionnel, 9 mai 1991, 91-290 DC (notamment le 13^e considérant), sur la *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse* (Loi n° 91-428 du 13 mai 1991, J.O., 14 mai 1991, 6318) qui proclame

fragmentation de la nation qui risquerait de se produire si le droit étatique acceptait sans contrôle l'influence sur les individus de tous les ordres normatifs religieux existant sur le territoire national. En effet, pour le juge de droit civil français, l'absence d'un tel contrôle pourrait conduire à une diversification excessive des identités sur le territoire national et la perte, à plus ou moins long terme, de la cohésion nationale. Dès lors, le juge de droit civil français semble appliquer les règles de droit civil avec l'idée qu'il doit maintenir une certaine unité de la nation française, en refusant de reconnaître au sein de l'ordre juridique étatique les identités religieuses trop marquées, minimisant, voire niant l'identité nationale de tout citoyen français¹⁷⁷.

b. *La fonction accommodatrice du droit civil québécois à l'égard des normes religieuses qui s'appliquent au sein de la cellule familiale*

Au Québec, comme nous avons pu le constater précédemment, le juge de droit civil apprécie le plus souvent les effets des comportements parentaux fondés sur des normes religieuses en recourant soit à une approche casuistique de l'intérêt de l'enfant, soit à une définition *a priori* de cette notion. Pour lui, le contrôle de la teneur de la norme religieuse, qu'il soit *in concreto* ou *in abstracto*, y est quasiment inexistant.

Contrairement au juge de droit civil français, le juge de droit civil québécois ne semble donc pas avoir l'ambition de faire prévaloir une normativité religieuse sur une autre ou d'imposer l'hégémonie du droit étatique sur les normes religieuses. Prenant en considération les intérêts en présence au cours d'un litige, il s'efforce plutôt

l'indivisibilité du peuple français en vertu de l'article 2 de la *Constitution de 1958* [correspondant maintenant à son article 1^{er} suite à un amendement apporté en 1995 (*Loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995*, J.O., 5 août 1995, 11744)]. La France a également émis une réserve à l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171), lequel affirme : « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue ».

¹⁷⁷ Ce souci du juge français de maintenir l'unité nationale trouve très certainement son fondement dans l'article premier de la *Constitution de 1958* qui affirme que « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale ». La valeur constitutionnelle du principe d'unicité de la nation française a d'ailleurs été confirmée encore récemment par le Conseil constitutionnel (15 juin 1999, 99-412 D.C.) dans une décision sur la compatibilité de l'article premier de la *Constitution de 1958* et de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires : « Considérant, d'une part, qu'ainsi que le proclame l'article 1^{er} de la Constitution : "La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances" ; que le principe d'unicité du peuple français, dont aucune section ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale, a également valeur constitutionnelle ». Il est intéressant de noter que le Conseil constitutionnel évoque l'article premier de la *Constitution de 1958* pour contrer toute possibilité de reconnaissance d'un droit collectif.

d'accommoder raisonnablement¹⁷⁸ les normativités en présence, c'est-à-dire de les articuler les unes aux autres de façon équilibrée en respectant et en reconnaissant les différences des membres de la cellule familiale tout en assurant la cohésion de la société québécoise. Dans les décisions relatives au choix de la religion, à l'éducation et à la pratique religieuse des mineurs, plusieurs constats semblent confirmer cette analyse.

Tout d'abord, on peut remarquer que le juge de droit civil québécois s'assure que les normes religieuses que les parents choisissent d'appliquer à leur enfant coexistent de manière harmonieuse au sein de la cellule familiale et que leur application est respectueuse du droit de l'enfant de construire sa propre identité religieuse. Ainsi, dans *Droit de la famille — 1456*¹⁷⁹, si le juge a reconnu que «le droit fondamental à la liberté de religion est tel qu'il autorise et justifie chacun des ex-conjoints de pratiquer librement sa religion en présence de l'enfant et d'enseigner à ce dernier les préceptes de son choix», selon lui, un tel enseignement «doit cependant être respectueux de la religion de l'autre conjoint»¹⁸⁰. Enfin, ce droit à la liberté religieuse reconnu aux

¹⁷⁸ À bien des égards, le raisonnement adopté par le juge québécois est à rapprocher de celui que l'on retrouve en droit public canadien au travers des règles relatives à l'accommodement raisonnable. En effet, dans de nombreuses décisions, les juges canadiens ont pu reconnaître que dans certains cas, pesait sur l'État, les personnes ou les entreprises privées, l'obligation de modifier des normes, des pratiques ou des politiques légitimes et justifiées qui s'appliquent sans distinction à tous, pour tenir compte des besoins particuliers de certaines minorités, principalement les minorités ethniques et religieuses. Ce devoir d'accommodement raisonnable qui pèse sur eux permet donc à des particuliers ou à des salariés de revendiquer leurs spécificités et leurs normes religieuses pour obtenir l'éviction à leur égard de règles de droit étatique ou de règles posées par une institution. Toutefois, ce droit reconnu aux individus d'obtenir un accommodement de la part de l'État ou des institutions publiques ou privées n'est pas absolu. C'est la raison pour laquelle il est qualifié de raisonnable. En effet, un tel accommodement ne pourra se produire si la contrainte que l'accommodement impose à l'institution est reconnue excessive ou si la limite apportée à la liberté de religion est reconnue comme raisonnable. Voir, pour le Québec, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [1998] R.J.Q. 1892, [1998] R.D.I. 489 (C.S.), conf. [2002] R.D.I. 233 (C.A.). Voir aussi *Droit de la famille — 1114*, *supra* note 35. On peut donc constater que le juge québécois s'inspire en matière civile des principes semblables à ceux que l'on peut retrouver en droit public canadien. Il est toutefois important de noter que la notion d'accommodement raisonnable pose problème au Québec selon certains auteurs, en raison des spécificités de cette province canadienne. Voir Martin Lagassé, «L'obligation d'accommodement raisonnable comme outil d'intégration des québécoises et des québécois de minorités ethnoculturelles et religieuses» dans *Le droit face aux diversités religieuses et culturelles*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit, Université de Sherbrooke, 1997, 83 aux pp. 122-23 : «L'obligation d'accommodement raisonnable a [...] un impact qu'on ne peut pas négliger. S'inscrivant dans l'approche multiculturelle canadienne, elle devient alors un outil du multiculturalisme. Comme celui-ci incarne la conception d'un État libéral neutre, sans dessein culturel ni religieux, l'obligation d'accommodement raisonnable est incompatible avec les aspirations d'un État doté, lui, de desseins collectifs, comme le Québec».

¹⁷⁹ *Supra* note 65.

¹⁸⁰ *Ibid.* à la p. 616. Ce respect ne concerne pas d'ailleurs que l'autre parent. Il vise aussi à préserver la possibilité pour l'enfant de connaître la religion de chacun de ses parents. Voir *H. c. R.*, *supra* note 165 à la p. 106 : «[the child] was circumcised as well as baptized. [...] The child is entitled to become knowledgeable of both sets of religious tenets ; a healthy dose of ecumenism is called for ; as each

parents n'est pas absolu à l'égard de l'enfant : il ne doit pas porter atteinte à la liberté de religion de ce dernier. Ainsi, toujours dans *Droit de la famille — 1456*¹⁸¹, le juge a estimé que l'enseignement religieux des parents devait être respectueux du droit de l'enfant au libre choix de sa propre religion lorsqu'il atteindrait l'âge et la maturité pour ce faire, le juge n'intervenant pour poser des restrictions aux comportements des parents que si l'intérêt de l'enfant est atteint¹⁸². D'ailleurs, c'est par le prisme de l'intérêt de l'enfant que le juge de droit civil québécois s'assure que les effets des normativités religieuses auxquelles les titulaires de l'autorité parentale ont choisi de se soumettre sont respectueux de la liberté de religion de l'enfant. Dans les litiges relatifs au choix de la religion, à l'éducation et à la pratique religieuse des mineurs, le juge québécois s'efforce donc de préserver la capacité de l'enfant de faire un choix éclairé de sa religion. Or, selon ce même juge, «les enfants ne seront pas en mesure de faire un choix éclairé s'ils ne reçoivent pas au préalable, à l'âge approprié, une instruction adéquate dans les deux religions»¹⁸³, ce qui contraint à l'accommodement des normes religieuses des parents au sein de la cellule familiale.

Au travers de ces décisions, on peut donc constater que le juge québécois conçoit que le droit civil qu'il applique a aussi pour fonction de reconnaître les différentes normes religieuses existant au sein de la cellule familiale et de les accommoder les unes avec les autres. À bien des égards, cette démarche du juge québécois, soucieuse de préserver la diversité au sein de la cellule familiale, est sans doute l'expression de la politique de la différence, reconnaissant à tout individu, et donc aux parents et aux enfants, le droit de préserver, d'exprimer son identité particulière et d'en obtenir la reconnaissance par l'ordre juridique étatique¹⁸⁴.

Toutefois, ce souci de préserver les effets des différentes normes religieuses existant au sein de la cellule familiale et de les accommoder les unes avec les autres par l'application des règles et des principes de l'ordre juridique étatique connaît des

parent is to be respectful of their child's duality, they are both going to have to become more knowledgeable of the other parent's religious organisation».

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² Voir *ibid.* à la p. 616 : «Toute forme de prosélytisme, toute tentative d'endoctrinement forcé, tout enseignement dont soit la forme soit le contenu serait de nature à perturber l'enfant ou à engendrer entre cet enfant et l'autre parent un état conflictuel ou un état de tension qui nuirait à l'intégrité de la relation parentale, justifieront l'intervention du Tribunal et, au besoin, l'imposition de contraintes ou de restrictions». Il est à noter ici que le juge Larouche de la Cour supérieure avait précisé dans sa décision que la mère devrait comprendre qu'«il s'agit d'une affaire de sens commun et qu'il faut toujours éviter, pour un enfant de cinq ans, de multiplier les situations qui peuvent engendrer des dérangements et des conflits» (*ibid.* à la p. 612) et que les juges de la Cour d'appel ne l'ont pas suivi sur ce point estimant que ce postulat ne saurait justifier l'interdiction d'emmener l'enfant aux cérémonies religieuses des Témoins de Jéhovah, mais qu'il fallait bien prouver le lien de causalité entre ces cérémonies et l'engendrement d'une situation conflictuelle avec le père pour formuler de telles interdictions. Or, selon eux, «[n]ulle part le premier juge ne fait-il un lien direct entre la perturbation dans les relations entre le père et l'enfant [...] et le fait que l'enfant accompagne sa mère aux réunions ou cérémonies de Témoins de Jéhovah» (*ibid.* à la p. 612).

¹⁸³ *Droit de la famille — 2505*, *supra* note 37 à la p. 792.

¹⁸⁴ Voir par ex. *Droit de la famille — 1456*, *supra* note 65.

limites. En effet, comme nous avons pu le noter précédemment, l'intérêt de l'enfant est aussi riche d'une dimension axiologique pour le juge québécois. En effet, pour le juge de droit civil québécois, cette notion se révèle empreinte des valeurs multiculturalistes de la société canadienne ainsi que des valeurs cohésives de la société québécoise, que les parents doivent respecter et ne pas remettre en cause dans l'éducation religieuse qu'ils donnent à leur(s) enfant(s). Toutefois, à la différence de la France, l'intérêt de l'enfant n'est pas riche d'une représentation *a priori* des normes religieuses auxquelles l'enfant peut «normalement» être soumis, respectueuses des valeurs de l'ordre juridique étatique et compatibles avec celles-ci. Plutôt contient-il les valeurs *a minima* que les parents doivent enseigner à leurs enfants au travers de leur éducation religieuse pour assurer l'épanouissement de leur identité-citoyenne et leur socialisation¹⁸⁵ en vue de leur intégration dans une société marquée par la diversité ethnique et religieuse¹⁸⁶. Une fois ces principes *a minima* respectés, les parents sont alors parfaitement libres de définir par eux-mêmes le contenu de l'éducation religieuse de leur enfant. Dès lors, il semble que le juge de droit civil québécois conçoit que le droit civil qu'il applique a pour fonction d'accommoder raisonnablement les normes religieuses les unes avec les autres tout en s'assurant du respect des valeurs de l'ordre juridique québécois.

Toutefois, son dessein n'est pas de promouvoir une mosaïque culturelle et religieuse, comme la Charte canadienne des droits et libertés a pu l'exprimer¹⁸⁷, mais

¹⁸⁵ Voir Lise Binet et Édith Deleury, «L'enfant, la famille et l'État : trilogie de la socialisation» (1986) 5 Rev. Can. D. Fam. 139 à la p. 141 : «La socialisation des enfants n'est pas un enjeu privé mais bien social. L'intervention possible en matière de protection ou de délinquance le prouve. Et si l'on s'intéresse tant à la famille, ce n'est pas pour la reconnaître comme seul lieu de pouvoir sur les enfants, mais au contraire pour multiplier autour d'elle les interventions qui peuvent aller jusqu'à sa tutelle. Car les droits de l'enfant et la défense de son intérêt interrogent ses conditions de vie et de socialisation et la possibilité du contrôle étatique sur ces conditions». Dans l'arrêt *Jones*, *supra* note 153 à la p. 296, le juge La Forest précise qu'il «ne faudrait pas oublier que l'État a lui aussi un intérêt dans l'éducation de ses citoyens», pour poursuivre que l'éducation est importante dans notre société démocratique car elle est «nécessaire dans l'accomplissement de nos obligations publiques [et qu'elle est] la fondation même de toute citoyenneté solide», ajoutant enfin qu'«[a]ujourd'hui, il s'agit d'un des principaux instruments pour éveiller l'enfant aux valeurs culturelles, [...] pour l'aider à s'adapter normalement à son milieu» (*ibid.* à la p. 297, citant un extrait de l'arrêt *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) à la p. 493).

¹⁸⁶ Ainsi dans *Protection de la jeunesse* — 477, [1991] R.J.Q. 861 (C.Q.), c'est en raison de l'isolement psychologique visé à l'article 38 b) de la *Loi sur la Protection de la Jeunesse*, L.R.Q. c. P-34.1 («Aux fins de la présente loi, la sécurité ou le développement d'un enfant est considéré comme compromis : [...] b) si son développement mental ou affectif est menacé par l'absence de soins appropriés ou par l'isolement dans lequel il est maintenu ou par un rejet affectif grave et continu de la part de ses parents») que le juge a décidé de placer les enfants de 9 et 10 ans que leur parents, membres de la secte des «Bérêts blancs», avaient refusé d'envoyer à l'école en raison du caractère dépravé de cette dernière. Voir aussi la doctrine reprise par ce même arrêt, qui énumère parmi les principes directeurs à donner à l'enfant «une saine adaptation aux exigences de la vie sociale» (Renée Joyal-Poupart, «La notion de danger et la protection des mineurs» (1976) 36 R. du B. 495 à la p. 503).

¹⁸⁷ Voir l'art. 27 de la *Charte canadienne*, *supra* note 156.

d'affirmer la capacité de la nation québécoise de se donner ses propres règles, de s'affirmer comme nation tout en reconnaissant l'existence des minorités religieuses. Le Québec ne semble donc pas vouloir promouvoir le multiculturalisme mais plutôt un certain interculturelisme¹⁸⁸ qui intervient comme moyen privilégié de sensibilisation à la diversité culturelle tout en préservant l'idée de l'intégration dans une société dont l'identité première est l'identité québécoise¹⁸⁹. La différence majeure entre le multiculturalisme canadien et l'interculturelisme québécois se situe donc dans leur façon d'appréhender et d'arbitrer le pluralisme religieux. En effet, si le juge de droit civil québécois accepte de reconnaître et de préserver les identités religieuses, ce n'est toutefois pas en affirmant l'égalité intrinsèque entre toutes les cultures et entre toutes les valeurs. Au Québec, la reconnaissance des spécificités religieuses semble ne pouvoir se faire qu'après le rappel de la primauté de l'identité québécoise sur toute autre.

Conclusion

Le propos de cette étude était d'analyser les techniques juridiques employées par les juges français et québécois pour réceptionner la normativité religieuse, mais aussi

¹⁸⁸ Selon Stéphane Lévesque :

Unlike English-speaking provinces, however, Québec has not officially adopted multiculturalism as a way to cope with cultural pluralism. Québécois have many reasons to suspect multiculturalism in Canada, for it has been presented as if the «Québec culture» was just one of the various cultures that form the «Canadian mosaic». The notion of a multicultural Canada [...] has gained strong adherents outside Québec, especially among ethnic minorities (the so-called «Third Force»). But it has been largely rejected by Québécois as «a definition of their of their place in Canada» [...]. Québec has consequently adopted its own policy of «interculturalism» more consistent with its understanding of citizenship. Some scholars have argued that the two policies are similar, although they recognize that Québec interculturalism makes the limits of diversity more explicit, focusing on the «non-negotiable» requirements such as the French language [...]. The ministry of education, in conjunction with the ministry of Québec immigration, has recently put forth a plan of action for intercultural education and new cultural integration programs destined to Québec schools with a particular focus on the Greater Montréal region, where most immigrants settle (*Rethinking Citizenship and Citizenship Education: A Canadian Perspective for the 21st Century*, Citizenship Education Research Network Symposium, Fourth International Metropolis Conference, Georgetown University, Washington, D.C., Décembre 1999 aux pp. 14-15).

¹⁸⁹ Ainsi, selon Dominique Olivier, la différence majeure se situe sûrement dans l'énoncé de politique de février 1991 du gouvernement québécois qui déclarait : «[I]l n'est pas du ressort de l'[É]tat québécois dans un contexte économique difficile de soutenir la célébration des diverses fêtes nationales ou religieuses des communautés culturelles. Il n'y aura plus d'aide à la préservation de la culture d'autrui. L'aide financière sera désormais accordée prioritairement aux activités qui développent la reconnaissance de la réalité pluraliste dans l'ensemble de la population» («Culture commune ou culture des autres ? » *Le Regroupement inter-organismes pour une politique familiale au Québec* 6:41 (décembre 1994), en ligne : <<http://www.familis.org/riopfq/publication/pensions41/culture.commune.html>>).

de démontrer que cette réception était déterminée par des valeurs propres aux ordres juridiques français et québécois. Par l'analyse et la comparaison des techniques juridiques propres aux juges français et québécois pour appréhender la normativité religieuse, cet article s'est efforcé de dévoiler «la dimension muette» des décisions judiciaires impliquant la question de la reconnaissance des spécificités religieuses des membres de la cellule familiale ainsi que l'impact sur les enfants des ordres normatifs religieux. Or, en France et au Québec, la réception de la normativité religieuse par le juge de droit civil est façonnée par une représentation *a priori* de la place et du rôle du droit civil au sein de la société.

Ainsi, en France, la précompréhension relative à la place du droit civil au sein de la société est que ce droit doit être en situation de monopole : lui seul a vocation à régir les relations entre les particuliers. Dès lors, la reconnaissance positive de la normativité religieuse ne peut être qu'exceptionnelle et doit se faire selon les principes définis par l'ordre juridique étatique, notamment par une incorporation de la normativité religieuse dans une ou plusieurs règles posées par celui-ci. Quant à la reconnaissance négative, elle est retenue systématiquement lorsqu'il s'agit de normativités religieuses qui pourraient ou qui tenteraient de remettre en cause la situation de monopole du droit étatique. Quant au rôle du droit civil français à l'égard du pluralisme normatif religieux existant au sein de la cellule familiale, il est, selon le juge français, de s'assurer d'une part, qu'un seul type de normes religieuses s'y applique et, d'autre part, que les comportements religieux des parents à l'égard des enfants fondés sur des normes religieuses sont des comportements raisonnables. En outre, le juge français applique le droit civil français en vue de s'assurer que la cellule familiale est soumise à des normes religieuses normales, c'est-à-dire à des normes qui, par leur application à l'enfant, n'auront pas pour conséquence de le marginaliser au sein de la société française. En matière religieuse, en contrôlant tant les effets que, parfois, la teneur même de la normativité religieuse, le juge français s'efforce le plus souvent de normaliser les comportements parentaux fondés sur des préceptes religieux et de restreindre l'influence des ordres normatifs religieux qu'il juge marginaux ou marginalisants, comme ceux produits par les communautés religieuses qu'il considère comme des «sectes».

À la différence de la France, au Québec, la précompréhension relative à la place du droit civil au sein de la société est que celui-ci doit être en situation de primauté : il doit être le premier, qui, avant toute autre règle, régir les relations entre particuliers. Toutefois, il admet le relais d'autres normes, comme les normes religieuses, dont il reconnaît par principe l'effectivité sur chacun des membres d'une famille. Une telle reconnaissance est pour lui une conséquence de la liberté de religion reconnue à tout individu dont il s'efforce de protéger l'expression. La fonction que le juge québécois assigne au droit civil qu'il applique est d'assurer la coexistence paisible des différents types de normes religieuses au sein de la cellule familiale afin de préserver la liberté religieuse des parents mais aussi des enfants. Toutefois, l'expression de ces normativités religieuses au sein de la cellule familiale est encadrée par le juge québécois : elle doit s'exprimer au sein de la cellule familiale en respectant les valeurs de la société québécoise, libre, démocratique et pluriculturelle. Dès lors, c'est

par le biais de l'intérêt de l'enfant que le juge québécois régule les comportements religieux des parents fondés sur des normes religieuses, sans remettre en cause pour autant la teneur même de ces normes. Au Québec, le rôle du droit civil est donc de permettre l'expression des normativités religieuses au sein de la cellule familiale tout en s'assurant que celles-ci respectent les valeurs fondamentales de l'interculturalisme québécois, c'est-à-dire le respect de la diversité religieuse mais aussi le primat de l'identité québécoise sur toute autre.

Implicitement, ces décisions reposent donc sur une conception de la nation et de la citoyenneté propre à chacun des deux ordres juridiques. En France, c'est parce que l'identité nationale doit transcender toute appartenance particulière que le juge français refuse l'influence des ordres normatifs sectaires qui affirment le primat de l'identité religieuse sur l'identité citoyenne. Au Québec, c'est parce que l'identité d'un individu est reconnue comme multi-polaire que son identité religieuse peut être reconnue comme un aspect de sa personnalité et préservée en même temps que son identité «nationale» québécoise.
