

Appliquer « en harmonie » le droit civil québécois et la liberté fondamentale de religion : quelques réflexions juridiques et éthiques pour une relecture de *Syndicat Northcrest c. Amselem*

Christelle Landheer-Cieslak*

Introduction

Dès ses premières lignes, dans sa *Disposition préliminaire*, le *Code civil du Québec*¹ établit un lien entre le droit civil québécois et les libertés et droits fondamentaux rassemblés dans la *Charte des droits et libertés de la personne*² du Québec. De prime abord, ce lien ne se présente ni comme un rapport de tension, ni comme un rapport de hiérarchie systématique, mais plutôt comme un rapport d'accord et de bon équilibre où « le *Code civil du Québec*³ régit, en harmonie³ avec la *Charte des droits et libertés de la personne* (...) les personnes, ainsi que les biens. »

Depuis la promulgation du *Code civil du Québec*, les juristes québécois recherchent le sens à donner à cette quête d'« harmonie » entre le *Code civil* et la *Charte québécoise*, tant d'un

* L'auteure est professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université Laval à Québec. Elle tient à remercier ses collègues Madame Mélanie Samson pour la relecture attentive de ce texte et ses judicieux conseils, Madame Michelle Cumyn pour ses réflexions fécondes sur l'ordre public et les sanctions contractuelles, enfin, Monsieur Christian Brunelle pour ses suggestions de lecture. Elle tient également à remercier tout particulièrement son conjoint Monsieur Ronald Landheer-Cieslak pour ses questionnements pertinents et son écoute toujours attentive.

¹ *Code civil du Québec*, L.Q., 1991, C.64.

² *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c C-12 ci-après [*Charte québécoise*].

³ Dans son article, « La *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec* : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d'« harmonie ambiguë » (2006) 66.5 *R. du B.* 33, p. 37), France Allard note que, « en principe, l'harmonie suppose une relation qui existe entre les parties d'un tout, faisant en sorte que ces parties concourent à un même effet d'ensemble – à un équilibre des éléments. » La définition qu'elle retient de l'« harmonie » repose sur l'analyse de plusieurs définitions issues de différents textes : A. REY (dir.), *Le Grand Robert de la langue française*, 2^e éd., t. 3, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2001, vo « harmonie », p. 1696-1699; B. QUEMAD (dir.), *Le Trésor de la Langue française*, t. 9, Paris, Éditions du Centre national de la recherche scientifique, 1981, vo « harmonie », p. 686-688. Voir, également, *Le Dictionnaire de la langue française en ligne*, vo « harmonie », <http://www.linternaute.com/dictionnaire/fr/definition/harmonie/>, qui insiste sur la même idée en affirmant que l'harmonie est « le résultat d'ensemble engendré par le bon équilibre de différentes parties. »

point de vue général⁴ que d'un point de vue plus particulier.⁵ En effet, cette quête d'un bon équilibre entre ces deux textes fondamentaux n'est pas des plus faciles et, dans bien des litiges, elle place les juristes face à des difficultés d'interprétation majeures.

Deux causes principales expliquent ces obstacles interprétatifs. La première cause est de nature juridique et tient au statut respectif de ces deux textes ainsi qu'aux interrogations en lien avec la nature de leur interaction. La *Charte québécoise* présente la particularité de fonder les libertés et droits fondamentaux au Québec et d'être d'application large puisqu'elle ne concerne pas seulement les rapports de droit public mais également les rapports de droit privé, où elle a vocation également à être considérée de manière générale dans l'application des règles de droit. Le caractère déterminant de ce texte intervenant dans l'ensemble du droit québécois lui vaut souvent d'être qualifié de « loi quasi-constitutionnelle »⁶, de loi fondamentale par rapport à laquelle l'ensemble des autres règles de droit doivent être articulées. À première vue, la *Disposition préliminaire* du *Code civil du Québec* invite à cette même articulation en intégrant l'idée que ce dernier, dans son application, doit être « en harmonie » avec la *Charte québécoise* qui sert de norme de référence. Toutefois, dans la *Disposition préliminaire*, la notion d'harmonie ne semble pas impliquer une articulation rigide du *Code civil du Québec* avec la *Charte québécoise*. Plutôt introduit-elle l'idée d'un juste accord du *Code civil du Québec* avec la *Charte québécoise*, où cette dernière donne certes le ton mais n'altère en rien les spécificités de ce tout, de cet ensemble particulier de règles que constitue le *Code civil du Québec*. Plutôt introduit-elle l'idée d'un juste accord du *Code civil du Québec*, exprimant le droit commun,

⁴ Voir, par exemple, les textes suivants : Madeleine CARON, « Le Code civil québécois, instrument de la protection des droits et libertés de la personne », (1978) 56 *R. du B. can.* 197; Alain-François BISSON, « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec* » (1999) 44 *R.D. McGill* 539-565; France ALLARD, « La *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec* : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d'« harmonie ambiguë », *loc. cit.*, note 3.

⁵ Voir, par exemple, les textes suivants : Adrian POPOVICI, « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté? », (1998-1999) *Conférences Meredith* 49; Daniel GARDNER et Dominique GOUBAU, « L'affaire *Vallée* et l'exploitation des personnes âgées selon la *Charte québécoise* : quand l'harmonie fait défaut », (2005) 46 *C. de D.* 961; Pierre-Olivier LAPORTE, « La *Charte des droits et libertés de la personne* et son application dans la sphère contractuelle » (2006) 40 *Revue juridique Thémis* 287; Pierre-Gabriel JOBIN, « L'application de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* aux contrats : toute une aventure », (2007) *Revue trimestrielle de droit civil* 33-46.

⁶ Voir, par exemple, l'utilisation de cette expression par la juge Claire L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, [1996] 2 R.C.S. 345 au paragraphe [42] : « La *Charte* n'est pas une loi ordinaire mise en vigueur par le législateur québécois au même titre que n'importe quel autre texte législatif. Il s'agit plutôt d'une loi bénéficiant d'un statut spécial, d'une loi fondamentale, d'ordre public, quasi constitutionnelle, qui commande une interprétation large et libérale de manière à réaliser les objets généraux qu'elle sous-tend de même que les buts spécifiques de ses dispositions particulières. »

le droit supplétif des relations intersubjectives au Québec, qui « sert d'armature conceptuelle et a qualité de texte fondamental⁷ du droit québécois »⁸, avec la *Charte québécoise*, « droit commun » des libertés et droits fondamentaux de la personne. Or, pour le juge en particulier et le juriste en général, la quête de ce juste accord entre le *Code civil du Québec* et la *Charte québécoise*, assurant la résonance à l'unisson de ces deux textes dans le respect de leur singularité respective, peut être difficile puisqu'elle implique l'articulation de deux textes fondamentaux du droit québécois sans qu'aucune trame d'interprétation articulée n'ait été organisée par le législateur⁹. Dès lors, comment cette application « harmonieuse » du *Code civil du Québec* avec la *Charte québécoise* peut-elle se réaliser dans le cadre d'un litige particulier?

La deuxième cause de ces obstacles interprétatifs est de nature éthique et tient aux fondements moraux¹⁰ sur lesquels reposent respectivement le *Code civil du Québec* et la *Charte québécoise*. Si la *Charte québécoise* s'inscrit plutôt dans une « éthique post-moderne »¹¹ laissant une large place à la subjectivité et à la singularité, au contraire, le *Code civil du Québec*, bien que de promulgation plus tardive¹², s'inspire davantage d'une « éthique moderne » ayant foi en la rationalité et en l'universalisme, ces deux éthiques se

⁷ *Code civil du Québec*, précit., note 1, *Disposition préliminaire* : « (...) [Le code] constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger. »

⁸ France Allard, *supra* note 4, p. 38.

⁹ Voir, par exemple, l'article 53 de la *Charte québécoise* qui ne propose qu'un principe d'interprétation général : « Si un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte. »

¹⁰ Dans ce texte, nous n'utilisons pas les termes d'« éthique » et de « morale » dans un sens distinct. Dans un premier temps, cette assimilation des deux termes est envisageable dans la mesure où ils ont étymologiquement la même signification, à savoir « mœurs », le premier terme provenant du grec et le second du latin. Voir Paul RICŒUR, *Le juste*, 2, Paris : Éditions Esprit, 2001, p. 55 : « Les spécialistes de philosophie morale ne s'entendent pas sur la répartition du sens entre les deux termes morale et éthique. L'étymologie est à cet égard sans utilité, dans la mesure où tous deux se réfèrent d'une manière ou d'une autre au domaine commun des mœurs. »

¹¹ Richard KEARNAY, « L'imaginaire herméneutique et le postmoderne », dans Paul Ricœur, *Les métamorphoses de la raison herméneutique*, sous la direction de Jean GREISCH et de Richard KEARNAY, Paris, Cerf, coll. « Passages », 1991, p. 357, note 1 : « Les usages du terme [post-moderne] sont multiples et flous. On peut, néanmoins, identifier quatre traits communs : 1) le refus d'un sujet universel comme centre unique de sens; 2) le refus de l'histoire comme mouvement progressif d'un commencement à une fin; 3) le refus des grands récits universalistes – tels le christianisme millénariste ou le marxisme utopiste – qui voudraient « unifier » les multiplicités de sens dans un projet totalisant; 4) le refus du dualisme moderniste entre la « haute culture » d'une élite artistique et la « culture populaire » des masses. »

¹² La *Charte des droits et libertés de la personne* a été adoptée le 27 juin 1975 par l'Assemblée nationale du Québec. Elle est entrée en vigueur le 28 juin 1976. Quant au *Code civil du Québec*, adopté en 1991, il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994 et il a remplacé le *Code civil du Bas-Canada*, lequel s'appliquait depuis 1866.

plaçant de prime abord dans un rapport de tension l'une par rapport à l'autre, la première étant, à l'origine, une critique de la seconde. D'un côté, le *Code civil du Québec* est un droit commun qui formule des règles rationnelles visant à organiser, de manière générale et abstraite, le comportement des individus dans leurs différentes relations intersubjectives, tout en transcendant la particularité de leurs situations individuelles. Il est un droit commun qui formule des règles rationnelles, traduisant au sein de la société québécoise « un mode de vie acceptable pour tous, dépassant les circonstances, les cultures, les intérêts individuels et les rôles sociaux. »¹³ À bien des égards, le *Code civil du Québec* s'inscrit dans un courant universaliste qui manifeste une foi certaine en un sujet de droit doué de raison, titulaire « d'une liberté autonome qui se donne à [lui]-même sa propre loi et affirme en cela sa libération vis-à-vis de l'hétéronomie des traditions (...), de la tutelle des préjugés, des autorités politiques et religieuses (...) »¹⁵, plus particulièrement, au Québec, de l'Église catholique¹⁶. Or, d'un autre côté, la *Charte québécoise* manifeste une toute autre perspective éthique, très critique par rapport à celle qu'incarne la *Code civil du Québec*. En effet, la *Charte québécoise* participe d'un droit qui naît des tragédies du XX^e siècle ayant conduit à douter de la pertinence à organiser une société par des seules règles rationnelles, générales et abstraites, envisagées, depuis,

¹³ Alain THOMASSET, *Paul Ricœur, une poétique de la morale : aux fondements d'une éthique, herméneutique et narrative dans une perspective chrétienne*, Leuven, Leuven University Press : Uitgeverij Peeters, 1996 (Bibliotheca phœmeridum theologicarum Lovaniensium) p. 6.

¹⁴ Ce passage de notre article est à mettre en lien avec la définition de « droit commun » que nous avons retenue dans notre ouvrage intitulé *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Cowansville : Éditions Y. Blais (collection Minerve), 2007; Bruxelles : Éditions Bruylant, 2007, au paragraphe [20] : « En France et au Québec, les règles de droit civil font (...) office de règles de droit commun. Elles sont qualifiées comme telles en raison de leur fonction au sein de l'ordre juridique national : par principe, elles s'appliquent à tous les rapports de droit privé, à moins qu'un droit spécial n'y déroge explicitement; par principe, elles suppléent aux défaillances des droits spéciaux, lorsque ceux-ci manquent de règles pour organiser une matière déterminée. (...) En France et au Québec, les règles de droit civil sont également des règles de droit commun en raison de la manière dont elles envisagent des personnes, objet de leur application : elles constituent le droit commun de la nation française et québécoise car elles s'appliquent à tous les citoyens, membres de la communauté nationale, quelle que soit leur origine culturelle, religieuse ou ethnique. » Comme le note H. Patrick GLENN, dans son article « Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance » (dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : Communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 577), elles s'appliquent en envisageant, *a priori*, « l'autonomie de l'individu, isolé comme citoyen, égal aux autres, n'ayant pas de place préétablie par des critères religieux ou coutumiers. »

¹⁵ Alain THOMASSET, *op. cit.*, note 13, p. 6.

¹⁶ En lien avec cette question, voir notre article : Christelle LANDHEER-CIESLAK, « Le droit civil québécois contemporain et la religion. Entre dynamique de sécularisation et dynamique de reconnaissance », dans R. MAGER et S. CANTIN (dir.), *Modernité et religion au Québec. Où en sommes-nous?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010, 223-237.

comme des règles pouvant susciter « une normalisation (...) [des comportements] et en dernier ressort une attaque vis-à-vis de la vie dans sa vitalité subjective. »¹⁷ La *Charte québécoise* représente donc un droit commun qui affirme des libertés et droits fondamentaux intrinsèques à la personne humaine¹⁸, lui permettant de revendiquer la singularité de sa personne et de sa situation au pouvoir étatique en place et à la volonté de la majorité pour que ceux-ci ne sombrent pas dans la tyrannie. Ainsi, face au sujet de droit abstrait, objectif et doué de raison du *Code civil du Québec*, la *Charte québécoise* oppose plutôt un être humain concret, singulier et subjectif, envisagé dans la particularité de sa personnalité, de sa culture et de ses traditions à préserver contre toutes les tentatives de normalisation et de domination possible. Dès lors, pour le juge en particulier et le juriste en général, comment appliquer « en harmonie » le *Code civil du Québec* avec la *Charte québécoise* alors que l'un et l'autre de ces deux textes reposent *a priori* sur des visées éthiques contradictoires?

Cet article ne prétend aucunement répondre à ces deux questions de manière exhaustive. Toutefois, en considérant les faits et certaines des différentes interprétations des juges qui ont été formulées dans le cadre de l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*^{19 20}, il envisage de proposer quelques réflexions juridiques et éthiques pour apporter des éléments de solutions aux obstacles interprétatifs rencontrés dans l'articulation du *Code civil du Québec* avec la *Charte québécoise*, notamment lors de

¹⁷ Alain THOMASSET, préc., note 13, p. 7.

¹⁸ *Charte des droits et libertés de la personne*, précit., note 2 : « Considérant que tout être humain possède des droits et libertés intrinsèques, destinés à assurer sa protection et son épanouissement. »

¹⁹ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [1998] R.J.Q. 1892 (C.S.); *Amselem c. Syndicat Northcrest*, [2002] R.J.Q. 906 (C.A.); *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551 (C.S.C.).

²⁰ Dans cet article, nous envisagerons principalement les interprétations du juge Rochon de la Cour supérieure de Montréal, des juges Morin et Dalphond de la Cour d'Appel de Montréal, enfin des juges Iacobucci (majoritaire) et Binnie (dissident) de la Cour suprême du Canada. Nous ne considérerons pas à proprement parler la décision du juge Bastarache (dissident) puisque, même si sa décision insiste sur la force obligatoire du contrat qui liait les copropriétaires Amselem aux autres copropriétaires, la trame de son raisonnement reste très proche de celle suivie par la position majoritaire de la Cour suprême du Canada. En outre, il nous semble que, en ce qui concerne l'articulation du *Code civil du Québec* avec la *Charte québécoise*, le juge Bastarache commet une erreur. En affirmant que « la *Charte québécoise* s'interprète en harmonie avec le *Code civil du Québec*, qui est l'instrument le plus important pour définir les conditions de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec (C.c.Q., disposition préliminaire) » (*idem* au paragraphe [146]), le juge Bastarache inverse le rapport d'harmonie prévue par la Disposition préliminaire du Code civil du Québec qui prévoit, au contraire, que la norme de référence est la *Charte québécoise*, en affirmant que « le *Code civil du Québec* régit, en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* (...), les personnes, ainsi que les biens. »

l'application « en harmonie » du droit civil québécois avec la liberté fondamentale de religion consacrée à l'article 3 de cette dernière²¹.

Dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, des copropriétaires juifs, qui pratiquent leur religion de façon orthodoxe, sont propriétaires à Montréal d'unités de logement dans un immeuble soumis aux règles de la copropriété divise du *Code civil du Québec*. À partir de l'automne 1989, pour une période de huit jours, ces copropriétaires commencent à ériger sur leur balcon de petites cabanes appelées « souccahs » pour célébrer la fête juive de « Soukot. »²² Or, selon la déclaration de copropriété qui régit l'immeuble, les copropriétaires ne sont pas autorisés « à faire des constructions de quelque nature que ce soit »²³ sur les balcons, patios et galeries, ce que leur rappelle, tout d'abord, la

²¹ Article 3 de la *Charte québécoise* : « 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. »

²² Voir les explications de la fête juive de « Soukot » proposées par le juge Rochon dans *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [1998] R.J.Q. 1892, p. 1897 : « Cette fête commence quatre jours après le "Yom Kippour" (...). Elle coïncide généralement avec les derniers jours de septembre et les premiers d'octobre. Le but de cette fête est décrit par le Rabbin Ohana comme suit : « Ce commandement vise à (...) faire revivre, dans la chair, le temps où les Hébreux, à la libération d'Égypte et pendant les 40 années de leurs pérégrinations dans le désert, ont commencé à faire, sous l'inspiration de Dieu et sa protection, l'apprentissage de la liberté pour les préparer à leur vie de peuple en terre d'Israël (...). Un des messages essentiel de la souccah est de (...) rappeler la fragilité de l'être et combien il serait vulnérable, émotionnellement, matériellement, sans son attache à Dieu et un regard tourné vers le ciel avec l'inspiration, le soutien et le réconfort qui en résultent. (...) Pour célébrer cette fête, le juif pratiquant doit, pendant une période de huit jours à compter du coucher du soleil de la première journée, résider dans une souccah, à savoir une petite cabane de bois ou de toile avec un toit ouvert vers le ciel et couvert seulement de branches de sapin ou de bambou, puisque le toit doit demeurer en grande partie à ciel ouvert. »

²³ Voir les dispositions de la déclaration de copropriété régissant l'immeuble : 2.6.3. *Balcons, galeries et patios* : « Le propriétaire de chaque partie exclusive (unité de logement) de laquelle une porte conduit à un balcon, une galerie ou un patio attenant à sa partie exclusive (unité de logement) a l'usage particulier et exclusif de ce balcon, ou la partie contiguë à sa partie exclusive de cette galerie, sous réserve des règles ci-après établies : a) pour ce qui est des galeries, elles devront être laissées libres de meubles de jardins et autres accessoires sur une largeur au moins égale aux exigences des règlements d'incendie, ces galeries constituant des sorties de secours en cas d'urgence; b) pour ce qui est des balcons, patios et des galeries, aucun propriétaire n'aura le droit de les fermer ou de les isoler de quelque façon que ce soit ou d'y faire des constructions de quelque nature que ce soit; 9.3. (...) *Balcons et galeries* : « De plus sous réserve des dispositions des lois et règlements d'application générale, rien ne peut être placé ou entreposé sur un balcon ou galerie, autre que du mobilier usuel d'extérieur, sans l'approbation écrite préalable des administrateurs. Les balcons et galeries ne peuvent en aucun cas être utilisés pour faire sécher de la lessive, des serviettes, etc. Aucun balcon ou galerie ne peut être décoré, couvert, fermé ou peinturé de quelque manière que ce soit, sans le consentement écrit préalable des copropriétaires ou des administrateurs selon le cas. »

gestionnaire de l'immeuble, puis, le Syndicat de copropriété en 1996. Le 6 octobre 1997, face à cette interdiction réaffirmée à plusieurs reprises, les copropriétaires Amselem requièrent du Syndicat de copropriété l'autorisation d'ériger une souccah pour une période de quatorze jours, du 14 octobre au 28 octobre 1997. Bien que cette permission leur soit alors refusée, les copropriétaires Amselem décident tout de même de construire une souccah sur leur balcon, d'où la requête en injonction du Syndicat de copropriété pour que ces copropriétaires reviennent au respect des dispositions de la déclaration de copropriété auxquelles ces derniers opposent, en défense, leur liberté fondamentale de religion garantie à l'article 3 de la *Charte québécoise*.

Dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, s'est donc posée avec acuité la question de l'application « en harmonie » du droit civil québécois avec la *Charte québécoise*. Plus particulièrement, cette affaire soulevait la question de l'application « harmonieuse » du droit de la copropriété divisé ainsi que du droit des obligations avec la liberté de religion garantie par la *Charte québécoise*. Dans cette affaire, pour que l'harmonie puisse se réaliser entre le *Code civil du Québec* et la *Charte québécoise*, il était effectivement déterminant, comme l'ont fait les juges des différentes cours qui ont eu à se prononcer, d'appliquer le droit civil québécois en considération de la liberté de religion des copropriétaires juifs pour reconnaître leur singularité religieuse au sein de la sphère contractuelle organisant les rapports du collectif des copropriétaires de l'immeuble divisé montréalais (1.) Toutefois, à bien des égards, à la différence de la position majoritaire de la décision de la Cour suprême du Canada, cette reconnaissance impliquait également une application de la liberté de religion en considération du droit civil québécois, assurant cette fois-ci la reconnaissance de la singularité religieuse des copropriétaires juifs dans le nécessaire respect des interactions contractuelles existant entre les copropriétaires de l'immeuble divisé (2.)

1. Appliquer le droit civil québécois en considération de la liberté de religion : reconnaître la singularité dans la sphère contractuelle

Dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, les juges des différentes cours ont mis en œuvre le droit civil québécois en reconnaissant la singularité des croyances et des pratiques religieuses des copropriétaires juifs par l'application (a.) et la protection (b.) de leur liberté de religion dans la sphère contractuelle.

a. La singularité reconnue par l'application de la liberté de religion dans la sphère contractuelle

Dans la sphère contractuelle rassemblant le collectif des copropriétaires, l'application jurisprudentielle de la liberté de religion a été tantôt indirecte (i.), tantôt directe (ii.).²⁴

²⁴ En considérant l'application directe et l'application indirecte de la liberté de religion dans la sphère contractuelle, nous reprenons la distinction proposée par Pierre-Olivier Laporte dans son article « La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle », *loc. cit.*, note 5, au paragraphe [23], reprenant les analyses de la doctrine allemande sur la question de l'applicabilité des garanties constitutionnelles dans la sphère privée : « La thèse de l'applicabilité « directe », fondée sur la prémisse selon laquelle les droits et libertés constituent des règles *supérieures* de droit privé, fut d'abord défendue par les auteurs allemands Hans Nipperdey et Walter Leisner. Suivant cette thèse, les garanties constitutionnelles sont directement applicables aux rapports individuels et peuvent être invoquées indépendamment des recours de droit privé. En d'autres termes, les individus ont une obligation de respect des droits et libertés d'autrui. Les garanties constituent par ailleurs des règles de fond quant à la validité des actes juridiques et quant aux standards de conduite qui s'imposent aux individus. L'argument le plus probant au soutien de cette thèse est celui de l'importance d'offrir des recours efficaces face aux atteintes d'origine privée aux droits et libertés. Selon les tenants de cette approche, la seule alternative à l'application directe est la non-application, les modèles intermédiaires étant de nature à donner lieu à des distinctions judiciaires laborieuses et menant à des impasses. La thèse de l'applicabilité indirecte a quant à elle été proposée par Günter Dürig. Selon cette approche, les garanties constitutionnelles ont également un rôle à jouer, mais elles doivent être appréciées sous l'angle du droit privé. Elles n'imposent pas d'obligations aux individus mais doivent néanmoins servir à l'interprétation des concepts généraux du droit civil, dont la bonne foi et l'ordre public. L'application indirecte permet de répondre à certains problèmes d'interaction entre le droit privé et les droits et libertés suscités par l'application directe. Le droit privé doit fournir le cadre conceptuel au sein duquel un différend impliquant à la fois des questions de droit privé et des questions de droits fondamentaux doit être réglé. Le rejet de la théorie de l'application directe est motivé sur la base de la difficulté d'harmoniser la mise en œuvre des garanties constitutionnelles et la protection de l'autonomie individuelle. Par exemple, on craint que la liberté contractuelle d'une personne ne puisse être rendue caduque, en vertu de l'application directe, par l'exercice par autrui de ses droits et libertés. L'application directe met en péril l'originalité du droit privé par rapport au droit public en ce qu'elle s'attaque directement à la stabilité contractuelle, au profit de la protection des libertés traditionnellement opposables au pouvoir public. »

i. Le cas de l'application indirecte

L'application indirecte de la liberté de religion dans la sphère contractuelle est l'application retenue par le juge Rochon de la Cour supérieure de Montréal et reprise, dans sa trame générale, par les juges Morin et Dalphond de la Cour d'appel de Montréal²⁵. Elle consiste à appliquer la liberté de religion dans la sphère contractuelle par le prisme « plus famili[er] en droit civil de l'ordre public. »²⁶ Ainsi, dans une démarche spécifique au droit civil, et plus particulièrement au droit des obligations, le juge Rochon a suivi un raisonnement qu'il est possible de décomposer en trois étapes : premièrement, l'analyse des clauses litigieuses dans la déclaration de copropriété au regard de l'économie générale du contrat entre les copropriétaires conduisant au constat de leur légitimité selon le droit de la copropriété divise, permettant d'imposer des restrictions aux droits de propriété des copropriétaires lorsqu'elles se justifient par la destination, les caractéristiques et la situation de l'immeuble²⁷; deuxièmement, l'analyse des clauses litigieuses de la déclaration de copropriété, cette fois-ci, au regard de l'ordre public et des bonnes mœurs dont, pour le juge Rochon, reprenant les propos du professeur Louis Perret²⁸, « la *Charte* constitue une sorte de codification non limitative »²⁹; troisièmement, de ce fait, l'analyse des clauses litigieuses de la déclaration de copropriété au regard de la *Charte québécoise* conduisant au constat, d'une part, que, même si la liberté de religion des copropriétaires Amselem consacrée à l'article 3 de la *Charte québécoise* avait été entravée par les dispositions de la déclaration de copropriété (ce qui n'était pas le cas pour le juge Rochon³⁰), cette entrave était justifiée, de toute

²⁵ *Amselem c. Syndicat Northcrest*, [2002] R.J.Q. 906 (C.A.) au paragraphe [10] pour le juge Morin) et aux paragraphes [95] et [126] pour le juge Dalphond considérant qu'une « disposition contractuelle discriminatoire est contraire à l'ordre public. »

²⁶ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précit., note 22, p. 1903.

²⁷ Article 1056 C.c.Q. : « La déclaration de copropriété ne peut imposer aucune restriction aux droits des copropriétaires, sauf celles qui sont justifiées par la destination de l'immeuble, ses caractères ou sa situation. »

²⁸ Louis Perret, « De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec », (1981) 12 *R.G.D.* 121, p. 160.

²⁹ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précit., note 22, p. 1904.

³⁰ Dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précit., p. 1907, le juge Rochon retient une approche objective de la liberté de religion : « En résumé, pour pouvoir invoquer la liberté de religion, il doit exister un rapport entre le droit revendiqué dans la façon de pratiquer sa religion et le contenu obligatoire de l'enseignement religieux sur lequel le droit se fonde. La sincérité de la croyance doit reposer sur l'existence d'un précepte religieux. La façon de respecter cet enseignement peut varier, de même qu'il ne doit pas nécessairement correspondre à la façon dont la majorité s'acquitte de leurs devoirs religieux. Le rite doit toutefois conserver un lien rationnel, raisonnable et direct avec l'enseignement. La façon de remplir ses devoirs religieux ne peut relever d'une conception purement subjective du pratiquant sans relation avec l'enseignement religieux portant à la fois sur la croyance et sur la façon de la manifester (rite) (...) [En l'espèce], [l]e Tribunal retient (...) qu'il n'existe aucune

façon, au regard de l'article 9.1 de la *Charte québécoise*³¹, imposant le respect des libertés et droits fondamentaux des autres copropriétaires, notamment, dans cette affaire, le droit à la jouissance paisible de leur bien³²⁻³³ et le droit à la sûreté de leur personne³⁴⁻³⁵ et, d'autre part, que, même si le droit à l'égalité des copropriétaires juifs avait été atteint par ces mêmes dispositions (situation théorique pour le juge Rochon puisque la condition préalable de l'atteinte à une liberté ou un droit fondamental n'était pas remplie), cette atteinte, de tout façon, avait été résolue par l'accommodement raisonnable que leur avait proposé le Syndicat de copropriété, à savoir la construction d'une souccah commune dans les jardins de l'immeuble divis.

Dans le cadre de l'application indirecte de la liberté de religion dans la sphère contractuelle, la protection de cette liberté est reconnue comme un aspect de l'ordre public que les cocontractants doivent respecter dans leurs relations et qui impose de prendre en considération, dans le contrat, la singularité religieuse des parties, prise en considération pouvant conduire soit à la nullité du contrat³⁶, soit à la suspension des effets d'une clause contractuelle en cas de discrimination³⁷. Toutefois, dans le cadre de l'application indirecte de la liberté de religion dans la sphère contractuelle, l'appréhension de la spécificité religieuse des parties se fait dans la considération première du contrat impliquant, de ce fait, l'analyse de la relation des parties à un double niveau : premièrement, au niveau de leurs obligations particulières qui

obligation religieuse pour le juif pratiquant d'ériger sa propre souccah. Il n'y a aucun commandement prescrivant l'endroit où elle doit être érigée. » De ce fait, l'atteinte au droit à la liberté de religion des copropriétaires juifs ne peut être établie.

³¹ Article 9.1 de la *Charte québécoise* : « [Exercice des libertés et droits fondamentaux] Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. »

³² Article 6 de la *Charte québécoise* : « [Jouissance paisible des biens] : Toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi. »

³³ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précit., note 22, p. 1914 : « Les droits de l'ensemble des copropriétaires de jouir de leurs biens en fonction de la convention établie et convenue entre eux sont, aux yeux de la Charte des droits et libertés, aussi importants que toute liberté fondamentale prévue à cette même Charte. »

³⁴ Article 1 de la *Charte québécoise* : « [Droit à la vie] : Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne. »

³⁵ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précit., note 22, p. 1914 : « L'examen des photographies des souccahs montre qu'elles font obstacle à ce passage et qu'à la limite, selon les matériaux employés dans leur construction, elles pourraient obstruer totalement une voie d'évacuation. Ce mécanisme de sûreté qui permet d'assurer la sécurité des individus habitant ce complexe immobilier peut, à lui seul, constituer une limite à la liberté de religion (...). »

³⁶ Article 1413 C.c.Q. : « Est nul le contrat dont l'objet est prohibé par la loi ou contraire à l'ordre public. »

³⁷ Article 13 de la *Charte québécoise* : « [Clause interdite] Nul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination. [Nullité] Une telle clause est sans effet. »

définissent l'objet du contrat; deuxièmement, par la notion d'ordre public, au niveau de leurs libertés et droits fondamentaux assurant la préservation des aspects de leur personne qui leur sont intrinsèques comme leur religion et qui ne peuvent être atteints par les obligations du contrat.

L'avantage certain de l'application indirecte de la liberté de religion dans la sphère contractuelle est de permettre l'analyse de la situation des parties au litige sous un double angle : tout d'abord, comme des cocontractants ayant signé un contrat dont l'objet s'analyse au regard des règles du *Code civil du Québec*, ensuite, par le prisme de l'ordre public, comme des personnes humaines dont la singularité doit être préservée par l'application dans le contrat de leurs libertés et droits fondamentaux consacrés dans la *Charte québécoise*. Toutefois, même si la notion d'ordre public permet ainsi d'établir un lien entre les relations des parties envisagées sous l'angle du droit des obligations organisé par le *Code civil du Québec* et sous l'angle des libertés et droits fondamentaux consacrés par la *Charte québécoise*, la faiblesse de la démarche juridique des juges de la Cour supérieure et de la Cour d'appel du Québec demeure qu'ils n'ont pas pour autant établi les conditions du lien « harmonieux » entre ces deux types de relation, traitant ces relations en parallèle plutôt qu'en interaction. Ainsi, notamment, dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, ces juges n'ont pas concrètement défini l'équilibre qui devait prévaloir entre les liens d'obligations qui s'imposaient aux copropriétaires juifs à l'égard des autres copropriétaires du fait de leur relation contractuelle et l'étendue de la liberté de religion qui devait leur être reconnue en vertu de leur contrainte religieuse, pouvant être de nature à évincer certains liens d'obligations issus de leur engagement contractuel.

Néanmoins, malgré cette faiblesse, l'application indirecte de la liberté de religion dans le contrat traduit incontestablement un effort jurisprudentiel pour articuler « harmonieusement » le droit civil québécois avec la liberté fondamentale de religion. Toutefois, force est de constater que cet effort n'a pas été poursuivi par la position majoritaire de la Cour suprême du Canada comme le traduit le choix de cette dernière de retenir une application directe de la liberté de religion dans le contrat.

ii. Le cas de l'application directe

L'application directe de la liberté de religion dans la sphère contractuelle est l'application retenue par la position majoritaire de la Cour suprême du Canada, exprimée par le juge Iacobucci. Elle consiste, quant à elle, dans un raisonnement semblable à celui du droit public, à analyser la situation juridique principalement sous l'angle de la liberté de religion des cocontractants appliquée directement dans la sphère contractuelle sans recours au prisme de l'ordre public. Ainsi, dans sa décision, le juge Iacobucci poursuit un raisonnement juridique qui est principalement centré sur la

liberté de religion des copropriétaires Amselem et qui s'articule autour de trois étapes essentielles : premièrement, le constat de la sincérité des croyances des copropriétaires juifs³⁸; deuxièmement, le constat de l'entrave plus que négligeable et insignifiante de leur liberté de religion par les dispositions de la déclaration de copropriété; troisièmement, le constat de l'absence de justifications légitimes invoquées par le Syndicat de copropriété pour limiter la liberté de religion des copropriétaires Amselem, à savoir, pour les autres copropriétaires, le droit à la jouissance paisible de leur bien et le droit à la sûreté de leur personne.

Dans le cadre de l'application directe de la liberté de religion dans la sphère contractuelle, la protection de cette liberté est assurée par la possibilité pour un cocontractant d'invoquer directement sa liberté de religion dans le cadre du contrat pour s'opposer à l'application d'une ou plusieurs obligations contractuelles, invocation pouvant permettre, à certaines conditions, selon la Cour suprême du Canada, d'obtenir l'éviction à son égard d'une ou plusieurs obligations contractuelles.

Dans le cadre de l'application directe de la liberté de religion dans la sphère contractuelle, l'appréhension de la spécificité religieuse des parties au contrat se réalise donc sans considération première pour les obligations contractuelles qui les lient aux autres cocontractants. Dans le cadre de l'application directe, la situation juridique n'est pas envisagée sous l'angle du droit civil considérant la question de l'appréhension de la spécificité religieuse des parties à un contrat mais plutôt sous l'angle du droit public envisageant la perspective où un justiciable est entravé dans l'exercice de sa liberté de religion par l'exécution d'une obligation contractuelle comme il pourrait l'être également par une loi ou un acte gouvernemental. La conséquence de cette démarche

³⁸ Il est important de noter que, dans la décision *Syndicat Northcrest c. Amselem* (C.S.C.), précit., note 19, le juge Iacobucci insiste beaucoup sur la nécessité de retenir une approche subjective de la liberté de religion. Ainsi, lorsqu'une partie à un litige invoque sa liberté de religion, le juge Iacobucci, affirme, au paragraphe [45], qu'« il faut tenir compte des croyances subjectives du demandeur et non de la position officielle de la religion concernée. » Dans cet article, comme notre attention se porte plutôt sur l'articulation du *Code civil du Québec* et de la *Charte québécoise*, nous ne développerons pas sur la nécessité de retenir ou de ne pas retenir une approche subjective de la liberté de religion, si ce n'est, peut-être, en constatant que cette approche jurisprudentielle subjective semble bien s'inscrire dans le sens de l'« éthique post-moderne » qui inspire la philosophie des libertés et droits fondamentaux. Sur cette question et sur le sens de l'approche subjective dans une approche jurisprudentielle globale en matière religieuse intégrant une comparaison entre le droit québécois et le droit français, voir notre article : Christelle Landheer-Cieslak, « Jupiter, Hercule et Minerve : trois modèles d'élaboration du droit des croyants », Numéro spécial des Cahiers de Droit "Le droit sans la loi?", (2006) 47 *C. de D.* 623 ; voir, également, dans une perspective critique à l'égard de l'approche subjective de la liberté de religion, l'article suivant : Louis-Philippe Lampron, « Pour que la tempête ne s'étende jamais hors du verre d'eau : réflexions sur la protection des convictions religieuses au Canada », (2010) 55 *McGill L.J.* 743.

est que le contrat n'est plus considéré de prime abord comme un espace où des parties s'obligent les unes par rapport aux autres mais plutôt comme un espace où doivent être articulés les libertés et droits fondamentaux des cocontractants entre lesquels le juge doit arbitrer, d'où, par exemple, l'insistance, dans le raisonnement du juge Iacobucci, sur l'interaction entre les libertés et droits fondamentaux des copropriétaires juifs et des autres copropriétaires, les droits et les obligations de ces derniers au regard du droit de la copropriété divise étant principalement envisagés sous l'angle de leur droit fondamental à la jouissance paisible de leur bien.

L'avantage certain de cette démarche juridique est de faciliter la protection de la singularité religieuse des parties dans un contrat en concentrant principalement le raisonnement juridique sur l'atteinte plus que négligeable et insignifiante à leur liberté de religion par des clauses contractuelles litigieuses et en envisageant comme plus secondaire la question de leur engagement contractuel au moment de la conclusion du contrat. À bien des égards, ce raisonnement pouvait peut-être se justifier dans le cas des copropriétaires Amselem dans la mesure où leur relation avec les autres copropriétaires s'inscrivait dans un contrat particulier qui s'était conclu, lors de l'achat de leur unité de logement, par la signature d'une déclaration de copropriété organisant l'exercice de leur droit de propriété dans un cadre collectif sans qu'ils aient pu en négocier les termes, d'ailleurs, sans même qu'ils les aient lus. Toutefois, ce raisonnement, s'il devait être généralisé à toutes les formes de contrats, présenterait un double inconvénient. Premièrement, il pourrait être de nature à permettre à des cocontractants d'évincer trop facilement l'exécution des obligations contractuelles auxquelles ils se sont pourtant soumis au moment de la conclusion de leur contrat, faisant, de ce fait, de l'application directe des libertés et droits fondamentaux dans la sphère contractuelle un risque pour la sécurité des transactions. D'ailleurs, la similarité du raisonnement établie par la Cour suprême du Canada entre le droit public et le droit privé est contestable dans la mesure où toutes les relations contractuelles n'impliquent pas nécessairement, comme dans les relations de droit public, une dissymétrie entre les cocontractants où un contractant ou un collectif de contractants peut imposer sa position de force lors de la conclusion du contrat. Dans bien des situations en droit privé, et notamment en droit civil, les relations intersubjectives sont davantage égalitaires et n'imposent pas nécessairement d'être appréhendées par le droit comme impliquant *a priori* une relation fondée sur une relation de pouvoir, comme semble le présupposer l'application directe de la liberté de religion dans la sphère contractuelle. Deuxièmement, en établissant un rapport hiérarchique systématique entre le droit civil et les libertés et droits fondamentaux, au profit des seconds, ce raisonnement juridique ne semble pas s'inscrire dans la trame interprétative proposée par la *Disposition préliminaire* du *Code civil du Québec* : si, dans sa rédaction, cette disposition fait de la *Charte québécoise* une norme par rapport à laquelle le droit civil doit s'harmoniser, elle n'implique aucunement l'idée d'une supériorité

hiérarchique imposée et systématique de cette dernière en droit civil mais plutôt celle d'une quête d'équilibre où le droit civil, dans sa spécificité, s'accorde avec les principes, les valeurs, les règles et les régimes organisés par la Charte qui sert de fil directeur.

En tout cas, qu'il s'agisse de l'application indirecte ou directe de la liberté de religion dans la sphère contractuelle, l'un et l'autre de ces deux raisonnements juridiques assurent la prise en considération, au sein du contrat, de la liberté de religion des contractants dont la protection doit ensuite être assurée.

b. La singularité reconnue par la protection de la liberté de religion dans la sphère contractuelle

Au sein du contrat, la protection jurisprudentielle de la liberté de religion des contractants est assurée, d'une part, lorsque le juge considère les aménagements contractuels que les parties peuvent prévoir par rapport à celle-ci (i.) et, d'autre part, lorsqu'il envisage les sanctions spécifiques en cas d'atteinte à cette liberté fondamentale (ii.).

i. Protection de la liberté de religion et aménagements contractuels

En lien avec la liberté de religion des cocontractants, dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, plusieurs juges, dans leur décision, envisagent la possibilité d'aménagements contractuels tant au moment de la formation que de l'exécution du contrat. Or, les aménagements contractuels tels qu'envisagés par les juges révèlent leur souci de protéger la liberté de religion des parties au contrat.

Ce souci de protection de la liberté de religion des cocontractants au moment de la formation du contrat se manifeste dans la position majoritaire de la Cour suprême du Canada lorsque le juge Iacobucci conteste l'analyse du juge Dalphond ayant conclu que les copropriétaires Amselem avaient renoncé à leur droit à la liberté de religion en signant la déclaration de copropriété. Dans sa décision, le juge Iacobucci refuse certes d'envisager s'il est « théoriquement possible à une personne de renoncer légitimement à son droit à la liberté de religion. »³⁹ Toutefois, dans sa décision, malgré le refus de cette analyse théorique, il envisage tout de même la possibilité pour les parties à un contrat de renoncer à leur droit à la liberté de religion, possibilité qu'il encadre de trois conditions particulières : une renonciation explicite⁴⁰; une renonciation volontaire, libre

³⁹ *Syndicat Northcrest c. Amselem* (C.S.C.), précit., note 19, au paragraphe [93].

⁴⁰ *Idem*, au paragraphe [95] : « (...) la signature de la déclaration de copropriété par les appelants ne saurait être assimilée à une renonciation ou à un engagement implicite de ne pas construire de souccahs (...). »

et consciente de ses conséquences et de ses effets⁴¹; enfin, une renonciation en termes clairs, précis et explicites⁴². Ces trois conditions traduisent la volonté du juge Iacobucci de faire de la renonciation à un droit fondamental un acte juridique non équivoque, volontaire et formulé de manière claire et précise. À bien des égards, si ce souci de protéger le droit à la liberté de religion est tout à fait justifiable, l'idée de la possible renonciation encadrée à un droit fondamental dans un contrat telle qu'exprimée par le juge Iacobucci demeure néanmoins critiquable tant dans sa formulation que dans les conditions de son encadrement.

Tout d'abord, la formule utilisée par le juge d'une possible « renonciation à un droit fondamental » est contestable. Puisque, dans la *Charte québécoise*, les libertés et droits fondamentaux sont « intrinsèques » à la personne humaine⁴³, ils ne peuvent lui être retirés, même par l'exercice de sa propre volonté, au risque sinon d'affecter des attributs essentiels de sa personne. D'ailleurs, en raison de leur caractère fondamental pour la personne humaine, il apparaît que le droit civil québécois leur reconnaît le statut de droits de la personnalité⁴⁴. En effet, en droit civil québécois, selon l'article 3 C.c.Q., les libertés et droits fondamentaux de la personne peuvent être envisagés comme des droits de la personnalité du sujet de droit⁴⁵, ce qui en fait, par conséquent, des droits intransmissibles, imprescriptibles et incessibles, c'est-à-dire ne pouvant faire l'objet

⁴¹ *Idem*, au paragraphe [96] : « (...) la renonciation à un droit doit pour être valable avoir un caractère volontaire et avoir été exprimée librement et en pleine connaissance de ses conséquences et effets véritables. »

⁴² *Idem*, au paragraphe [100] : « il est permis de penser que la décision de renoncer à un droit fondamental comme la liberté de religion — à supposer qu'il soit même possible de le faire — doit non seulement être volontaire, mais doit aussi être formulée en termes clairs, précis et explicites. »

⁴³ *Charte québécoise*, précit., note 2.

⁴⁴ Denis TALLON, « Personnalité (Les droits de la) » dans Pierre Raynaud, Jean-Luc Aubert (dir.) *Répertoire de droit civil*, Paris : Dalloz, 2003. Tome VIII (Encyclopédie juridique), p. 2 : un droit de la personnalité est un droit que « tout être humain possède, indépendamment de sa condition particulière, qui est inséparable de sa personne et qui lui appartient nécessairement en tant qu'être humain. »

⁴⁵ Article 3 C.c.Q. : « Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée. » Cet article, dans son énoncé, fait référence à des libertés et droits fondamentaux consacrés dans la *Charte québécoise* comme le droit à la vie et le droit à l'intégrité de la personne (article 1 de la *Charte québécoise*), comme le droit à la réputation (article 4 de la *Charte québécoise*), enfin, comme le droit à la vie privée auquel se rattache le droit au respect de son nom (article 5 de la *Charte québécoise*). Cet article envisage que, dans le cadre du droit civil, ces libertés et droits fondamentaux ont le statut de droits de la personnalité. En outre, dans cet article, le recours à une énumération précédée de l'adjectif « tels » de ces libertés et droits fondamentaux envisagés comme des droits de la personnalité, suggère que cette énumération n'est pas limitative et que d'autres libertés et droits fondamentaux peuvent être intégrés à la liste comme, par exemple, le droit à la liberté de religion.

d'une transmission par succession, ne pouvant être perdus par le non-usage dans le temps et, enfin, ne pouvant être cédés par convention. Toutefois, bien que ces droits soient de nature extrapatrimoniaire, leur exercice peut faire l'objet d'aménagements contractuels visant, à certaines conditions et dans certaines circonstances, à définir les droits d'un contractant par rapport à l'expression de certains aspects protégés de la personne titulaire de ces droits de la personnalité⁴⁶.

Dans cette perspective, par conséquent, il n'est pas possible pour un sujet de droit de « renoncer » à son droit à la liberté de religion qui, au regard du droit civil, peut être analysé comme un droit de la personnalité protégeant un aspect essentiel de sa personne, sa religion⁴⁷. Néanmoins, ce qu'il est tout de même possible pour un sujet de droit de faire, c'est d'aménager, dans un cadre contractuel, l'exercice de ce droit, en prévoyant, à certaines conditions, des limites à son expression. Dans ce cas, les trois conditions posées par le juge Iacobucci dans sa décision sont tout à fait pertinentes, mais elles n'en demeurent pas moins insuffisantes. En effet, en cas d'aménagements contractuels prévoyant certaines limites à l'expression d'un aspect fondamental de la

⁴⁶ Dans cette perspective juridique, lorsqu'un patient autorise un chirurgien à procéder à une intervention chirurgicale, nous ne souscrivons pas à l'analyse qui envisage cet acte juridique comme une renonciation à son droit à l'intégrité physique (voir, notamment, en ce sens, l'analyse de Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN avec la collaboration avec Nathalie Vézina, « L'ordre public » dans *Les obligations*, 6^e édition, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2005 au paragraphe [169]). Selon nous, l'acte juridique par lequel le patient autorise l'intervention du chirurgien devrait plutôt être envisagé comme l'expression de son droit à l'intégrité physique qui lui permet de déterminer, d'une part, les personnes qui ont le droit d'intervenir sur son corps et, d'autre part, les conditions et les circonstances dans lesquelles ces interventions sont possibles. D'ailleurs, une telle analyse, s'il est admis que la *Charte québécoise* codifie de manière non limitative l'ordre public, se concilierait mieux avec l'article 8 C.c.Q. qui se réfère à la renonciation à l'exercice des droits civils et non à la renonciation des droits en tant que tel (article 8 C.c.Q. : « On ne peut renoncer à l'exercice des droits civils que dans la mesure où le permet l'ordre public. »), ainsi qu'à l'article 9 C.c.Q. qui ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public et, par conséquent, dans cette perspective, aux libertés et droits fondamentaux qui peuvent être envisagés désormais comme organisant l'ordre public québécois (Article 9 C.c.Q. : « Dans l'exercice des droits civils, il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté; il ne peut, cependant, être dérogé à celles qui intéressent l'ordre public. »)

⁴⁷ Sur cette question, voir notre ouvrage : *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, *op. cit.*, note 14, au paragraphe [368] : « Comme le droit à la liberté religieuse en France, le droit à la liberté de religion au Québec est un droit extrapatrimonial, reconnu également à tous et qui est inséparable de la personne humaine. Au Québec, comme en France, le droit à la liberté de religion est un droit de la personnalité qui tend à protéger le croyant et à assurer la maîtrise de ses choix fondamentaux en matière religieuse. Il est le pendant civil d'un droit fondamental consacré par l'article 3 de la *Charte québécoise*. Comme en France, le droit à la liberté de religion définit une enveloppe de protection au profit du croyant qui restreint la liberté d'autrui et qui permet au croyant d'exprimer librement et sans contrainte son sentiment d'identité religieuse. »

personne, il est déterminant que ces limites contractuelles soient exprimées de manière explicite, volontaire, libre et consciente ainsi qu'en des termes clairs, précis et explicites et que, en plus, elles présentent la particularité d'être restreintes dans le temps et dans l'espace pour ne pas être une limitation trop générale à un droit fondamental de la personne humaine⁴⁸. Ainsi, dans le cas des copropriétaires Amselem, il n'y aurait eu un aménagement contractuel juridiquement valide de l'exercice de leur droit à la liberté de religion que, si, au moment de la signature de la déclaration de copropriété, ils avaient expressément convenu, de manière conforme aux dispositions de la déclaration de copropriété, qu'ils acceptaient de ne pas exprimer leur droit à la liberté de religion en construisant des souccahs sur leur balcon pendant la fête de Soukot, et ceci pour un nombre d'années limitées, cette situation devant ensuite être revue par les parties au contrat après que ce laps de temps se soit écoulé. Dans ce cas, les copropriétaires Amselem auraient accepté un aménagement contractuel valide de l'exercice de leur droit à la liberté de religion : valide parce que explicite, volontaire, libre et conscient, conduisant, en des termes clairs, précis et explicites, à limiter l'expression de leur droit à la liberté de religion dans l'espace, à savoir sur leur balcon, et dans le temps, à savoir pendant le nombre d'années spécifié au contrat, qui ne pourrait d'ailleurs être un nombre tel qu'il s'agisse, en fait, d'une entrave trop générale à l'exercice de leur droit à la liberté de religion⁴⁹.

⁴⁸ Dans le cadre de cette analyse, un parallèle intéressant pourrait être fait entre les conditions encadrant la clause de non-concurrence, imposant qu'elle soit limitée dans le temps et dans l'espace, et la clause d'un contrat qui prévoirait des limites à l'exercice du droit à la liberté de religion d'un cocontractant. Voir l'article 2089 C.c.Q. : « (Alinéa 1) Les parties peuvent, par écrit et en termes exprès, stipuler que, même après la fin du contrat, le salarié ne pourra faire concurrence à l'employeur ni participer à quelque titre que ce soit à une entreprise qui lui ferait concurrence. (Alinéa 2) Toutefois, cette stipulation doit être limitée, quant au temps, au lieu et au genre de travail, à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur. (Alinéa 3) Il incombe à l'employeur de prouver que cette stipulation est valide. »

⁴⁹ Incontestablement, le régime de la « renonciation » contractuelle à un droit fondamental est encore à élaborer par la jurisprudence. L'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem* pose incontestablement des éléments importants pour cette construction jurisprudentielle. Dans cette perspective, voir notamment la remarque de Benoît MOORE dans son article « Contrat et religion - À la volonté de Dieu ou des contractants? Commentaire sur l'affaire *Marovitz c. Bruker* » (2009) 43 R.J.T. 219, au paragraphe [47] qui insiste sur la possibilité d'inscrire des aspects de l'affaire *Marovitz c. Bruker* dans la continuité des apports de l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem* : « En fait, la question sur ce point revenait justement à celle posée dans l'affaire Amselem, c'est-à-dire dans quelle mesure une "renonciation", ou plutôt une atteinte contractuelle à un droit fondamental, est-elle valide? Il est à tout le moins surprenant de constater que les juges majoritaires ne réfèrent pas, sur ce point, aux enseignements de l'affaire Amselem. Rappelons que dans cette affaire, la Cour suprême n'avait pas tranché la question de la validité de l'atteinte contractuelle à la liberté de religion au motif que, même si cela était possible, les critères de validité n'étaient pas réunis en l'espèce. Or les critères de validité que la Cour pose dans Amselem étaient cette fois réunis : un contrat individuel dûment négocié, une

Le souci de protection de la liberté de religion des cocontractants au moment de l'exécution du contrat se manifeste, quant à lui, tout autant dans la position des juges de la Cour supérieure et de la Cour d'appel que dans celle de la position majoritaire de la Cour suprême du Canada, prévoyant des aménagements contractuels en cas d'atteinte au droit à la liberté de religion des parties à un contrat. Au niveau de la Cour supérieure et de la Cour d'appel du Québec, la particularité du raisonnement des juges est d'admettre que, comme en droit public et comme en droit du travail, les parties à un contrat de droit civil peuvent être tenues à une obligation d'accommodement raisonnable en cas d'atteinte, par une ou plusieurs clauses contractuelles d'apparence neutre, à la fois au droit à la liberté de religion d'un cocontractant et à son droit à l'égalité protégé par l'article 10 de la *Charte québécoise*⁵⁰, ce dernier article devant, en effet, être articulé avec un autre droit protégé, comme le droit à la liberté de religion, puisque, comme le note le juge Rochon, « la [C]harte québécoise ne se réfère pas à un droit à l'égalité *in se* et que celui-ci n'est pas autonome. »⁵¹ Ainsi, si une ou plusieurs clauses d'un contrat d'apparence neutre portent atteinte au droit à la liberté de religion d'un contractant et, en plus, le discriminent en établissant une distinction ou une exclusion fondée sur sa religion, motif énuméré à l'article 10 de la *Charte québécoise*, qui a pour effet de détruire ou de compromettre son droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice de son droit à la liberté de religion⁵², dans ce cas, « l'application de la *Charte [québécoise]* en matière contractuelle peut, à l'occasion, faire en sorte d'imposer [aux autres

clause référant explicitement à la règle religieuse et formulée en termes "clairs, précis et explicites". L'occasion était belle pour la Cour de poursuivre la construction jurisprudentielle sur l'exercice contractuel des droits fondamentaux, laquelle construction est encore bien imparfaite, voire "erratique" ».

⁵⁰ Article 10 de la *Charte québécoise* : « [Discrimination interdite] Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap. [Motif de discrimination] Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit. »

⁵¹ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précit., note 22, p. 1905. Sur cette question, voir notamment l'article de David Robitaille, « Non-indépendance et autonomie de la norme d'égalité québécoise », (2004) 35 R.D.U.S. 103.

⁵² *Amselem c. Syndicat Northcrest (C.A.)*, précit., note 25, au paragraphe [129], voir les propos du juge Dalfond : « Commentant cet article à la lueur de la jurisprudence, notre Cour écrit dans un arrêt tout récent, *Québec (Procureur général) c. Lambert*, J.E. 2002-527, au par. 72 : « Il y a discrimination : a) lorsqu'il existe une distinction, exclusion ou préférence; b) lorsque cette distinction, exclusion ou préférence est fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa de l'article 10 de la Charte; et c) lorsque la distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne. »

cocontractants] une obligation [à laquelle] il[s] n'avai[ent] pas souscrite, [c]ette obligation consist[ant] à procurer un aménagement raisonnable à l'autre partie permettant à cette dernière de préserver l'intégrité de son droit et de sa liberté⁵³. » Dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, cette obligation d'accommodement raisonnable se concrétise dans la proposition du Syndicat de copropriété de construire une souccah dans les jardins de l'immeuble divis.

Au niveau de la Cour suprême du Canada, le juge Iacobucci ne reprend pas la question de savoir si les clauses litigieuses de la déclaration de copropriété discriminent ou ne discriminent pas les copropriétaires Amselem et, de ce fait, n'envisage pas, à proprement parler, la question des aménagements contractuels par voie d'accommodements raisonnables en cas d'atteinte à la fois au droit à la liberté de religion et au droit à l'égalité d'un cocontractant. Toutefois, dans son analyse, le juge Iacobucci semble sous-entendre de manière implicite la possibilité pour les cocontractants de proposer, d'organiser pendant l'exécution du contrat des aménagements contractuels prévoyant des remèdes en cas d'atteinte au droit à la liberté de religion d'une partie. Ainsi, par une lecture *a contrario* du paragraphe [81] de sa décision⁵⁴, il est possible d'admettre que, pour le juge Iacobucci, le Syndicat de copropriété aurait pu proposer un remède valable à l'atteinte plus que négligeable et insignifiante au droit à la liberté de religion des copropriétaires juifs par les clauses litigieuses, ce qui, en l'espèce, selon lui, n'était pas le cas par la proposition d'installer une souccah commune dans les jardins de la copropriété.

Au terme de l'analyse de ces décisions, il apparaît donc que, selon les juges, pèse sur les parties à un contrat l'obligation de prévoir, au cours de l'exécution du contrat, des aménagements contractuels conduisant, soit à la proposition de remèdes pour éviter l'atteinte au droit à la liberté de religion d'un contractant par l'application d'une ou plusieurs clauses d'apparence neutre, soit à la proposition, à proprement parler, d'accommodements raisonnables en cas d'atteinte, de surcroît, au droit à l'égalité de ces mêmes contractants.

Dans ces deux cas, il est incontestable que ces obligations de collaboration entre les parties pour corriger les atteintes contractuelles au droit à la liberté de religion et au droit à l'égalité des parties à un contrat sont des créations jurisprudentielles et reposent,

⁵³ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précit., note 22, p. 1909.

⁵⁴ *Syndicat Northcrest c. Amselem* (C.S.C.), précit., note 19, au paragraphe [81] : « Comme il a été expliqué plus tôt, le refus de l'intimé d'autoriser l'installation de souccahs sur les balcons porte une atteinte grave à la liberté de religion des appelants. Il en résulte une entrave importante à la jouissance par ces derniers de leur droit à la liberté de religion. L'offre du Syndicat de permettre aux appelants d'installer une souccah commune dans les jardins du Sanctuaire ne remédie pas à cette atteinte et n'a même aucun rapport avec celle-ci. »

comme en droit public et en droit du travail, sur l'œuvre créatrice des juges⁵⁵. Néanmoins, dans la perspective du droit civil, il pourrait être intéressant de les fonder sur l'article 1375 C.c.Q. prévoyant que la bonne foi doit gouverner la conduite des parties à un contrat tant au moment de sa formation que de son exécution ou de son extinction⁵⁶. De cette façon, comme en droit civil français où l'article 1134 alinéa 3 du Code civil⁵⁷ sert de « cheval de Troie » au juge pour imposer aux parties des obligations qui ne sont pas expressément prévues au contrat⁵⁸, l'article 1375 C.c.Q. pourrait jouer un rôle semblable en matière de libertés et droits fondamentaux en imposant aux parties au contrat en matière religieuse l'obligation de trouver entre eux de bonne foi des remèdes contractuels à l'atteinte au droit à la liberté de religion d'une partie et des accommodements raisonnables en cas d'atteinte, de surcroît, à son droit à l'égalité. D'ailleurs, l'article 1375 C.c.Q., dans cette perspective, pourrait aussi être articulé avec l'article 1434 C.c.Q. prévoyant que « le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi », l'obligation pour les parties à un contrat de corriger les atteintes aux libertés et droits fondamentaux par des remèdes ou des accommodements pouvant ainsi s'inscrire dans ces obligations qui s'imposent aux parties « suivant les usages, l'équité ou la loi. »⁵⁹

⁵⁵ José WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse » (1998), 43 R.D. McGill 325, p. 327 : cette obligation d'accommodement raisonnable, de construction essentiellement jurisprudentielle, progressive, casuistique et pragmatique, « pèse sur l'État, les personnes ou les entreprises privées et vise à modifier des normes, des pratiques ou des politiques légitimes justifiées qui s'appliquent sans distinction à tous, pour tenir compte des besoins particuliers de certaines minorités, principalement les minorités ethniques et religieuses. »

⁵⁶ Article 1375 C.c.Q. : « La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction. »

⁵⁷ Article 1134 du Code civil français : « (Alinéa 1) Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. (Alinéa 2) Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. (Alinéa 3) Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

⁵⁸ Sur cette question, voir l'ouvrage de Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Les obligations*, Paris, Cujas, 1998, p. 352, « L'a. 1134, al. 3 interdit aux contractants certaines attitudes abusives (abus d'une clause résolutoire ou d'un dédit, interdiction des clauses abusives) ou de nature à induire en erreur l'autre partie. La jurisprudence admet aussi qu'il leur impose certains comportements qu'implique l'exécution d'un contrat, même s'il ne s'agit pas d'obligations expressément stipulées (devoir de coopération, d'information réciproque (...)). Le devoir de bonne foi permet ainsi de combler certaines lacunes du contrat. »

⁵⁹ Dans cette perspective, voir l'article de Michelle CUMYN, « La sanction de l'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », (2007) 41 *Revue juridique Thémis* 1 aux pages 58 et 59, envisageant l'insertion des lois impératives et d'ordre public via l'article 1434 C.c.Q. au contenu obligationnel du contrat donnant ouverture en cas d'atteinte aux recours pour inexécution du contrat : « Les dispositions d'ordre public qui normalisent le contenu obligationnel du contrat en établissant un contrôle des prix ou des salaires, en

Dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, la jurisprudence canadienne et québécoise, par la voie des aménagements contractuels, introduit l'idée de l'importance de protéger la liberté de religion des parties dans la sphère contractuelle. Ce même intérêt se manifeste également par la voie des sanctions spécifiques en cas d'atteinte à cette liberté fondamentale.

ii. Protection de la liberté de religion et sanctions spécifiques

Dans *Syndicat Northcrest c. Amselem*, bien que les juges des différentes cours aient peu développé sur la question des sanctions à retenir dans le cas d'une atteinte au droit à la liberté de religion dans le cadre d'un contrat, voire même également au droit à l'égalité, les analyses jurisprudentielles, dans cette affaire particulière, offrent tout de même quelques éléments de réflexion intéressants.

Au niveau de la Cour supérieure et de la Cour d'appel du Québec, puisque les juges refusent de reconnaître une atteinte au droit à la liberté de religion des copropriétaires, mais aussi à leur droit à l'égalité, notamment en raison des mesures d'accommodements raisonnables proposées par le Syndicat de copropriété, l'analyse des sanctions à décider en cas d'atteinte à une liberté ou un droit fondamental par une clause contractuelle est donc peu développée. Un constat important s'impose toutefois : même si les juges de la Cour supérieure et de la Cour d'appel du Québec appliquent indirectement la liberté de religion dans la sphère contractuelle par le prisme de l'ordre public, ils n'en déduisent pas pour autant que, en cas d'atteinte à une liberté ou un droit fondamental par un contrat ou une clause contractuelle, le contrat ou la clause litigieuse doivent être annulés conformément à l'article 1413 C.c.Q.⁶⁰, cette nullité étant alors absolue⁶¹. Plutôt, en raison de leur analyse dans la perspective d'une atteinte au droit à la liberté de religion, mais aussi au droit à l'égalité des copropriétaires *Amselem*, se réfèrent-ils au régime

définissant les caractéristiques que doivent comporter certains biens ou services ou en attribuant certains droits et recours aux parties contractantes s'insèrent directement au contrat en vertu de l'article 1434 C.c.Q. En effet, puisque ces lois ont pour but de redresser l'équilibre interne du contrat – c'est d'ailleurs le critère en vertu duquel nous les avons retenues pour étude – il nous paraît justifié d'incorporer les normes réglementaires au contenu obligationnel du contrat. Toute la gamme des recours contractuels pour inexécution est alors susceptible de découler d'une violation de la loi, à la condition toujours que cette violation affecte de manière concrète les intérêts de la partie protégée. »

⁶⁰ Article 1413 C.c.Q. : « Est nul le contrat dont l'objet est prohibé par la loi ou contraire à l'ordre public. »

⁶¹ Sur cette question, voir par exemple l'ouvrage suivant : Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre Gabriel JOBIN avec la collaboration de Nathalie VÉZINA, *Les obligations, op. cit.*, note 46, au paragraphe [170].

spécifique organisé par la *Charte québécoise* à l'article 13⁶², prévoyant qu'une clause d'un acte juridique portant discrimination est sans effet. D'ailleurs, même si le juge Iacobucci n'analyse pas la situation sous l'angle de la discrimination, c'est également la solution qu'il retient en raison de l'atteinte plus qu'insignifiante et négligeable portée, selon lui, au droit à la liberté de religion des copropriétaires Amselem par les clauses litigieuses de la déclaration de copropriété. Toutefois, la particularité de la sanction proposée par la Cour suprême est double : en plus de conclure à une suspension des effets des clauses litigieuses en l'absence de discrimination démontrée, en ne se fondant d'ailleurs ni sur le *Code civil du Québec* ni sur la *Charte québécoise*, le juge assortit cette suspension des effets des clauses litigieuses de trois conditions : une condition temporelle, une condition spatiale et une condition matérielle. Ainsi, selon le juge, les copropriétaires ont « légalement le droit d'installer une soucah sur leur balcon respectif, [premièrement] uniquement pendant la période correspondant à la fête [de Soukot], [deuxièmement] dans la mesure où la structure laisse un passage suffisant pouvant servir de voie d'évacuation en cas d'urgence et [enfin, en] s'intégr[ant] le plus possible avec l'apparence générale de l'immeuble.⁶³ »

Dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, il est donc possible de noter une tendance jurisprudentielle à retenir des sanctions spécifiques en cas d'atteinte au droit à la liberté de religion dans la sphère contractuelle, distinctes de celles prévues en droit civil. Dans les décisions de la Cour supérieure et de la Cour d'appel du Québec, même si les juges ont retenu une application indirecte de la liberté de religion dans le contrat par le prisme de l'ordre public, ils font tout de même référence, au niveau des sanctions, au régime spécifique de la *Charte québécoise* prévu à l'article 13. Dans le cas de la position majoritaire de la Cour suprême du Canada, le juge Iacobucci, quant à lui, retient une sanction spécifique, mais à la différence des juges de la Cour supérieure et de la Cour d'appel, il ne se fonde sur aucun régime spécifique de sanctions prévu par la *Charte québécoise*. Or, la solution proposée par la position majoritaire aurait pu parfaitement se fonder sur l'article 49 alinéa 1 de la *Charte québécoise* prévoyant qu'« une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnue par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral et matériel qui en résulte », la suspension encadrée des effets de la clause litigieuse correspondant à une mesure visant à faire cesser l'atteinte au droit à la liberté de religion des copropriétaires Amselem. En outre, si le juge Iacobucci avait fait référence à l'article 49 alinéa 1 de la *Charte québécoise*, aurait pu être posée la question de la pertinence de leur accorder également des dommages-intérêts pour le préjudice moral et matériel qui pouvait résulter de l'atteinte à leur liberté de religion par les clauses litigieuses.

⁶² Article 13 *Charte québécoise* : « [Clause interdite] Nul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination. [Nullité] Une telle clause est sans effet. »

⁶³ *Syndicat Northcrest c. Amselem* (C.S.C.), précit., note 19, au paragraphe [103] *in fine*.

Selon nous, dans cette affaire, l'extension du champ d'application de l'article 49 alinéa 1 de la *Charte québécoise* au domaine contractuel aurait été parfaitement pertinente. Premièrement, une telle solution aurait permis de fonder en droit la sanction retenue par la juge Iacobucci en cas d'atteinte à une liberté ou un droit fondamental d'un contractant sans qu'il y ait nécessairement de surcroît une atteinte à son droit à l'égalité, comme dans le cas de l'article 13 qui prévoit un régime spécifique pour le cas de la discrimination résultant d'un acte juridique. Deuxièmement, une telle solution aurait permis également de poser les fondements pour l'émergence en droit privé d'un régime spécifique de responsabilité tant contractuel qu'extracontractuel en cas d'atteinte à une liberté ou un droit fondamental, régime *ad hoc* organisé autour de l'article 49 de la *Charte québécoise* et se justifiant en raison de la formulation générale de cet article envisageant « une » atteinte illicite sans en préciser la nature, régime *ad hoc* également à mettre en lien « harmonieux » par la suite avec le régime de droit commun de la responsabilité contractuelle et extracontractuelle prévu en droit civil⁶⁴. Ainsi, l'intérêt d'une telle solution aurait été double : d'une part, de manière particulière, au regard de la spécificité des faits de l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, elle aurait permis de justifier légalement une sanction parfaitement opportune, la nullité absolue de la clause litigieuse ayant eu pour effet de permettre à tous les copropriétaires de faire des constructions sur leur balcon, ce qui aurait été de nature à affecter de manière certaine la destination de l'immeuble divis⁶⁵; d'autre part, de manière plus générale, elle aurait permis au juge de tracer une ligne jurisprudentielle permettant de fonder par la suite en droit la souplesse

⁶⁴ Pour une extension de l'application de l'article 49 de la *Charte québécoise* au domaine contractuel, voir les analyses de Pierre-Olivier Laporte dans son article « La Charte des droits et libertés de la personne et son application dans la sphère contractuelle », *loc. cit.*, note 5, aux pages 307 et 308 : « À notre avis, l'article 13 ne constitue qu'un cas de figure dans l'éventail des sanctions de l'article 49 et n'est évidemment pas le seul qui soit pertinent en ce qui a trait à l'applicabilité de la Charte en matières contractuelles. Cette conclusion s'impose au regard de la formulation très générale de cette dernière disposition (toute atteinte donne droit à sa cessation), ainsi qu'en vertu de la nature et des objectifs de la Charte. Il faut tenir compte ici du rôle essentiel du contrat dans l'organisation des rapports privés. La somme des obligations contractuelles d'une personne peut constituer la contrainte la plus importante à l'exercice de sa liberté. Remettre en cause l'applicabilité de l'article 49 en matière contractuelle reviendrait ainsi à accepter que le domaine où cette liberté est peut-être le plus susceptible d'être menacée soit soustrait à l'influence normative de la Charte. Une fois de plus, l'arrêt *Amselem* apporte un certain renfort à notre position : il y est bel et bien question d'une atteinte à la *liberté de religion* de l'appelant et non pas à son droit à l'égalité. C'est donc dire que le rôle de la Charte en matière contractuelle est plus étendu qu'il n'y paraît à première lecture. » À notre avis, dans la plupart des situations où le contrat met en jeu les droits et libertés d'une partie contractante, c'est l'article 49 de la Charte qu'il faudrait invoquer en vue d'obtenir la suspension des effets attentatoires de la clause contestée, voire son annulation. »

⁶⁵ *Idem*, p. 307.

des sanctions juridiques⁶⁶ qui souvent doivent être retenues en cas d'atteinte à la liberté ou à un droit fondamental d'une personne, la gamme des sanctions pouvant aller, de ce fait, en matière contractuelle, de la nullité absolue du contrat ou de la clause litigieuse prévue par le droit commun à une suspension encadrée des effets de certaines obligations du contrat définies selon les circonstances et fondée sur la *Charte québécoise*, gamme des sanctions auxquelles pourrait également s'ajouter l'octroi de dommages-intérêts par le recours à l'article 49.

Enfin, il est important de noter que, pour une réflexion dans la perspective d'une application indirecte de la liberté de religion dans la sphère contractuelle par le prisme de l'ordre public, la possibilité de retenir de telles sanctions spécifiques, distinctes de celles habituellement retenues par le droit commun en cas d'atteinte par le contrat à l'ordre public, remet en question le sens à retenir pour cette dernière notion⁶⁷. À bien des égards, il semble que les sanctions jurisprudentielles retenues dans le cas d'une atteinte au droit à la liberté de religion d'une partie à un contrat dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem* contribuent à la confirmation de l'émergence dans la jurisprudence civile québécoise d'un ordre juridique particulier qui, par la spécificité de son régime, se présente comme relevant d'une catégorie nouvelle⁶⁸.

Dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, les juges de la Cour supérieure et de la Cour d'appel du Québec, d'un côté, et les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada, de l'autre côté, bien qu'ils aient adopté des voies juridiques distinctes, ont reconnu la pertinence de considérer la singularité religieuse des parties à un contrat, tant dans sa formation que dans son exécution, en appliquant et en organisant la protection, à ces différents moments, de leur liberté de religion dans la sphère contractuelle. De ce fait, ils ont appliqué le droit civil québécois en considération de la liberté de religion des parties au contrat, plus particulièrement, dans cette affaire, des copropriétaires Amselem. Toutefois, si l'objectif de l'interaction entre la *Charte québécoise* et le *Code civil du Québec* est la quête d'un lien harmonieux entre les deux textes, qu'en est-il, dans le

⁶⁶ Sur l'idée d'organiser en lien avec la *Charte québécoise* des mesures de réparation souples en lien avec la spécificité des situations concrètes, voir les propos du juge LeBel dans *De Montigny c. Brassard (Succession)*, [2010] 3 R.C.S. 64, au paragraphe [44] : « L'autonomie de ce recours ressort aussi bien du texte de l'art. 49 que des finalités distinctes de la mise en œuvre de la Charte, ainsi que de la nécessité de laisser à celle-ci toute la souplesse nécessaire à la conception des mesures de réparation adaptées aux situations concrètes. »

⁶⁷ Sur l'évolution du sens de la notion d'ordre public, voir, par exemple, le texte suivant : Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN avec Nathalie VÉZINA, « L'ordre public » dans *Les obligations, op. cit.*, note 46, au paragraphe [70].

⁶⁸ En ce sens, voir Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN avec Nathalie VÉZINA, « L'ordre public » dans *Les obligations, op. cit.*, note 46, au paragraphe [70]. Voir aussi Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 2006, p. 579, qui parlent d'« ordre public composite. »

raisonnement des juges, du mouvement inverse consistant, cette fois-ci, en l'application de la liberté de religion dans la sphère contractuelle en considération du droit civil québécois impliquant, tant dans le droit de la copropriété divise que dans le droit des obligations, la reconnaissance de la singularité religieuse des parties dans le respect des interactions contractuelles?

2. Appliquer la liberté de religion en considération du droit civil québécois : reconnaître la singularité dans le respect des interactions contractuelles

Dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, la question du respect des interactions contractuelles s'imposait tant lors de l'application de la liberté de religion dans la sphère contractuelle (a.) que lors de sa protection (b.).

a. Le respect des interactions contractuelles dans l'application de la liberté de religion

Lors de l'application de la liberté de religion dans la sphère contractuelle, la question du respect des interactions contractuelles se posait d'une double manière. Premièrement, dans le cadre d'un contrat, la liberté de religion d'un contractant peut-elle être appliquée pour évincer l'exécution d'une obligation contractuelle, à laquelle ce cocontractant s'est pourtant soumis lors de la conclusion du contrat, s'engageant ainsi à l'égard des autres parties au contrat (i.)? Deuxièmement, si tel est le cas, comment la liberté de religion d'un contractant peut-elle être appliquée dans la sphère contractuelle en considération des droits des autres cocontractants (ii.)?

i. Application de la liberté de religion et engagements contractuels

Dans le raisonnement majoritaire de la Cour suprême du Canada, en raison du recours à l'application directe de la liberté de religion dans le contrat, la question de l'engagement contractuel préalable des copropriétaires Amselem lors de la signature de la déclaration de copropriété, les obligeant, de ce fait, à respecter ses dispositions, n'est pas envisagée, l'accent étant principalement porté, dans l'analyse juridique, sur l'atteinte par la clause litigieuse à la liberté de religion des copropriétaires juifs. Quant aux juges de la Cour supérieure et de la Cour d'appel du Québec, même si par le recours à l'application indirecte de la liberté de religion dans le contrat, leur raisonnement intègre davantage la réalité contractuelle préexistante entre les copropriétaires par rapport au juge Iacobucci, leur analyse reste tout de même principalement articulée autour de la question de la conformité de l'objet du contrat avec l'ordre public, auquel s'intègre la *Charte québécoise* assurant le respect des libertés et droits fondamentaux. En fait, c'est le juge Binnie, dissident, qui insiste tout particulièrement, dans sa position minoritaire, sur

l'engagement contractuel initial des parties⁶⁹ et sur la nécessité de faire prévaloir la force obligatoire des contrats dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem* en affirmant qu'« il appartenait aux appelants et non aux autres copropriétaires de déterminer, avant d'acheter leur appartement, les exigences qui étaient liées à leurs croyances religieuses. »⁷⁰ Cette solution manifestant le souci du juge Binnie d'établir une « différence entre le fait d'utiliser la liberté de religion comme bouclier contre les atteintes portées par l'État à la liberté de religion et le fait de l'utiliser comme une épée contre des cocontractants dans un immeuble privé, »⁷¹ par bien des aspects, est à rapprocher de celle que retient la Cour de cassation en France qui considère que la liberté religieuse⁷² ne peut avoir pour effet de rendre licites les violations à des obligations contractuelles⁷³ et que la liberté religieuse ne peut être prise en considération dans la sphère contractuelle que par l'intermédiaire d'une clause contractuelle expresse prévue par les parties au contrat lors de sa formation⁷⁴.

⁶⁹ *Syndicat Northcrest c. Amselem* (C.S.C.), précit., note 19, au paragraphe [183] : « L'aspect inhabituel de la présente revendication du droit à la liberté de religion vient du fait que la plainte des appelants vise non pas l'État mais plutôt les autres copropriétaires du même immeuble luxueux de la région de Montréal, lesquels (y compris les appelants) se sont tous engagés à respecter les règles contractuelles régissant l'usage des parties communes. »

⁷⁰ *Syndicat Northcrest c. Amselem* (C.S.C.), précit., note 19, au paragraphe [185].

⁷¹ *Idem*.

⁷² Sur la distinction entre la notion de liberté de religion au Québec et celle de liberté religieuse en France, voir notre ouvrage, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, *op. cit.*, note 14 aux pages 238 à 251.

⁷³ Voir la décision de la Cour de cassation (Cass. civ. 3, 8 juin 2006, *Juris-data* 05-14.774) où, dans des faits semblables à l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, des époux Amselem, copropriétaires juifs, avaient édifié une construction en végétaux sur leur balcon pour une semaine à l'occasion de la fête juive de « Soukot » en contradiction avec le règlement de copropriété dont le syndicat de copropriété, le syndicat *Les jardins de Gordolla* à Nice, voulait assurer le respect par une action devant les tribunaux civils : « la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne pouvait avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété. » Selon la Cour de cassation, la cabane devait donc être enlevée puisqu'elle « faisait partie des ouvrages prohibés par [le] règlement et portait atteinte à l'harmonie générale de l'immeuble puisqu'elle était visible de la rue. » Voir sur cette décision, le commentaire de Dominique FENOUILLET : « Règlement de copropriété et liberté religieuse, ou la difficile cohabitation des consciences », (2006) 133 *Les Petites affiches* 9.

⁷⁴ Voir la décision de la Cour de cassation (Cass. civ. 3, 18 décembre 2002, *Bull.* 2002. III. no : 262.227) où des locataires juifs entendaient obtenir de leur bailleur l'installation d'une serrure mécanique en complément des digicodes et des cartes magnétiques qui permettaient l'accès à leur immeuble puisqu'ils voulaient pouvoir accéder à leur domicile sans avoir recours à des appareils électriques les jours de sabbat, jour où, selon leur religion, l'utilisation de toute forme d'énergie est proscrite. : « *Qu'en statuant ainsi, alors que les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique, la cour d'appel a violé les textes susvisés; Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen, casse et annule [...].* »

Incontestablement, la question de l'engagement contractuel préalable des parties à un contrat à des obligations dont ils contestent par la suite l'exécution par la biais de leur liberté de religion est une question déterminante pour distinguer les atteintes à la liberté de religion d'un sujet de droit résultant de l'État et celles résultant d'un contrat de droit privé. En effet, *a priori*, dans le cadre d'un contrat de droit privé, les parties ne sont pas dans un rapport à l'égard de leurs cocontractants semblable à celui dans lequel ils peuvent être à l'égard de l'État, le premier résultant de l'autonomie normative reconnue aux sujets de droit leur permettant de se soumettre, par l'exercice de leur volonté, à des obligations contractuelles dont ils peuvent négocier le contenu, le premier étant, de ce fait, de prime abord, plus libre, plus égalitaire que le second. Toutefois, bien évidemment, il est des situations où il existe un rapport de force de fait certain entre les parties à un contrat à un point tel que la liberté contractuelle et le pouvoir de négociation de certains cocontractants n'existent que de manière théorique. En outre, au cours de l'exécution d'un contrat sur une longue période, il peut se produire des changements importants dans la vie de certaines parties au contrat, notamment une conversion religieuse ou une intensification de leur pratique, changements qui ne peuvent pas nécessairement être prévus au moment de la conclusion du contrat. Dès lors, dans cette perspective, même si le raisonnement du juge Binnie et de la Cour de cassation présente le grand avantage de considérer la force obligatoire des contrats dans leur analyse juridique, il n'en demeure pas moins que cette solution consistant à imposer aux parties de prévoir une clause contractuelle expresse pour qu'un contractant puisse invoquer sa liberté de religion au cours de l'exécution d'un contrat apparaît trop drastique et peu adaptée à la complexité de la réalité contractuelle ainsi qu'à la nécessaire protection des libertés et droits fondamentaux dans les rapports de droit privé.

Par conséquent, dans le souci d'assurer le respect de l'engagement préalable des parties au contrat lors de l'application de la liberté de religion dans la sphère contractuelle, deux solutions juridiques alternatives pourraient peut-être être envisagées. Une première solution juridique pourrait être de rendre conditionnelle la possibilité pour une partie à un contrat d'invoquer sa liberté de religion pour évincer une obligation contractuelle. Cette condition pourrait être relative à la nature du contrat, imposant aux parties qui veulent invoquer leur liberté de religion de prouver que la conclusion de leur contrat impliquait un rapport de force tel qu'il rendait impossible, ou tout au moins difficile, toute négociation permettant une prise en considération adéquate de leurs croyances et de leurs pratiques religieuses au moment de la formation du contrat, comme dans le cas des copropriétaires *Amselem* qui, au moment de l'achat de leur unité de logement, n'auraient pu véritablement discuter le contenu de la déclaration de copropriété rédigée au préalable. Cette condition pourrait aussi être relative à des circonstances particulières expliquant que la question de l'exercice de leur liberté de

religion dans le cadre contractuel n'ait pas pu être prise en considération expressément au moment de la formation du contrat comme, par exemple, dans le cas de la conversion *a posteriori* d'un contractant.

Toutefois, comme cette possibilité conditionnelle d'invoquer sa liberté de religion dans un contrat pourrait avoir tout de même pour effet négatif de restreindre de manière excessive la protection des libertés et droits fondamentaux des cocontractants, pourtant protégés désormais par un ordre public constitutionnel (ou quasi-constitutionnel), une autre solution juridique pourrait consister à permettre aux cocontractants d'invoquer en défense l'article 6 du *Code civil du Québec*⁷⁵. Dans cette perspective, il serait affirmé que le droit à la liberté de religion doit être invoqué de bonne foi par les parties à un contrat. Dans cette perspective, puisque la bonne foi est présumée en droit civil⁷⁶, les autres cocontractants pourraient s'opposer à la manière dont un contractant exerce sa liberté de religion, s'ils parviennent à prouver que leur cocontractant en fait un exercice de mauvaise foi, par exemple, en vue d'éviter le respect de ses obligations contractuelles, recourant ainsi à son droit à la liberté de religion de manière excessive et déraisonnable ou en vue de nuire à d'autres cocontractants⁷⁷. De cette façon, cette défense accordée aux cocontractants pourrait être un moyen juridique pour que les parties puissent s'assurer que l'application de la liberté de religion dans le contrat se fait de bonne foi dans le nécessaire respect des engagements contractuels pris entre les parties lors de la conclusion du contrat⁷⁸.

Si le recours à la notion de bonne foi lors de l'application de la liberté de religion dans le contrat paraît important pour protéger les engagements contractuels entre les parties et ainsi contribuer à protéger la sécurité des transactions, il reste que, pour que le respect des interactions contractuelles soit assuré, il est également nécessaire que la

⁷⁵ Article 6 C.c.Q. : « Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi. »

⁷⁶ Article 2805 C.c.Q. : « La bonne foi se présume toujours, à moins que la loi n'exige expressément de la prouver. »

⁷⁷ Article 7 C.c.Q. : « Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi. »

⁷⁸ Sur la bonne foi dans le *Code civil du Québec*, voir l'article de Louise ROLLAND, « La bonne foi dans le Code civil du Québec : du général au particulier », (1996) *R.D.U.S.* 377, aux pages 382-383 : « Il en est autrement de l'exercice des droits où la bonne foi prend un rôle actif : elle gouverne la conduite des parties qui s'obligent, selon les termes de l'article 1375 C.c.Q.; elle pose des exigences à l'exercice des droits civils selon l'article 6 C.c.Q. Quelle qu'en soit alors l'appellation — norme de conduite, devoir général, obligation légale ou obligation contractuelle implicite — tout manquement, toute violation constituera une faute. Faute intentionnelle — « en vue de nuire à autrui » — ou faute non intentionnelle — « d'une manière excessive et déraisonnable » —, faute par action ou par omission, faute lourde, légère et même très légère. » Voir aussi l'article de Brigitte LEFEBVRE, « La bonne foi : notion protéiforme », (1996) 26 *R.D.U.S.* 321.

liberté de religion dans le contrat soit appliquée en considération des droits des autres cocontractants.

ii. Application de la liberté de religion et droits des autres cocontractants

En ce qui concerne la question de l'articulation des droits des copropriétaires juifs avec ceux des autres copropriétaires, il est intéressant de constater que dans les interprétations jurisprudentielles que nous avons précédemment considérées, dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, cette question est principalement envisagée sous l'angle d'une articulation des libertés et droits fondamentaux des différentes parties organisée autour de l'article 9.1 de la *Charte québécoise*, énonçant, dans son alinéa 1, que « les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. » Dans le cadre de l'application directe de la liberté de religion retenue par le juge Iacobucci, ce raisonnement n'a rien d'étonnant : puisque la relation entre les copropriétaires était envisagée avant tout par ce juge sous l'angle de leurs libertés et droits fondamentaux, il était logique dans sa démarche juridique de concentrer son raisonnement par la suite sur la tension à résoudre par le biais de l'article 9.1. de la *Charte québécoise* entre le droit fondamental à la liberté de religion des copropriétaires Amselem et les droits fondamentaux des autres copropriétaires, comme le droit à la jouissance paisible de leurs biens et le droit à la sûreté de leur personne⁷⁹. Pour les juges de la Cour supérieure et de la Cour d'appel du Québec, c'est également par le biais de l'article 9.1 de la *Charte québécoise* qu'ils ont envisagé la question de la prise en considération des droits des autres copropriétaires, alors que le recours au prisme de l'ordre public aurait pu les conduire à un raisonnement distinguant les droits des contractants résultant, d'un côté, de la déclaration de copropriété organisée par le *Code civil du Québec* et, d'un autre côté, de la *Charte québécoise* leur reconnaissant des libertés et droits fondamentaux. Quant au juge Binnie dissident qui retenait une interprétation principalement contractualiste de la situation des copropriétaires Amselem, il a considéré que l'application de la liberté de religion dans la sphère contractuelle impliquait la prise en considération des droits des autres contractants par le biais également de l'article 9.1 de la *Charte québécoise*, cet article devant toutefois être appliqué selon lui à l'espèce dans le contexte spécifique du droit privé⁸⁰.

⁷⁹ *Syndicat Northcrest c. Amselem* (C.S.C.), précit., note 19, notamment aux paragraphes [63] et [64].

⁸⁰ *Syndicat Northcrest c. Amselem* (C.S.C.), précit., note 19, au paragraphe [191] : « L'analyse doit devenir plus exigeante aux étapes suivantes, c'est-à-dire celles où, conformément à

Dans la *Charte québécoise*, l'article 9.1 joue incontestablement un rôle essentiel pour apporter « un tempérament au caractère absolu des libertés et droits édictés aux articles 1 à 9 [de cette charte et pour établir] des limites imposées au titulaire de ces droits et libertés à l'égard des autres citoyens. »⁸¹ Ainsi, dans le cadre de l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, il était tout à fait légitime pour le Syndicat de copropriété d'opposer en défense, face aux copropriétaires Amselem, le droit à la sûreté des autres copropriétaires garanti à l'article 1 de la *Charte québécoise*, l'installation de souccah ne pouvant avoir pour effet d'obstruer le passage sur les balcons, notamment en cas d'incendie. De ce fait, il était tout à fait légitime que ce droit fondamental des autres cocontractants ait été pris en considération par les juges, la reconnaissance du droit fondamental à la liberté de religion des copropriétaires Amselem ne pouvant avoir pour effet potentiel de mettre en danger la sûreté des autres copropriétaires.

Plus difficile était toutefois la référence par le Syndicat de copropriété au droit des autres copropriétaires à la jouissance paisible et à la libre disposition de leurs biens garanti à l'article 6 de la *Charte québécoise*. Bien que les juges ne l'aient pas envisagé en ce sens, par la référence à l'article 6 de la *Charte québécoise*, se posait la question de la difficile conciliation des libertés et droits fondamentaux des cocontractants avec les exigences du droit de la copropriété divise et du droit des obligations leur imposant des contraintes particulières. En effet, contrairement aux interprétations retenues par les différents juges, il ne semble pas que la préservation des droits des autres copropriétaires et de la destination de l'immeuble dans le cadre de l'article 1063 C.c.Q.⁸² devait être traitée par le biais de l'article 6 de la *Charte québécoise*⁸³. L'article 1063 C.c.Q. est un article déterminant pour préserver les droits patrimoniaux des différents copropriétaires et organiser l'exercice collectif du droit de propriété sur un immeuble divis entre les différents copropriétaires. Néanmoins, à bien des égards, l'article 1063

l'article 9.1., on évalue en contexte de droit privé (souligné dans le texte) le caractère raisonnable de l'exercice d'une pratique religieuse vis-à-vis d'autrui. »

⁸¹ Ministre de la Justice du Québec, *Journal des débats : Commissions parlementaires*, 3^e sess., 32^e lég., 16 décembre 1982, p. B-11609 : « L'article 9.1 a pour objet d'apporter un tempérament au caractère absolu des libertés et droits édictés aux articles 1 à 9, tant sous l'angle des limites imposées au titulaire de ces droits et libertés à l'égard des autres citoyens, ce qui est le cas pour le premier alinéa, que sous celui des limites que peut y apporter le législateur à l'égard de l'ensemble de la collectivité, principe qu'on retrouve au deuxième alinéa. »

⁸² Article 1063 C.c.Q. : « Chaque copropriétaire dispose de sa fraction; il use et jouit librement de sa partie privative et des parties communes, à la condition de respecter le règlement de l'immeuble et de ne porter atteinte ni aux droits des autres copropriétaires, ni à la destination de l'immeuble. »

⁸³ Dans cette perspective, voir notamment le juge Rochon, *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précit., note 22, p. 1913, le juge Iacobucci, *Syndicat Northcrest c. Amselem* (C.S.C.), précit., note 19, aux paragraphes [85] à [87] et, enfin, le juge Binnie, *idem* aux paragraphes [192] à [195].

C.c.Q. ne peut être envisagé comme une des expressions en droit civil du droit à la jouissance et à la libre disposition de ses biens, consacré à l'article 6 de la *Charte québécoise*, ce dernier article renvoyant plutôt à un droit intrinsèque à la personne humaine par nature extrapatrimoniale, devant consister à préserver la sécurité et la liberté de la personne humaine dans la jouissance et la disposition de ses biens et non à protéger, en tant que tel, l'exercice de la jouissance d'un bien divis dans un cadre collectif organisé par une déclaration de copropriété. Ainsi, dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, si la demande des copropriétaires Amselem de construire des souccahs sur leur balcon au nom de la liberté de religion questionnait la pertinence pour un copropriétaire d'invoquer sa liberté de religion pour évincer l'application de certaines dispositions du règlement de copropriété, cette éviction pouvant porter atteinte aux droits patrimoniaux des autres copropriétaires en affectant la destination de l'immeuble et en diminuant, de ce fait, la valeur des fractions, cette demande ne pouvait être considérée comme étant de nature à atteindre le droit des copropriétaires à la jouissance paisible et à la libre disposition de leurs fractions puisque cette demande n'était en rien constitutive d'un acte de violence ou de contrainte sur la personne des copropriétaires les empêchant d'en jouir paisiblement ou d'en disposer librement.

Dans cette perspective, la question de la conciliation des droits des copropriétaires Amselem avec les droits des autres copropriétaires aurait dû être posée à un double niveau. Premièrement, au niveau des libertés et droits fondamentaux consacrés par la *Charte québécoise*, l'application du droit fondamental à la liberté de religion des copropriétaires Amselem dans le cadre du contrat de copropriété avait-elle pour effet de porter atteinte au droit à la sûreté des autres copropriétaires, venant ainsi justifier des limites à l'exercice de ce droit sur le fondement de l'article 9.1. de la *Charte québécoise*? Deuxièmement, au niveau des droits et des obligations résultant du contrat, l'application du droit fondamental à la liberté de religion des copropriétaires Amselem dans le cadre de la déclaration de copropriété avait-elle pour effet de porter atteinte aux droits patrimoniaux des autres copropriétaires en affectant la destination de l'immeuble, venant justifier des limites à son exercice sur le fondement de l'article 1063 C.c.Q.?

Pour l'atteinte au droit à la sûreté des autres copropriétaires, il n'est pas difficile d'admettre, comme l'ont considéré les différents juges, que ce droit risquait d'être atteint par la construction des souccahs sur les balcons en bloquant les voies d'évacuation nécessaires en cas d'incendie. Toutefois, si le juge Iacobucci, dans sa position majoritaire, a considéré cette possible atteinte⁸⁴, il n'a pas pour autant choisi de

⁸⁴ *Syndicat Northcrest c. Amselem* (C.S.C.), précit., note 19, au paragraphe [88] : « J'estime moi aussi que, si l'existence d'inquiétudes touchant à la sécurité était solidement établie, elle devrait être prise en compte dans l'appréciation du bien-fondé de toute limite imposée à l'exercice par les appelants de leur liberté de religion. »

la résoudre en interdisant l'exercice de la liberté de religion des copropriétaires Amselem, mais plutôt en l'encadrant par des mesures appropriées, imposant à ces derniers de construire les souccahs sur leur balcon en laissant « un passage suffisant pouvant servir de voie d'évacuation en cas d'urgence. »⁸⁵

Pour l'atteinte aux droits patrimoniaux des autres copropriétaires en lien avec la possible perte de valeur de l'immeuble en raison de la construction de souccahs affectant la destination de l'immeuble en tant qu'« immeuble de luxe et de prestige »⁸⁶ à l'apparence uniforme, il ne semble pas que cette atteinte pouvait véritablement être établie par les autres copropriétaires du fait de la construction sur une courte période des souccahs sur les balcons, celle-ci n'ayant lieu que quelques jours par an pour la fête de Soukot. De toute façon, de prime abord, que le droit à la liberté de religion soit seulement envisagé sous l'angle du droit public comme droit fondamental ou sous l'angle du droit civil comme droit de la personnalité, il aurait été déterminant, dans ce cas, de reconnaître une hiérarchie de principe entre les droits patrimoniaux des copropriétaires et le droit extrapatrimonial à la liberté de religion des copropriétaires Amselem, le second prévalant sur les premiers. Néanmoins, dans une telle situation, une fois encore, il aurait été possible pour les copropriétaires de protéger leurs droits patrimoniaux en invoquant, en défense, l'exercice de mauvaise foi par les copropriétaires Amselem de leur liberté de religion. En prouvant que l'exercice de la liberté de religion des copropriétaires Amselem avait des conséquences d'une importance telle que les droits patrimoniaux des autres copropriétaires étaient véritablement et durablement affectés, les autres copropriétaires auraient pu invoquer l'exercice déraisonnable par les copropriétaires Amselem de leur liberté de religion conduisant à un préjudice matériel certain pour l'ensemble de la collectivité des copropriétaires de l'immeuble divis. De cette façon, en recourant à la bonne foi dans l'exercice par les contractants de leur liberté de religion, il serait possible d'imposer aux contractants désireux de faire reconnaître leur singularité religieuse dans la sphère contractuelle l'obligation d'agir de manière mesurée et raisonnable en considération non seulement de leur engagement contractuel mais aussi des droits patrimoniaux des autres copropriétaires.

Lors de l'application de la liberté de religion dans le contrat, la notion de bonne foi apparaît déterminante pour protéger les interactions contractuelles entre les parties. Cette notion apparaît tout aussi importante lors de la protection de la liberté de religion dans le contrat.

⁸⁵ *Syndicat Northcrest c. Amselem* (C.S.C.), précit., note 19, au paragraphe [103].

⁸⁶ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précit., note 22, p. 1901.

b. Le respect des interactions contractuelles dans la protection de la liberté de religion

Lors de la protection de la liberté de religion dans la sphère contractuelle, la bonne foi permet d'apprécier les conditions dans lesquelles les parties ont prévu des aménagements contractuels (i.) puis, par la suite, si nécessaire, de déterminer les sanctions spécifiques qui s'imposent aux parties en cas d'atteinte avérée à la liberté de religion d'un contractant (ii.).

i. Bonne foi et aménagements contractuels

La décision majoritaire de la Cour suprême du Canada, comme nous l'avons vu précédemment, a introduit l'idée d'une obligation de collaboration entre les parties à un contrat, au cours de son exécution, pour prévoir des aménagements contractuels en cas d'atteinte au droit à la liberté de religion de l'une d'entre elles. Dans *Syndicat Northcrest c. Amselem*, l'intérêt de la position majoritaire de la Cour suprême du Canada est de ne pas limiter la reconnaissance de cette obligation de collaboration entre les parties au contrat au seul cadre spécifique des accommodements raisonnables, impliquant non seulement une atteinte à une liberté ou un droit fondamental mais aussi au droit à l'égalité d'un contractant. Dans *Syndicat Northcrest c. Amselem*, l'intérêt de la position majoritaire de la Cour suprême du Canada est aussi d'étendre implicitement cette obligation de collaboration entre les parties au cadre plus large d'une atteinte exclusive à une liberté ou un droit fondamental d'un contractant. Toutefois, comme la reconnaissance de cette obligation de collaboration par le juge Iacobucci reste implicite, sa décision n'approfondit pas le contenu qui pourrait être celui de cette obligation de collaboration. Or, il serait possible d'envisager que la notion de bonne foi guide la détermination de son contenu. En s'inspirant de la définition retenue par Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin de l'obligation d'accommodement raisonnable dans le champ contractuel⁸⁷, cette obligation de collaboration en cas d'atteinte à une liberté ou un droit fondamental d'un contractant pourrait être définie comme un devoir pour les parties de rechercher de bonne foi une solution concrète et raisonnable qui atténue ou, si possible, fait disparaître l'atteinte à la liberté ou au droit fondamental d'un contractant.

⁸⁷ Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *op. cit.*, note 46, au paragraphe [167] : « Le devoir d'accommodement, selon la tendance actuelle, ne s'applique pas seulement au droit public canadien et québécois, mais également au droit privé; il s'étend maintenant au droit québécois des contrats, y compris les conventions collectives. Selon ce devoir, en présence d'une règle – conventionnelle ou légale – ou d'une pratique discriminatoire, les deux parties à un contrat ont un devoir de rechercher de bonne foi une solution concrète et raisonnable qui atténuera, ou si possible fera disparaître l'inégalité. »

Cette définition de l'obligation de collaboration entre les parties en cas d'atteinte à une liberté ou un droit fondamental d'un contractant insiste sur trois besoins essentiels pour résoudre les tensions résultant de l'exécution de certaines clauses contractuelles : premièrement, un besoin de délibération impliquant la mise en place d'un dialogue entre les parties pour trouver des solutions; deuxièmement, un besoin de réciprocité impliquant la bonne foi non seulement de la partie qui cherche à être accommodée mais aussi celle qui cherche à accommoder; enfin, un besoin de contextualisation du contrat permettant de trouver des solutions concrètes et raisonnables adaptées à la situation singulière des parties qui, dans certains cas, ne pouvaient être prévues lors de la formation du contrat. Cette définition de l'obligation de collaboration entre les parties en cas d'atteinte à une liberté ou un droit fondamental d'un contractant présente donc un intérêt certain d'un point de vue juridique et d'un point de vue éthique. D'un point de vue juridique, pour trouver des solutions concrètes et raisonnables en cas d'atteinte à une liberté ou un droit fondamental d'une partie, cette définition présente l'avantage certain de préserver l'interaction entre les contractants dans le respect de la bonne foi en imposant le respect et la bonne volonté entre les parties, aussi bien de la part de celles qui subissent l'atteinte à leur droit à la liberté de religion que de la part de celles qui ne la subissent pas mais qui doivent tout de même la considérer. D'un point de vue éthique, cette solution présente l'avantage certain de s'inscrire pleinement dans le projet de l'interculturalisme québécois qui vise à reconnaître la singularité dans le collectif en maintenant le dialogue, la réciprocité et l'interaction entre les citoyens⁸⁸ mais aussi en favorisant la recherche de solutions harmonieuses privilégiant la voie de la délibération amiable plutôt que celle du judiciaire, la seconde ne devant être considérée que comme une voie ultime en cas d'échec de la première⁸⁹.

⁸⁸ Sur cette question, voir le rapport de Charles TAYLOR et Gérard BOUCHARD, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation*, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodements reliées aux différences culturelles, 2008, p. 121 : « Pour aller à l'essentiel, on dira que l'interculturalisme québécois a) institue le français comme langue commune des rapports interculturels; b) cultive une orientation pluraliste, soucieuse de la protection des droits; c) préserve la nécessaire tension créatrice entre, d'une part, la diversité et, d'autre part, la continuité du noyau francophone et le lien social; d) met un accent particulier sur l'intégration et la participation; et e) préconise la pratique des interactions. »

⁸⁹ Sur cette question, *idem*, p. 64 à propos des pratiques d'harmonisation en matière d'accommodements raisonnables : « Le champ des pratiques d'harmonisation est complexe et il y a plus d'une façon de le définir ou de le découper. Nous avons choisi de faire d'abord intervenir comme critère principal le cadre de traitement des demandes. Cette formule amène à distinguer entre la voie judiciaire et la voie citoyenne. Dans la première, les demandes sont prises en charge par des mécanismes formels, suivant une démarche très codifiée, très rigide, qui dresse les parties l'une contre l'autre et, en fin de compte, décrète un gagnant et un perdant. C'est le propre des jugements des tribunaux qui, ordinairement, imposent une solution. Dans la seconde voie, les demandes suivent un parcours très différent. Moins

Dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, l'analyse des conditions dans lesquelles cette obligation de collaboration entre les parties a été exercée était déterminante. À bien des égards, il semble que les copropriétaires Amselem n'aient pas respecté l'obligation qui leur incombait de collaborer de bonne foi avec les autres copropriétaires dans le cadre de l'atteinte à leur liberté de religion par la déclaration de copropriété. Ce constat s'établit principalement par leur attitude en 1997, après le refus du Syndicat de copropriété de les autoriser à construire des souccahs sur leur balcon. Au terme du refus du Syndicat de copropriété, plutôt que de construire malgré tout une souccah sur leur balcon, il incombait aux copropriétaires Amselem, dans un premier temps, de présenter leur demande lors d'une assemblée de copropriétaires sur le fondement de l'article 1088 alinéa 1 C.c.Q.⁹⁰ pour tenter d'obtenir par la voie de la délibération avec les autres copropriétaires la prise en considération de leur situation particulière, voire même une modification de la déclaration de copropriété⁹¹; puis, dans un second temps, en cas d'échec, de saisir un tribunal pour résoudre cette tension, les voies délibératives au sein du collectif des copropriétaires ayant ainsi été épuisées. Pour les copropriétaires Amselem, construire une souccah sur leur balcon malgré l'interdiction du Syndicat de copropriété constituait donc un manquement à cette obligation de collaboration de bonne foi qui incombe aux parties pour protéger leurs libertés et droits fondamentaux dans le cadre contractuel, révélant ainsi un manque de diligence de leur part à l'égard des autres copropriétaires.

D'ailleurs, il est important de noter que, même si les juges n'ont pas défini aussi explicitement une telle obligation de collaboration de bonne foi entre les parties, il est tout de même intéressant de noter que, dans l'analyse des faits de l'espèce, certains juges ont fait référence à leur perception de l'attitude du Syndicat de copropriété et des copropriétaires Amselem dans leurs interactions réciproques, cette perception apparaissant déterminante dans leur solution. Ainsi, le juge Rochon, dans sa décision, a retenu l'intransigeance des copropriétaires Amselem face aux propositions du Syndicat de copropriété de construire une souccah commune dans les jardins de l'immeuble, le juge ayant par la suite rejeté la demande des copropriétaires Amselem⁹². Quant au juge

formalisé, ce parcours repose principalement sur la négociation et sur la recherche d'un compromis, suivant une démarche qui fait appel à la bonne foi, au respect mutuel, à la flexibilité et à la créativité. Son objectif est d'aboutir à une solution qui satisfasse les deux parties. C'est cette démarche, celle de la voie citoyenne, que nous désirons privilégier (...). »

⁹⁰ Article 1088 alinéa 1 C.c.Q. : « Tout copropriétaire peut, dans les cinq jours de la réception de l'avis de convocation, faire inscrire toute question à l'ordre du jour. »

⁹¹ Article 1096 C.c.Q. : « Les décisions du syndicat sont prises à la majorité des voix des copropriétaires présents ou représentés à l'assemblée, y compris celles visant à corriger une erreur matérielle dans la déclaration de copropriété. »

⁹² *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précit., note 22, p. 1913 : « À l'opposé, les intimés, contrairement à leurs obligations légales, n'ont fait preuve ni de souplesse ni d'esprit de

Iacobucci, dans son interprétation des faits, il retient plutôt la fermeture du Syndicat de copropriété, indifférent aux supplications des copropriétaires Amselem⁹³, le juge ayant, au final, reconnu les prétentions de ces derniers. Ainsi, il semble que l'analyse de la bonne foi des copropriétaires Amselem et du Syndicat de copropriété dans leurs interactions contractuelles, quoique plus souvent implicite qu'explicite, a été importante pour déterminer l'issue du litige.

La notion de bonne foi se révèle déterminante pour que la liberté de religion d'un contractant puisse être considérée dans le nécessaire respect des interactions contractuelles prévues en droit civil. Quel impact la prise en considération par les juges de la bonne foi entre les parties aurait-elle pu avoir sur les sanctions spécifiques à retenir dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*?

ii. Bonne foi et sanctions spécifiques

Au terme de cette relecture de *Syndicat Northcrest c. Amselem*, il apparaît que les sanctions spécifiques à retenir en cas d'atteinte à la liberté de religion d'une partie à un contrat devraient présenter au moins une double particularité pour établir une relation harmonieuse entre les règles du *Code civil du Québec* et de la *Charte québécoise* : d'une part, la particularité d'articuler les solutions du droit commun des contrats avec celles spécifiques à la *Charte québécoise*, manifestant une application du droit civil québécois en considération des libertés et droits fondamentaux; d'autre part, la particularité de considérer, au cours du processus contractuel, la bonne foi des parties au contrat, tant celles dont la liberté de religion est atteinte que celles des autres contractants, manifestant une application des libertés et droits fondamentaux, cette fois-ci, en considération des exigences du droit civil, plus particulièrement, du droit des obligations.

En ce qui concerne cette dernière particularité, il est incontestable que, en matière d'application des sanctions prévues par la *Charte québécoise* en cas d'atteinte à une liberté ou un droit fondamental, notamment lorsque le droit à l'égalité est impliqué, la jurisprudence a tendance à porter une attention marquée au dommage objectivement

compromis. Sauf pour un d'entre eux, la souccah commune devait être érigée près de leur appartement. Ils ont invoqué différentes raisons allant de la difficulté à transporter des plats pour la nourriture jusqu'au problème de partager en commun une souccah. Soit dit avec grand respect, ils n'ont pas convaincu le Tribunal de leur volonté réelle de contribuer à une solution acceptable. »

⁹³ *Syndicat Northcrest c. Amselem* (C.S.C.), précit., note 19, au paragraphe [15] : Dans leur lettre, les appelants ont imploré le Syndicat d'accéder à leur demande et de permettre à chacun d'installer sa propre souccah, laquelle, disaient-ils, serait construite [TRADUCTION] « de manière à ne bloquer aucune porte ni voie d'évacuation en cas d'incendie, [et] à ne compromettre d'aucune façon la sécurité ». Le Syndicat a rejeté leur demande. »

constatable⁹⁴ et à affirmer une certaine autonomie des sanctions de la *Charte québécoise* par rapport aux notions de bonne et de mauvaise foi⁹⁵. Toutefois, en matière de droit des contrats, il nous semble important de réintroduire la notion de bonne foi pour apprécier les sanctions à retenir en cas d'atteinte à une liberté ou un droit fondamental pour une clause contractuelle, et ceci pour une double raison. Premièrement, selon nous, il n'est pas possible d'envisager l'atteinte à une liberté ou un droit fondamental par une clause contractuelle sans prendre en considération la spécificité de la relation intersubjective existant entre les parties au contrat, du fait de leur engagement contractuel les uns par rapport aux autres. Or, la notion de bonne foi pourrait aider à cette prise en considération, permettant ainsi, comme le suggère Benoît Moore, de reconnaître « la force obligatoire du contrat comme une valeur fondamentale de notre société », justifiant d'envisager la notion de bonne foi non pas seulement en aval, au stade de l'analyse de la justification de l'atteinte, mais aussi, en amont, comme une réalité préexistante au sein de laquelle se produit l'atteinte à la liberté ou au droit fondamental⁹⁶. Deuxièmement, il ne nous apparaît pas que, dans la situation particulière de l'atteinte à une liberté ou un droit fondamental par une clause contractuelle, il soit possible d'envisager cette atteinte, comme dans le cas de l'application directe, sans considérer le comportement de chacune des parties au contrat. Si, incontestablement, la singularité des parties, notamment religieuse, doit être protégée dans le champ contractuel, cette protection n'a de sens au regard du droit civil que si elle se réalise dans le respect de la spécificité des interactions intersubjectives existant entre les contractants, leur imposant de respecter un devoir de loyauté les uns par rapport aux autres. Dans cette perspective, il apparaît possible de proposer un ensemble de sanctions qui pourrait s'articuler autour de deux cas⁹⁷.

Dans le premier cas, une clause contractuelle prévue au contrat *in se* porte atteinte directement à la liberté de religion d'un contractant, sans justification légitime. Dans ce premier cas, la sanction retenue par le juge serait la nullité absolue du contrat ou des clauses litigieuses selon les circonstances, nullité assortie de l'octroi de dommages-

⁹⁴ Voir, par exemple, *Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2010 QCCA 172 (C.A.).

⁹⁵ Voir, par exemple, *Ouellette c. Forgeot*, [2001] R.R.A. 64 (C.A.): « La mauvaise foi de l'appelant et son attitude cavalière ne pouvaient toutefois justifier à elles seules l'octroi de dommages exemplaires en vertu de l'article 49 de la *Charte*. »

⁹⁶ Benoît MOORE, « Contrat et religion - À la volonté de Dieu ou des contractants? Commentaire sur l'affaire *Marcovitz c. Bruker* », *loc. cit.*, note 45, p. 238.

⁹⁷ Les propositions qui suivent ne prétendent pas régler au complet la question de l'articulation « harmonieuse » des sanctions contractuelles prévues par le *Code civil du Québec* avec les sanctions spécifiques de la *Charte québécoise*. Tout au plus, pour aider à la réflexion, suggèrent-elles quelques pistes d'analyse en s'inspirant notamment des analyses de Michelle Cumyn en lien avec l'ordre public et les sanctions contractuelles.

intérêts compensatoires sur le fondement de l'article 49 alinéa 1 de la *Charte québécoise* et, s'il y a lieu, de dommages-intérêts exemplaires sur le fondement de l'alinéa 2 de ce même article pour la partie dont la liberté de religion est atteinte. Dans ce cas, le contenu de l'obligation est en contradiction avec le contenu de la *Charte québécoise* qui fait partie de l'ordre public contractuel. De ce fait, la sanction ne peut être que la nullité absolue du contrat ou de la clause contractuelle à titre d'atteinte directe à un ordre public fondamental⁹⁸.

Dans le deuxième cas, une clause contractuelle d'apparence neutre prévue au contrat porte atteinte indirectement à la liberté de religion d'un contractant. Dans ce deuxième cas, le contenu des clauses litigieuses n'est pas *in se* contraire à la *Charte québécoise*, ce qui ne nécessiterait pas le recours à la nullité absolue du contrat ou de la clause, à la différence du premier cas. Toutefois, en raison des effets indésirables de la clause sur les libertés et droits fondamentaux des parties au contrat, il est important pour le juge de réinterpréter la clause litigieuse « en harmonie » avec la *Charte québécoise*, constitutive de l'ordre public contractuel et de proposer des remèdes contractuels pour corriger les effets indésirables de la clause, remèdes qui, comme le traduit le recours des parties à la voie judiciaire, n'avaient pas pu être trouvés par les parties elles-mêmes. En outre, dans ce deuxième cas, il serait important de considérer de surcroît le comportement des parties en ce qui a trait à leur obligation de collaboration insérée dans le contenu du contrat par le biais des articles 1375 et 1434 C.c.Q. et d'apprécier, dans son exécution, si elles ont été de bonne ou de mauvaise foi, la bonne foi, dans ce cas, se définissant comme l'attitude d'une partie soucieuse de respecter son engagement contractuel, de protéger l'intégrité du contrat et de trouver, par la voie de la délibération, des solutions concrètes et raisonnables à l'atteinte à la liberté de religion résultant de la clause du contrat. Dans cette perspective, pour le deuxième cas, l'ensemble des sanctions à prévoir pourrait être résumé dans le tableau suivant :

⁹⁸ Michelle CUMYN, « La sanction de l'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », *loc. cit.*, note 59, p. 42 : « (...) [L]e tribunal en présence d'un contrat qui contrevient à une norme légale impérative doit, d'office, se poser la question de savoir s'il convient d'en prononcer la nullité absolue, suivant l'article 1418 C.c.Q. Cette sanction doit être envisagée dès lors que la mise en œuvre de la disposition d'ordre public comporte un volet préventif, caractéristique de l'ordre public de direction. »

[2012] 4 Revue québécoise de droit constitutionnel

Appliquer « en harmonie » le droit civil québécois et la liberté fondamentale de religion : quelques réflexions juridiques et éthiques pour une relecture de *Syndicat Northcrest c. Amselem*

Tableau synthèse		
Les parties dont la liberté de religion est atteinte	BONNE FOI	MAUVAISE FOI
Les autres parties	- Reconnaissance judiciaire de l'atteinte à la liberté de religion du contractant avec détermination d'un remède contractuel par le juge sur le fondement de l'article 49 alinéa 1 (résolution du contrat, encadrement des effets de la clause contractuelle...).	- Reconnaissance judiciaire de l'atteinte à la liberté de religion du contractant avec détermination d'un remède contractuel par le juge sur le fondement de l'article 49 alinéa 1 (résolution du contrat, encadrement des effets de la clause contractuelle...).
BONNE FOI	- Réparation du préjudice objectif résultant de l'atteinte à la liberté de religion par la clause litigieuse passant par l'octroi de dommages-intérêts compensatoires sur le fondement de l'article 49 alinéa 1 de la <i>Charte québécoise</i> .	- Réparation du préjudice objectif résultant de l'atteinte à la liberté de religion par la clause litigieuse sur le fondement de l'article 49 alinéa 1 de la <i>Charte québécoise</i> . - Réparation par le cocontractant dont la liberté de religion est atteinte du préjudice qu'il fait subir à son cocontractant du fait de sa mauvaise foi dans l'exercice de son obligation de collaboration sur le fondement de l'article 1458 C.c.Q.
MAUVAISE FOI	- Reconnaissance judiciaire de l'atteinte à la liberté de religion du contractant avec détermination d'un remède contractuel par le juge sur le fondement de l'article 49 alinéa 1 (résolution ou résiliation du contrat, encadrement des effets de la clause contractuelle...).	- Reconnaissance judiciaire de l'atteinte à la liberté de religion du contractant avec détermination d'un remède contractuel par le juge sur le fondement de l'article 49 alinéa 1 (résolution ou résiliation du contrat, encadrement des effets de la clause contractuelle...).
	- Réparation du préjudice objectif résultant de l'atteinte à la liberté de religion par la clause litigieuse passant par l'octroi de dommages-intérêts compensatoires sur le fondement de l'article 49, alinéa 1 de la <i>Charte</i> . - Réparation du préjudice subi par le cocontractant du fait de la mauvaise foi de son cocontractant dans l'exercice de son obligation de collaboration sur le fondement de l'article 1458 C.c.Q. ⁹⁹	- Réparation du préjudice objectif résultant de l'atteinte à la liberté de religion par la clause litigieuse sur le fondement de l'article 49 alinéa 1 de la <i>Charte québécoise</i> . - Détermination par le juge de la responsabilité des parties sur le fondement de l'article 1458 C.c.Q. en raison de leur mauvaise foi respective dans l'exercice de leur obligation de collaboration.

⁹⁹ Article 1458 C.c.Q. : « (Alinéa 1) Toute personne a le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés. (Alinéa 2) Elle est, lorsqu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice, corporel, moral ou matériel, qu'elle cause à son cocontractant et tenue de réparer ce préjudice; ni elle ni le cocontractant ne peuvent alors se soustraire à l'application des règles du régime contractuel de responsabilité pour opter en faveur de règles qui leur seraient plus profitables. »

Conclusion

Appliquer « en harmonie » le droit civil québécois avec la liberté de religion est un exercice difficile, spécialement dans le cadre d'un contrat. Dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, les juges s'y sont efforcés, essayant ainsi de faire résonner les dispositions du *Code civil du Québec* en accord avec celles de la *Charte québécoise*.

Que ce soit par la voie de l'application directe ou indirecte de la liberté de religion dans la sphère contractuelle, les juges ont estimé que, par le biais de cette liberté fondamentale, la singularité religieuse des contractants pouvait être considérée dans un contrat, tout spécialement lorsqu'une clause contractuelle pouvait porter atteinte aux croyances et pratiques religieuses de l'un d'entre eux. Selon les juges, cette prise en considération pouvait même aller jusqu'à justifier des aménagements contractuels, tant lors de la formation que de l'exécution du contrat, pour préserver la liberté de religion des parties. Elle pouvait aussi conduire à l'édition de sanctions spécifiques pour préserver l'exercice de cette liberté fondamentale dans la sphère contractuelle. Dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, les juges ont donc consacré, en matière contractuelle, l'application du droit civil québécois en considération de la liberté de religion, celle-ci pouvant être invoquée dans le cadre d'un contrat pour évincer les effets d'une clause contractuelle qui entrave son exercice.

Toutefois, les juges, en général, ont davantage négligé le mouvement inverse, à savoir l'application de la liberté de religion en considération du droit civil québécois, impliquant le constat de l'existence de relations contractuelles particulières entre les parties devant être respectées lors de l'exercice de cette liberté fondamentale au sein du contrat. À bien des égards, la notion de bonne foi aurait pu être une notion déterminante dans la résolution du litige, en imposant aux contractants de collaborer au cours du processus contractuel certes pour préserver la liberté de religion des contractants mais aussi l'intégrité du contrat, ce défaut de collaboration de bonne foi pouvant être sanctionné par l'édition de sanctions spécifiques en cas d'atteinte à la liberté de religion d'une partie, articulant le droit commun défini par le *Code civil du Québec* avec les sanctions particulières de la *Charte québécoise*.

L'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem* illustre bien toute la difficulté à articuler l'éthique moderne dont est porteur le *Code civil du Québec* avec l'éthique post-moderne dont s'inspire la *Charte québécoise*. Elle illustre bien toute la difficulté à réconcilier dans le même sujet de droit le contractant qui s'est engagé par l'exercice de sa volonté à des obligations contractuelles à l'égard de cocontractants et l'être humain concret avec sa singularité religieuse à préserver contre toute contrainte ou toute tentative de

normalisation de la part d'un collectif. Ces quelques réflexions juridiques et éthiques s'y sont tout de même efforcées, tentant de tracer, dans cette affaire singulière, une ligne de crête où l'être humain concret « dans sa vitalité subjective¹⁰⁰ » existe dans le nécessaire respect de l'altérité intersubjective.

¹⁰⁰Alain THOMASSET, note 13, p. 6.

