

Stephanie Brenda Bruker *Appellant*

v.

**Jessel (Jason) Benjamin
Marcovitz** *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties
Association** *Intervener*

INDEXED AS: BRUKER v. MARCOVITZ

Neutral citation: 2007 SCC 54.

File No.: 31212.

2006: December 5; 2007: December 14.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Contracts — Validity — Breach — Agreement with religious aspect — Husband refusing to provide wife with Jewish religious divorce after civil divorce despite agreement to do so — Action in damages against husband for breach of contract — Whether matter justiciable — Whether agreement satisfies all requirements to make it valid and binding under Quebec law — Whether husband can rely on freedom of religion to avoid legal consequences of failing to comply with agreement — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1373, 1385, 1412, 1413 — Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9.1.

Human rights — Freedom of conscience and religion — Agreement with religious aspect — Jewish religious divorce or “get” — Husband refusing to provide wife with Jewish religious divorce after civil divorce despite agreement to do so — Action in damages against husband for breach of contract — Whether husband entitled to immunity from damages for his breach of contract by invoking freedom of religion — Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9.1.

Stephanie Brenda Bruker *Appelante*

c.

**Jessel (Jason) Benjamin
Marcovitz** *Intimé*

et

**Association canadienne des libertés
civiles** *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : BRUKER c. MARCOVITZ

Référence neutre : 2007 CSC 54.

N° du greffe : 31212.

2006 : 5 décembre; 2007 : 14 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Contrats — Validité — Violation — Entente comportant un aspect religieux — Refus de l'époux d'accorder à l'épouse le divorce religieux juif après le divorce civil malgré son engagement à l'accorder — Action en dommages-intérêts contre l'époux pour violation de l'entente — La question est-elle justiciable? — Les conditions pour que l'entente soit valide et exécutoire en droit québécois sont-elles respectées? — L'époux peut-il invoquer la liberté de religion pour se soustraire aux conséquences juridiques de son refus de se conformer à l'entente? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1373, 1385, 1412, 1413 — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 9.1.

Droits de la personne — Liberté de conscience et de religion — Entente comportant un aspect religieux — Divorce religieux juif ou « get » — Refus de l'époux d'accorder à l'épouse le divorce religieux juif après le divorce civil malgré son engagement à l'accorder — Action en dommages-intérêts contre l'époux pour violation de contrat — L'époux peut-il se soustraire à l'obligation de payer des dommages-intérêts pour sa violation du contrat en invoquant la liberté de religion? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 9.1.

The parties were married in 1969. Divorce proceedings were commenced in 1980 and three months later, the parties negotiated a Consent to Corollary Relief. Clause 12 of the agreement stated that the parties agreed to appear before the rabbinical authorities to obtain a Jewish divorce, or *get*, immediately upon the granting of the divorce. The civil divorce became final in 1981, when the husband, M, was 48 and the wife, B, was 31.

A wife cannot obtain a *get* unless her husband agrees to give it. Without one, she remains his wife and is unable to remarry under Jewish law. In this case, despite the wife's repeated requests, the husband consistently refused to provide a *get* for 15 years, by which time the wife was almost 47. The wife sought damages for breach of the agreement. The husband argued that his agreement to give a *get* was not valid under Quebec law and that he was protected by his right to freedom of religion from having to pay damages for its breach.

The trial judge found that the agreement was valid and binding and that a claim for damages based on a breach of this civil obligation was within the domain of the civil courts. The Court of Appeal allowed the husband's appeal. It found that because the substance of the obligation was religious in nature, the obligation was a moral one and was therefore unenforceable by the courts.

Held (Deschamps and Charron JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella and Rothstein JJ.: The fact that a dispute has a religious aspect does not by itself make it non-justiciable. Recognizing the enforceability by civil courts of agreements to discourage religious barriers to remarriage, addresses the gender discrimination those barriers may represent and alleviates the effects they may have on extracting unfair concessions in a civil divorce. This harmonizes with Canada's approach to equality rights, to divorce and remarriage generally, to religious freedom, and is consistent with the approach taken by other democracies. [41] [63]

Clause 12 of the agreement satisfies all requirements under the *Civil Code* to make it valid and binding under Quebec law. The promise by the husband to provide a *get* was part of a voluntary exchange of commitments

Les parties se sont mariées en 1969. L'action en divorce a été engagée en 1980 et trois mois plus tard, les parties ont négocié une entente relative aux mesures accessoires. Selon la clause 12 de l'entente, les parties ont convenu de se présenter devant les autorités rabbiniques en vue d'obtenir un divorce juif, ou *get*, immédiatement après le prononcé du divorce. Le divorce civil est devenu irrévocable en 1981; M, l'époux, avait alors 48 ans et B, l'épouse, en avait 31.

Une épouse ne peut obtenir le *get* que si son époux consent à l'accorder. Sans le *get*, elle reste son épouse et ne peut se remarier selon la loi juive. En l'espèce, malgré les demandes répétées de l'épouse, l'époux a refusé pendant 15 ans de lui accorder le *get* et lorsqu'il l'a accordé, elle avait presque 47 ans. L'épouse a réclamé des dommages-intérêts pour violation de l'entente. L'époux a prétendu que son engagement à accorder le *get* n'était pas valide en droit québécois et que son droit à la liberté de religion le soustrayait à l'obligation de payer des dommages-intérêts pour la violation de l'entente.

Le juge de première instance a conclu que l'entente était valide et obligatoire et que la réclamation de dommages-intérêts fondée sur une violation de cette obligation civile relevait de la compétence des tribunaux civils. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'époux. Elle a statué que, puisque l'essence de l'obligation était de nature religieuse, il s'agissait d'une obligation morale et les tribunaux ne pouvaient donc en ordonner l'exécution.

Arrêt (les juges Deschamps et Charron dissidentes) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella et Rothstein : Le fait qu'un litige comporte un aspect religieux ne le rend pas nécessairement non justiciable. Reconnaître aux tribunaux civils la faculté d'ordonner l'exécution des ententes afin de décourager les obstacles religieux au mariage offre une réponse à la discrimination fondée sur le sexe que peuvent représenter ces obstacles et atténue les effets qu'ils peuvent avoir sur la possibilité de soutirer des concessions inéquitables dans un divorce. Le caractère exécutoire de ces ententes s'harmonise avec l'approche canadienne en matière de droits à l'égalité, de divorce et de mariage de façon générale et de liberté de religion, et est conforme à l'approche retenue dans d'autres pays. [41] [63]

La clause 12 de l'entente respecte toutes les conditions du *Code civil* pour que l'entente soit valide et exécutoire en droit québécois. La promesse de l'époux d'accorder le *get* faisait partie d'un échange volontaire

intended to have legally enforceable consequences, negotiated between two consenting adults, each represented by counsel. The Court is not asked to determine doctrinal religious issues, and there is nothing in the *Civil Code* preventing someone from transforming his or her moral obligations into legally valid and binding ones. [16] [20] [47] [51]

Nor is the husband entitled to immunity from damages for his unilateral contractual breach by invoking his freedom of religion under s. 3 of the Quebec *Charter of human rights and freedoms*. The claim to religious freedom must be balanced and reconciled with countervailing rights, values, and harm, including the extent to which it is compatible with Canada's fundamental values. Determining when such a claim must yield to a more pressing public interest is a complex, nuanced, fact-specific exercise. [2] [77]

In this case, the husband's claim does not survive the balancing mandated by the Quebec *Charter* and this Court's jurisprudence. Any impairment to the husband's religious freedom is significantly outweighed by the harm both to the wife personally and to the public's interest in protecting fundamental values such as equality rights and autonomous choice in marriage and divorce. These, as well as the public benefit in enforcing valid and binding contractual obligations, are among the interests that outweigh the husband's claim. [17] [70] [92]

There is no reason to interfere with the trial judge's award for damages, interest and additional indemnity. [97-99]

Per Deschamps and Charron JJ. (dissenting): In Canadian law, a court is not barred from considering a question of a religious nature, provided that the claim is based on the violation of a rule recognized in positive law. The role of a court asked to resolve a private dispute relating to religion is limited to identifying the point at which rights converge so as to ensure respect for freedom of religion. The courts can play this role only if they remain neutral where religious precepts are concerned. The principle of non-intervention in religious practices makes it possible to avoid situations in which the courts have to decide between various religious rules or between rules of secular law and religious

d'engagements censés avoir des conséquences juridiquement exécutoires et négociés entre deux adultes consentants, tous deux représentés par un avocat. On ne demande pas à la Cour de trancher des questions de doctrine religieuse, et le *Code civil* n'empêche nullement une personne de transformer ses obligations morales en obligations juridiquement valides et exécutoires. [16] [20] [47] [51]

L'époux ne peut non plus se soustraire à l'obligation de payer des dommages-intérêts pour sa violation unilatérale du contrat en invoquant la liberté de religion reconnue à l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. La revendication du droit à la liberté de religion doit être conciliée avec les droits, les valeurs et le préjudice opposés, y compris la mesure dans laquelle ce droit est compatible avec les valeurs fondamentales canadiennes. Déterminer les circonstances dans lesquelles l'affirmation d'un droit doit céder le pas à un intérêt public plus pressant constitue un exercice complexe, nuancé, tributaire des faits propres à chaque espèce. [2] [77]

En l'espèce, la revendication de l'époux ne résiste pas à l'exercice d'appréciation que prescrivent la *Charte* québécoise et la jurisprudence de cette Cour. L'atteinte à la liberté de religion de l'époux est beaucoup moins grave que le préjudice causé tant à l'épouse personnellement qu'à l'intérêt, pour le public, d'assurer la protection de valeurs fondamentales telles les droits à l'égalité et l'exercice indépendant du choix pour une personne de se marier et de divorcer. Ces intérêts, tout comme l'avantage pour le public d'assurer le respect des obligations contractuelles valides et exécutoires, comptent parmi les inconvénients qui l'emportent sur la prétention de l'époux. [17] [70] [92]

Aucune raison ne justifie une modification de la décision du juge de première instance relative aux dommages-intérêts, aux intérêts et à l'indemnité additionnelle. [97-99]

Les juges Deschamps et Charron (dissidentes) : Le droit canadien ne prohibe pas la prise en considération par les tribunaux de questions à caractère religieux, à condition que la réclamation soit fondée sur la violation d'une règle reconnue en droit positif. Le rôle des tribunaux appelés à trancher un litige privé qui touche la religion se limite à déterminer le point de convergence des droits dans une quête de respect de la liberté de religion. Les tribunaux ne peuvent tenir ce rôle qu'en demeurant neutres devant les préceptes religieux. Le principe de non-intervention dans les pratiques religieuses permet d'éviter que les tribunaux aient à trancher entre diverses normes religieuses ou entre les règles

rules. In the instant case, the wife, B, has not argued that her civil rights were infringed by a civil standard derived from positive law. Under Canadian and Quebec law, she could remarry and any children born of this new union would have had the same civil rights as “legitimate” children. Only her religious rights are in issue, and only as a result of religious rules. Thus, the ground for B’s claim for compensation conflicts with gains that are dear to civil society, and her claim places the courts in conflict with the laws they are responsible for enforcing. Where religion is concerned, the state leaves it to individuals to make their own choices. It is not up to the state to promote a religious norm. This is left to religious authorities. [102] [122-132]

It can be seen from an overview of the general approach taken by foreign courts with respect to religion and the legal mechanisms used to deal with *gets* that some of the solutions adopted are already available to Quebec and Canadian litigants, but that others are not because the rules are different in Canada. The decisions of each country’s courts are based on mechanisms proper to that country and establish no principle of public law that would justify Canadian courts altering their approach. In Canada, the *get* issue is governed by internal private law rules. [154-155]

The clause in issue is found in a corollary relief agreement incorporated into a decree that orders the parties to comply with their undertakings. The inclusion in the corollary relief agreement of an undertaking to appear before the rabbinical authorities has the effect neither of making this undertaking a right or obligation provided for in the *Divorce Act* or the *Civil Code of Québec*, nor of making it relief corollary to the divorce. If clause 12 can serve as the basis for a separate action, it must be regarded as an autonomous clause and must satisfy the requirements of Quebec civil law. In the instant case, the clause in question cannot, legally, be characterized as a contract. It is a purely moral undertaking. Neither the undertaking to consent to a religious divorce nor the religious divorce itself has civil consequences. Since the parties did not envisage a juridical operation, it must be concluded that one of the essential elements of contract formation — the object (art. 1412 C.C.Q.) — is missing. [157-161] [174] [180]

Even if this moral undertaking had been actionable, the assessment of damages would have required the court to implement a rule of religious law that is not within its jurisdiction and that violates the secular law it is constitutionally responsible for applying. The

du droit laïque et les normes religieuses. En l’espèce, l’épouse, B, n’a pas prétendu que ses droits civils étaient brimés par une norme civile émanant du droit positif. En vertu du droit canadien et du droit québécois, elle pouvait se remarier et les enfants qui auraient pu naître de cette nouvelle union auraient eu les mêmes droits civils que les enfants « légitimes ». Seuls ses droits religieux sont en cause, et c’est le fait de normes religieuses. Le motif pour lequel B demande à être indemnisée se heurte donc à des acquis chers à la société civile et sa demande met les tribunaux en contradiction avec les lois qu’ils sont chargés de faire respecter. L’État laisse à chacun le soin de s’autoréglementer en matière religieuse. Il ne revient pas à l’État de faire la promotion d’une norme religieuse. Cela est laissé aux autorités religieuses. [102] [122-132]

Un survol de l’approche générale des tribunaux étrangers à l’égard de la religion et des mécanismes juridiques utilisés au sujet du *get* montre que certaines des solutions retenues sont déjà ouvertes aux justiciables québécois et canadiens, mais que plusieurs autres se heurtent à l’existence de règles différentes au Canada. Les décisions étrangères reposent sur les mécanismes propres à chaque pays, et ne contiennent pas de principe de droit public qui justifierait les tribunaux canadiens de modifier leur approche. Au Canada, le problème du *get* relève des règles internes de droit privé. [154-155]

La clause en litige figure dans une entente sur les mesures accessoires incorporée à un jugement qui ordonne aux parties de se conformer à leurs engagements. D’inclure à l’entente sur les mesures accessoires un engagement de se présenter devant les autorités rabbiniques ne fait pas de l’engagement un droit ou une obligation prévus par la *Loi sur le divorce* ou le *Code civil du Québec* et n’en fait pas non plus une mesure accessoire au divorce. Si la clause 12 peut fonder un recours distinct, elle doit être considérée comme une clause autonome et doit satisfaire aux exigences du droit civil québécois. Dans la présente affaire, cette clause ne peut pas, juridiquement, être qualifiée de contrat. Elle constitue un engagement purement moral. Ni les engagements à consentir à un divorce religieux ni le divorce religieux lui-même n’ont de conséquences civiles. Comme les parties n’envisageaient pas une opération juridique, il faut conclure que l’un des éléments essentiels à la formation du contrat, soit l’objet (art. 1412 C.c.Q.), est inexistant. [157-161] [174] [180]

Même si l’engagement moral avait donné ouverture à une action en justice, l’évaluation des dommages-intérêts obligerait le tribunal à mettre en œuvre une règle du droit religieux qui n’est pas de son ressort et qui porte atteinte à la loi laïque qu’il est constitutionnellement

damages claimed by B are based on her observance of specific religious precepts. Freedom of religion is not recognized as a means of forcing another person to perform a religious act. Nor can the civil courts be used to sanction the failure to perform such an act. B's argument, if it were accepted, would require recognition of a legal situation that is contrary to the rules of Canadian and Quebec family law, and to sanction the religious law would be to impose a rule that is inconsistent with the rights the secular courts are otherwise responsible for enforcing. [178-180]

Cases Cited

By Abella J.

Referred to: *Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47; *McCaw v. United Church of Canada* (1991), 4 O.R. (3d) 481; *Lindenburger v. United Church of Canada* (1985), 10 O.A.C. 191; *Nathoo v. Nathoo*, [1996] B.C.J. No. 2720 (QL); *Amlani v. Hirani* (2000), 194 D.L.R. (4th) 543, 2000 BCSC 1653; *M. (N.M.) v. M. (N.S.)* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 80, 2004 BCSC 346; *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*, [1992] 3 S.C.R. 165; *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6; H.C. 292/83, *Temple Mount Faithful v. Jerusalem District Police Commander*, 38(2) P.D. 449; *Christian Education South Africa v. Minister of Education* (2000), 10 B. Const. L.R. 1051; *Aubry v. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 S.C.R. 591; *D. v. France*, Application No. 10180/82, December 6, 1983, D.R. 35, p. 199; Trib. civ. Seine, February 22, 1957, *Gaz. Pal.* 1957.1.246; Civ. 2^e, December 13, 1972, D. 1973.493; *Brett v. Brett*, [1969] 1 All E.R. 1007; *In the Marriage of Shulsinger* (1977), 13 A.L.R. 537; *In the Marriage of Steinmetz* (1980), 6 F.L.R. 554; *Avitzur v. Avitzur*, 459 N.Y.S.2d 572 (1983); *Waxstein v. Waxstein*, 395 N.Y.S.2d 877 (1976), aff'd 394 N.Y.S.2d 253 (1977); *Rubin v. Rubin*, 348 N.Y.S.2d 61 (1973); *Minkin v. Minkin*, 434 A.2d 665 (1981); *Jane Doe v. John Doe*, Jerusalem Fam. Ct., No. 19270/03, December 21, 2004; H.C. 6751/04, *Sabag v. Supreme Rabbinical Court of Appeals*, 59(4) P.D. 817.

By Deschamps J. (dissenting)

Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village), [2004] 2 S.C.R. 650, 2004 SCC 48; *Haig v. Canada (Chief Electoral*

chargé d'appliquer. Les dommages-intérêts réclamés par B découlent de son adhésion à des préceptes religieux identifiés. La liberté de religion n'est pas reconnue comme moyen de contraindre une autre personne à accomplir un acte religieux. De plus, les tribunaux civils ne peuvent être utilisés pour sanctionner le défaut d'accomplir un tel acte. L'argument de B, s'il était retenu, obligerait à reconnaître une situation juridique contraire aux règles du droit de la famille canadien et québécois, et sanctionner la loi religieuse reviendrait à imposer une règle incompatible avec les droits que les tribunaux laïques ont par ailleurs la responsabilité de faire reconnaître. [178-180]

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47; *McCaw c. United Church of Canada* (1991), 4 O.R. (3d) 481; *Lindenburger c. United Church of Canada* (1985), 10 O.A.C. 191; *Nathoo c. Nathoo*, [1996] B.C.J. No. 2720 (QL); *Amlani c. Hirani* (2000), 194 D.L.R. (4th) 543, 2000 BCSC 1653; *M. (N.M.) c. M. (N.S.)* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 80, 2004 BCSC 346; *Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer*, [1992] 3 R.C.S. 165; *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6; H.C. 292/83, *Temple Mount Faithful c. Jerusalem District Police Commander*, 38(2) P.D. 449; *Christian Education South Africa c. Minister of Education* (2000), 10 B. Const. L.R. 1051; *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591; *D. c. France*, requête n° 10180/82, 6 décembre 1983, D.R. 35, p. 199; Trib. civ. Seine, 22 février 1957, *Gaz. Pal.* 1957.1.246; Civ. 2^e, 13 décembre 1972, D. 1973.493; *Brett c. Brett*, [1969] 1 All E.R. 1007; *In the Marriage of Shulsinger* (1977), 13 A.L.R. 537; *In the Marriage of Steinmetz* (1980), 6 F.L.R. 554; *Avitzur c. Avitzur*, 459 N.Y.S.2d 572 (1983); *Waxstein c. Waxstein*, 395 N.Y.S.2d 877 (1976), conf. par 394 N.Y.S.2d 253 (1977); *Rubin c. Rubin*, 348 N.Y.S.2d 61 (1973); *Minkin c. Minkin*, 434 A.2d 665 (1981); *Jane Doe c. John Doe*, Trib. fam. Jérusalem, n° 19270/03, 21 décembre 2004; H.C. 6751/04, *Sabag c. Supreme Rabbinical Court of Appeals*, 59(4) P.D. 817.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village), [2004] 2 R.C.S. 650, 2004 CSC 48; *Haig c. Canada (Directeur général des*

Officer), [1993] 2 S.C.R. 995; *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550; *Nathoo v. Nathoo*, [1996] B.C.J. No. 2720 (QL); *Amlani v. Hirani* (2000), 194 D.L.R. (4th) 543, 2000 BCSC 1653; *M. (N.M.) v. M. (N.S.)* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 80, 2004 BCSC 346; *Kaddoura v. Hammoud* (1998), 168 D.L.R. (4th) 503; *Despatie v. Tremblay* (1921), 47 B.R. 305; *Ukrainian Greek Orthodox Church of Canada v. Trustees of the Ukrainian Greek Orthodox Cathedral of St. Mary the Protectress*, [1940] S.C.R. 586; *Ouaknine v. Elbilila*, [1981] C.S. 32; *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*, [1992] 3 S.C.R. 165; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47; *Ouellette v. Gingras*, [1972] C.A. 247; *Curé et marguilliers de l'œuvre et fabrique de la paroisse de St-Zacharie v. Morin*, [1968] C.S. 615; *Mathys v. Demers*, [1968] C.S. 172; *Bergeron v. Proulx*, [1967] C.S. 579; Civ. 2^e, April 21, 1982, *Bull. civ. II*, No. 62; Civ. 2^e, June 5, 1985, J.C.P. 1987.II.20728; Civ. 2^e, June 15, 1988, *Bull. civ. II*, No. 146; Civ. 2^e, November 21, 1990, D. 1991.434; *R. (S.B.) v. Governors of Denbigh High School*, [2007] 1 A.C. 100, [2006] UKHL 15; *Brett v. Brett*, [1969] 1 All E.R. 1007; *Leskun v. Leskun*, [2006] 1 S.C.R. 920, 2006 SCC 25; *Serbian Eastern Orthodox Diocese for the United States of America and Canada v. Milivojevich*, 426 U.S. 696 (1976); *Schwartz v. Schwartz*, 583 N.Y.S.2d 716 (1992); *Giahn v. Giahn*, N.Y. Sup. Ct., April 13, 2000, unreported; *Avitzur v. Avitzur*, 459 N.Y.S.2d 572 (1983); *Segal v. Segal*, 650 A.2d 996 (1994); H.C. 292/83, *Temple Mount Faithful v. Jerusalem District Police Commander*, 38(2) P.D. 449; Cr. A. 112/50, *Yosifof v. Attorney-General*, 5 P.D. 481; *Jane Doe v. John Doe*, Jerusalem Fam. Ct., No. 19270/03, December 21, 2004; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Christiaenssens v. Rigault*, [2006] Q.J. No. 5765 (QL), 2006 QCCA 853.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code, S.Q. 1992, c. 57, s. 9.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2.
Canadian Multiculturalism Act, R.S.C. 1985, c. 24 (4th Supp.).
Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9.1.
Civil Code of Lower Canada, arts. 982, 983, 984.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1373, 1378, 1385, 1410, 1412, 1413, 1607, 1618, 1619.
Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15.1, 15.2, 16, 21.1.
Foundations of Law Act, 1980, 5740-1980, 34 L.S.I. 181 (1979-80), s. 1.
 N.Y. Domestic Relations Law § 253 (Consol. 1990).
United States Constitution, First Amendment.

élections), [1993] 2 R.C.S. 995; *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550; *Nathoo c. Nathoo*, [1996] B.C.J. No. 2720 (QL); *Amlani c. Hirani* (2000), 194 D.L.R. (4th) 543, 2000 BCSC 1653; *M. (N.M.) c. M. (N.S.)* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 80, 2004 BCSC 346; *Kaddoura c. Hammoud* (1998), 168 D.L.R. (4th) 503; *Despatie c. Tremblay* (1921), 47 B.R. 305; *Ukrainian Greek Orthodox Church of Canada c. Trustees of the Ukrainian Greek Orthodox Cathedral of St. Mary the Protectress*, [1940] R.C.S. 586; *Ouaknine c. Elbilila*, [1981] C.S. 32; *Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer*, [1992] 3 R.C.S. 165; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47; *Ouellette c. Gingras*, [1972] C.A. 247; *Curé et marguilliers de l'œuvre et fabrique de la paroisse de St-Zacharie c. Morin*, [1968] C.S. 615; *Mathys c. Demers*, [1968] C.S. 172; *Bergeron c. Proulx*, [1967] C.S. 579; Civ. 2^e, 21 avril 1982, *Bull. civ. II*, n^o 62; Civ. 2^e, 5 juin 1985, J.C.P. 1987.II.20728; Civ. 2^e, 15 juin 1988, *Bull. civ. II*, n^o 146; Civ. 2^e, 21 novembre 1990, D. 1991.434; *R. (S.B.) c. Governors of Denbigh High School*, [2007] 1 A.C. 100, [2006] UKHL 15; *Brett c. Brett*, [1969] 1 All E.R. 1007; *Leskun c. Leskun*, [2006] 1 R.C.S. 920, 2006 CSC 25; *Serbian Eastern Orthodox Diocese for the United States of America and Canada c. Milivojevich*, 426 U.S. 696 (1976); *Schwartz c. Schwartz*, 583 N.Y.S.2d 716 (1992); *Giahn c. Giahn*, N.Y. Sup. Ct., 13 avril 2000, non publié; *Avitzur c. Avitzur*, 459 N.Y.S.2d 572 (1983); *Segal c. Segal*, 650 A.2d 996 (1994); H.C. 292/83, *Temple Mount Faithful c. Jerusalem District Police Commander*, 38(2) P.D. 449; Cr. A. 112/50, *Yosifof c. Attorney-General*, 5 P.D. 481; *Jane Doe c. John Doe*, Trib. fam. Jérusalem, n^o 19270/03, 21 décembre 2004; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Christiaenssens c. Rigault*, [2006] J.Q. n^o 5765 (QL), 2006 QCCA 853.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 9.1.
Code civil du Bas Canada, art. 982, 983, 984.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1373, 1378, 1385, 1410, 1412, 1413, 1607, 1618, 1619.
Constitution des États-Unis d'Amérique, Premier amendement.
Foundations of Law Act, 1980, 5740-1980, 34 L.S.I. 181 (1979-80), art. 1.
Loi sur l'application de la réforme du Code civil, L.Q. 1992, ch. 57, art. 9.
Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 15.1, 15.2, 16, 21.1.
Loi sur le multiculturalisme canadien, L.R.C. 1985, ch. 24 (4^e suppl.).
 N.Y. Domestic Relations Law § 253 (Consol. 1990).

Treaties and Other International Instruments

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221, art. 9.

Authors Cited

- Agostini, Éric. Observation sous Civ. 2^e, 5 juin 1985, J.C.P. 1987.II.20728.
- Agostini, Éric. Observation sous Civ. 2^e, 21 novembre 1990, D. 1991.434.
- Atlan, Gabrielle. *Les Juifs et le divorce: Droit, histoire et sociologie du divorce religieux*. New York: Peter Lang, 2002.
- Barbier, Pierre. «Le problème du ‘Gueth’», *Gaz. Pal.* 1987.484.
- Barnett, Adrienne. «Getting a ‘Get’ — The Limits of Law’s Authority?: *N. v. N. (Jurisdiction: Pre-Nuptial Agreement)* [1999] 2 F.L.R. 745” (2000), 8 *Fem. Legal Stud.* 241.
- Baudouin et Jobin: Les obligations*, 6^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005.
- Benjamin, Ben. «Judaism and the Laws of Divorce», [2001] *UCL Jurisprudence Rev.* 177.
- Bleich, J. David. «Jewish Divorce: Judicial Misconceptions and Possible Means of Civil Enforcement” (1984), 16 *Conn. L. Rev.* 201.
- Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald. *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*. Toronto: Emond Montgomery, 1993.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 34th Parl., February 15, 1990, pp. 8375-77.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VIII, 2nd Sess., 34th Parl., May 4, 1990, pp. 11033-34.
- Capell, Heather Lynn. «After the Glass Has Shattered: A Comparative Analysis of Orthodox Jewish Divorce in the United States and Israel” (1998), 33 *Tex. Int’l L.J.* 331.
- Chigier, M. «Ruminations Over the Agunah Problem” (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 207.
- Comparato, Fábio Konder. *Essai d’analyse dualiste de l’obligation en droit privé*. Paris: Dalloz, 1964.
- de Naurois, Louis. Observation sous Trib. civ. Metz, 27 avril 1955, Trib. civ. Grenoble, 7 mai 1958, Paris 1^{re}, 4 février 1959, J.C.P. 1960.II.11632.
- Einhorn, Talia. «Jewish Divorce in the International Arena”, in Jürgen Basedow et al., eds., *Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification: Liber Amicorum Kurt Siehr*. The Hague: T.M.C. Asser, 2000, 135.

Traité et autres instruments internationaux

Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221, art. 9.

Doctrine citée

- Agostini, Éric. **Observation sous Civ. 2^e**, 5 juin 1985, J.C.P. 1987.II.20728.
- Agostini, Éric. **Observation sous Civ. 2^e**, 21 novembre 1990, D. 1991.434.
- Atlan, Gabrielle. *Les Juifs et le divorce : Droit, histoire et sociologie du divorce religieux*. New York : Peter Lang, 2002.
- Barbier, Pierre. « Le problème du “Gueth” », *Gaz. Pal.* 1987.484.
- Barnett, Adrienne. « Getting a “Get” — The Limits of Law’s Authority? : *N. v. N. (Jurisdiction : Pre-Nuptial Agreement)* [1999] 2 F.L.R. 745 » (2000), 8 *Fem. Legal Stud.* 241.
- Baudouin et Jobin : Les obligations*, 6^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005.
- Benjamin, Ben. « Judaism and the Laws of Divorce », [2001] *UCL Jurisprudence Rev.* 177.
- Bleich, J. David. « Jewish Divorce : Judicial Misconceptions and Possible Means of Civil Enforcement » (1984), 16 *Conn. L. Rev.* 201.
- Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald. *Quebec Civil Law : An Introduction to Quebec Private Law*. Toronto : Emond Montgomery, 1993.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2^e sess., 34^e lég., 15 février 1990, p. 8375-8377.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 2^e sess., 34^e lég., 4 mai 1990, p. 11033-11034.
- Capell, Heather Lynn. « After the Glass Has Shattered : A Comparative Analysis of Orthodox Jewish Divorce in the United States and Israel » (1998), 33 *Tex. Int’l L.J.* 331.
- Chigier, M. « Ruminations Over the Agunah Problem » (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 207.
- Comparato, Fábio Konder. *Essai d’analyse dualiste de l’obligation en droit privé*. Paris : Dalloz, 1964.
- de Naurois, Louis. Observation sous Trib. civ. Metz, 27 avril 1955, Trib. civ. Grenoble, 7 mai 1958, Paris 1^{re}, 4 février 1959, J.C.P. 1960.II.11632.
- Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : les obligations*. Comité de rédaction : France Allard et autres. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.
- Einhorn, Talia. « Jewish Divorce in the International Arena », in Jürgen Basedow et al., eds., *Private Law in the International Arena : From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification :*

- Freeman, M. D. A. "Jews and the Law of Divorce in England" (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 276.
- Glenn, H. Patrick. "Where Heavens Meet: The Compelling of Religious Divorces" (1980), 28 *Am. J. Comp. L.* 1.
- Greenawalt, Kent. "Religious Law and Civil Law: Using Secular Law to Assure Observance of Practices with Religious Significance" (1998), 71 *S. Cal. L. Rev.* 781.
- Karim, Vincent. *Les obligations*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2002.
- Lapidoth, Ruth. "Freedom of Religion and of Conscience in Israel" (1998), 47 *Cath. U. L. Rev.* 441.
- Larroumet, Christian. Note sous Civ. 2^e, 13 décembre 1972, D. 1973.493.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*. Montréal: Thémis, 2006.
- Meislin, Bernard J. "Pursuit of the Wife's Right to a 'Get' in United States and Canadian Courts" (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 250.
- Ogilvie, M. H. *Religious Institutions and the Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2003.
- Pineau, Jean. "Theory of Obligations", in *Reform of the Civil Code*, vol. 2A, *Obligations*. Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Translated by Susan Altschul. Montréal: Barreau du Québec, 1993.
- Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons: Obligations*. Editorial Committee: France Allard et al. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3^e sess., 32^e lég., 16 décembre 1982, p. B-11609.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec: Un mouvement de société*, t. I. Québec: Publications du Québec, 1993.
- Riskin, Shlomo. *A Jewish Woman's Right to Divorce: A Halakhic History and a Solution for the Agunah*. Jersey City, New Jersey: KTAV Publishing, 2006.
- Shachar, Ayelet. *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- Shifman, Pinhas. "Family Law in Israel: The Struggle Between Religious and Secular Law" (1990), 24 *Isr. L. Rev.* 537.
- Sossin, Lorne. *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
- Washofsky, Mark. "The Recalcitrant Husband: The Problem of Definition" (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 144.
- Liber Amicorum Kurt Siehr*. The Hague: T.M.C. Asser, 2000, 135.
- Freeman, M. D. A. « Jews and the Law of Divorce in England » (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 276.
- Glenn, H. Patrick. « Where Heavens Meet : The Compelling of Religious Divorces » (1980), 28 *Am. J. Comp. L.* 1.
- Greenawalt, Kent. « Religious Law and Civil Law : Using Secular Law to Assure Observance of Practices with Religious Significance » (1998), 71 *S. Cal. L. Rev.* 781.
- Karim, Vincent. *Les obligations*, 2^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2002.
- Lapidoth, Ruth. « Freedom of Religion and of Conscience in Israel » (1998), 47 *Cath. U. L. Rev.* 441.
- Larroumet, Christian. Note sous Civ. 2^e, 13 décembre 1972, D. 1973.493.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*. Montréal : Thémis, 2006.
- Meislin, Bernard J. « Pursuit of the Wife's Right to a "Get" in United States and Canadian Courts » (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 250.
- Ogilvie, M. H. *Religious Institutions and the Law in Canada*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2003.
- Pineau, Jean. « Théorie des obligations », dans *La réforme du Code civil*, t. 2, *Obligations, contrats nommés*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 9.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats : Commissions parlementaires*, 3^e sess., 32^e lég., 16 décembre 1982, p. B-11609.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec : Un mouvement de société*, t. I. Québec : Publications du Québec, 1993.
- Riskin, Shlomo. *A Jewish Woman's Right to Divorce : A Halakhic History and a Solution for the Agunah*. Jersey City, New Jersey : KTAV Publishing, 2006.
- Shachar, Ayelet. *Multicultural Jurisdictions : Cultural Differences and Women's Rights*. Cambridge : Cambridge University Press, 2001.
- Shifman, Pinhas. « Family Law in Israel : The Struggle Between Religious and Secular Law » (1990), 24 *Isr. L. Rev.* 537.
- Sossin, Lorne. *Boundaries of Judicial Review : The Law of Justiciability in Canada*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999.
- Washofsky, Mark. « The Recalcitrant Husband : The Problem of Definition » (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 144.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Hilton, Dutil and Bich J.J.A.), [2005]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Hilton, Dutil et Bich), [2005]

R.J.Q. 2482, 259 D.L.R. (4th) 55, [2005] R.D.F. 714, 36 C.C.L.T. (3d) 14, 31 R.F.L. (6th) 265, [2005] Q.J. No. 13563 (QL), 2005 QCCA 835, reversing a decision of Mass J., [2003] R.J.Q. 1189 (*sub nom. S.B.B. v. J.B.E.M.*), [2003] R.D.F. 342, [2003] Q.J. No. 2896 (QL) (*sub nom. S.B.B. v. J.B.M.*). Appeal allowed, Deschamps and Charron JJ. dissenting.

Alan M. Stein, William Brock, David Stolow and Brandon Wiener, for the appellant.

Anne-France Goldwater and Marie-Hélène Dubé, for the respondent.

Andrew K. Lokan and Jeff Larry, for the interveners.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella and Rothstein JJ. was delivered by

ABELLA J. — Canada rightly prides itself on its evolutionary tolerance for diversity and pluralism. This journey has included a growing appreciation for multiculturalism, including the recognition that ethnic, religious or cultural differences will be acknowledged and respected. Endorsed in legal instruments ranging from the statutory protections found in human rights codes to their constitutional enshrinement in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the right to integrate into Canada's mainstream based on and notwithstanding these differences has become a defining part of our national character.

The right to have differences protected, however, does not mean that those differences are always hegemonic. Not all differences are compatible with Canada's fundamental values and, accordingly, not all barriers to their expression are arbitrary. Determining when the assertion of a right based on difference must yield to a more pressing public interest is a complex, nuanced, fact-specific exercise that defies bright-line application. It is, at the same time, a delicate necessity for protecting

R.J.Q. 2482, 259 D.L.R. (4th) 55, [2005] R.D.F. 714, 36 C.C.L.T. (3d) 14, 31 R.F.L. (6th) 265, [2005] J.Q. n° 13563 (QL), 2005 QCCA 835, qui a infirmé une décision du juge Mass, [2003] R.J.Q. 1189 (*sub nom. S.B.B. c. J.B.E.M.*), [2003] R.D.F. 342, [2003] J.Q. n° 2896 (QL) (*sub nom. S.B.B. c. J.B.M.*). Pourvoi accueilli, les juges Deschamps et Charron sont dissidentes.

Alan M. Stein, William Brock, David Stolow et Brandon Wiener, pour l'appelante.

Anne-France Goldwater et Marie-Hélène Dubé, pour l'intimé.

Andrew K. Lokan et Jeff Larry, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella et Rothstein rendu par

LA JUGE ABELLA — Le Canada est fier avec raison de sa tolérance évolutive à l'égard de la diversité et du pluralisme. Au fil des ans, l'acceptation du multiculturalisme n'a cessé de croître et l'on reconnaît que les différences ethniques, religieuses ou culturelles seront acceptées et respectées. Confirmé dans des textes de loi, que ce soit par des mesures de protection figurant dans les codes des droits de la personne ou par son inscription dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, le droit de chacun de s'intégrer dans la société canadienne avec ses différences — et malgré celles-ci — est devenu un élément déterminant de notre caractère national.

Toutefois, le droit à la protection des différences ne signifie pas que ces différences restent toujours prépondérantes. Celles-ci ne sont pas toutes compatibles avec les valeurs canadiennes fondamentales et par conséquent, les obstacles à leur expression ne sont pas tous arbitraires. Déterminer les circonstances dans lesquelles l'affirmation d'un droit fondé sur une différence doit céder le pas à un intérêt public plus pressant constitue un exercice complexe, nuancé, tributaire des faits propres

the evolutionary integrity of both multiculturalism and public confidence in its importance.

Background

3 A *get* is a Jewish divorce. Only a husband can give one. A wife cannot obtain a *get* unless her husband agrees to give it. Under Jewish law, he does so by “releasing” his wife from the marriage and authorizing her to remarry. The process takes place before three rabbis in what is known as a *beth din*, or rabbinical court.

4 The husband must voluntarily give the *get* and the wife consent to receive it. When he does not, she is without religious recourse, retaining the status of his wife and unable to remarry until he decides, in his absolute discretion, to divorce her. She is known as an *agunah* or “chained wife”. Any children she would have on civil remarriage would be considered “illegitimate” under Jewish law.

5 For an observant Jewish woman in Canada, this presents a dichotomous scenario: under Canadian law, she is free to divorce her husband regardless of his consent; under Jewish law, however, she remains married to him unless he gives his consent. This means that while she can remarry under Canadian law, she is prevented from remarrying in accordance with her religion. The inability to do so, for many Jewish women, results in the loss of their ability to remarry at all.

6 The vast majority of Jewish husbands freely give their wives a *get*. Those who do not, however, represent a long-standing source of concern and frustration in Jewish communities (Talia Einhorn, “Jewish Divorce in the International Arena”, in J. Basedow et al., eds., *Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification: Liber Amicorum Kurt Siehr* (2000), 135; H. Patrick Glenn, “Where Heavens Meet: The Compelling of Religious Divorces” (1980), 28 *Am. J. Comp. L.* 1;

à chaque espèce qu’il serait illusoire d’encadrer nettement. Mais cette tâche est également une délicate nécessité, requise afin de protéger l’intégrité évolutive du multiculturalisme et de l’assurance du public quant à son importance.

Contexte

Le *get* est un divorce juif. Seul l’époux peut l’accorder. L’épouse ne peut obtenir le *get* que si son époux consent à l’accorder. Selon la loi juive, il le fait en « libérant » son épouse du mariage et en l’autorisant à se remarier. Le processus se déroule devant trois rabbins, devant ce qu’on appelle un *beth din* ou tribunal rabbinique.

L’époux doit accorder volontairement le *get*, et l’épouse doit accepter de le recevoir. Si le premier ne l’accorde pas, la seconde est sans recours religieux; elle conserve le statut d’épouse et ne peut se remarier jusqu’à ce que l’époux décide, à son entière discrétion, de divorcer. Elle est considérée comme une *agunah* — une « femme enchaînée ». Tout enfant né d’un remariage civil serait considéré comme « illégitime » selon la loi juive.

Une juive pratiquante vivant au Canada se trouve donc dans une situation dichotomique : en droit canadien, elle est libre de divorcer de son époux peu importe qu’il y consente ou non, mais, selon la loi juive, elle reste mariée à lui sauf s’il consent au divorce. Ce qui signifie que, alors qu’elle peut se remarier suivant le droit canadien, elle ne peut le faire conformément à sa religion. Pour bien des femmes juives, cette incapacité entraîne la perte de la faculté de se remarier un jour.

Dans la vaste majorité des cas, l’époux juif qui divorce accorde de son plein gré le *get* à son épouse. Toutefois, le refus de l’époux d’accorder le *get* représente depuis longtemps une source d’inquiétude et de frustration au sein des communautés juives (Talia Einhorn, « Jewish Divorce in the International Arena », dans J. Basedow et autres (dir.), *Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification: Liber Amicorum Kurt Siehr* (2000), 135; H. Patrick Glenn, « Where Heavens

M. D. A. Freeman, “Jews and the Law of Divorce in England” (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 276; Bernard J. Meislin, “Pursuit of the Wife’s Right to a ‘Get’ in United States and Canadian Courts” (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 250; Mark Washofsky, “The Recalcitrant Husband: The Problem of Definition” (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 144; M. Chigier, “Ruminations Over the Agunah Problem” (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 207; Shlomo Riskin, *A Jewish Woman’s Right to Divorce: A Halakhic History and a Solution for the Agunah* (2006); Ayelet Shachar, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women’s Rights* (2001); and J. David Bleich, “Jewish Divorce: Judicial Misconceptions and Possible Means of Civil Enforcement” (1984), 16 *Conn. L. Rev.* 201).

In response to these concerns, after consultation with the leaders of 50 religious groups in Canada and with the specific agreement of the Roman Catholic, Presbyterian and Anglican churches, in 1990 the then Minister of Justice, Doug Lewis, introduced amendments to the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), Bill C-61, giving a court discretionary authority to prevent a spouse from obtaining relief under the Act if that spouse refused to remove a barrier to religious remarriage (s. 21.1). At second reading, the Minister outlined the motivation for these amendments, explaining:

The bill before us today is an amendment to the Divorce Act which would provide a court with discretionary powers to preclude a spouse from obtaining relief or proceeding under the Divorce Act where that spouse refuses to remove a barrier to religious remarriage and where the power to remove the barrier to religious remarriage lies solely with that person. Where the court is satisfied that the spouse who refuses to remove the barrier has genuine grounds of a religious or conscientious nature for doing so, it need not exercise its discretion to grant the remedy provided for in this legislation.

. . . A spouse should not be able to refuse to participate in a Jewish religious divorce — called a Get — in order to obtain concessions in a civil divorce. The Get should

Meet : The Compelling of Religious Divorces » (1980), 28 *Am. J. Comp. L.* 1; M. D. A. Freeman, « Jews and the Law of Divorce in England » (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 276; Bernard J. Meislin, « Pursuit of the Wife’s Right to a “Get” in United States and Canadian Courts » (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 250; Mark Washofsky, « The Recalcitrant Husband : The Problem of Definition » (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 144; M. Chigier, « Ruminations Over the Agunah Problem » (1981), 4 *Jewish L. Ann.* 207; Shlomo Riskin, *A Jewish Woman’s Right to Divorce : A Halakhic History and a Solution for the Agunah* (2006); Ayelet Shachar, *Multicultural Jurisdictions : Cultural Differences and Women’s Rights* (2001); J. David Bleich, « Jewish Divorce : Judicial Misconceptions and Possible Means of Civil Enforcement » (1984), 16 *Conn. L. Rev.* 201).

En 1990, en réponse à ces préoccupations, à la suite de consultations auprès des chefs de 50 groupes religieux au Canada et après avoir obtenu l’accord spécifique des Églises catholique romaine, presbytérienne et anglicane, le ministre de la Justice, M. Doug Lewis, a proposé dans le projet de loi C-61 des modifications à la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), conférant aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire d’empêcher un époux d’obtenir réparation sous le régime de la loi si ce dernier refuse de supprimer tout obstacle au remariage religieux (l’art. 21.1). Lors de l’examen de ces modifications en deuxième lecture, le ministre a expliqué ainsi la motivation de cette modification :

Le projet de loi que nous devons examiner aujourd’hui vise à modifier la *Loi sur le divorce* afin de reconnaître à un tribunal les pouvoirs discrétionnaires nécessaires pour empêcher un conjoint d’obtenir des mesures accessoires ou d’exercer des recours aux termes de la *Loi sur le divorce* lorsque ce conjoint ne veut pas supprimer un obstacle au remariage religieux et lorsque seule cette personne peut supprimer cet obstacle au remariage religieux. Si le tribunal est convaincu que le conjoint qui ne veut pas supprimer l’obstacle agit ainsi pour des motifs de religion et de conscience, il aura la discrétion de refuser ce remède.

. . . Un conjoint ne devrait pas avoir la possibilité de refuser de participer à un divorce religieux juif (un Get) afin d’obtenir des concessions dans un divorce civil. Le

not be used as a bargaining tool for child custody and access or monetary support.

... I am concerned about protecting the integrity of the Divorce Act and preventing persons from avoiding the application of the principles contained in the act. For example, a wife may feel compelled to agree to custody arrangements which are not truly in the best interests of a couple's child in order to obtain a Get.

I want to take a few minutes to describe briefly the dilemma certain Jewish persons face because of their religious divorce procedures. In the Jewish religion divorce is accomplished by the delivery of a Get from the husband and its acceptance by the wife in the presence of a Rabbinical Court. According to the Jewish religious traditions, the procedure cannot be changed. Without a Get, a Jewish woman cannot remarry in her own faith. Children of a subsequent civil marriage suffer religious disabilities. While difficult remarriage within the Jewish faith for a man in the same circumstances is not impossible.

. . . .

... the government is moving where it can and where it is brought to the government's attention to eliminate sexism and gender bias in the law. . . .

. . . .

It is the case that in some religions, the Roman Catholic, Greek Orthodox and Islam, annulment or divorce may proceed more easily and faster if the couple agree.

However, in all these cases, the authority to grant the annulment or divorce rests with the religious tribunal, not the couple.

An un-co-operative spouse may delay a decision, but ultimately he or she cannot prevent the religious tribunal from rendering its decision.

In these religions, the spouse initiating the action can ask the religious authorities to deal with this problem.

The Jewish spouse does not have that recourse.

(*House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 34th Parl., February 15, 1990, at pp. 8375-77)

Get ne devrait pas être utilisé comme outil de marchandage à des fins de garde d'enfants, de droits de visite et de pension alimentaire.

... J'ai à cœur d'assurer le respect de la *Loi sur le divorce* et d'éviter que des personnes ne se soustraient à l'application des principes que contient cette loi. Par exemple, afin d'obtenir un Get, une épouse peut se sentir obligée de consentir à une entente de garde d'enfant qui ne soit pas véritablement dans le meilleur intérêt de l'enfant du couple.

Permettez-moi de décrire brièvement le dilemme auquel certaines personnes juives doivent faire face à cause de leurs procédures de divorce religieux. Dans la religion juive, le divorce se réalise quand le mari accorde un Get et que sa femme l'accepte devant le tribunal rabbinique. Selon la tradition judaïque, cette procédure ne peut pas être changée. Sans un Get, une femme juive ne peut pas se remarier dans sa religion. Les enfants issus de tout mariage civil subséquent ne sont pas reconnus comme juifs à part entière. Pour un homme, dans les mêmes circonstances, le remariage dans la religion juive, quoique difficile, reste possible.

. . . .

... le gouvernement tente quand il le peut, et quand on attire son attention sur ce genre de questions, de supprimer dans la loi tout élément sexiste ou tout préjugé contre les femmes. . . .

. . . .

Il est vrai que dans certaines religions, chez les Catholiques romains, les Grecs orthodoxes et les Musulmans par exemple, une annulation de mariage ou un divorce peut être obtenu plus facilement et plus rapidement s'il y a consentement du couple.

Cependant, dans tous les cas, c'est le tribunal religieux et non pas le couple qui détient le pouvoir d'accorder l'annulation du mariage ou le divorce.

Un conjoint récalcitrant peut faire retarder la décision, mais ultimement, il ou elle ne pourra pas empêcher le tribunal religieux de rendre sa décision.

Dans ces religions, un conjoint brimé peut s'adresser aux autorités religieuses pour résoudre ce problème.

Le conjoint juif ne dispose pas d'un tel recours.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2^e sess., 34^e lég., 15 février 1990, p. 8375-8377)

At third reading of these amendments, Kim Campbell, who succeeded Mr. Lewis as Minister of Justice, confirmed the policy rationale for this legislative initiative:

The purpose of this bill is to assist Jewish citizens whose spouses are withholding a religious divorce, which is called a get, in order to obtain concessions in a civil divorce. . . .

. . .

The consequences to women deprived of a get and loyal to their faith are severe. They may not remarry within their faith, even though civilly divorced. If they do remarry, children from a second civil marriage are considered illegitimate and restricted from practising their religion. Such consequences to a religious person leave them open to blackmail from the spouse withholding the get. For example, the spouse could say, “Give up your claim for support or custody of the children and I will offer the get.” Even those not contemplating a second marriage find it uncomfortable to be considered married within their religion to someone they have divorced civilly.

The vast majority of adherents to the Jewish faith condemn as unfair this practice of bargaining with the get. Yet they are powerless to amend the situation. Persuasion by rabbis has often proved ineffective. Since the dispersion of the Jews there is no central Jewish authority to amend the Jewish legal code, . . . which governs the get. Nor is there any modern-day authority within rabbinical courts to enforce the offer and receipt of gets. Full support for Bill C-61 was expressed by major Jewish organizations who attended the hearings before the legislative committee. Representatives of the three Parties praised the bill and quickly passed two minor technical amendments.

. . .

As well, the Toronto Board of Orthodox Rabbis . . . endorsed the legislation and the two amendments.

. . .

[*Translation*]

Bill C-61 will enable Canada’s Jewish community to preserve its traditions without destabilizing models

Lors de l’examen de ces modifications en troisième lecture, M^{me} Kim Campbell, qui a succédé à M. Lewis comme ministre de la Justice, a confirmé les raisons de principe justifiant cette mesure législative :

Le projet de loi vise à aider les citoyens juifs à qui le conjoint refuse le Get, le divorce religieux qui permettrait le remariage religieux, afin d’obtenir des concessions devant un tribunal civil. . . .

. . .

Les répercussions sont très sérieuses pour les femmes fidèles à leur religion à qui le Get est refusé. Elles ne peuvent se marier avec un coreligionnaire, même si elles ont obtenu un divorce civil. Si elles se remarient, les enfants d’un deuxième mariage civil sont considérés comme illégitimes et ils ne peuvent pratiquer leur religion. Pareilles conséquences exposent les femmes religieuses au chantage que peut faire le conjoint en refusant le Get. Le conjoint pourrait dire, par exemple : « Si tu renonces à la pension alimentaire ou à la garde des enfants, je consentirai au divorce. » Même ceux qui ne songent pas à se remarier trouve[nt] gênant d’être considérés comme mariés religieusement à quelqu’un dont ils sont divorcés civilement.

La grande majorité de ceux qui adhèrent à la foi juive trouvent inacceptable cette façon de marchander le consentement. Ils sont cependant incapables de modifier la situation. L’intervention des rabbins est souvent sans effet. Depuis la dispersion des juifs, il n’existe pas d’autorité juive centrale qui puisse modifier le code juridique juif [. . .] qui gouverne le consentement au divorce. Les tribunaux rabbiniques modernes n’ont pas non plus d’autorité sur les demandes et l’acceptation du divorce. Les principales organisations juives qui ont assisté aux audiences du comité législatif approuvent entièrement le projet de loi C-61. Les représentants des trois partis ont loué le projet de loi et ont adopté rapidement deux amendements d’ordre technique.

. . .

En outre, le Toronto Board of Orthodox Rabbis [. . .] [a] appuyé le projet de loi et les deux amendements.

[*Français*]

Le projet de loi C-61 permettra à la communauté juive du Canada de conserver ses traditions sans déstabiliser

of family life. It also ensures that the principles of the Divorce Act with respect to alimony and custody are applied equally to all Canadians.

(*House of Commons Debates*, vol. VIII, 2nd Sess., 34th Parl., May 4, 1990, at pp. 11033-34)

9 For many years, civil courts have attempted to remedy, or compensate for, the husband's recalcitrance in refusing to provide a *get* to his wife. They are often faced with assertions by the husband that such interventions are a violation of his freedom of religion.

10 This is one such case. The husband and wife, each represented by counsel, voluntarily negotiated and signed a "Consent to Corollary Relief" in order to settle their matrimonial disputes. One of the commitments made in the agreement was that they would attend before the rabbinical court to obtain a *get*.

11 The husband refused to do so for 15 years, challenging the very validity of the agreement he freely made, claiming that its religious aspect rendered it unenforceable under Quebec law, and arguing that he was entitled to be shielded by his right to freedom of religion from the consequences of refusing to comply with his commitment.

12 The wife, on the other hand, asserted that the agreement to attend and obtain a *get* was part of the trade-offs negotiated by the parties (they signed mutual releases) and was consistent with Quebec law and values. She sought a remedy in the form of damages to compensate her for the husband's extended non-compliance. She did not seek an order of specific performance directing him to appear before the rabbis.

13 There are, therefore, two issues raised by this case. The first is whether the agreement in the Consent to give a *get* is a valid and binding contractual obligation under Quebec law. This first question involves examining the relevant provisions and

les modèles de vie familiale. Il assure également que les principes de la Loi sur le divorce quant à la pension alimentaire et à la garde seront appliqués également à tous les Canadiens.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 2^e sess., 34^e lég., 4 mai 1990, p. 11033-11034)

Les tribunaux civils tentent depuis de nombreuses années d'accorder une réparation ou un dédommagement lorsque l'époux s'entête à refuser le *get* à son épouse. Ils se heurtent souvent aux affirmations de l'époux voulant qu'une telle intervention constitue une violation de sa liberté de religion.

C'est le cas en l'espèce. L'époux et l'épouse, représentés tous deux par un avocat, ont volontairement négocié et signé une [TRADUCTION] « Entente relative aux mesures accessoires » en vue de régler leurs litiges matrimoniaux. Suivant un des engagements de l'entente, ils devaient tous deux se présenter devant le tribunal rabbinique en vue d'obtenir le *get*.

Durant 15 ans, l'époux a refusé d'accorder le *get*, contestant la validité même de l'entente qu'il avait conclue de plein gré. Il prétend qu'en raison de ses aspects religieux, l'entente était inexécutoire en droit québécois et affirme que son droit à la liberté de religion pouvait le soustraire aux conséquences du refus de se conformer à son engagement.

Par contre, l'épouse a soutenu que l'entente prévoyant qu'ils se présentent devant le tribunal rabbinique en vue d'obtenir le *get* s'inscrivait dans les compromis négociés par les parties (tous deux ont signé des mainlevées) et était conforme aux valeurs et au droit québécois. Elle a demandé un redressement sous forme de dommages-intérêts pour être indemnisée en raison du refus prolongé du mari de se conformer à l'entente. Elle n'a pas demandé au tribunal d'ordonner à son époux de se présenter devant le tribunal rabbinique.

Ainsi, deux questions se posent en l'espèce. La première est de savoir si l'engagement d'accorder le *get* pris dans l'entente constitue une obligation contractuelle valide et exécutoire en droit québécois. L'examen des dispositions et des principes du

principles of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64.

If the commitment is a legally binding one under Quebec law, we must determine whether the husband can rely on freedom of religion to avoid the legal consequences of failing to comply with a lawful agreement. This inquiry takes place within the boundaries set by the provisions and principles of the Quebec *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, where the claim of the husband to religious freedom is balanced against the claim of the wife that acceding to the husband's argument is disproportionately harmful to her personally, and, more generally, to democratic values and Quebec's best interests.

The judicial role in balancing and reconciling competing interests and values when freedom of religion is raised, is one that protects the tolerance Quebec endorsed in the Quebec *Charter*. Section 9.1 states that in exercising their fundamental freedoms and rights — including freedom of religion — persons “shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec”. This provision is a legislative direction that the courts are to protect the rights of Quebec's citizens in a way that is balanced and reconciled with other public values.

In my view, an agreement between spouses to take the necessary steps to permit each other to remarry in accordance with their own religions, constitutes a valid and binding contractual obligation under Quebec law. As the comments of the former Ministers of Justice reveal, such agreements are consistent with public policy, our approach to marriage and divorce, and our commitment to eradicating gender discrimination.

I am also persuaded that, applying the balancing mandated by s. 9.1 of the Quebec *Charter*, any harm to the husband's religious freedom in requiring him to pay damages for unilaterally breaching

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, permettra de répondre à cette première question.

Si l'engagement est exécutoire en droit québécois, nous devons déterminer si l'époux peut invoquer la liberté de religion pour se soustraire aux conséquences juridiques du défaut de se conformer à une entente légitime. L'analyse à cet égard est faite dans les limites qu'imposent les dispositions et les principes de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, qui établit un équilibre entre la revendication de la liberté de religion par l'époux et la prétention de l'épouse selon laquelle faire droit à l'argument du mari serait démesurément préjudiciable pour elle personnellement et, de façon plus générale, pour les valeurs démocratiques et l'intérêt du Québec.

Dans son rôle d'appréciation et de conciliation des intérêts et des valeurs opposés lorsque la liberté de religion est en cause, le juge est appelé à protéger la tolérance que le Québec a préconisée dans la *Charte* québécoise. L'article 9.1 prévoit que les libertés et les droits fondamentaux — y compris la liberté de religion — « s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec ». Par cette disposition, le législateur québécois demande aux tribunaux d'assurer la protection des droits des citoyens du Québec en appréciant et en conciliant ces droits avec les autres valeurs publiques.

Selon moi, une entente entre les époux en vue de la prise des mesures nécessaires pour que chaque conjoint permette à l'autre de se remarier conformément à sa religion constitue une obligation contractuelle valide et exécutoire en droit québécois. Comme l'indiquent les commentaires des anciens ministres de la Justice, de telles ententes sont compatibles avec l'intérêt public, avec notre approche en matière de mariage et de divorce, et avec notre volonté de mettre fin à la discrimination fondée sur le sexe.

Je suis également persuadée qu'en appliquant l'analyse qu'exige l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise, l'atteinte à la liberté de religion que représente pour l'époux l'obligation de payer des dommages-intérêts

14

15

16

17

his commitment, is significantly outweighed by the harm caused by his unilateral decision not to honour it.

18 This is not, as implied by the dissent, an unwarranted secular trespass into religious fields, nor does it amount to judicial sanction of the vagaries of an individual's religion. In deciding cases involving freedom of religion, the courts cannot ignore religion. To determine whether a particular claim to freedom of religion is entitled to protection, a court must take into account the particular religion, the particular religious right, and the particular personal and public consequences, including the religious consequences, of enforcing that right.

19 Mediating these highly personal claims to religious rights with the wider public interest is a task that has been assigned to the courts by legislatures across the country. It is a well-accepted function carried out for decades by human rights commissions under federal and provincial statutes and, for 25 years, by judges under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to ensure that members of the Canadian public are not arbitrarily disadvantaged by their religion.

20 This case fits comfortably in that tradition. It represents yet another case in which the claim to religious protection is balanced against competing interests. The Court is not asked to endorse or apply a religious norm. It is asked to exercise its responsibility, conferred by the Quebec *Charter*, to determine whether the husband is entitled to succeed in his argument that requiring him to pay damages for the breach of a legally binding agreement violates his freedom of religion. No new principle emerges from the result in this case. Courts are routinely asked whether a contract is valid. And the inquiry under the Quebec *Charter* is the application of a classic and cautious balancing that courts

en raison de la violation unilatérale de son engagement est beaucoup moins grave que le préjudice causé par sa décision unilatérale de ne pas respecter cet engagement.

Il ne s'agit pas, comme on le laisse entendre dans les motifs dissidents, d'une ingérence injustifiée des autorités laïques dans les matières religieuses, et cela ne signifie pas que les tribunaux vont sanctionner les caprices de la religion d'une personne. Lorsqu'ils tranchent des affaires dans lesquelles la liberté de religion est en cause, les tribunaux ne peuvent faire abstraction de la religion. Pour déterminer si le droit à la liberté de religion que revendique une personne doit être protégé, un tribunal doit tenir compte de cette religion en particulier, du droit religieux en cause et des conséquences précises, y compris les conséquences religieuses, que la décision de faire respecter ce droit aura pour la personne et le public.

C'est aux tribunaux que les législateurs partout au pays ont confié la tâche de concilier les revendications, hautement personnelles, des droits religieux et l'intérêt public, plus général. Il s'agit d'une fonction bien acceptée que les commissions des droits de la personne exercent depuis des dizaines d'années en vertu des lois fédérales et provinciales, et que les juges exercent depuis 25 ans en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour veiller à ce que les membres de la société canadienne ne soient pas arbitrairement défavorisés en raison de leur religion.

La présente affaire cadre très bien dans cette tradition. Elle représente une autre instance dans laquelle la revendication de la protection du droit à la liberté de religion est appréciée en regard des intérêts concurrents. La Cour n'est pas appelée à approuver ou appliquer une norme religieuse. On lui demande d'exercer sa responsabilité, conférée par la *Charte québécoise*, de déterminer si l'époux a raison de prétendre que l'obliger à payer des dommages-intérêts pour la violation d'une entente exécutoire porte atteinte à sa liberté de religion. Aucun principe nouveau ne se dégage de la décision en l'espèce. On demande couramment aux tribunaux de décider si un contrat est valide.

are required to undertake in determining whether a particular claim to religious freedom is sustainable, one case at a time, attempting always to be respectful of the complexity, sensitivity, and individuality inherent in these issues.

Prior Proceedings

Stephanie Bruker married Jason Marcovitz on July 27, 1969. Although their degrees of observance differ, both consider themselves to be religious Jews.

Mr. Marcovitz was previously married and had granted his first wife a *get*.

Divorce proceedings were commenced by Ms. Bruker in 1980. She was 31 and Mr. Marcovitz was 48. An agreement on corollary matters was negotiated with the assistance of separate legal counsel and signed by both of them three months later. This “Consent to Corollary Relief” included terms regarding the custody of their two children, child support payments, and lump sum spousal support.

Paragraph 12 of the Consent stated that the parties agreed to appear before the rabbinical authorities to obtain a *get* immediately upon the granting of the Decree Nisi. A Decree Nisi was granted on October 23, 1980. Among other provisions, it ordered the parties to comply with the Consent. A Decree Absolute was granted on February 9, 1981.

Despite Ms. Bruker’s repeated requests, both personally and through various rabbis, Mr. Marcovitz consistently refused to provide a *get* for 15 years.

Not surprisingly, the relationship between the parties deteriorated as Mr. Marcovitz’s refusals continued. In July 1989, nine years after the Decree

Et l’analyse en fonction de la *Charte* québécoise consiste en l’application, au cas par cas, d’un exercice d’appréciation classique et prudent que doivent entreprendre les tribunaux lorsqu’ils déterminent dans chaque cas si la revendication du droit à la liberté de religion peut être accueillie, en s’efforçant toujours de respecter le caractère complexe, délicat et individuel inhérent à ces questions.

Historique des procédures

Stephanie Bruker a épousé Jason Marcovitz le 27 juillet 1969. Bien que leur observance religieuse se situe à des degrés différents, ils se considèrent tous les deux comme des juifs religieux.

Monsieur Marcovitz avait déjà été marié et avait accordé le *get* à sa première épouse.

Madame Bruker a engagé une action en divorce en 1980. Elle avait alors 31 ans et M. Marcovitz 48. Une entente relative aux mesures accessoires a été négociée avec le concours de leurs avocats respectifs et tous deux l’ont signée trois mois plus tard. Cette [TRADUCTION] « Entente relative aux mesures accessoires » traitait notamment de la garde de leurs deux enfants, de la pension alimentaire pour ceux-ci et de la pension alimentaire pour l’épouse versée sous forme de somme forfaitaire.

Selon le paragraphe 12 de l’entente, les parties ont convenu de se présenter devant les autorités rabbiniques pour obtenir le *get* immédiatement après le prononcé du jugement conditionnel de divorce. Un jugement conditionnel de divorce a été prononcé le 23 octobre 1980. Il ordonnait notamment aux parties de se conformer à l’entente. Un jugement irrévocable de divorce a été prononcé le 9 février 1981.

Malgré les demandes répétées de M^{me} Bruker, faites tant personnellement que par l’entremise de différents rabbins, M. Marcovitz a toujours refusé pendant 15 ans de lui accorder le *get*.

Comme on pouvait s’y attendre, la relation entre les parties s’est détériorée pendant que M. Marcovitz maintenait son refus. En juillet 1989,

21

22

23

24

25

26

Nisi, Ms. Bruker began proceedings for breach of the Consent, initially claiming damages in the amount of \$500,000 for her inability to remarry and for being prevented from having children who would be considered “legitimate” under Jewish law.

27 Mr. Marcovitz, in response, argued that Ms. Bruker had repudiated the Consent by continually seeking increases in child support payments, and complained that he saw his two daughters irregularly. He also questioned Ms. Bruker’s devotion to the Jewish faith.

28 In 1990, pursuant to s. 21.1 of the *Divorce Act*, Ms. Bruker filed an affidavit confirming that, despite her formal requests, Mr. Marcovitz had not given her a *get*. As a result, when Mr. Marcovitz brought motions in November 1995 seeking to quash the affidavit and to have his obligation to pay child support retroactively rescinded, Marcelin J. declined to hear the motions and ordered that the matters be put over to December 6, 1995.

29 On December 5, 1995, Mr. Marcovitz appeared before the rabbinical court of Montréal and agreed to deliver the *get*. He was 63 and Ms. Bruker was almost 47. In 1996, Ms. Bruker substantially increased the amount of damages she was seeking.

30 Ms. Bruker did not remarry or have any other children.

31 At trial, Mass J. held that once Mr. Marcovitz signed a civil agreement, the obligation to appear before the rabbinical authorities for the purpose of obtaining a *get* “moved into the realm of the civil courts” ([2003] R.J.Q. 1189, at para. 19). He found that as a civil contract, notwithstanding that its purpose was partly to compel religious obligations, the Consent was valid and binding and that pursuant to Paragraph 12, Mr. Marcovitz had “a clear and unequivocal civil law obligation to appear

neuf ans après le prononcé du jugement conditionnel de divorce, M^{me} Bruker a intenté des procédures pour violation de l’entente, réclamant au départ la somme de 500 000 \$ en dommages-intérêts pour son incapacité à se remarier et pour avoir été empêchée d’avoir des enfants qui seraient considérés comme « légitimes » selon la loi juive.

En réponse, M. Marcovitz a fait valoir que M^{me} Bruker avait répudié l’entente en faisant des demandes incessantes d’augmentation de la pension alimentaire pour les enfants, et il s’est plaint du fait qu’il ne voyait pas ses deux filles régulièrement. Il a également mis en doute la dévotion de M^{me} Bruker à la foi juive.

En 1990, M^{me} Bruker a déposé en application de l’art. 21.1 de la *Loi sur le divorce* un affidavit confirmant que, malgré ses demandes formelles, M. Marcovitz ne lui avait pas accordé le *get*. Par conséquent, lorsque ce dernier a présenté, en novembre 1995, des requêtes en vue d’obtenir le rejet de l’affidavit et la résiliation rétroactive de son obligation de verser une pension alimentaire pour les enfants, la juge Marcelin a refusé d’entendre les requêtes et a reporté l’affaire au 6 décembre 1995.

Le 5 décembre 1995, M. Marcovitz s’est présenté devant le tribunal rabbinique de Montréal et a accepté d’accorder le *get*. Il avait alors 63 ans et M^{me} Bruker presque 47 ans. En 1996, celle-ci a augmenté considérablement le montant des dommages-intérêts qu’elle réclamait.

Madame Bruker ne s’est pas remariée et n’a pas eu d’autres enfants.

Au procès, le juge Mass a statué que, dès que M. Marcovitz eût signé une entente civile, l’obligation de se présenter devant les autorités rabbiniques pour accorder le *get* [TRADUCTION] « est devenue de la compétence des tribunaux civils » ([2003] R.J.Q. 1189, par. 19). Il a conclu que, en tant que contrat civil, l’entente était valide et obligatoire, même si elle visait en partie à imposer le respect d’obligations religieuses, et que conformément au paragraphe 12, M. Marcovitz avait [TRADUCTION]

‘immediately’ before the Rabbinical authorities” (para. 19). As he noted:

The pith and essence of what is being asked for in this case is not religious. . . . [T]he case is an assessment of damages stemming from a factual situation which involves Jewish parties and Jewish institutions — but principles of Jewish law do not have to be examined in depth. [para. 30]

In his view, a claim for damages based on a breach of a civil obligation, even one with religious aspects, remains within the domain of the civil courts.

Based on the expert evidence, Mass J. concluded that had Mr. Marcovitz sought the *get* immediately, as he had agreed to do, it would have been granted by the rabbinical court. This meant that the breach of the obligation to appear before the rabbinical authorities was the cause of the damages claimed by Ms. Bruker. Finding that the failure of Mr. Marcovitz to grant the *get* had direct consequences on Ms. Bruker’s life by depriving her “of the opportunity to marry within her community during this period” (para. 35), Mass J. ordered a total of \$47,500 in damages: \$2,500 for each of the 15 years between the Decree Nisi and the *get*, and \$10,000 for Ms. Bruker’s inability to have children considered “legitimate” under Jewish law.

I digress to address an issue raised in the dissent. Initially, Mr. Marcovitz challenged the constitutionality of s. 21.1 of the *Divorce Act*. In agreeing not to pursue his constitutional challenge, Mr. Marcovitz agreed to a court order which contained the following authorizations:

[6] AUTHORIZES that [Mr. Marcovitz] may argue the question of justiciability in his case as if s. 21.1 of the Divorce Act did not exist.

« une obligation de droit civil claire et non équivoque de se présenter “immédiatement” devant les autorités rabbiniques » (par. 19). Comme l’a fait remarquer le juge :

[TRADUCTION] Le caractère véritable de la demande faite en l’espèce n’est pas religieux. [. . .] [I]l s’agit d’évaluer le préjudice découlant d’une situation de fait mettant en cause des parties et des institutions juives — mais les principes du droit juif n’ont pas à être examinés à fond. [par. 30]

À son avis, la réclamation en dommages-intérêts fondée sur le manquement à une obligation civile, même si elle comporte des aspects religieux, continue à relever des tribunaux civils.

En se fondant sur la preuve d’expert, le juge Mass a conclu que si M. Marcovitz avait accordé le *get* immédiatement, comme il avait convenu de le faire, le tribunal rabbinique le lui aurait accordé. Cela signifiait que les dommages-intérêts réclamés par M^{me} Bruker étaient attribuables au manquement à l’obligation de se présenter devant les autorités rabbiniques. Ayant conclu que l’omission de M. Marcovitz d’accorder le *get* avait eu des conséquences directes sur la vie de M^{me} Bruker en la privant [TRADUCTION] « de la possibilité de se marier dans sa communauté pendant cette période » (par. 35), le juge Mass a condamné M. Marcovitz à payer des dommages-intérêts s’élevant à 47 500 \$: 2 500 \$ pour chacune des 15 années écoulées entre le jugement conditionnel de divorce et le *get*, et 10 000 \$ pour l’incapacité de M^{me} Bruker d’avoir des enfants considérés comme légitimes selon la loi juive.

J’ouvre une parenthèse pour aborder une question soulevée dans les motifs dissidents. Au départ, M. Marcovitz a contesté la constitutionnalité de l’art. 21.1 de la *Loi sur le divorce*. En acceptant de ne pas poursuivre cette contestation, il a accepté une ordonnance de la cour contenant les autorisations suivantes :

[TRADUCTION]

[6] PERMET que [M. Marcovitz] plaide le caractère justiciable en l’espèce comme si l’art. 21.1 de la Loi sur le divorce n’existait pas.

32

33

34

[7] AUTHORIZES that [Ms. Bruker] may argue the question of credibility as to the circumstances in which the *ghet* was given, with reference to s. 21.1 of the *Divorce Act*.

It is not the case, as suggested by the dissent, that the parties agreed not to refer to this section. What they agreed to was that Mr. Marcovitz could argue “justiciability” without reference to this section. Ms. Bruker was explicitly authorized to refer to it when arguing about the circumstances surrounding the *get*. Moreover, Mr. Marcovitz’s *factum* deals expressly with s. 21.1 in two paragraphs in which he argues that the provision is an inappropriate intervention by civil courts into religious matters:

There is considerable social opprobrium within the Jewish community aimed at spouses who refuse to collaborate in the *ghet* process. This inspired Jewish jurists and community leaders to request, and obtain, the implementation of s. 21.1 of the *Divorce Act* . . . and ss. 2(4)-2(7) and 56(5)-(7) of the *Ontario Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3. The state purpose was to protect Jewish spouses from extortion in divorce negotiations.

Section 21.1 of [the] *Divorce Act* operates whether the recalcitrant spouse is the Plaintiff or the Defendant: it prevents a spouse from exercising his civil rights if he refuses to remove the religious barrier, unless the spouse discloses valid reasons relating to religion or conscience, in a sworn affidavit. This necessarily entails a judge being called upon to examine the religious legitimacy of the refusal. . . .

And, in oral argument before this Court, Mr. Marcovitz’s counsel stated:

Not only that, we even have the additional remedy of section 21.1 of the *Divorce Act*, which specifically is a legislator’s clear intention to remove the issue of religious divorce . . . [a]nd the barriers to religious divorce, from any negotiation or bargaining in contract. . . .

Clearly the parties did not agree that s. 21.1 could not be used in analyzing the other issues in this case. They agreed not to dispute the constitutionality of the provision, an agreement that has been respected throughout these proceedings, including

[7] PERMET que [M^{me} Bruker] plaide la question de la crédibilité quant aux circonstances dans lesquelles le *get* a été accordé, en faisant mention de l’art. 21.1 de la *Loi sur le divorce*.

Les parties ne se sont pas entendues, comme on le laisse entendre dans les motifs dissidents, pour qu’il ne soit pas fait mention de cet article. Elles ont plutôt convenu que M. Marcovitz pourrait plaider le « caractère justiciable » sans qu’il soit fait mention de cet article. M^{me} Bruker a été expressément autorisée à citer cet article dans ses représentations relatives aux circonstances entourant le *get*. De plus, M. Marcovitz traite expressément de l’art. 21.1 dans deux paragraphes de son mémoire, dans lesquels il prétend que cet article autorise les tribunaux civils à intervenir à tort dans des questions religieuses :

[TRADUCTION] Dans la communauté juive, les époux qui refusent de collaborer au sujet du *get* sont l’objet d’une forte réprobation sociale. Ce qui a incité les juristes juifs et les leaders de la communauté à demander — et à obtenir — l’application de l’art. 21.1 de la *Loi sur le divorce* [. . .] et des par. 2(4) à 2(7) et 56(5) à (7) de la *Loi sur le droit de la famille* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. F.3. L’État visait à protéger les époux juifs contre l’extorsion dans les négociations relatives au divorce.

L’article 21.1 de la *Loi sur le divorce* s’applique peu importe que l’époux récalcitrant soit le demandeur ou le défendeur : il empêche un époux d’exercer ses droits civils s’il refuse d’écartier les obstacles religieux, à moins qu’il expose dans un affidavit des motifs valables de religion ou de conscience. Dans ce cas, un juge doit nécessairement intervenir pour examiner le caractère légitime du refus au plan religieux.

Et dans son plaidoyer devant cette Cour, l’avocat de M. Marcovitz a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] Non seulement cela, nous avons même le remède additionnel de l’art. 21.1 de la *Loi sur le divorce*, qui énonce en termes exprès l’intention claire du législateur d’écartier de la négociation d’une entente ou des compromis dans celle-ci la question du divorce religieux [. . .] [e]t les obstacles au divorce religieux. . . .

Il est évident que les parties n’ont pas convenu de ne pas invoquer l’art. 21.1 dans l’analyse des autres questions en l’espèce. Elles se sont entendues pour ne pas contester la constitutionnalité de cette disposition, et cette entente a été respectée

in this Court. Nothing in these reasons purports in any way to decide the constitutionality of s. 21.1, but I have difficulty seeing how an agreement to abandon a constitutional argument about a statutory provision can be interpreted as an agreement to pretend that the provision, or the policy reasons behind it, do not exist.

The Court of Appeal allowed Mr. Marcovitz's appeal ([2005] R.J.Q. 2482). Hilton J.A., writing for a unanimous court, found that because "the substance of the . . . obligation is religious in nature, irrespective of the form in which the obligation is stated" (para. 76), the obligation was a moral one. It was therefore unenforceable by the courts. Requiring Mr. Marcovitz to pay damages in such circumstances would be inconsistent with the recognition of his right to exercise his religious beliefs as he saw fit without judicial intervention.

In so deciding, the Court of Appeal relied in part on this Court's direction in *Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47, that

the State is in no position to be, nor should it become, the arbiter of religious dogma. Accordingly, courts should avoid judicially interpreting and thus determining, either explicitly or implicitly, the content of a subjective understanding of religious requirement, "obligation", precept, "commandment", custom or ritual. . . . [para. 50]

Ms. Bruker's cross-appeal for an increase in damages was dismissed.

Analysis

A. *Justiciability of the Agreement to Remove Religious Barriers to Remarriage*

The provision at the heart of this dispute is Paragraph 12 of the parties' Consent to Corollary Relief, by which they agreed to

tout au long des procédures, y compris dans cette Cour. Dans ces motifs, il n'est nullement question de trancher la constitutionnalité de l'art. 21.1, mais je vois difficilement que l'on puisse qualifier une entente relative à l'abandon d'un argument constitutionnel visant une disposition législative d'entente prévoyant qu'il est fait abstraction de la disposition ou des raisons de principes qui la sous-tendent.

La Cour d'appel a accueilli l'appel de M. Marcovitz ([2005] R.J.Q. 2482). S'exprimant au nom des juges unanimes, le juge Hilton a conclu que, parce que [TRADUCTION] « l'essence de [. . .] l'obligation est de nature religieuse, quelle que soit la forme que prend l'obligation » (par. 76), il s'agissait d'une obligation morale. Les tribunaux ne pouvaient donc pas en ordonner l'exécution. Obliger M. Marcovitz à payer des dommages-intérêts dans de telles circonstances serait incompatible avec la reconnaissance de son droit d'exercer ses croyances religieuses comme il l'entend sans intervention judiciaire.

La Cour d'appel a fondé en partie cette décision sur l'orientation donnée par notre Cour dans *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47, selon laquelle

l'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des dogmes religieux, et il ne devrait pas le devenir. Les tribunaux devraient donc éviter d'interpréter — et ce faisant de déterminer —, explicitement ou implicitement, le contenu d'une conception subjective de quelque exigence, « obligation », précepte, « commandement », coutume ou rituel d'ordre religieux. . . [par. 50]

L'appel incident de M^{me} Bruker visant à faire augmenter le montant des dommages-intérêts a été rejeté.

Analyse

A. *Caractère justiciable de l'entente visant la suppression des obstacles religieux au mariage*

La disposition au cœur du présent litige est le paragraphe 12 de l'entente sur les mesures accessoires, selon lequel les parties ont convenu de ce qui suit :

36

37

38

39

appear before the Rabbinical authorities in the City and District of Montreal for the purpose of obtaining the traditional religious Get, immediately upon a Decree Nisi of Divorce being granted. [Emphasis added.]

40 The issues in this appeal, as mentioned earlier, are whether this obligation constitutes a valid and binding civil obligation under Quebec law and, if it does, whether Mr. Marcovitz is exonerated from liability for failing to perform his obligation on the basis that it violated his freedom of religion.

41 Unlike my colleague Justice Deschamps, with great respect, I see this case as one properly attracting judicial attention. The fact that a dispute has a religious aspect does not by itself make it non-justiciable. In *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada* (1999), Lorne Sossin defined what is meant by justiciability as

a set of judge-made rules, norms and principles delineating the scope of judicial intervention in social, political and economic life. In short, if a subject-matter is held to be suitable for judicial determination, it is said to be justiciable; if a subject-matter is held not to be suitable for judicial determination, it is said to be non-justiciable. . . . [p. 2]

42 In *Religious Institutions and the Law in Canada* (2nd ed. 2003), M. H. Ogilvie explained why issues with a religious aspect may be justiciable:

Subject to any protections accorded to individuals and religious groups pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which have yet to be worked out in detail by the courts, religious institutions and persons in Canada are subject to the sovereignty of Parliament and the sanctioning powers of the state invoked by the courts when disputes concerning religion are brought for resolution.

Nevertheless, the courts have expressed reluctance to consider issues relating to religious institutions, evidencing some embarrassment that internal church disputes should be determined by secular courts and doubting the appropriateness of judicial intervention. The courts have stated that they will not consider

[TRADUCTION] . . . se présenter immédiatement après le prononcé d'un jugement conditionnel de divorce devant les autorités rabbiniques de la ville et du district de Montréal en vue d'obtenir le *get* religieux traditionnel. [Je souligne.]

Comme je l'ai indiqué, le présent pourvoi soulève les questions de savoir si cette obligation constitue une obligation civile valide et exécutoire en droit québécois et, dans l'affirmative, si M. Marcovitz est exonéré de toute responsabilité pour ne pas avoir respecté son obligation au motif qu'elle violait sa liberté de religion.

Contrairement à ma collègue la juge Deschamps, j'estime, en tout respect, que les tribunaux peuvent à juste titre examiner cette affaire. Le fait qu'un litige comporte un aspect religieux ne le rend pas nécessairement non justiciable. Dans *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada* (1999), Lorne Sossin a défini le caractère justiciable comme suit :

[TRADUCTION] . . . un ensemble de règles, de normes et de principes jurisprudentiels délimitant la portée de l'intervention judiciaire dans la vie sociale, politique et économique. Bref, si un objet est considéré comme se prêtant à une décision judiciaire, on dit qu'il est justiciable; si un objet est considéré comme ne se prêtant pas à une décision judiciaire, on dit qu'il est non justiciable. . . [p. 2]

Dans *Religious Institutions and the Law in Canada* (2^e éd. 2003), M. H. Ogilvie a expliqué pourquoi les questions comportant un aspect religieux peuvent néanmoins être justiciables :

[TRADUCTION] Sous réserve de la protection que la *Charte canadienne des droits et libertés* accorde aux personnes et aux groupes religieux, dont les détails n'ont pas encore été fixés par les tribunaux, les personnes et les institutions religieuses au Canada sont assujetties à la souveraineté du Parlement et au pouvoir de sanction de l'État qu'invoquent les tribunaux lorsqu'ils sont appelés à trancher des litiges ayant trait à la religion.

Néanmoins, les tribunaux se sont montrés réticents à examiner des questions relatives aux institutions religieuses, manifestant un certain embarras à l'idée que les litiges ecclésiastiques internes doivent être tranchés par les tribunaux séculiers et doutant de la pertinence de l'intervention judiciaire. Les tribunaux ont dit qu'ils

matters that are strictly spiritual or narrowly doctrinal in nature, but will intervene where civil rights or property rights have been invaded. [Emphasis added; pp. 217-18.]

The approach is correctly stated by the Canadian Civil Liberties Association in its factum as follows:

[N]o case goes so far as to hold that even in cases based upon a civil obligation, where the Court is not required to determine matters of religious doctrine, the Court should be precluded from adjudicating disputes that involve obligations having a religious character. [para. 26]

This is reflected in *McCaw v. United Church of Canada* (1991), 4 O.R. (3d) 481, a case involving the dismissal of a minister from his church, where the religious aspect of the dispute did not deter the Ontario Court of Appeal from deciding that the dispute was justiciable. Even though the “law of the church as laid out in the provisions of the [church] Manual” was at issue (p. 485), the court accepted jurisdiction and awarded the minister damages for lost wages and benefits. (See also *Lindenburger v. United Church of Canada* (1985), 10 O.A.C. 191; *Nathoo v. Nathoo*, [1996] B.C.J. No. 2720 (QL) (S.C.); *Amlani v. Hirani* (2000), 194 D.L.R. (4th) 543, 2000 BCSC 1653; *M. (N.M.) v. M. (N.S.)* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 80, 2004 BCSC 346.)

Similarly, in *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*, [1992] 3 S.C.R. 165, a Hutterite colony decided to expel some of its members from the community without giving them an opportunity to respond to the decision. When the members refused to leave, the colony asked the courts to enforce the expulsion and to order the members to return all colony property to the colony. The members claimed that they had a right to remain in the colony and that the courts could not enforce the expulsion. Gonthier J., writing for the majority, noted that while the courts may not intervene in strictly doctrinal or spiritual matters, they will when civil or property rights are engaged. Once the court takes jurisdiction over a dispute with religious components, he continued, it must try “to come to the best understanding possible of the applicable

n’examineraient pas les questions de nature strictement spirituelle ou purement doctrinale, mais qu’ils interviendraient dans les cas de violation des droits civils ou des droits de propriété. [Je souligne; p. 217-218.]

Dans son mémoire, l’Association canadienne des libertés civiles énonce correctement la façon d’aborder ces questions :

[TRADUCTION] [A]ucun arrêt n’est allé jusqu’à dire que, même dans les affaires fondées sur une obligation civile, le tribunal, s’il n’a pas à se prononcer sur des questions de doctrine religieuse, devrait être empêché de trancher les litiges portant sur des obligations à caractère religieux. [par. 26]

Cette approche se reflète dans *McCaw v. United Church of Canada* (1991), 4 O.R. (3d) 481, une affaire portant sur le renvoi d’un pasteur de son église. L’aspect religieux du litige n’a pas empêché la Cour d’appel de l’Ontario de décider que le litige était justiciable. Même si la [TRADUCTION] « loi de l’Église énoncée dans les dispositions du Guide [de l’Église] » était en cause (p. 485), le tribunal s’est déclaré compétent et a accordé au pasteur des dommages-intérêts pour la perte de salaire et d’avantages. (Voir également *Lindenburger v. United Church of Canada* (1985), 10 O.A.C. 191; *Nathoo v. Nathoo*, [1996] B.C.J. n° 2720 (QL) (C.S.); *Amlani v. Hirani* (2000), 194 D.L.R. (4th) 543, 2000 BCSC 1653; et *M. (N.M.) v. M. (N.S.)* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 80, 2004 BCSC 346.)

De même, dans l’arrêt *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*, [1992] 3 R.C.S. 165, une colonie huttérite a décidé d’expulser certains de ses membres de la communauté sans leur donner la possibilité de répondre à cette décision. Lorsque les membres ont refusé de quitter, la colonie a demandé aux tribunaux de faire exécuter l’expulsion et d’ordonner à ces membres de rendre à la colonie tous les biens lui appartenant. Les membres ont prétendu qu’ils avaient le droit de rester dans la colonie et que les tribunaux ne pouvaient intervenir pour faire exécuter l’expulsion. S’exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Gonthier a fait remarquer que, bien que les tribunaux ne peuvent intervenir dans les affaires purement doctrinales ou spirituelles, ils le feront lorsque des droits civils ou des droits de propriété sont en cause. Une fois

43

44

45

tradition and custom” (p. 191). Gonthier J. held that, in the absence of a timely and adequate opportunity to make a response, the members could not be expelled.

46

In the case before us, I find the dissenting reasons in *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550 (Man. C.A.), compelling. While the issue in that case was the enforceability of a provision of a *ketubah*, or Jewish marriage contract, an issue we are not called upon to consider, the language of Freedman C.J.M. is nonetheless helpful:

That the [marriage] contract is deeply affected by religious considerations is not determinative of the issue. That is the beginning and not the end of the matter. Some contracts rooted in the religion of a particular faith may indeed be contrary to public policy. Others may not. Our task is to determine whether the rights and obligations flowing from the . . . contract — specifically, the husband’s obligation to give and the wife’s right to receive a *Get* — are contrary to public policy.

I find difficulty in pin-pointing the precise aspect of public policy which the [agreement to provide a *get*] may be said to offend. The attack upon it is on more general grounds. It appears that the real basis on which enforcement of the contract is being resisted is simply that it rests on religion, and that on grounds of public policy the Court should keep out of that field. But the law reports contain many instances of Courts dealing with disputes having a religious origin or basis. . . . In each case some temporal right confronted the Court, and it did not hesitate to adjudicate thereon. [pp. 559-60]

47

The fact that Paragraph 12 of the Consent had religious elements does not thereby immunize it from judicial scrutiny. We are not dealing with judicial review of doctrinal religious principles, such as whether a particular *get* is valid. Nor are we required to speculate on what the rabbinical court would do. The promise by Mr. Marcovitz to remove

que le tribunal se déclare compétent pour connaître d’un litige comportant des aspects religieux, a-t-il ajouté, il doit s’efforcer « d’arriver à la meilleure compréhension possible de la tradition et de la coutume applicable » (p. 191). Le juge Gonthier a conclu qu’en l’absence d’une possibilité suffisante de répondre donnée en temps voulu, les membres ne pouvaient pas être expulsés.

En l’espèce, je trouve convaincants les motifs dissidents dans l’arrêt *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550 (C.A. Man.). Si le litige dans cette affaire concernait le caractère exécutoire d’une disposition d’un *ketubbah*, ou contrat de mariage juif, une question que nous n’avons pas à examiner, le propos du juge Freedman est tout de même utile :

[TRADUCTION] Le fait que le contrat [de mariage] soit profondément empreint de considérations religieuses n’est pas déterminant quant à la question en litige. C’est le début et non la fin de l’affaire. Certains contrats ancrés dans une confession religieuse particulière peuvent effectivement être contraires à l’intérêt public. D’autres, pas. Notre tâche consiste à déterminer si les droits et obligations découlant du contrat [. . .] — nommément, l’obligation de l’époux d’accorder le *get* et le droit de l’épouse de l’obtenir — sont contraires à l’intérêt public.

Il m’est difficile d’établir à quel volet précis de l’intérêt public le présent [engagement à accorder le *get*] porterait atteinte. L’attaque dont il fait l’objet repose sur des motifs plus généraux. Il semble que la véritable raison pour laquelle on s’oppose à l’exécution du contrat tient simplement au fait qu’il s’appuie sur la religion et que, pour des motifs d’intérêt public, la Cour devrait rester en dehors de ce domaine. Mais les recueils de jurisprudence font état de nombreux cas de tribunaux saisis de litiges ayant une origine ou un fondement religieux. [. . .] Confrontés dans chaque cas à un droit temporel quelconque, les tribunaux n’ont pas hésité à se prononcer sur celui-ci. [p. 559-560]

Le fait que le paragraphe 12 de l’entente comporte des éléments à caractère religieux ne le soustrait pas par le fait même à l’examen judiciaire. Nous n’avons pas à examiner des principes religieux doctrinaux, à savoir par exemple si un *get* donné est valide. Nous n’avons pas à spéculer sur ce que le tribunal rabbinique pourrait décider. La

the religious barriers to remarriage by providing a *get* was negotiated between two consenting adults, each represented by counsel, as part of a voluntary exchange of commitments intended to have legally enforceable consequences. This puts the obligation appropriately under a judicial microscope.

B. *Validity of the Agreement under Quebec Law*

The next question is whether the obligation is valid and binding under Quebec law. I note at the outset that the parties litigated this case without any consideration of the impact of the coming into force of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”), on January 1, 1994, and of the attendant issues of transitional law. Throughout these proceedings, neither the parties nor the courts made any reference to the *Civil Code of Lower Canada*. Because Ms. Bruker’s action was commenced in July 1989, the *Civil Code of Lower Canada*, especially arts. 982 to 984, technically governed the parties, as provided by s. 9 of the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57. However, since the new C.C.Q. retained the key principles governing the formation of contracts under Quebec law while modifying and clarifying the relevant provisions of the *Civil Code of Lower Canada* (J. Pineau, “Theory of Obligations”, in *Reform of the Civil Code* (1993), vol. 2A, pp. 11-12), the parties’ reliance on the C.C.Q. did not have a significant impact on this litigation. Under these circumstances, and without diminishing the significance of transitional law, these reasons refer, as did those of the trial judge and Court of Appeal, to the articles of the C.C.Q.

The civil law of Quebec recognizes three kinds of obligations: moral, civil (or legal) and natural. Only the first two are engaged in this case. They are defined in *Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons: Obligations* (2003), as follows:

MORAL OBLIGATION

Obligation binding only as a matter of conscience or honour, and which, unlike a juridical obligation, cannot

promesse de M. Marcovitz de supprimer les obstacles religieux au remariage en accordant le *get* a été négociée entre deux adultes consentants, tous deux représentés par un avocat, et faisait partie d’un échange volontaire d’engagements censés avoir des conséquences juridiquement exécutoires. De ce fait, les tribunaux peuvent à bon droit examiner l’obligation à la loupe.

B. *Validité de l’entente en droit québécois*

La question suivante est de savoir si l’obligation est valide et exécutoire en droit québécois. Je signale tout d’abord que les parties ont plaidé cette affaire sans aucunement tenir compte de l’incidence de l’entrée en vigueur du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. ») le 1^{er} janvier 1994 et des problèmes de droit transitoire qui pouvaient se poser. Tout au long des procédures, ni les parties ni les tribunaux inférieurs n’ont fait allusion au *Code civil du Bas Canada*. Puisque l’action de M^{me} Bruker a été introduite en juillet 1989, le *Code civil du Bas Canada*, et en particulier ses art. 982 à 984, s’appliquaient techniquement aux parties, comme le prévoit l’art. 9 de la *Loi sur l’application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57. Toutefois, puisque le nouveau C.c.Q. a conservé les principes clés régissant la formation des contrats en droit québécois tout en modifiant et en précisant les dispositions pertinentes du *Code civil du Bas Canada* (J. Pineau, « Théorie des obligations », dans *La réforme du Code civil* (1993), t. 2, p. 20-21), le fait que les parties s’appuient sur le C.c.Q. n’a pas eu d’incidence importante sur le litige. Dans les circonstances, et sans nier l’importance du droit transitoire, les présents motifs, tout comme ceux du juge de première instance et de la Cour d’appel, renvoient aux articles du C.c.Q.

Le droit civil québécois reconnaît trois types d’obligations : morales, civiles (ou légales) et naturelles. Seules les deux premières sont en cause en l’espèce. Elles sont ainsi définies dans le *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : les obligations* (2003) :

OBLIGATION MORALE

Obligation qui ne s’impose que sur le plan de la conscience ou de l’honneur et qui est dépourvue de

be enforced by the State. For example, the duty of charity toward one's neighbour. . . .

CIVIL OBLIGATION

Obligation susceptible of compulsory performance. For example, the obligation of support between spouses. "Civil obligations are those which are fully enforceable by means of *an action*, *i.e.*, a right accorded to a creditor to obtain satisfaction by means of legal proceedings and under the protection of the state" (Aubry & Rau, *Civil Law*, vol. 4, n° 297, p. 3).

50 Jean-Louis Baudouin and Pierre-Gabriel Jobin explain the difference in enforceability between a moral and civil obligation in the following way:

[TRANSLATION] A civil obligation is sanctioned by law, which means that the creditor may enforce it in court. In contrast, a moral obligation is outside the legal realm and is not sanctioned by law, and its binding force is based solely on conscience, that is, on remorse. The "creditor" of a moral obligation may not seek to enforce it in court, since it can only be performed voluntarily. Moral obligations include the duty to give to charity and the duty to help one's neighbour — which should be distinguished from the civil obligation to assist a person in danger.

(*Baudouin et Jobin: Les obligations* (6th ed. 2005), at para. 26; see also John E. C. Brierley and Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law* (1993), at p. 382.)

51 I do not see the religious aspect of the obligation in Paragraph 12 of the Consent as a barrier to its civil validity. It is true that a party cannot be compelled to execute a moral duty, but there is nothing in the *Civil Code* preventing someone from transforming his or her moral obligations into legally valid and binding ones. Giving money to charity, for example, could be characterized as a moral and, therefore, legally unenforceable obligation. But if an individual enters into a contract with a particular charity agreeing to make a donation, the obligation may well become a valid and binding one if it complies with the requirements of a contract under the C.C.Q. If it does, it is transformed

sanction étatique, par opposition à l'obligation juridique. Par ex., le devoir de charité envers son prochain.

OBLIGATION CIVILE

Obligation susceptible d'exécution forcée. Par ex., l'obligation alimentaire entre époux. « Sur d'autres points, cependant, les obligations naturelles se rapprochent des obligations civiles; à celles-ci elles empruntent au moins certains de leurs effets lorsque le débiteur a librement décidé de les exécuter » (Ghestin et Coubeaux, *Introduction*, n° 636, p. 717).

Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin expliquent de la façon suivante la différence entre une obligation morale et une obligation civile quant au caractère exécutoire :

L'obligation civile est sanctionnée par la loi, ce qui permet au créancier d'en exiger l'exécution devant les tribunaux. À celle-ci, on oppose l'obligation morale, qui se situe en dehors du domaine juridique, qui n'est pas sanctionnée par le droit et dont le pouvoir contraignant relève uniquement du for intérieur, c'est-à-dire du remords. Le « créancier » d'une obligation morale ne peut en poursuivre l'exécution devant les tribunaux, car elle n'est susceptible que d'exécution volontaire. Tels sont, par exemple, le devoir de faire la charité et le devoir d'aider son prochain — qu'il convient de distinguer de l'obligation civile de porter secours à une personne en danger.

(*Baudouin et Jobin: Les obligations* (6^e éd. 2005), par. 26; voir également John E. C. Brierley et Roderick A. Macdonald, *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law* (1993), p. 382.)

Je ne considère pas l'aspect religieux de l'obligation contenue au paragraphe 12 de l'entente comme un obstacle à sa validité civile. Certes, une personne ne peut être forcée à exécuter une obligation morale, mais le *Code civil* n'empêche nullement une personne de transformer ses obligations morales en obligations juridiquement valides et exécutoires. Le devoir de faire la charité, par exemple, pourrait être qualifié d'obligation morale et, par conséquent, juridiquement non exécutoire. Mais si une personne s'engage par contrat envers un organisme de charité à faire un don, l'obligation peut très bien devenir une obligation valide et exécutoire si elle satisfait aux exigences du C.c.Q. relatives à

from a moral obligation to a civil one enforceable by the courts.

A contract is defined in art. 1378, para. 1 C.C.Q. as

an agreement of wills by which one or several persons obligate themselves to one or several other persons to perform a prestation.

A contract's formation is governed by art. 1385 C.C.Q., which states:

1385. A contract is formed by the sole exchange of consents between persons having capacity to contract, unless, in addition, the law requires a particular form to be respected as a necessary condition of its formation, or unless the parties require the contract to take the form of a solemn agreement.

It is also of the essence of a contract that it have a cause and an object.

There is no dispute as to the capacity and consent of the parties in this case. Nor do I see anything objectionable in the “cause” of the contractual provision, namely, the mutual desire of the parties to be contemporaneously free to remarry in accordance with both their religious beliefs and secular rights.

Mr. Marcovitz argues, however, that, contrary to arts. 1412 and 1413 C.C.Q., the “object” of the contractual provision — the attendance of the parties before the rabbinical court to obtain a divorce in accordance with Jewish law to permit remarriage under that law — is against public order because it is a violation of his right to freedom of religion. This was expressed in his factum as follows:

Article 1413 *C.C.Q.* cautions that a contract whose object is contrary to public order is null. It is contrary to public order to consider one may contract to restrain the free exercise of one's fundamental freedoms, including freedom of religion and conscience.

The C.C.Q. defines the object of a contract in art. 1412, which states that

la formation du contrat. Dans ce cas, l'obligation morale est transformée en une obligation civile exécutoire en justice.

Le premier paragraphe de l'art. 1378 C.c.Q. définit le contrat comme suit :

... un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation.

La formation du contrat est régie par l'art. 1385 C.c.Q., qui prévoit ce qui suit :

1385. Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter, à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation, ou que les parties n'assujettissent la formation du contrat à une forme solennelle.

Il est aussi de son essence qu'il ait une cause et un objet.

La capacité et le consentement des parties ne sont pas en cause en l'espèce. Je ne trouve non plus rien de répréhensible dans la « cause » de la disposition contractuelle, à savoir le désir des parties de conserver dès lors la liberté de se remarier conformément à leurs croyances religieuses et au droit séculier.

Monsieur Marcovitz soutient cependant que l'« objet » de la disposition contractuelle — assurer la présence des parties devant le tribunal rabbinique en vue d'obtenir un divorce conformément à la loi juive afin de permettre le remariage conformément à cette loi — est contraire à l'ordre public parce qu'il porte atteinte à son droit à la liberté de religion et est donc interdit par les art. 1412 et 1413 C.c.Q. L'argument a été formulé comme suit dans son mémoire :

[TRADUCTION] L'article 1413 *C.c.Q.* prévoit qu'un contrat est nul si son objet est contraire à l'ordre public. Il est contraire à l'ordre public d'envisager qu'une personne s'engage par contrat à restreindre le libre exercice de ses libertés fondamentales, y compris la liberté de religion et de conscience.

L'objet du contrat est défini comme suit à l'art. 1412 C.c.Q. :

52

53

54

55

1412. The object of a contract is the juridical operation envisaged by the parties at the time of its formation, as it emerges from all the rights and obligations created by the contract.

According to the *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), the definition in art. 1412 codifies the doctrine and jurisprudence on the object of contracts (vol. I, at pp. 857-58). The *Civil Code of Lower Canada* had not provided a specific definition.

56 The C.C.Q. also defines the object of an obligation as follows:

1373. The object of an obligation is the prestation that the debtor is bound to render to the creditor and which consists in doing or not doing something.

The debtor is bound to render a prestation that is possible and determinate or determinable and that is neither forbidden by law nor contrary to public order.

The object of obligations may include a wide variety of prestations “in doing or not doing something” (V. Karim, *Les obligations* (2nd ed. 2002), vol. 1, at p. 19). The object, or prestation, need not be a material thing. It can consist, for example, of a positive action, a payment, or a delivery (Karim, at p. 19).

57 The concept of the object of a contract is even broader than the object of obligations (Baudouin and Jobin, at paras. 19 and 367). It is the legal operation that is contemplated by the parties (D. Lluellas and B. Moore, *Droit des obligations* (2006), at para. 1051) and may include a number of specific obligations with, correlatively, specific objects.

58 With great respect, I see the concept of “juridical operation” (or object of the contract) in art. 1412 as attracting a much broader interpretation than the one proposed by Deschamps J., based largely on my view that art. 1412 is limited only by art. 1413, which states:

1413. A contract whose object is prohibited by law or contrary to public order is null.

59 There are therefore only two limitations on the object of a contract: it cannot be prohibited by law

1412. L’objet du contrat est l’opération juridique envisagée par les parties au moment de sa conclusion, telle qu’elle ressort de l’ensemble des droits et obligations que le contrat fait naître.

Selon les *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), la définition que l’on trouve à l’art. 1412 codifie la doctrine et la jurisprudence relatives à l’objet du contrat (t. I, p. 857-858). On ne trouvait pas dans le *Code civil du Bas Canada* de définition de l’objet du contrat.

Le C.c.Q. définit également l’objet d’une obligation comme suit :

1373. L’objet de l’obligation est la prestation à laquelle le débiteur est tenu envers le créancier et qui consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose.

La prestation doit être possible et déterminée ou déterminable; elle ne doit être ni prohibée par la loi ni contraire à l’ordre public.

L’objet des obligations peut englober les prestations les plus diverses consistant « à faire ou ne pas faire quelque chose » (V. Karim, *Les obligations* (2^e éd. 2002), vol. 1, p. 19). L’objet, ou prestation, n’est pas nécessairement une chose matérielle. Il peut s’agir, par exemple, d’un geste positif, d’un paiement ou de la livraison d’un objet (Karim, p. 19).

La notion d’objet d’un contrat est même plus large que l’objet des obligations (Baudouin et Jobin, par. 19 et 367). C’est l’opération juridique envisagée par les parties (D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations* (2006), par. 1051) et elle peut inclure un certain nombre d’obligations spécifiques prévoyant, corrélativement, des objets spécifiques.

Soit dit en tout respect, j’estime que la notion d’« opération juridique » (ou d’objet du contrat) à l’art. 1412 doit recevoir une interprétation beaucoup plus large que celle que propose la juge Deschamps, surtout parce qu’à mon avis, cet art. 1412 n’est restreint que par l’art. 1413 qui édicte :

1413. Est nul le contrat dont l’objet est prohibé par la loi ou contraire à l’ordre public.

Il n’y a donc que deux restrictions à l’objet d’un contrat : il ne doit pas être prohibé par la loi ni être

or be contrary to public order. Consistent with the principle of freedom of contract, this offers a wide scope for what is a legally permissible object. As Baudouin and Jobin note:

[TRANSLATION] Although every contract must have an object, what that object might be is infinitely varied, since by virtue of the principle of freedom of contract, the parties can perform any type of juridical operation that is within the limits imposed by law and by public order. [Emphasis added; para. 368.]

Therefore, unless Mr. Marcovitz is correct in his assertion that the object of Paragraph 12 is contrary to public order, it is not excluded from the interpretive scope of “juridical operation” in art. 1412 and the contractual obligation is valid and binding.

What constitutes public order, as Baudouin and Jobin explain, is variable:

[TRANSLATION] [The content of public order] changes over time, since this concept basically represents certain values at a given point in the evolution of society.

. . .

Absent any clear indication in the statute, it is the court that assesses whether the provision in question is of public order and determines its concrete effect. [paras. 139 and 142]

I accept that there may well be agreements with religious aspects that would be against public order. It will obviously depend in each case on the nature of the undertaking and, in particular, on the extent to which the promise is consistent with our laws, policies, and democratic values. An agreement to resolve a custody dispute in a way that offends a child’s best interests, or an agreement that violates our employment laws, for example, will likely be found to be contrary to public order.

There is no doubt in my mind, however, about Mr. Marcovitz’s agreement to provide a *get*. It is consistent with, not contrary to, public order. The 1990 *Divorce Act* amendments referred to earlier

contraire à l’ordre public. Conformément au principe de la liberté contractuelle, les parties conservent une grande latitude en matière d’objet légalement permissible. Comme le font remarquer Baudouin et Jobin :

Si tout contrat doit avoir un objet, celui-ci peut être infiniment varié, puisqu’en vertu du principe de la liberté contractuelle, les parties peuvent réaliser toute espèce d’opération juridique, dans les limites imposées par la loi et l’ordre public. [Je souligne; par. 368.]

Par conséquent, à moins que M. Marcovitz n’ait raison d’affirmer que l’objet du paragraphe 12 de l’entente est contraire à l’ordre public, l’interprétation de l’« opération juridique » visée à l’art. 1412 n’exclut pas cet objet et l’obligation contractuelle est valide et exécutoire.

Le contenu de l’ordre public, comme l’expliquent Baudouin et Jobin, peut varier :

[Le contenu de l’ordre public] change, en effet, avec le temps puisqu’il représente, au fond, certaines valeurs à un moment donné de l’évolution de la société.

. . .

En l’absence d’indication claire dans la loi, c’est le tribunal qui évalue le caractère d’ordre public de la disposition sous examen ainsi que sa portée concrète. [par. 139 et 142]

Je conviens qu’il peut très bien exister des ententes comportant des aspects religieux qui seraient contraires à l’ordre public. Cela dépendra manifestement, dans chaque cas, de la nature de l’engagement et, plus particulièrement, de la mesure dans laquelle la promesse est compatible avec nos lois, nos principes et nos valeurs démocratiques. Une entente relative au règlement d’un litige concernant la garde d’un enfant et qui porte atteinte à l’intérêt supérieur de l’enfant, ou une entente qui viole nos lois relatives à l’emploi, pourront être jugées contraires à l’ordre public.

Toutefois, je n’ai aucun doute pour ce qui est de l’engagement de M. Marcovitz à accorder le *get*. Cet engagement est conforme — et non contraire — à l’ordre public. Les modifications apportées en

60

61

62

63

in these reasons contradict the argument that an agreement to grant a *get* breaches the principle of public order. On the contrary, Parliament manifested a clear intention to encourage the removal of religious barriers to remarriage. Moreover, as amplified later in these reasons, the enforceability of a promise by a husband to provide a *get* harmonizes with Canada's approach to religious freedom, to equality rights, to divorce and remarriage generally, and has been judicially recognized internationally.

64 Accordingly, since the object is not contrary to public order, and since all the other requirements for a valid contract in accordance with Quebec law exist, the contractual obligation contained in Paragraph 12 is valid and legally binding under Quebec law.

C. Application of the Quebec Charter

65 There remains Mr. Marcovitz's argument that he is exonerated by s. 3 of the Quebec *Charter* from the consequences of breaching Paragraph 12 of the Consent. He asserts that an award of damages would be a violation of his freedom of religion because it would condemn him *ex post facto* "for abiding by his religion in the first place." Section 3 states:

3. Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

66 This Court's most recent decision examining the scope of this provision is *Amselem*. Orthodox Jews who owned units in a condominium building in Montréal sought to construct small enclosed structures known as "succahs" on their balconies for the Jewish festival of Succot. A by-law in the declaration of co-ownership prohibited them from doing so.

67 The test applied by the majority in *Amselem* examines whether an individual's sincerely held

1990 à la *Loi sur le divorce*, mentionnées précédemment, contredisent l'argument selon lequel une entente prévoyant que le *get* sera accordé viole le principe de l'ordre public. Au contraire, le législateur a manifesté l'intention claire d'encourager la suppression des obstacles religieux au mariage. De plus, comme je le signale plus loin dans ces motifs, le caractère exécutoire d'une promesse d'accorder le *get* s'harmonise avec l'approche canadienne en matière de liberté de religion, de droits à l'égalité et de divorce et de mariage de façon générale, et elle est reconnue judiciairement à l'échelle internationale.

En conséquence, puisque l'objet n'est pas contraire à l'ordre public et que toutes les autres conditions de validité d'un contrat conforme au droit québécois sont présentes, l'obligation contractuelle contenue au paragraphe 12 de l'entente est valide et juridiquement exécutoire en droit québécois.

C. Application de la Charte québécoise

Il reste l'argument de M. Marcovitz selon lequel l'art. 3 de la *Charte* québécoise l'exonère des conséquences d'un manquement au paragraphe 12 de l'entente. Celui-ci affirme que l'attribution de dommages-intérêts violerait sa liberté de religion en ce qu'elle le condamnerait *ex post facto* [TRADUCTION] « pour s'être conformé à sa religion ». L'article 3 prévoit ce qui suit :

3. 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.

C'est dans l'arrêt récent *Amselem* que notre Cour a examiné pour la dernière fois la portée de cette disposition. Des Juifs orthodoxes propriétaires d'appartements dans un immeuble en copropriété situé à Montréal voulaient construire sur leurs balcons, pour la fête juive du Souccoth, de petites structures closes appelées « succahs », ce qui était interdit par un règlement de construction incorporé dans la déclaration de copropriété de l'immeuble.

Le critère appliqué par la majorité dans l'arrêt *Amselem* pose la question de savoir si la croyance

and good faith religious belief is being unjustifiably limited to a non-trivial degree. Applying this test to the facts of this case, I see no *prima facie* infringement of Mr. Marcovitz's religious freedom.

I start by querying whether Mr. Marcovitz, in good faith, sincerely believed that granting a *get* was an act to which he objected as a matter of religious belief or conscience. It is not clear to me what aspect of his religious beliefs prevented him from providing a *get*. He never, in fact, offered a religious reason for refusing to provide a *get*. Rather, he said that his refusal was based on the fact that, in his words:

Mrs. Bruker harassed me, she alienated my kids from me, she stole some money from me, she stole some silverware from my mother, she prevented my proper visitation with the kids. Those are the reasons [Appellant's Record, at p. 66]

This concession confirms, in my view, that his refusal to provide the *get* was based less on religious conviction than on the fact that he was angry at Ms. Bruker. His religion does not require him to refuse to give Ms. Bruker a *get*. The contrary is true. There is no doubt that at Jewish law he *could* refuse to give one, but that is very different from Mr. Marcovitz being prevented by a tenet of his religious beliefs from complying with a legal obligation he voluntarily entered into and of which he took the negotiated benefits.

Even if requiring him to comply with his agreement to give a *get* can be said to conflict with a sincerely held religious belief and to have non-trivial consequences for him, both of which I have difficulty discerning, such a *prima facie* infringement does not survive the balancing mandated by this Court's jurisprudence and the Quebec *Charter*.

I start the balancing analysis with the provenance of this Court's robust interpretation of freedom of religion, *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, where Dickson J. confirmed the broad contours of the right in the constitutional context as follows:

religieuse sincère et de bonne foi d'un individu fait l'objet d'une limite injustifiée non négligeable. En appliquant ce critère aux faits de l'espèce, je ne constate à première vue aucune atteinte à la liberté de religion de M. Marcovitz.

Je me demande d'abord si M. Marcovitz croyait sincèrement, en toute bonne foi, que le fait d'accorder le *get* était un acte auquel il s'opposait par croyance ou conscience religieuse. Je ne vois pas vraiment quel aspect de ses croyances religieuses l'a empêché d'accorder le *get*. En fait, il n'a jamais fourni de motif religieux à l'appui de son refus d'accorder le *get*. Il a plutôt affirmé que son refus reposait sur le fait que, pour reprendre ses propos :

[TRADUCTION] Madame Bruker m'a harcelé, elle a éloigné mes enfants de moi, elle m'a volé de l'argent, elle a volé de l'argenterie à ma mère, elle m'a empêché d'exercer pleinement mes droits de visite des enfants. Voilà les motifs . . . [Dossier de l'appelante, p. 66]

Cet aveu confirme, selon moi, que son refus d'accorder le *get* était fondé moins sur une conviction religieuse que sur le fait qu'il était fâché contre M^{me} Bruker. Sa religion ne l'oblige pas à refuser d'accorder le *get* à M^{me} Bruker, bien au contraire. Il ne fait aucun doute que selon la loi juive, il *pouvait* refuser de l'accorder, mais c'est tout autre chose de dire qu'un principe religieux l'a empêché de respecter une obligation légale qu'il a volontairement conclue et dont il s'est prévalu des avantages négociés.

Même si l'on peut affirmer que le fait de l'obliger à respecter son engagement d'accorder le *get* va à l'encontre d'une croyance religieuse sincère et a des conséquences non négligeables pour lui — et je vois difficilement qu'il en soit ainsi — cette atteinte *prima facie* ne résiste pas à l'exercice d'appréciation que prescrivent la jurisprudence de cette Cour et la *Charte* québécoise.

Je commence cet exercice d'appréciation en citant l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, dans lequel notre Cour a pour la première fois donné à la liberté de religion une interprétation robuste et où le juge Dickson a confirmé comme suit la portée générale de ce droit dans un contexte constitutionnel :

68

69

70

71

The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination. [p. 336]

72

Notably, he also confirmed that religious freedoms were nonetheless subject to limitations when they disproportionately collided with other significant public rights and interests:

Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience.

The values that underlie our political and philosophic traditions demand that every individual be free to hold and to manifest whatever beliefs and opinions his or her conscience dictates, provided *inter alia* only that such manifestations do not injure his or her neighbours or their parallel rights to hold and manifest beliefs and opinions of their own. [Emphasis added; pp. 337 and 346.]

(See also *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at pp. 121-22; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, at p. 182; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 226; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at paras. 72 and 94; and *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6, at para. 26.)

73

Other jurisdictions have similarly concluded that the invocation of freedom of religion does not, by itself, grant immunity from the need to weigh the assertion against competing values or harm. Two examples suffice. In H.C. 292/83, *Temple Mount Faithful v. Jerusalem District Police Commander*, 38(2) P.D. 449, the Israeli Supreme Court allowed a petition from some Jewish worshippers seeking to pray in a location where a clash with Muslim worshippers appeared inevitable. Barak J. warned:

Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. [p. 336]

Notamment, il a aussi confirmé que la liberté de religion peut néanmoins être restreinte lorsqu'elle entre démesurément en conflit avec d'autres droits et intérêts publics importants :

La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.

Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles. [Je souligne; p. 337 et 346.]

(Voir également *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, p. 121-122; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, p. 182; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 226; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 72 et 94; et *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6, par. 26.)

D'autres ressorts ont également conclu que le fait d'invoquer la liberté de religion n'offre pas, en soi, l'immunité contre la nécessité d'apprécier le droit revendiqué en regard des valeurs ou du préjudice opposés. Deux exemples suffisent. Dans H.C. 292/83, *Temple Mount Faithful c. Jerusalem District Police Commander*, 38(2) P.D. 449, la Cour suprême israélienne a accueilli la requête d'un groupe de fidèles juifs qui demandaient à prier dans un lieu où un conflit avec des fidèles musulmans semblait inévitable. Le juge Barak a signalé ce qui suit :

Freedom of conscience, belief, religion and worship is a relative one. It has to be balanced with other rights and interests which also deserve protection, like private and public property, and freedom of movement. One of the interests to be taken into consideration is public order and security.

And in *Christian Education South Africa v. Minister of Education* (2000), 10 B. Const. L.R. 1051 (S. Afr. Const. Ct.), Sachs J., for a unanimous court, explored the limitations of religious freedom in a challenge to a law prohibiting corporal punishment of students in schools. Christian Education South Africa, an association of 196 independent Christian schools, claimed that corporal punishment was mandated by the Bible. In a decision upholding the prohibition against punishment, Sachs J. explained:

The underlying problem in any open and democratic society based on human dignity, equality and freedom in which conscientious and religious freedom has to be regarded with appropriate seriousness, is how far such democracy can and must go in allowing members of religious communities to define for themselves which laws they will obey and which not. Such a society can cohere only if all its participants accept that certain basic norms and standards are binding. Accordingly, believers cannot claim an automatic right to be exempted by their beliefs from the laws of the land. At the same time, the state should, wherever reasonably possible, seek to avoid putting believers to extremely painful and intensely burdensome choices of either being true to their faith or else respectful of the law. [para. 35]

And in *Amselem*, the majority in this Court observed that

[c]onduct which would potentially cause harm to or interference with the rights of others would not automatically be protected. . . .

Indeed, freedom of religion . . . may be made subject to overriding societal concerns. [paras. 62-63]

[TRANSDUCTION] La liberté de conscience, de croyance, de religion et de culte est relative. Elle doit être appréciée avec les autres droits et intérêts qui méritent également d'être protégés, comme le droit à la propriété privée et publique et la liberté de mouvement. L'ordre public et la sécurité comptent parmi les intérêts qui doivent être pris en compte.

Puis, dans *Christian Education South Africa c. Minister of Education* (2000), 10 B. Const. L.R. 1051 (C. const. Afr. du Sud), le juge Sachs, au nom d'une cour unanime, a exploré les limites de la liberté de religion dans le cadre de la contestation d'une loi interdisant le châtimeut corporel des étudiants à l'école. La Christian Education South Africa, une association de 196 écoles chrétiennes indépendantes, a fait valoir que le châtimeut corporel était prescrit par la Bible. Dans une décision maintenant l'interdiction du châtimeut, le juge Sachs a donné l'explication suivante :

[TRANSDUCTION] Dans toute société ouverte et démocratique qui reconnaît la dignité humaine, l'égalité et la liberté dans lesquels la liberté de conscience et de religion doit être considérée avec le sérieux qui s'impose, le problème sous-jacent consiste à déterminer la mesure dans laquelle la démocratie peut et doit permettre aux membres des communautés religieuses de déterminer eux-mêmes les lois qu'ils respecteront et celles qu'ils ne respecteront pas. Une telle société ne peut se tenir que si tous ses participants acceptent le caractère obligatoire de certaines normes fondamentales. Dès lors, les croyants ne peuvent prétendre à un droit automatique d'être soustraits, en raison de leurs croyances, aux lois du pays. En même temps, l'État devrait, lorsque c'est raisonnablement possible, s'efforcer de ne pas obliger les croyants à faire le choix difficile et intensément pénible entre rester fidèles à leur foi ou respecter la loi. [par. 35]

Dans l'arrêt *Amselem*, les juges majoritaires de cette Cour ont fait observer ce qui suit :

Une conduite susceptible de causer préjudice aux droits d'autrui ou d'entraver l'exercice de ces droits n'est pas automatiquement protégée. . .

De fait, [. . .] la liberté de religion [. . .] peut être subordonnée au respect de préoccupations sociales supérieures. [par. 62-63]

74

75

76 In Quebec, the fact that rights and freedoms, including freedom of religion, are limited by the extent to which their exercise is harmful to others, finds expression in s. 9.1 of the Quebec *Charter*. Only the first paragraph of s. 9.1 is engaged. It states:

9.1. In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

77 Section 9.1 confirms the principle that the assertion of a claim to religious freedom must be reconciled with countervailing rights, values, and harm. A balancing of competing rights and values appears to have been what was intended when s. 9.1 was introduced in 1982, as reflected in the following words of the then Quebec Minister of Justice, M^c Marc-André Bédard:

[TRANSLATION] The purpose of s. 9.1 is to temper the absoluteness of the freedoms and rights set out in ss. 1 through 9 both by imposing limits, which are set out in the first paragraph, on the holders of those rights and freedoms in relation to other citizens

(*Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3rd Sess., 32nd Leg., December 16, 1982, at p. B-11609)

(See *Amsalem*, at paras. 154-57, *per* Bastarache J., and para. 191, *per* Binnie J.; *Aubry v. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 S.C.R. 591.)

78 Mr. Marcovitz's claim must therefore be weighed against the "democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec" stipulated by s. 9.1. We thereby enter the complex, nuanced, fact-specific territory referred to at the outset of these reasons.

79 Mr. Marcovitz, it seems to me, has little to put on the scales. To begin, he freely entered into a valid and binding contractual obligation and now seeks to have it set aside based on *ex post facto* religious

Au Québec, l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise prévoit que les droits et les libertés, y compris la liberté de religion, sont restreints dans la mesure où leur exercice ne doit pas être préjudiciable à autrui. Seul le premier paragraphe de l'art. 9.1 s'applique. Il prévoit ce qui suit :

9.1 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.

L'article 9.1 confirme le principe selon lequel la revendication du droit à la liberté de religion doit être conciliée avec les droits, les valeurs et le préjudice opposés. Une appréciation des droits et valeurs opposés semble correspondre à l'intention du législateur au moment de l'adoption de l'art. 9.1 en 1982, comme l'indique le propos suivant du ministre de la Justice du Québec de l'époque, M^c Marc-André Bédard :

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

(*Journal des débats : Commissions parlementaires*, 3^e sess., 32^e lég., 16 décembre 1982, p. B-11609)

(Voir *Amsalem*, par. 154-157, le juge Bastarache, et par. 191, le juge Binnie; *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591.)

Il faut donc apprécier la revendication de M. Marcovitz en regard « des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec » dont fait état l'art. 9.1. Ainsi, nous abordons l'exercice complexe, nuancé et tributaire des faits propres à chaque espèce mentionné au début de ces motifs.

M. Marcovitz, il me semble, a bien peu à mettre dans la balance. D'abord, il a conclu de son plein gré une obligation contractuelle valide et exécutoire qu'il cherche maintenant à faire annuler pour

compunctions. In my view, it is this attempt to resile from his binding promise, not the enforcement of the obligation, that offends public order.

But the public policy benefit of preventing individuals from avoiding the usual legal consequences of their contractual breaches, is only one of the factors that weighs against his claim. The significant intrusions into our constitutionally and statutorily articulated commitments to equality, religious freedom and autonomous choice in marriage and divorce that flow from the breach of his legal obligation are what weigh most heavily against him.

Section 21.1 of the *Divorce Act*, which gives a court discretionary authority to rebuff a spouse in civil proceedings who obstructs religious remarriage, is a clear indication that it is public policy in this country that such barriers are to be discouraged. As the comments of the then Ministers of Justice show, these amendments received overwhelming support from the Jewish community, including its more religious elements, reflecting a consensus that the refusal to provide a *get* was an unwarranted indignity imposed on Jewish women and, to the extent possible, one that should not be countenanced by Canada's legal system.

We also accept the right of Canadians to decide for themselves whether their marriage has irretrievably broken down and we attempt to facilitate, rather than impede, their ability to continue their lives, including with new families. Moreover, under Canadian law, marriage and divorce are available equally to men and women. A *get*, on the other hand, can only be given under Jewish law by a husband. For those Jewish women whose religious principles prevent them from considering remarriage unless they are able to do so in accordance with Jewish law, the denial of a *get* is the denial of the right to remarry. It is true that *get* also requires the consent of the wife, but as Ayelet Shachar points out in *Multicultural Jurisdictions*, the law has a disparate impact on women:

des scrupules religieux qui lui sont venus après coup. À mon avis, c'est cette tentative de se désister de sa promesse exécutoire, et non l'exécution de l'obligation, qui est contraire à l'ordre public.

Mais l'avantage que procure, dans l'intérêt public, le fait d'empêcher des personnes de se soustraire aux conséquences juridiques qu'entraînent leurs violations de contrat n'est qu'un des facteurs défavorables à la revendication de M. Marcovitz. Ce qui joue le plus contre lui, ce sont les atteintes importantes que la violation de ses obligations juridiques porte à nos engagements — précisés dans la Constitution et les lois — envers l'égalité, la liberté de religion et la liberté de choix en matière de mariage et de divorce.

En conférant au tribunal le pouvoir discrétionnaire d'éconduire dans des procédures civiles un époux qui fait obstacle au remariage religieux, l'art. 21.1 de la *Loi sur le divorce* indique clairement qu'il est d'intérêt public au Canada de décourager les obstacles de ce genre. Comme l'indiquent les commentaires des ministres de la Justice de l'époque, la communauté juive, incluant ses membres plus religieux, ont accueilli très favorablement ces modifications, ce qui reflète l'opinion générale selon laquelle le refus d'accorder le *get* constitue à l'égard des femmes juives une indignité injustifiée que, dans la mesure du possible, le système juridique canadien ne devrait pas accepter.

Nous reconnaissons également aux Canadiens le droit de décider eux-mêmes si leur mariage est irrémédiablement brisé et nous tentons de leur permettre — et non de les empêcher — de continuer leurs vies, y compris avec de nouvelles familles. De plus, en droit canadien, le mariage et le divorce sont ouverts tant aux hommes qu'aux femmes. Par contre, selon la loi juive, le *get* ne peut être accordé que par l'époux. Pour la femme juive empêchée par ses principes religieux d'envisager le remariage à moins qu'il soit conforme à la loi juive, le refus du *get* la prive du droit de se remarier. Certes, l'épouse doit elle aussi consentir au *get*, mais comme le souligne Ayelet Shachar dans *Multicultural Jurisdictions*, le droit a sur les femmes un effet disparate :

80

81

82

The family law realm . . . vividly illustrates the troubling paradox of multicultural vulnerability, by demonstrating how well-meaning attempts to respect differences often translate into a license for subordination of a particular category of group members — in this instance, primarily women. [p. 62]

The refusal of a husband to provide a *get*, therefore, arbitrarily denies his wife access to a remedy she independently has under Canadian law and denies her the ability to remarry and get on with her life in accordance with her religious beliefs.

83 There is also support internationally for courts protecting Jewish women from husbands who refuse to provide a religious divorce.

84 The use of damages to compensate someone whose spouse has refused to provide a *get* was upheld by the European Commission of Human Rights. In *D. v. France*, Application No. 10180/82, December 6, 1983, D.R. 35, p. 199, the husband had been ordered by a French court to pay his ex-wife 25 000 francs to compensate her for his refusal to deliver a *get*. The husband applied to the Commission, arguing that his right to freedom of conscience and religion under the *European Convention on Human Rights* was violated by this award of damages. The Commission rejected his application, noting that “under Hebrew law it is customary to hand over the letter of repudiation after the civil divorce has been pronounced, and that no man with genuine religious convictions would contemplate delaying the remittance of this letter to his ex-wife” (p. 202). It further held that “in refusing to hand over the letter of repudiation establishing the religious divorce to his ex-wife, the applicant was not manifesting his religion in observance or practice, within the meaning of Article 9, para. 1 of the Convention” (p. 202).

85 French courts have held that the refusal to provide the *get* is a delictual fault. The remedy provided is the payment of damages to compensate the wife. In Trib. civ. Seine, February 22, 1957,

[TRANSDUCTION] Le domaine du droit familial [. . .] illustre on ne peut mieux le troublant paradoxe de la vulnérabilité multiculturelle en montrant de quelle façon des tentatives bien intentionnées de respect des différences se transforment souvent en autorisation de subordination des membres d’un groupe appartenant à une catégorie donnée — en l’occurrence, principalement les femmes. [p. 62]

Le refus de l’époux d’accorder le *get* à son épouse la prive donc arbitrairement de l’accès à un recours qu’elle possède de façon indépendante en droit canadien, et il lui enlève la possibilité de se remarier et de refaire sa vie conformément à ses croyances religieuses.

Les tribunaux offrant aux femmes juives leur protection contre les époux qui refusent de leur accorder un divorce religieux jouissent également d’un soutien au niveau international.

La Commission européenne des droits de l’homme a maintenu le recours aux dommages-intérêts pour indemniser une épouse qui s’est vu refuser le *get*. Dans *D. c. France*, requête n° 10180/82, 6 décembre 1983, D.R. 35, p. 199, l’époux avait été condamné par un tribunal français à verser 25 000 francs à son ex-épouse pour l’indemniser de son refus de lui accorder le *get*. L’époux s’est adressé à la Commission, faisant valoir que son droit à la liberté de conscience et de religion garanti par la *Convention européenne des droits de l’homme* avait été violé par cette condamnation. La Commission a rejeté sa requête, faisant observer que « selon le droit hébraïque il est d’usage de délivrer la lettre de répudiation après le prononcé du divorce civil et qu’un homme véritablement pieux ne saurait retarder la remise de cette lettre à son ex-épouse » (p. 200). Elle a en outre estimé « qu’en refusant de remettre à son ex-épouse la lettre de répudiation constatant le divorce religieux, le requérant n’a pas manifesté sa religion par l’accomplissement d’un rite ou d’une pratique religieuse au sens de l’article 9, par. 1, de la Convention » (p. 200-201).

Les tribunaux français ont statué que le refus d’accorder le *get* constitue une faute délictuelle. Le recours prévu est le paiement de dommages-intérêts pour indemniser l’épouse. Dans Trib. civ. Seine, 22

Gaz. Pal. 1957.1.246, for example, the husband had divorced his wife under civil law but refused to deliver a *get* to her. The Tribunal civil de la Seine held:

[TRANSLATION] Whereas the *get* is a purely religious act of repudiation that can have no effect — from a civil standpoint — on the breakdown of the marital relationship, to which effect has already been given by the divorce; and whereas it cannot therefore be properly maintained that the granting of a *get* is contrary to public order. [p. 246]

Finding that providing a *get* did not require any special form of worship, the Tribunal deemed that the husband's refusal to provide the *get* was a delictual fault and the wife was awarded substantial damages. (See also Civ. 2^e, December 13, 1972, D. 1973.493.)

In the United Kingdom, courts have also been willing to attach civil consequences to a husband's refusal to provide a *get* and have recognized that the inability to remarry within one's religion represents a serious compensable injury. In *Brett v. Brett*, [1969] 1 All E.R. 1007, the English Court of Appeal ordered an additional lump sum spousal support payment by the husband if he refused to deliver a *get* by a certain date.

Australian courts too have provided remedies for a husband's refusal to give his wife a *get*. In *In the Marriage of Shulsinger* (1977), 13 A.L.R. 537, the Family Court of Australia held that a husband's undertaking to a family court that he would obtain a *get* did not violate his freedom of religion, concluding:

[The trial judge] was concerned with . . . the serious question of the injustice that would arise if the husband sought and obtained a divorce in Australia, but refused to relieve his wife of the obligations of the marriage. It is contrary to all notions of justice to allow such a possibility to arise in a court, and to say that the court can do nothing. [Emphasis added; p. 541.]

And in *In the Marriage of Steinmetz* (1980), 6 F.L.R. 554, the Family Court of Australia awarded

février 1957, *Gaz. Pal.* 1957.1.246, par exemple, l'époux avait divorcé de son épouse au civil mais refusait de lui accorder le *get*. Le Tribunal civil de la Seine a conclu comme suit :

Attendu que le gueth est un acte de répudiation à caractère purement religieux qui ne peut emporter aucun effet sur la rupture du lien conjugal au point de vue civil, rupture déjà consacrée par le divorce; qu'il ne peut donc être utilement soutenu que la délivrance du gueth soit contraire à l'ordre public. [p. 246]

Constatant que la remise du *get* ne nécessite aucune forme de culte particulière, le tribunal a considéré que le refus de l'époux d'accorder le *get* constituait une faute délictuelle et l'épouse a obtenu des dommages-intérêts importants. (Voir également Civ. 2^e, 13 décembre 1972, D. 1973.493.)

Au Royaume-Uni, les tribunaux se sont également montrés disposés à reconnaître les conséquences civiles du refus de l'époux d'accorder le *get* et ont affirmé que l'impossibilité de se remarier dans sa religion représente un préjudice grave donnant ouverture à indemnisation. Dans *Brett c. Brett*, [1969] 1 All E.R. 1007, la Cour d'appel d'Angleterre a condamné l'époux à verser une somme forfaitaire supplémentaire au titre de la pension alimentaire au conjoint s'il refusait d'accorder le *get* avant une certaine date.

Les tribunaux australiens ont aussi prévu des recours à l'égard du refus de l'époux d'accorder le *get* à son épouse. Dans *In the Marriage of Shulsinger* (1977), 13 A.L.R. 537, le tribunal de la famille de l'Australie a affirmé que l'engagement à accorder le *get* pris par un époux envers le tribunal ne violait pas sa liberté de religion, concluant comme suit :

[TRADUCTION] [Le juge de première instance] était préoccupé par [. . .] la grave question de l'injustice qui serait faite si l'époux demandait et obtenait un divorce en Australie, mais refusait de libérer son épouse des obligations du mariage. Il est contraire à toutes les notions de justice de permettre qu'une telle éventualité se produise devant un tribunal, et d'affirmer que ce dernier n'y peut rien. [Je souligne; p. 541.]

Puis, dans *In the Marriage of Steinmetz* (1980), 6 F.L.R. 554, le tribunal de la famille de l'Australie

86

87

the wife a greater amount of spousal maintenance in order to “encourage” the husband to give her a religious divorce.

88

American courts, relying primarily on the rationale that obtaining a *get* is not solely a religious act but one that has the secular purpose of finalizing the dissolution of the marriage, have been willing to order parties to submit to the jurisdiction of the *beth din*. In *Avitzur v. Avitzur*, 459 N.Y.S.2d 572 (1983), the New York Court of Appeals found that a clause in a Jewish marriage contract, requiring both parties to appear before the *beth din* upon the breakdown of the marriage for the purposes of obtaining a *get* was enforceable and did not violate the constitutional prohibition against excessive entanglement between church and state. (See also *Waxstein v. Waxstein*, 395 N.Y.S.2d 877 (Sup. Ct. 1976) (aff’d 394 N.Y.S.2d 253 (App. Div. 1977)); *Rubin v. Rubin*, 348 N.Y.S.2d 61 (Fam. Ct. 1973); and *Minkin v. Minkin*, 434 A.2d 665 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 1981).) Unlike *Avitzur* and other American cases, this Court has not been asked either to order specific performance or, as previously noted, to determine the enforceability of a Jewish marriage contract, and the reference to these cases should not be taken as endorsing either remedy.

89

Of particular interest is the judicial treatment of a husband’s refusal to provide a *get* in Israel, where judges have awarded damages as compensation to a wife because of her husband’s refusal to give her a *get*. In *Jane Doe v. John Doe*, Jerusalem Fam. Ct., No. 19270/03, December 21, 2004, Hachohen J. recognized that “[t]he problem of *ghet* recalcitrance is one of the fundamental problems of Halakhic Judaism (Jewish Religious Law) and in Jewish family law” (para. 3). He observed that in H.C. 6751/04, *Sabag v. Supreme Rabbinical Court of Appeals*, 59(4) P.D. 817, the High Court of Justice stressed that it was imperative “to find effective solutions to this phenomenon . . . in order to free couples . . . and to allow them to begin new lives, and in that way to realize their right to independent lives in the area of personal status” (para. 3)

a octroyé à l’épouse une pension alimentaire plus substantielle pour « encourager » l’époux à accorder à cette dernière un divorce religieux.

Se fondant principalement sur le principe voulant que l’obtention du *get* constitue non seulement un acte religieux, mais aussi un acte ayant pour objet séculier de finaliser la dissolution du mariage, les tribunaux américains se sont montrés enclins à ordonner aux parties de se soumettre à la compétence du *beth din*. Dans *Avitzur c. Avitzur*, 459 N.Y.S.2d 572 (1983), la Cour d’appel de New York a conclu que la clause d’un contrat de mariage juif obligeant les deux parties à se présenter devant le *beth din* dès la rupture du mariage en vue d’accorder le *get* avait force exécutoire et n’allait pas à l’encontre de l’interdiction constitutionnelle de la confusion excessive de l’État et de l’Église. (Voir également *Waxstein c. Waxstein*, 395 N.Y.S.2d 877 (Sup. Ct. 1976) (conf. par 394 N.Y.S.2d 253 (App. Div. 1977)); *Rubin c. Rubin*, 348 N.Y.S.2d 61 (Fam. Ct. 1973); et *Minkin c. Minkin*, 434 A.2d 665 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 1981).) Contrairement à la situation qui prévalait dans l’affaire *Avitzur* et d’autres affaires américaines, notre Cour n’est pas appelée à ordonner l’exécution intégrale ou, comme je l’ai déjà indiqué, à déterminer le caractère exécutoire d’un contrat de mariage juif, et la mention de ces décisions ne signifie pas que j’en accepte les dispositifs.

En Israël, où les juges ont octroyé des dommages-intérêts à une épouse à titre d’indemnisation pour le refus de son époux de lui accorder le *get*, l’attitude adoptée par les tribunaux à l’égard de cette question présente un intérêt particulier. Dans *Jane Doe c. John Doe*, Trib. fam. Jérusalem, n° 19270/03, 21 décembre 2004, le juge Hachohen a reconnu que [TRADUCTION] « [l]e problème de la réticence à accorder le *get* est un des problèmes fondamentaux du judaïsme halachique (la loi religieuse juive) et du droit familial juif » (par. 3). Il a fait observer que dans la décision H.C. 6751/04, *Sabag c. Supreme Rabbinical Court of Appeals*, 59(4) P.D. 817, la Haute cour de justice a signalé qu’il était impératif [TRADUCTION] « de trouver des solutions efficaces à ce phénomène [. . .] pour affranchir les couples [. . .] et leur permettre

(certified English translation). Noting the husband's argument that disputes of this nature should best be left to rabbinical courts because religious law applies to marriage and divorce in Israel, Hachohen J., who ordered the husband to pay 425,000 shekels in damages, including 100,000 shekels in aggravated damages, held:

The rabbinical courts deal, at one tempo or another, with finding Halachic [religious law] solutions for the phenomenon of *get* recalcitrance and with the development of Halachic tools for exerting pressure on *get* withholders to consent to grant their wives the longed for *get*. However, in this suit the Court is not trespassing on this area. . . . The object of the relief applied for is to indemnify the wife for significant damages caused her by long years of *aginut*, loneliness and mental distress that were imposed on her by her husband. [Emphasis added; para. 19.]

This international perspective reinforces the view that judicial enforcement of an agreement to provide a Jewish divorce is consistent with public policy values shared by other democracies.

Mr. Marcovitz cannot, therefore, rely on the Quebec *Charter* to avoid the consequences of failing to implement his legal commitment to provide the *get*.

The public interest in protecting equality rights, the dignity of Jewish women in their independent ability to divorce and remarry, as well as the public benefit in enforcing valid and binding contractual obligations, are among the interests and values that outweigh Mr. Marcovitz's claim that enforcing Paragraph 12 of the Consent would interfere with his religious freedom.

Despite the moribund state of her marriage, Ms. Bruker remained, between the ages of 31 and 46, Mr. Marcovitz's wife under Jewish law, and

de refaire leur vie, et d'ainsi jouir de leur droit de mener une vie indépendante sur le plan personnel » (par. 3) (traduit de l'anglais). Après avoir pris note de l'argument de l'époux voulant que les tribunaux rabbiniques soient mieux placés pour connaître des litiges de ce genre du fait que la loi religieuse s'applique au mariage et au divorce en Israël, le juge Hachohen, qui a condamné l'époux à verser 425 000 shekels en dommages-intérêts, y compris 100 000 shekels en dommages-intérêts majorés, a statué comme suit :

[TRADUCTION] Les tribunaux rabbiniques sont appelés, à un moment ou à un autre, à trouver des solutions halachiques [de la loi religieuse] au phénomène de la réticence à accorder le *get* et à imaginer des outils halachiques pour forcer les personnes qui le retiennent à accepter d'accorder à leurs épouses le *get* tant attendu. En l'espèce, toutefois, la Cour ne s'ingère pas dans ce domaine. [. . .] Le redressement demandé a pour objet d'indemniser l'épouse des dommages importants causés par ses longues années d'*aginut*, de solitude et de souffrance morale que lui a imposées son époux. [Je souligne; par. 19.]

Cette perspective internationale renforce l'idée que l'exécution judiciaire d'un engagement à accorder le divorce juif est compatible avec les valeurs d'ordre public que partagent d'autres démocraties.

M. Marcovitz ne peut donc pas s'appuyer sur la *Charte* québécoise pour se soustraire aux conséquences de son refus de donner suite à son engagement d'accorder le *get*.

L'intérêt que porte le public à la protection des droits à l'égalité et de la dignité des femmes juives dans l'exercice indépendant de leur capacité de divorcer et se remarier conformément à leurs croyances, tout comme l'avantage pour le public d'assurer le respect des obligations contractuelles valides et exécutoires, comptent parmi les intérêts et les valeurs qui l'emportent sur la prétention de M. Marcovitz selon laquelle l'exécution de l'engagement pris au paragraphe 12 de l'entente pourrait restreindre sa liberté de religion.

Malgré le caractère moribond de son mariage, Mme Bruker est demeurée, depuis l'âge de 31 ans jusqu'à 46 ans, l'épouse de M. Marcovitz selon la

90

91

92

93

dramatically restricted in the options available to her in her personal life. This represented an unjustified and severe impairment of her ability to live her life in accordance with this country's values and her Jewish beliefs. Any infringement of Mr. Marcovitz's freedom of religion is inconsequential compared to the disproportionate disadvantaging effect on Ms. Bruker's ability to live her life fully as a Jewish woman in Canada.

D. Damages

94 That leaves Ms. Bruker's submission that the trial judge's award of damages was insufficient. On the other hand, Mr. Marcovitz argues that the quantum of damages awarded by the trial judge was overly generous and should be reduced.

95 Damages are available for breach of contract. Under art. 1607 C.C.Q., the creditor of an obligation is "entitled to damages for bodily, moral or material injury which is an immediate and direct consequence of the debtor's default". The trial judge concluded that Mr. Marcovitz's breach of his civil law obligation in Paragraph 12 of the Consent caused the damages claimed by Ms. Bruker. He exercised his discretion in awarding damages and I see no reason to interfere with that exercise.

96 There is no doubt that Mr. Marcovitz's refusal to appear to obtain the *get* was the exclusive reason a *get* was not issued. The Consent was freely entered into and the only thing that changed between the time of granting the Consent and the Decree Nisi was Mr. Marcovitz's mind. He was entitled to change his legal position, but not without changing the legal consequences. It is his right to refuse to give a *get* if he is so inclined, but not without accepting responsibility for the consequences to Ms. Bruker of his decision to resile from this civil obligation.

loi juive et s'est trouvée dramatiquement limitée dans ses choix de vie personnelle. Sa faculté de vivre sa vie conformément aux lois et aux valeurs de notre pays et à ses croyances juives s'est ainsi trouvée gravement et arbitrairement entravée. Une atteinte à la liberté de religion de M. Marcovitz est sans conséquence en comparaison des inconvénients disproportionnés sur la possibilité pour M^{me} Bruker de vivre pleinement sa vie comme femme juive au Canada.

D. Dommages-intérêts

Il reste à examiner la prétention de M^{me} Bruker selon laquelle l'indemnité accordée par le juge de première instance était insuffisante. Monsieur Marcovitz prétend au contraire que le montant des dommages-intérêts accordé par le juge de première instance était trop élevé et devrait être réduit.

Des dommages-intérêts peuvent être accordés en cas de rupture de contrat. Selon l'art. 1607 C.c.Q., le créancier d'une obligation « a droit à des dommages-intérêts en réparation du préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel, que lui cause le défaut du débiteur et qui en est une suite immédiate et directe ». Le juge de première instance a conclu que le manquement de M. Marcovitz à son obligation de droit civil contenue au paragraphe 12 de l'entente était la cause de la réclamation de dommages-intérêts par M^{me} Bruker. Il a exercé son pouvoir discrétionnaire en accordant des dommages-intérêts, et je ne vois aucune raison d'intervenir dans cet exercice.

Il ne fait aucun doute que la seule raison pour laquelle le *get* n'a pas été accordé tient au refus de M. Marcovitz de se présenter devant le tribunal pour l'accorder. L'entente a été librement conclue, et tout ce qui a changé entre la date de l'entente et la date du prononcé du jugement conditionnel de divorce, c'est l'état d'esprit de M. Marcovitz. Il avait le droit de changer sa position juridique, mais non sans en changer les conséquences juridiques. Il peut refuser d'accorder le *get* s'il le désire, mais non sans accepter la responsabilité des conséquences que sa décision de revenir sur son obligation civile peut avoir pour M^{me} Bruker.

The trial judge considered all the evidence of the impact of the breach of Paragraph 12 of the Consent on Ms. Bruker's life. There is no evidence that he committed any palpable or overriding error, that he was proceeding on a mistaken or wrong principle, or that the assessment of damages is erroneous. Awarding damages in this case appropriately compensates Ms. Bruker for what she has lost by Mr. Marcovitz's refusal to perform his obligation under the contract — the ability for 15 years to marry or have children in accordance with her religious beliefs. I see no basis for disturbing the quantum of damages.

Ms. Bruker also argued that the trial judge erred by awarding interest and additional indemnity only as of the date of her amended claim for additional damages in 1996, rather than from the date of the issuance of the Decree Nisi in 1980 or the date of her original action in 1989. Article 1618 C.C.Q. provides for interest on the kind of damages claimed by Ms. Bruker "from the date of default or from any other later date which the court considers appropriate". Under art. 1619 C.C.Q., "indemnity may be added to the amount of damages awarded for any reason".

The trial judge found that Ms. Bruker's claim for damages became a real issue only after the granting of the *get*, when she issued her amended claim. As a result, he awarded interest and additional indemnity only as of the date of its service. I see no reason to interfere with this exercise of his discretion.

The appeal is therefore allowed with costs throughout.

English version of the reasons of Deschamps and Charron JJ. delivered by

DESCHAMPS J. (dissenting) — The question before the Court is whether the civil courts can be

Le juge de première instance a examiné l'ensemble de la preuve relative à l'effet que le manquement au paragraphe 12 de l'entente a eu sur la vie de M^{me} Bruker. Rien n'indique qu'il a commis une erreur manifeste ou dominante, qu'il s'est fondé sur un principe erroné ou mauvais, ou que l'évaluation des dommages-intérêts est erronée. L'attribution de dommages-intérêts en l'espèce indemnise bien M^{me} Bruker de la perte que lui a causé le refus de M. Marcovitz d'exécuter son obligation contractuelle — soit la perte pendant 15 ans de la faculté de se remarier ou d'avoir des enfants conformément à ses croyances religieuses. Je ne vois aucune raison de modifier le montant des dommages-intérêts.

Madame Bruker a également soutenu que le juge de première instance a eu tort de n'accorder des intérêts et une indemnité additionnelle qu'à compter de la date de la modification de sa demande de dommages-intérêts additionnels en 1996, plutôt qu'à compter de la date du prononcé du jugement conditionnel de divorce en 1980 ou de la date de son action initiale en 1989. L'article 1618 C.c.Q. prévoit, relativement aux dommages-intérêts du genre de ceux que réclame M^{me} Bruker, le paiement de l'intérêt « depuis la demeure ou depuis toute autre date postérieure que le tribunal estime appropriée ». Aux termes de l'art. 1619 C.c.Q., « [i]l peut être ajouté aux dommages-intérêts accordés à quelque titre que ce soit, une indemnité ».

Le juge de première instance a estimé que la demande de dommages-intérêts de M^{me} Bruker n'est devenue une véritable question en litige qu'une fois le *get* accordé, lorsqu'elle a déposé sa déclaration modifiée. C'est pourquoi il n'a accordé des intérêts et une indemnité additionnelle qu'à compter de la date de sa signification. Je ne vois aucune raison d'intervenir dans cet exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Le pourvoi est donc accueilli avec dépens dans toutes les cours.

Les motifs des juges Deschamps et Charron ont été rendus par

LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — La Cour est appelée à décider si les tribunaux civils peuvent

97

98

99

100

101

used not only as a shield to protect freedom of religion, but also as a weapon to sanction a religious undertaking. Many would have thought it obvious that in the 21st century, the answer is no. However, the conclusion adopted by the majority amounts to saying yes. I cannot agree with this decision.

102

Canada's adoption of multiculturalism and attachment to the fundamental values of freedom of conscience and religion and of the right to equality guarantee to all Canadians that the courts will remain neutral where religious precepts are concerned. This neutrality gives the courts the legitimacy they need to play their role as arbiters in relation to the cohabitation of different religions and enables them to decide how to reconcile conflicting rights. In thus protecting freedom of conscience and religion, the courts perform a task that is difficult and complex. It would be inappropriate to impose on them an additional burden of sanctioning religious precepts and undertakings.

103

In the instant case, for a court to sanction the religious consequences of delaying consent for a *get* signifies that it endorses those consequences even if they are contrary to the hard-won gains (*acquis*) of Canadian society. This is a first, and it offends the norms of the positive law of Quebec and of Canada. It is not authorized under either public law or private law.

104

I also have reservations regarding one of the majority's key arguments. The majority attach decisive importance to s. 21.1 of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), thereby interpreting it in a way that exceeds its immediate scope. This provision was passed at the request of Canada's Jewish community and its purpose was to overcome the inability of rabbinical authorities to resolve the problem of Jewish religious divorce: "... the Jewish community led by B'nai Brith and the Canadian Jewish Congress, supported by major Jewish organizations, has requested such an amendment to remedy a situation it considers to be unfair" (*House of Commons Debates*, vol.

être utilisés non seulement comme rempart pour protéger la liberté de religion mais aussi comme arme pour sanctionner un engagement religieux. Plusieurs auraient cru évidente, au XXI^e siècle, une réponse négative. La conclusion à laquelle arrive la majorité équivaut cependant à répondre affirmativement à cette question. Je ne peux me ranger à cette décision.

L'adhésion du Canada au multiculturalisme et son attachement aux valeurs fondamentales que constituent la liberté de conscience et de religion et le droit à l'égalité garantissent à tous les Canadiens et Canadiennes que les tribunaux demeureront neutres devant les préceptes religieux. Cette neutralité donne aux tribunaux la légitimité nécessaire pour s'acquitter de leur rôle d'arbitre de la cohabitation des différentes religions et leur permet de décider comment les droits conflictuels peuvent être conciliés. Cette attitude protectrice des tribunaux face à la liberté de conscience et de religion implique une tâche lourde et complexe. Il ne conviendrait pas de leur imposer le fardeau additionnel de sanctionner les préceptes et engagements religieux.

Dans le présent cas, le fait de sanctionner les conséquences religieuses du délai à consentir au *get* signifie que le tribunal avalise ces conséquences religieuses, même si elles vont à l'encontre d'acquis de la société canadienne. Il s'agit d'une première et elle heurte les normes du droit positif québécois et canadien. Ni le droit public ni le droit privé ne l'autorisent.

Par ailleurs, j'ai certaines réserves à l'égard d'un des piliers de l'argumentaire de la majorité. Celle-ci accorde une importance déterminante à l'art. 21.1 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), lui conférant un effet interprétatif qui déborde sa portée immédiate. Cette disposition a été adoptée à la demande de la communauté juive canadienne afin de pallier l'incapacité des autorités rabbiniques à résoudre le problème du divorce religieux juif : « ... la communauté juive, en particulier l'association B'nai Brith du Canada [et le Conseil Juif canadien], appuyée par les principales organisations juives, a demandé que soit corrigée une situation qu'elle considère injuste » (*Débats de*

VI, 2nd Sess., 34th Parl., February 15, 1990, at p. 8375).

The constitutionality of s. 21.1 was challenged in this case. The challenge was abandoned, however, as the respondent was expressly authorized to contest the justiciability of the claim for damages without regard for that provision (Appellant's Record, at p. 3). This authorization was granted by the trial judge. As a result, neither the trial judge nor the Court of Appeal had recourse to s. 21.1 to dispose of the issue of the justiciability of the *get*. Yet the majority invoke this provision in support of their conclusion on this issue. The authorization granted by the Superior Court would become meaningless and the debate would be transformed if the higher courts based their decisions on an argument that has been withdrawn. It is unfortunate that the majority is using an argument to which it attaches so much importance, especially since the Court's decision can be interpreted as deciding, albeit only in part, the issue of the validity of the provision, whereas that issue was not argued and was even expressly withdrawn from the debate by the parties.

In this Court, the first issue raised by the appellant is that of the justiciability of the claim. But the majority deal with the case as one in which the parties' rights must be reconciled with their freedom of religion. In my view, the case turns on the issue of the justiciability of the appellant's claim. The respondent's arguments concerning the neutrality of the state's role in religious matters and the contract's want of an object are determinative. The argument based on his freedom of religion does not need to be discussed. No exercise of reconciliation or accommodation is necessary. The appellant's action lies neither in public law nor in the law of contracts.

1. Facts and Judicial History

In April 1980, the appellant instituted a divorce proceeding after 11 years of marriage. On July 15,

la Chambre des communes, vol. VI, 2^e sess., 34^e lég., 15 février 1990, p. 8375).

La validité constitutionnelle de l'art. 21.1 a été contestée dans le présent dossier. La contestation a toutefois été abandonnée, l'intimé ayant été expressément autorisé à contester la compétence des tribunaux pour trancher la réclamation en dommages-intérêts sans égard à cette disposition (dossier de l'appelante, p. 3). Cette autorisation a été accordée par le juge qui a entendu le procès. Ni le juge du procès ni la Cour d'appel n'ont donc eu recours à l'art. 21.1 pour disposer de la question de la compétence des tribunaux civils pour se saisir de la question du *get*. La majorité invoque cependant cette disposition pour appuyer sa conclusion sur cette question. L'autorisation donnée par la Cour supérieure perd son sens et le débat est transformé lorsque les tribunaux supérieurs se fondent sur un argument qui a été exclu de celui-ci. Il est regrettable qu'un argument auquel une telle importance est attachée soit utilisé par la majorité, d'autant plus que la décision de la Cour peut être interprétée comme ayant pour effet de trancher, même de façon partielle, la question de la validité de la disposition, alors qu'elle n'a pas été débattue et qu'elle a même été expressément écartée du débat par les parties.

Devant notre Cour, la première question soulevée par l'appelante est celle de la compétence des tribunaux. Les juges de la majorité traitent le dossier plutôt comme une question de conciliation du droit des parties à leur liberté de religion. À mon avis, la question de la compétence des tribunaux de connaître de la demande de l'appelante est décisive. Les moyens de l'intimé fondés sur la neutralité du rôle de l'État en matière religieuse et sur l'absence d'objet au contrat sont déterminants. Le moyen qui repose sur sa liberté de religion n'a pas besoin d'être examiné. Aucun exercice de conciliation ou d'accommodement n'est nécessaire. Ni le droit public ni le droit des contrats ne donnent ouverture à la demande de l'appelante.

1. Les faits et l'historique judiciaire

En avril 1980, après 11 années de mariage, l'appelante intente une action en divorce. Le 15

105

106

107

1980, the parties entered into an agreement on corollary relief. The agreement provided for the partition of property, access, support for the couple's two children and a lump-sum payment for the appellant, and it also included a mutual release. The agreement also contained, and this is the source of the dispute before this Court, the parties' undertaking to appear before the rabbinical authorities to obtain a Jewish religious divorce, known as a *get*. The clause concerning the *get* reads as follows:

12. The parties [agree to] appear before the Rabbinical authorities in the City and District of Montreal for the purpose of obtaining the traditional religious *Get*, immediately upon a Decree Nisi of Divorce being granted;

108 Shortly after the agreement was signed, the parties' relationship deteriorated and became stormy. In October 1980, the divorce decree was granted, but the respondent did not appear for the purpose of the *get*. The appellant worked as an interior decorator and led an active life marked by unconventional behaviour.

109 A judicial saga then began. The dispute related mainly to varying the corollary relief. A first judgment was rendered in 1983, and it was followed by many others. In 1989, the appellant brought an action claiming \$500,000 for having been restrained from going on with her life, remarrying in accordance with the Jewish faith and having children (the two children of the marriage were adopted), all because the respondent had not fulfilled his undertaking to appear before the rabbinical authorities for the purpose of the *get*. She moved to New York, also in 1989, to start a new life. She went there with the couple's two children. Her relationship with her daughters was as difficult as her relationship with the respondent. In 1992, a placement order was made in respect of one of them; when this daughter came of age, she asked to continue living with her foster family. The other daughter lived with her mother only from time to time, as she went from one boarding school to another.

juillet 1980, les parties concluent une entente sur les mesures accessoires. L'entente traite du partage des biens, des droits de visite, de la pension alimentaire pour les deux enfants du couple, de l'attribution à l'appelante d'une somme globale, en plus de prévoir une quittance mutuelle. L'entente contient aussi, et c'est là la source du litige qui nous occupe, l'engagement des parties à se présenter devant les autorités rabbiniques en vue d'obtenir un divorce religieux juif, appelé *get*. La clause qui concerne le *get* est rédigée ainsi :

[TRADUCTION]

12. Les parties [conviennent] de se présenter devant les autorités rabbiniques de la ville et du district de Montréal en vue d'obtenir le *get* [divorce] religieux traditionnel immédiatement après le prononcé d'un jugement conditionnel de divorce.

Peu après la signature de l'entente, les relations entre les parties se détériorent au point de devenir orageuses. En octobre 1980, le jugement de divorce est prononcé mais l'intimé ne se présente pas pour l'obtention du *get*. L'appelante travaille comme décoratrice d'intérieur et mène une vie active, marquée par un comportement non conventionnel.

Débuté alors une saga judiciaire. Le litige concerne principalement la modification des mesures accessoires. Dès 1983, un premier jugement est rendu. De nombreux autres suivent. En 1989, l'appelante intente une action dans laquelle elle réclame la somme de 500 000 \$, au motif qu'elle aurait été empêchée de mener sa vie, de se remarier selon la foi juive et d'avoir des enfants (les deux enfants du mariage sont adoptés), le tout parce que l'intimé n'a pas donné suite à son engagement de se présenter devant les autorités rabbiniques pour l'obtention du *get*. Également en 1989, l'appelante déménage à New York en quête d'une nouvelle vie. Elle s'y rend avec les deux enfants du couple. Les relations de l'appelante avec les filles sont aussi difficiles que celles qu'elle entretient avec l'intimé. L'une d'elles fait, en 1992, l'objet d'une ordonnance de placement; à sa majorité, elle demande de continuer à habiter avec sa famille d'accueil. L'autre n'habite que sporadiquement avec sa mère, passant d'un pensionnat à l'autre.

On December 5, 1995, contemporaneously with the hearing of several motions made by both the respondent and the appellant concerning the corollary relief, the respondent consented to the *get*; a religious divorce was then granted. The respondent testified that, at that time, he was satisfied with the arrangement he had with his daughters. Since he was supporting them directly, he felt liberated from the appellant. However, the action in damages continued, and the appellant changed the amount she was claiming to \$1,350,000.

The Superior Court rendered judgment in that action in 2003 ([2003] R.J.Q. 1189). The judge found that once the religious obligation was incorporated into the corollary relief agreement, it “moved into the realm of the civil courts, and the religious obligation became embodied in a secular agreement. . . . Once there is a civil contract, even if its object relates to religious obligations, it is justiciable and within the jurisdiction of the civil court. . . . Since in this case there are no public order issues, the contract is valid. Simply put, a valid civil obligation with religious undertones was created.” (paras. 19-20)

The judge found that the refusal to consent to the *get* was not justified in law. He noted that the respondent’s attitude was a form of punishment or constraint in light of his claim that the appellant had alienated the children and harassed him with demands for money (paras. 9 and 12).

Making a connection with what he saw as the appellant’s adherence to the precepts of the Orthodox Jewish community, the judge awarded \$2,500 for each of the 15 years during which she had been unable to remarry:

While there is no evidence that any suitor broke off his relationship with Plaintiff because of her inability to marry him before a Rabbi of the Orthodox Community — indeed there is no evidence of any offer to marry at all — Plaintiff was nevertheless entitled to exercise her freedom of religious choice as she alone determined it. It is not for Defendant to impose on her a degree of

Le 5 décembre 1995, à une époque contemporaine à l’audition de plusieurs requêtes présentées tant par l’intimé que par l’appelante au sujet des mesures accessoires, l’intimé consent au *get*; le divorce religieux est alors prononcé. L’intimé témoigne qu’il était à ce moment satisfait de l’entente qu’il avait avec les filles. Subvenant directement à leurs besoins, il se sentait libéré de l’appelante. L’action en dommages-intérêts continue toutefois de suivre son cours. L’appelante modifie à 1 350 000 \$ la somme réclamée.

Le jugement de la Cour supérieure sur cette action est prononcé en 2003 ([2003] R.J.Q. 1189). Le juge conclut que, lors de son incorporation à l’entente sur les mesures accessoires, l’obligation religieuse [TRADUCTION] « est devenue de la compétence des tribunaux civils, et l’obligation religieuse a été incorporée dans une entente civile. [. . .] Dès lors qu’un contrat civil existe, même si ses objets ont trait à des obligations religieuses, il est justiciable et relève de la compétence du tribunal civil. [. . .] Puisqu’en l’espèce aucune question d’ordre public ne se pose, le contrat est valide. En termes simples, une obligation civile valide teintée de religion a été créée. » (par. 19-20)

Le juge conclut que le refus de consentir au *get* n’est pas justifié en droit. Il note que l’attitude de l’intimé constitue une forme de punition ou de contrainte, parce que celui-ci prétend que l’appelante a aliéné les enfants et l’a harcelé de demandes pécuniaires (par. 9 et 12).

Faisant un lien avec ce qu’il dit être l’adhésion de l’appelante aux préceptes de la communauté orthodoxe juive, le juge accorde 2 500 \$ pour chacune des 15 années pendant lesquelles celle-ci n’a pu se remarier :

[TRADUCTION] Bien qu’il n’existe aucune preuve établissant qu’un prétendant ait mis fin à sa relation avec la demanderesse à cause de l’incapacité de celle-ci de se marier avec lui devant un rabbin de la communauté orthodoxe — d’ailleurs rien n’indique qu’elle ait jamais reçu une demande en mariage —, la demanderesse avait néanmoins le droit d’exercer sa liberté de religion comme

110

111

112

113

“religiosity”, to say that she could have remarried in the Reform Synagogue or sought an annulment, etc.

Matters of religious conscience must be left to the adult parties invoking them and not be imposed by others. Plaintiff has satisfied the Court that despite her many deviations from the doctrines and precepts of the Orthodox Jewish Community — her abortion, extra-marital affairs, use of contraceptives, etc. — Plaintiff was and remained a member of the Orthodox branch of the Jewish community, that she therefore had the right to remarry before a rabbi of that community and to do so, would have needed a Get from a Beth Din recognised by such community. [paras. 46-47]

114 The judge also awarded the appellant \$10,000 on the basis that had she had any children during that period, they would not have been legitimate according to the precepts of the Orthodox Jewish community:

The Court presumes that any reference by Plaintiff to having children would necessarily mean “legitimate” ones under the precept of the Orthodox Jewish community to which she belonged.

Since Plaintiff failed to adduce any evidence that any relationship which could have led to marriage had foundered on her not having a Get, she was not prevented from having such a child with such a partner.

However, since she was generally unable to have such a legitimate child and she alleges that this affected her choice of male companions and lovers, the Court awards her a nominal sum of \$10,000 under this head. [paras. 50-52]

115 The respondent appealed that judgment.

116 The Court of Appeal began by noting that although support and the partition of financial interests are within the jurisdiction of a judge hearing a divorce action, the same could not be said of the undertaking in clause 12 of the agreement on corollary relief. Hilton J.A., writing for the court, stated:

The appearance before rabbinical authorities for the purpose of obtaining a *ghet*, as mentioned in

elle seule l’entendait. Il n’appartient pas au défendeur de lui imposer un degré de « religiosité », de dire qu’elle aurait pu se remarier à la Synagogue réformée ou demander une annulation, etc.

Les questions de conscience religieuse doivent être laissées aux parties adultes qui les invoquent et non leur être imposées par autrui. La demanderesse a convaincu la cour que malgré ses nombreux accrocs aux doctrines et préceptes préconisés par la communauté juive orthodoxe — son avortement, ses relations extra-conjugales, son usage de contraceptifs, etc. —, elle a été et est demeurée membre de la branche orthodoxe de la communauté juive, qu’elle avait donc le droit de se remarier devant un rabbin de cette communauté et que, pour ce faire, elle aurait eu besoin d’un *get* accordé par un Beth Din reconnu par celle-ci. [par. 46-47]

Il accorde aussi à l’appelante la somme de 10 000 \$, pour le motif qu’elle ne pouvait pas, pendant cette période, avoir d’enfant légitime selon les préceptes de la communauté juive orthodoxe :

[TRADUCTION] La cour présume que toute mention par la demanderesse du fait d’avoir des enfants s’entend nécessairement d’enfants « légitimes » selon les préceptes observés par la communauté juive orthodoxe à laquelle elle appartenait.

Comme la demanderesse n’a produit aucune preuve de l’échec d’une relation qui aurait pu conduire au mariage parce qu’elle n’avait pas de *get*, elle n’a pas été empêchée d’avoir un enfant avec le partenaire d’une telle relation.

Toutefois, étant donné qu’elle n’était généralement pas en mesure d’avoir d’enfant légitime, situation qui, affirme-t-elle, a influencé son choix de compagnons et d’amoureux, la Cour lui accorde une somme symbolique de 10 000 \$ à ce titre. [par. 50-52]

L’intimé porte ce jugement en appel.

La Cour d’appel souligne d’abord que si la pension alimentaire et le partage des intérêts financiers sont des sujets relevant de la compétence du juge qui entend l’action en divorce, tel n’est pas le cas pour l’engagement contenu à la clause 12 de l’entente sur les mesures accessoires. S’exprimant pour la cour, le juge Hilton écrit ceci :

[TRADUCTION] La comparution devant des autorités rabbiniques en vue d’obtenir un *get*, engagement prévu

paragraph 12 of the Consent, however, is not one that could be properly obtained as an order of corollary relief at the initiative of a party to a divorce. Even now, the most that could ever be sought is the relief contemplated by section 21.1 of the *Divorce Act*, which, as we have seen, is imperfect, since its implementation is dependent on the presentation of an unrelated motion by a spouse who has it within his or her power to remove a barrier to obtaining a religious divorce by effectively subjecting the court's consideration of the unrelated motion to the removal of the religious barrier.

([2005] R.J.Q. 2482, at para. 41)

Hilton J.A. also found that the Superior Court judge had erred in giving the form of the obligation precedence over its substance:

Although one cannot help but be sympathetic to the plight of a Jewish woman whose former husband delays or denies her a *ghet*, whether or not he has entered into a premarital agreement to do so or in the context of a consent to corollary relief, I have concluded that the substance of the former husband's obligation is religious in nature, irrespective of the form in which the obligation is stated, and accordingly, that an alleged breach of the obligation is not enforceable by the secular courts to obtain damages or specific performance. Manifestly, it is not the role of secular courts to palliate the discriminatory effect of the absence of a *ghet* on a Jewish woman who wants to obtain one, any more than it would be appropriate for secular courts, in an extra-contractual context, to become involved in similar disputes involving other religions where unequal treatment is the fate of women in terms of their access to positions in the clergy, or as we have seen recently in other contexts, the fate reserved for same-sex couples being denied the right to marry in religious ceremonies of some religious faiths. [para. 76]

Finally, Hilton J.A. disagreed with the trial judge's conclusion that because the *get* was issued in 1995, one could have been issued in 1980. Hilton J.A. pointed out that the situation had changed between the time the agreement was signed and the time the divorce was granted and that according to undisputed evidence, the rabbinical authorities consider not prior consent, but only consent that is given freely before the Jewish court. In Hilton

au paragraphe 12 du Consentement, ne peut cependant pas vraiment être obtenue par voie d'ordonnance sur les mesures accessoires demandée par une partie à un divorce. Même maintenant, le mieux que l'on puisse demander est la mesure envisagée à l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce*, laquelle, comme nous l'avons vu, est imparfaite, puisque son application dépend de la présentation d'une demande distincte par l'époux qui a le pouvoir de supprimer l'obstacle à l'obtention d'un divorce religieux, l'examen par le tribunal de cette demande étant concrètement subordonné à la suppression de l'obstacle religieux.

([2005] R.J.Q. 2482, par. 41)

Le juge Hilton estime aussi que le juge de la Cour supérieure a commis une erreur en faisant primer la forme de l'obligation sur sa substance :

[TRADUCTION] Bien que l'on ne puisse qu'être empathique au sort d'une femme juive dont l'ex-époux retarde l'obtention du *get* ou refuse de le lui accorder, qu'il ait ou non conclu une entente pré-nuptiale l'obligeant à le faire ou dans le contexte d'un consentement sur les mesures accessoires, je suis arrivé à la conclusion que l'essence de l'obligation de l'ex-époux est de nature religieuse — quelle que soit la forme que prend l'obligation — et que, par conséquent, il n'est pas possible en cas d'allégation de manquement à cette obligation de s'adresser aux tribunaux séculiers pour obtenir l'exécution en nature de cette obligation ou des dommages-intérêts. Manifestement, il n'appartient pas aux tribunaux séculiers de pallier l'effet discriminatoire de l'absence d'un *get* pour une femme juive qui désire en obtenir un, pas plus qu'il ne conviendrait que ces tribunaux, dans un contexte non contractuel, se saisissent de litiges semblables concernant d'autres religions et où un traitement inégal est réservé aux femmes quant à l'accès à des postes au sein du clergé, ou encore, comme nous l'avons vu récemment dans d'autres contextes, de litiges où des conjoints de même sexe se voient refuser le droit de se marier dans des cérémonies religieuses associées à certaines croyances religieuses. [par. 76]

Le juge Hilton reproche enfin au juge de première instance de conclure que, puisque le *get* a été accordé en 1995, il aurait pu l'être en 1980. Le juge Hilton rappelle que les conditions avaient changé entre le moment de la signature de l'entente et le prononcé du divorce et que, selon la preuve incontestée, les autorités rabbiniques prennent en considération, non un consentement préalable, mais seulement celui donné librement devant le tribunal juif.

J.A.'s view, it was clear that consent could not have been freely given between the time the divorce was granted and the time when consent was in fact given. The judge stated that the only way he could have reconciled what he understood to be the exercise of the respondent's religious conscience with the appellant's position was to find that the respondent should have been untruthful as to the voluntary nature of his presence before the *beth din* and his consent to the *get*. As Hilton J.A. saw it, the clause in the corollary relief agreement contained at most a moral obligation that could not be enforced in the civil courts.

119

The appellant asks this Court to recognize that the obligation is civil in nature and to award her \$400,000 in damages, plus interest since the date of the divorce decree in 1980. The respondent submits that it is not possible under the law of contracts to sanction religious undertakings and that the object of the undertaking in clause 12 is a religious act. He argues that s. 3 of the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, guarantees the right to perform or not to perform a religious act and that religious undertakings are not actionable.

2. Analysis

2.1 *The get from the public law standpoint: judicial consideration of claims with a religious basis*

120

Despite the religious foundations of Roman law and French civil law, from which Quebec civil law is derived, there should be no doubt today that in Quebec, the state is neutral where religion is concerned. A first break occurred at the time of the *Royal Proclamation* of 1763. Another step took place in the 20th century when Quebec opened up to the world and in the early 1960s, during the Quiet Revolution, when the state took charge of institutions controlled by religious communities. A more complete break occurred with the adoption by Canada of the policy of multiculturalism. (F. K. Comparato, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé* (1964), at pp. 135-

Manifestement, selon le juge Hilton, le consentement n'aurait pas pu être libre entre le moment du prononcé du divorce et celui où il a été donné. Le juge signale qu'il ne peut concilier ce qu'il comprend être l'exercice de la conscience religieuse de l'intimé avec la position suggérée par l'appelante sans conclure que l'intimé aurait dû mentir concernant le caractère volontaire de sa présence devant le *beth din* et son consentement au *get*. Le juge voit tout au plus dans la clause de l'entente sur les mesures accessoires une obligation morale dont l'exécution ne peut pas être demandée aux tribunaux civils.

L'appelante demande à notre Cour de reconnaître le caractère civil de l'obligation et de lui accorder des dommages de 400 000 \$, majorés des intérêts depuis la date du jugement de divorce en 1980. L'intimé, pour sa part, soutient que le droit des contrats ne permet pas de sanctionner un engagement religieux et que l'objet de l'engagement contenu à la clause 12 est un acte religieux. Il plaide que l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, garantit le droit d'accomplir ou de ne pas accomplir un acte religieux et que l'engagement religieux ne donne pas ouverture à une action en justice.

2. Analyse

2.1 *Le get vu sous l'angle du droit public : la judiciarisation des réclamations ayant un fondement religieux*

Malgré les fondements religieux du droit romain et du droit civil français dont est issu le droit civil québécois, que l'État québécois soit neutre du point de vue religieux ne devrait faire, aujourd'hui, aucun doute. Une première césure s'est opérée lors de la *Proclamation Royale* de 1763. L'ouverture au monde faite au XX^e siècle et la prise en charge par l'État des institutions contrôlées par les communautés religieuses au début des années 60 lors de la Révolution tranquille marquent un autre pas. Une césure plus complète est survenue avec l'adoption, par le Canada, de la politique du multiculturalisme. (F. K. Comparato, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé* (1964), p. 135-136;

36; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 S.C.R. 650, 2004 SCC 48, at paras. 66-68; and *Canadian Multiculturalism Act*, R.S.C. 1985, c. 24 (4th Suppl.).

This neutrality does not mean that the state never considers questions relating to religion. On the contrary, s. 2 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* requires that the state respect freedom of religion. Thus, in *Congrégation des témoins de Jéhovah*, it was precisely because of an argument that freedom of religion had been violated that the courts had to consider the municipality's refusal to grant a zoning variance. This reflects a "negative" view of freedom of religion according to which the state must not infringe a fundamental right any more than is necessary. As in the case of freedom of expression, the state does not have to provide preachers with megaphones (*Haig v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1993] 2 S.C.R. 995).

In Canadian law, a court is thus not barred from considering a question of a religious nature, provided that the claim is based on the violation of a rule recognized in positive law. In this regard, there have already been cases in which Canadian courts have been asked to give effect to obligations related to a *get* or a religious marriage contract. The requirement that there be a rule of positive law before an action will lie is a neutral basis for distinguishing cases in which intervention is appropriate from cases in which it is not. In *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550, a majority of the Manitoba Court of Appeal held that *gets* were within the jurisdiction of the religious court, not the secular courts. The Court of Appeal quashed an order requiring a husband to consent to a *get* on the basis that the religious marriage contract, the *ketubah*, did not contain a civil obligation.

However, if a spouse can show that the religious marriage contract meets all the requirements for a civil contract under provincial legislation, then the courts may order the fulfilment of undertakings

Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village), [2004] 2 R.C.S. 650, 2004 CSC 48, par. 66-68, et *Loi sur le multiculturalisme canadien*, L.R.C. 1985, ch. 24 (4^e suppl.).

Cette neutralité ne signifie pas que l'État ne prend jamais en considération les questions religieuses. Au contraire, l'art. 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés* commande à l'État de respecter la liberté de religion. Ainsi, dans l'affaire *Congrégation des témoins de Jéhovah*, c'est justement parce que l'on plaidait la violation de la liberté de religion que les tribunaux ont eu à se pencher sur le refus de la municipalité concernée de consentir une dérogation au règlement de zonage. Cela reflète une conception « négative » de la liberté de religion, qui impose à l'État l'obligation de ne pas porter atteinte plus que nécessaire au droit fondamental. Tout comme pour la liberté d'expression, l'État n'a pas à fournir de porte-voix aux prédicateurs (*Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995).

Le droit canadien ne prohibe donc pas la prise en considération par les tribunaux de questions à caractère religieux, à condition que la réclamation soit fondée sur la violation d'une règle reconnue en droit positif. À ce propos, l'intervention de tribunaux canadiens a déjà été sollicitée en vue de donner effet à des obligations liées au *get* ou à un contrat de mariage religieux. Le fait d'assujettir la recevabilité d'une réclamation à l'existence d'une règle de droit positif constitue une base neutre permettant de distinguer les cas où l'intervention est permise de ceux où elle ne l'est pas. Dans *Re Morris and Morris* (1973), 42 D.L.R. (3d) 550, la Cour d'appel du Manitoba, à la majorité, a estimé que le *get* était du ressort du tribunal religieux et non des tribunaux laïques. Elle a cassé une ordonnance enjoignant à un mari de consentir au *get* au motif que le contrat de mariage religieux, la *ketubah*, ne contenait pas d'obligation civile.

Par contre, si un époux peut démontrer que son contrat de mariage religieux remplit toutes les conditions d'un contrat civil selon la législation provinciale, les tribunaux peuvent ordonner

121

122

123

to pay the amounts provided for in the contract. This legal basis has been recognized in British Columbia for Muslim marriage contracts (*mahr*) in *Nathoo v. Nathoo*, [1996] B.C.J. No. 2720 (QL) (S.C.), *Amlani v. Hirani* (2000), 194 D.L.R. (4th) 543, 2000 BCSC 1653, and *M. (N.M.) v. M. (N.S.)* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 80, 2004 BCSC 346. In Ontario, on the other hand, it has been held that a marriage contract of this type did not meet the requirements of the applicable provincial legislation (*Kaddoura v. Hammoud* (1998), 168 D.L.R. (4th) 503 (Ont. Ct. (Gen. Div.))).

l'exécution des engagements à payer les sommes qui y sont prévues. En Colombie-Britannique, ce fondement juridique a été reconnu à l'égard d'un contrat de mariage musulman (*mahr*), dans les affaires *Nathoo c. Nathoo*, [1996] B.C.J. No. 2720 (QL) (C.S.), *Amlani c. Hirani* (2000), 194 D.L.R. (4th) 543, 2000 BCSC 1653, et *M. (N.M.) c. M. (N.S.)* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 80, 2004 BCSC 346. En Ontario, par contre, on a jugé que ce type de contrat de mariage ne remplissait pas les conditions prévues par la législation provinciale applicable (*Kaddoura c. Hammoud* (1998), 168 D.L.R. (4th) 503 (C. Ont. (Div. gén.))).

124 In every case, the parties and the court must refer to the relevant civil rules to determine whether the undertaking is binding. In the case at bar, the appellant is not questioning recourses that have already been recognized in order to find a solution to the problem of the *get*, but is seeking to create a new one.

Dans chaque cas, les parties et les tribunaux doivent se reporter aux règles civiles pertinentes pour évaluer le caractère obligatoire de l'engagement. Le présent pourvoi ne remet pas en cause les recours déjà reconnus pour trouver une solution au problème du *get*, mais cherche à en créer un nouveau.

125 The appellant asks the courts to assess the impact the respondent's failure to consent to the *get* has had on her life. No civil rules provide for the consequences of the absence of a *get*. These consequences flow from religious rules. A wife who is not granted a *get* upon the dissolution of the civil marriage is considered an *agunah*, or "chained wife", and in the eyes of her religion, any children she has in the future will be *mamzerim*, or illegitimate children.

L'appelante demande aux tribunaux d'évaluer l'impact qu'a eu sur sa vie l'omission de l'intimé de consentir au *get*. Les conséquences de l'absence du *get* ne sont pas prévues par des règles civiles. Elles découlent des règles religieuses. En effet, l'épouse qui n'obtient pas de *get* à la dissolution du mariage civil est considérée comme une *agunah*, ou « femme enchaînée », et, aux yeux de sa religion, ses enfants futurs seront des *mamzerim*, ou enfants illégitimes.

126 The courts have long refused to intervene in the manner proposed by the appellant. The courts' role in matters of religion is neutral. It is limited to ensuring that laws are constitutional and, in the case of a private dispute, to identifying the point at which rights converge so as to ensure respect for freedom of religion.

De longue date, les tribunaux se sont refusés à endosser le genre d'intervention proposée par l'appelante. Le rôle des tribunaux est neutre en matière de religion. Il se limite à s'assurer que les lois sont conformes à la Constitution et, dans le cas d'un litige privé, à déterminer le point de convergence des droits dans une quête de respect de la liberté de religion.

127 To be certain that these limitations are now deeply rooted, one need only recall the comment made by Lord Moulton in *Despatie v. Tremblay* (1921), 47 B.R. 305 (P.C.), with respect to the law as it stood at the time of the coming into force of the *Quebec Act* (U.K.), 14 Geo. 3, c. 83:

Pour se convaincre des racines maintenant profondes de ces limites, il suffit de rappeler le commentaire de lord Moulton dans l'affaire *Despatie c. Tremblay* (1921), 47 B.R. 305 (C.P.), au sujet du droit à l'époque de l'entrée en vigueur de l'*Acte de Québec* (R.-U.), 14 Geo. 3, ch. 83 :

The law did not interfere in any way with the jurisdiction of any ecclesiastical courts of the Roman Catholic religion over the members of that communion so far as questions of conscience were concerned. But it gave to them no civil operation. Whether the persons affected chose to recognize those decrees or not was a matter of individual choice which might, or might not, affect their continuance as members of that religious communion. But that was a matter which concerned themselves alone. [p. 316]

The Law Lords accordingly refused to apply the religious rule to determine the validity of the marriage in issue.

This Court's decision in *Ukrainian Greek Orthodox Church of Canada v. Trustees of the Ukrainian Greek Orthodox Cathedral of St. Mary the Protectress*, [1940] S.C.R. 586, is just as clear. Crocket J. wrote the following:

... for it is well settled that, unless some property or civil right is affected thereby, the civil courts of this country will not allow their process to be used for the enforcement of a purely ecclesiastical decree or order. [Emphasis added; p. 591.]

He concluded, at p. 594, that “[t]he manifest and sole purpose of this claim, as that of the whole action, is to enforce obedience to a purely ecclesiastical sentence or decree. For that reason I am of opinion that the Court of Appeal was fully justified in dismissing the plaintiff's action.”

The requirements for issuing a *get* and the consequences of not having a religious divorce are governed by the rules of the Jewish religion. The state does not interfere in this area. For instance, the Quebec Superior Court has, in refusing to order a husband to grant his former wife a *get*, invoked not only the separation of religious institutions and the state, but also freedom of conscience. On the issue of freedom of conscience, Hurtubise J. wrote the following in *Ouaknine v. Elbilila*, [1981] C.S. 32, at p. 35:

[TRANSLATION] From this standpoint, the question that arises is as follows: must the Court compel the

[TRADUCTION] La loi ne s'est d'aucune façon ingérée dans la compétence des tribunaux ecclésiastiques de la religion catholique romaine sur les membres de cette foi en ce qui a trait aux questions de conscience. Mais elle ne leur a en revanche reconnu aucun rôle au civil. La décision des personnes touchées de choisir ou non de reconnaître ces décrets constituait une question de choix personnel qui pouvait ou non nuire à leur capacité de continuer à être membres de cette communion. Mais il s'agissait d'une question qui ne les concernait qu'elles. [p. 316]

Les lords juges refusaient ainsi d'appliquer la norme religieuse pour décider de la validité du mariage en cause.

L'arrêt de notre Cour dans l'affaire *Ukrainian Greek Orthodox Church of Canada c. Trustees of the Ukrainian Greek Orthodox Cathedral of St. Mary the Protectress*, [1940] R.C.S. 586, est tout aussi explicite. Le juge Crocket s'y exprime ainsi :

[TRADUCTION] ... car qu'il est bien établi que, sauf dans les cas où un droit de propriété ou un droit civil est touché par une telle mesure, les tribunaux civils de notre pays ne permettront pas qu'on s'adresse à eux pour obtenir l'exécution d'un décret ou d'une ordonnance purement ecclésiastique. [Je souligne; p. 591.]

Il conclut, à la p. 594, que [TRADUCTION] « [l]e but unique et évident de la présente prétention, tout comme celui de l'action en général, est d'obtenir l'exécution d'une décision ou d'un décret purement ecclésiastique. Pour ce motif, j'estime que la Cour d'appel était tout à fait justifiée de rejeter l'action de la demanderesse. »

Les conditions de délivrance d'un *get* et les conséquences de l'absence de divorce religieux sont régies par les normes de la religion juive. L'État ne s'immisce pas dans ce domaine. Par exemple, la Cour supérieure du Québec a refusé d'ordonner à un mari d'accorder un *get* à son ex-épouse en invoquant non seulement la séparation des institutions religieuses et de l'État, mais aussi la liberté de conscience. Sur ce dernier aspect, le juge Hurtubise a écrit ceci dans *Ouaknine c. Elbilila*, [1981] C.S. 32, p. 35 :

Sous cet angle, la question qui se pose est la suivante : la Cour doit-elle contraindre l'intimé à se présenter

128

129

respondent to appear before a rabbinical court and grant a religious divorce? Absent any evidence, must we assume that such an order would not be contrary to the precepts of the Jewish religion? And beyond the institution, the church, is it possible, in compelling an individual to do something like this, to avoid interfering with and limiting the free exercise of his or her own freedom of religion and conscience without determining the individual's deeply held beliefs or making assumptions about what the individual intends? We do not think so.

130 I do not feel that the courts have reversed or qualified their approach to sanctioning purely religious obligations. Whether a court is asked to compel a party to appear before rabbinical authorities or to order the payment of money, the same principle is in issue: can the authority of the courts be based on a purely religious rule? I do not think it can. In *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*, [1992] 3 S.C.R. 165, this Court reiterated the principle enunciated by Crocket J. in *Ukrainian Greek Orthodox Church*. Its decision was based on the fact that, for members of the Hutterite colony, a voluntary association, the right to remain on land owned by the Lakeside Holding Co. was a contractual right (p. 174). That case, unlike the case at bar, concerned a validly formed contract between the parties. It cannot therefore be relied on to support an argument that the courts now intervene in religious disputes.

131 Furthermore, this principle of non-intervention in religious practices was one of the most important bases for adoption of the subjective standard of sincere belief (*Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47). The principle is an important one, since the circumstances in which the courts might be asked to intervene in religious disputes are manifold. The principle of non-intervention makes it possible to avoid situations in which the courts have to decide between various religious rules or between rules of secular law and religious rules. In the instant case, the appellant has not argued that her civil rights were infringed by a civil standard derived from positive law. Only her religious rights are in issue, and only as a result of

devant un Tribunal rabbinique et à accorder le divorce religieux? En l'absence de preuve, devons-nous présumer que cette ordonnance n'irait pas à l'encontre des préceptes de la religion juive? Et au-delà de l'institution, de l'Église, peut-on forcer de la sorte un individu sans s'ingérer dans sa propre liberté de religion et de conscience et en limiter le libre exercice à moins de sonder ses convictions profondes ou lui faire un procès d'intention? Nous ne le croyons pas.

Je ne vois aucun revirement ou assouplissement dans l'approche des tribunaux à l'égard de la sanction d'un engagement purement religieux. Qu'il s'agisse de forcer la comparution d'une partie devant les autorités rabbiniques ou d'ordonner le paiement d'une somme d'argent, le même principe est en cause : le pouvoir des tribunaux peut-il relever d'une norme purement religieuse? Je ne le crois pas. Dans l'affaire *Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer*, [1992] 3 R.C.S. 165, la Cour a réitéré le principe reconnu par le juge Crocket dans l'arrêt *Ukrainian Greek Orthodox Church*. Cet arrêt est fondé sur le fait que, pour les membres de l'association volontaire que constituait la colonie hutterite, le droit de rester sur les terres de la Lakeside Holding Co. constituait un droit contractuel (p. 174). À la différence du présent cas, cette affaire reposait sur un contrat valablement formé entre les parties. Elle ne peut donc être invoquée pour soutenir que les tribunaux interviennent désormais dans les litiges religieux.

Ce principe de non-intervention dans les pratiques religieuses a d'ailleurs été l'une des plus importantes considérations menant à l'adoption de la norme subjective de la croyance sincère (*Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47). Il s'agit d'un principe important car il existe de multiples circonstances dans lesquelles les tribunaux pourraient être appelés à intervenir dans les conflits religieux. Le principe de non-intervention permet d'éviter que les tribunaux aient à trancher entre diverses normes religieuses ou entre les règles du droit laïques et les normes religieuses. En l'espèce, l'appelante n'a pas prétendu que ses droits civils étaient brimés par une norme civile émanant du droit positif. Seuls ses droits religieux sont en

religious rules. Thus, she is not asking to be compensated because she could not remarry as a result of a civil rule. It was a rule of her religion that prevented her from doing so. She is not asking to be compensated because any children she might have given birth to would not have had the same civil rights as “legitimate” children. In Canadian law and in Quebec law, all children are equal whether they are born of a marriage or not. The ground for the appellant’s claim for compensation conflicts with gains that are dear to civil society. Allowing the appellant’s claim places the courts in conflict with the laws they are responsible for enforcing.

It should be noted that the religious consequences of not having a *get* do not override secular law rules. Neither the *Divorce Act* nor the civil law has exclusionary rules like those related to *agunot* and *mamzerim*. Mosaic law — like canon law — has no influence on secular law. The reverse is also true: secular law has no effect in matters of religious law (*Ouellette v. Gingras*, [1972] C.A. 247; *Despatie; Curé et marguilliers de l’œuvre et fabrique de la paroisse de St-Zacharie v. Morin*, [1968] C.S. 615; *Mathys v. Demers*, [1968] C.S. 172; *Bergeron v. Proulx*, [1967] C.S. 579). Where religion is concerned, the state leaves it to individuals to make their own choices. It is not up to the state to promote a religious norm. This is left to religious authorities.

It has been argued that other countries sanction the conduct of a husband who fails to consent to a Jewish religious divorce. It will therefore be necessary to review, at least summarily, the general approach taken by foreign courts with respect to religion and the legal mechanisms used in those other countries to deal with *gets*.

2.2 Comparative law

The relationship between religious and secular rules varies a great deal from one country to another, which means that where the *get* is

cause, et c’est le fait de normes religieuses. Ainsi, l’appelante ne demande pas à être indemnisée parce qu’elle ne peut se remarier en raison d’une règle civile. C’est une règle de sa religion qui l’en empêche. Elle ne demande pas à être indemnisée parce que les enfants auxquels elle aurait peut-être donné naissance n’auraient pas eu les mêmes droits civils que les enfants « légitimes ». En droit canadien et en droit québécois, tous les enfants — qu’ils soient issus ou non d’un mariage — sont égaux. Le motif pour lequel l’appelante demande à être indemnisée se heurte à des acquis chers à la société civile. Accorder la demande de l’appelante met les tribunaux en contradiction avec les lois qu’ils sont chargés de faire respecter.

En effet, il convient de souligner que les conséquences religieuses de l’absence de *get* ne priment pas sur le droit laïque. Ni la *Loi sur le divorce* ni le droit civil n’ont de règles d’exclusion comme celles qui affectent l’*agunah* et les *mamzerim*. Le droit mosaïque — pas plus d’ailleurs que le droit canonique — n’exerce aucun ascendant sur le droit laïque. La réciproque est également vraie : le droit laïque n’a aucune autorité sur le droit religieux (*Ouellette c. Gingras*, [1972] C.A. 247; *Despatie; Curé et marguilliers de l’œuvre et fabrique de la paroisse de St-Zacharie c. Morin*, [1968] C.S. 615; *Mathys c. Demers*, [1968] C.S. 172; *Bergeron c. Proulx*, [1967] C.S. 579). L’État laisse à chacun le soin de s’autoréglementer en matière religieuse. Il ne revient pas à l’État de faire la promotion d’une norme religieuse. Cela est laissé aux autorités religieuses.

On plaide que d’autres pays sanctionnent la conduite du mari qui omet de consentir au divorce religieux juif. Il est donc nécessaire de vérifier, au moins sommairement, l’approche générale des tribunaux étrangers à l’égard de la religion et les mécanismes juridiques utilisés dans ces pays au sujet du *get*.

2.2 Le droit comparé

La relation entre les règles religieuses et les règles laïques varie beaucoup d’un pays à l’autre et cela se traduit, pour ce qui est du *get*, par des

132

133

134

concerned, the solutions adopted are not uniform. In my opinion, there are four countries whose approaches are relevant to the situation in Quebec and in Canada. France comes immediately to mind, since Quebec civil law has been strongly influenced by French law; it is therefore worth looking at the French approach to *gets* as well as at commentary on the decisions of the Court of Cassation. I will also look at the situation in England. Quebec inherited English public law at the time of the Conquest, and English cases are of definite interest. Next, I will summarily review a few decisions from the United States, since our countries have similar realities and several of this Court's decisions have been based on solutions developed by U.S. courts. I will then briefly examine the situation in Israel, since it seems difficult to talk about the Jewish religion without at least referring to the rules that are applied in that country.

2.2.1 France

135 Despite the secular ideals on which the French Revolution was based, France did not formally incorporate the principle of the separation of the state and religious institutions into its legislation until the early 20th century with the December 9, 1905 law on the separation of church and state (published in the *Journal officiel* on December 11, 1905). That law established the principle of freedom of religion and worship for individuals and communities; the state relinquished its power over religious institutions, and religious institutions could no longer intervene in the functioning of state institutions.

136 The earliest cases recognizing the right to compensation for refusal to consent to a *get* were based on the theory of an abuse of rights resulting from malicious intent on the husband's part (L. de Naurois, obs. under Trib. civ. Metz, April 27, 1955, Trib. civ. Grenoble, May 7, 1958, Paris 1^{re}, February 4, 1959, J.C.P. 1960.II.11632; Civ. 2^e, December 13, 1972, D. 1973.493). The Court of Cassation subsequently stated that for the husband, a *get* is merely an option that is a matter for his freedom

solutions qui ne sont pas uniformes. Quatre pays offrent, à mon avis, des éléments de réflexion pertinents quant à la situation du Québec et du Canada. La France vient immédiatement à l'esprit, puisque le droit civil québécois a été fortement influencé par le droit français; il est donc intéressant d'examiner l'approche française en relation avec le *get* ainsi que les commentaires que suscitent les arrêts de la Cour de cassation. Je me pencherai aussi sur la situation en Angleterre. Lors de la Conquête, le Québec a hérité du droit public de ce pays, et les arrêts anglais présentent un intérêt certain. Je ferai aussi une revue sommaire de quelques décisions rendues aux États-Unis, étant donné que nos pays partagent des réalités proches et que plusieurs des arrêts de notre Cour se sont, dans le passé, appuyés sur les solutions jurisprudentielles états-uniennes. J'examinerai ensuite brièvement la situation en Israël, parce qu'il me semble difficile de parler de la religion juive sans, à tout le moins, évoquer le régime en vigueur dans cet État.

2.2.1 La France

Malgré les idéaux laïques servant de fondement à la révolution française, la France n'a formellement intégré le principe de la séparation entre l'État et les institutions religieuses dans sa législation qu'au début du XX^e siècle, avec la Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État (publiée au *Journal officiel* du 11 décembre 1905). Cette loi pose le principe de la liberté de religion et de culte des personnes et des communautés; l'État relâche son emprise sur les institutions religieuses, et celles-ci ne peuvent plus intervenir dans le fonctionnement des institutions étatiques.

Les tout premiers arrêts reconnaissant le droit à une indemnisation à la suite du refus de consentir au *get* sont fondés sur la doctrine de l'abus de droit résultant d'une intention malicieuse du mari (L. de Naurois, obs. sous Trib. civ. Metz, 27 avril 1955, Trib. civ. Grenoble, 7 mai 1958, Paris 1^{re}, 4 février 1959, J.C.P. 1960.II.11632; Civ. 2^e, 13 décembre 1972, D. 1973.493). Subséquemment, la Cour de cassation énonce que le *get* constitue pour le mari une simple faculté relevant de sa liberté de

of conscience and in respect of which an improper decision can give rise only to damages; however, the court noted the malicious purpose behind the husband's actions (Civ. 2^e, April 21, 1982, *Bull. civ.* II, No. 62). Intent to harm was no longer found to be a requirement in two subsequent cases, though (Civ. 2^e, June 5, 1985, J.C.P. 1987.II.20728, and Civ. 2^e, June 15, 1988, *Bull. civ.* II, No. 146). Finally, in a later decision, the court reiterated that, for the husband, giving a *get* is merely an option that is a matter for his conscience and in respect of which an improper decision can give rise only to damages (Civ. 2^e, November 21, 1990, D. 1991.434).

The developments in French law have not been immune to criticism. Some have said that it is not true that giving a *get* is merely an option. These critics maintain that improper conduct on the husband's part constitutes delictual fault and that there is no reason why a court should not order the husband to grant the *get*, or even that it would be "hypocritical" to deny a penalty (*astreinte*) and that awarding damages to the aggrieved spouse basically amounts to giving effect to religious law: É. Agostini, obs. under Civ. 2^e, November 21, 1990, D. 1991.434; É. Agostini, obs. under Civ. 2^e, June 5, 1985, J.C.P. 1987.II.20728; C. Larroumet, Annot. under Civ. 2^e, December 13, 1972, D. 973.493. Others have said that denying the religious nature of the *get* amounts to disregarding the text that requires one to be granted, that assessing cases in which a *get* must be issued is beyond the jurisdiction of the secular courts and that it must be asked whether the obligation is not a purely personal one tied to the performance of a religious act: P. Barbier, "Le problème du 'Gueth'", *Gaz. Pal.* 1987.484.

Thus, although in French law the right to compensation is not based on contract, the conceptual basis of and prerequisites for the remedy are far from clear. In short, some believe that the court has not gone far enough, while others believe it has gone too far; regardless of which position is taken, however, what is involved is not merely the imposition of an objective sanction relating to the time taken to consent to the *get*. The legal basis for the action in damages is sometimes fault, and

conscience et dont l'abus ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts; la cour note toutefois le but malicieux des gestes du mari (Civ. 2^e, 21 avril 1982, *Bull. civ.* II, n^o 62). L'intention de nuire n'est cependant plus retenue comme condition dans deux arrêts ultérieurs (Civ. 2^e, 5 juin 1985, J.C.P. 1987.II.20728, et Civ. 2^e, 15 juin 1988, *Bull. civ.* II, n^o 146). Enfin, dans un arrêt plus récent, la cour réitère que la délivrance du *get* constitue pour le mari une simple faculté relevant de sa conscience et dont l'abus ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts (Civ. 2^e, 21 novembre 1990, D. 1991.434).

L'évolution du droit français ne se fait pas sans provoquer des critiques. D'une part, certains affirment qu'il est inexact d'énoncer que la délivrance du *get* est une simple faculté, et soutiennent que l'écart de conduite du mari est constitutif de faute délictuelle, que rien ne s'oppose à ce qu'un tribunal ordonne au mari de délivrer le *get* ou même qu'il serait « hypocrite » de refuser l'astreinte et que le fait d'accorder des dommages-intérêts à l'époux lésé revient essentiellement à donner effet à la loi religieuse : É. Agostini, obs. sous Civ. 2^e, 21 novembre 1990, D. 1991.434; É. Agostini, obs. sous Civ. 2^e, 5 juin 1985, J.C.P. 1987.II.20728; C. Larroumet, note sous Civ. 2^e, 13 décembre 1972, D. 1973.493. D'autre part, on avance que nier le caractère religieux du *get* équivaut à faire abstraction du texte qui le dicte, que l'appréciation des cas où le *get* doit être délivré échappe à la compétence des tribunaux laïques et qu'il faut se demander s'il ne s'agit pas d'une obligation purement personnelle liée à l'accomplissement d'un acte religieux : P. Barbier, « Le problème du "Gueth" », *Gaz. Pal.* 1987.484.

On constate donc que si, en France, le droit à l'indemnité n'est pas fondé sur le contrat, la base conceptuelle et les conditions d'ouverture du recours sont loin d'être claires. En somme, pour les uns, la cour ne va pas assez loin et pour les autres elle va trop loin; quelle que soit cependant la position, il ne s'agit pas simplement de sanctionner objectivement le délai mis à consentir au *get*. Le fondement juridique du recours en dommages-intérêts est tantôt la faute, tantôt l'abus de droit : G. Atlan, *Les Juifs et*

sometimes abuse of rights: G. Atlan, *Les Juifs et le divorce: Droit, histoire et sociologie du divorce religieux* (2002), at p. 231.

2.2.2 England

139

In England, the main source of protection for freedom of religion is art. 9 of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221. Religious debates in England often concern interference with or restrictions on the practice of religion or on religious expression. The threshold for interference with the freedom of religious practice is quite high. Thus, in a recent House of Lords case, *R. (S.B.) v. Governors of Denbigh High School*, [2007] 1 A.C. 100, [2006] UKHL 15, Lord Bingham noted that “there remains a coherent and remarkably consistent body of authority [from the Strasbourg institutions] which our domestic courts must take into account and which shows that interference is not easily established” (para. 24). In his view, the educational institution’s decision to exclude a student who insisted on wearing the *jilbab* had to be upheld. Lord Bingham found that the dress code was very clear and that it was open to the complainant to attend another school. In his opinion, there was no interference with the freedom of religious practice in the case. He added that, even if there had been interference, it would have been justified under art. 9(2) of the *European Convention on Human Rights*. In this regard, he observed that the dress code had been developed in co-operation with and been approved by several institutions in Muslim communities.

140

A husband’s failure to consent to a *get* does not seem to lead to sanctions other than those available in family law. Rather, it gives rise to an assessment of its impact on the wife’s financial independence. In *Brett v. Brett*, [1969] 1 All E.R. 1007, the Court of Appeal considered a Jewish wife’s application for support against her husband, who was disinclined to give her a *get*. In deciding on the amount of support the husband would have to pay the wife, the court stated that he could pay less support if

le divorce : Droit, histoire et sociologie du divorce religieux (2002), p. 231.

2.2.2 L’Angleterre

En Angleterre, la principale source de protection de la liberté de religion est l’art. 9 de la *Convention européenne des droits de l’homme*, 213 R.T.N.U. 221. Dans cette juridiction, les débats sur la religion portent souvent sur les entraves ou les restrictions pouvant être imposées à l’égard de la pratique ou de la manifestation de la religion. Le seuil à partir duquel il y a entrave à la liberté de pratique religieuse est plutôt élevé. Ainsi, dans l’affaire récente de la Chambre des lords, *R. (S.B.) c. Governors of Denbigh High School*, [2007] 1 A.C. 100, [2006] UKHL 15, lord Bingham souligne qu’il [TRADUCTION] « existe toujours une jurisprudence cohérente et remarquablement constante [dans les institutions de Strasbourg] dont nos tribunaux nationaux doivent tenir compte et qui montre que l’existence d’une atteinte n’est pas facilement établie » (par. 24). Il s’est dit d’avis de confirmer la décision de l’établissement d’enseignement lequel avait exclu une étudiante qui insistait pour porter le *jilbab*. Lord Bingham a estimé que le code vestimentaire était très explicite et que la plaignante pouvait fréquenter une autre école. Il n’y avait pas, selon lui, entrave à la liberté de pratique religieuse dans l’affaire en question. Il a aussi ajouté que, même s’il y avait eu entrave, elle aurait été justifiée au regard du par. 9(2) de la *Convention européenne des droits de l’homme*. Lord Bingham a souligné à cet égard que le code vestimentaire avait été élaboré en collaboration et avec l’approbation de plusieurs institutions des communautés musulmanes.

L’omission du mari de consentir au *get* ne semble pas faire l’objet de sanction distincte de celles reconnues par le droit de la famille. Elle donne plutôt lieu à une évaluation de ses conséquences sur l’autonomie financière de l’épouse. Dans *Brett c. Brett*, [1969] 1 All E.R. 1007, la Cour d’appel a eu à se pencher sur la demande de pension d’une épouse juive contre son époux, lequel se montrait peu enclin à lui accorder un *get*. En décidant du montant de la pension alimentaire que l’époux devait

he gave her a *get* within three months. The following comment on this point by Professor Adrienne Barnett should be noted, however: “Although the ruling in *Brett v. Brett* was acceptable to the rabbinical authorities in 1969, they no longer accept it, and regard it as a coerced *get*”: “Getting a ‘Get’ — The Limits of Law’s Authority?” (2000), 8 *Fem. Legal Stud.* 241, at p. 252.

The English approach seems to me to be consistent with our family law. If one spouse becomes dependent because of the other spouse’s conduct, the court can have regard to all the circumstances, including that state of dependence, and award support based on the parties’ resources and needs: *Leskun v. Leskun*, [2006] 1 S.C.R. 920, 2006 SCC 25, at paras. 20-21.

2.2.3 United States

In the United States, freedom of religion is protected by the First Amendment to the Constitution: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof”. The First Amendment has two components: the first prohibits the promotion of a religion, while the second grants every individual the free exercise of freedom of belief and conscience. In the United States, the courts may not interpret religious laws or interfere with the practice of religion: *Serbian Eastern Orthodox Diocese for the United States of America and Canada v. Milivojevich*, 426 U.S. 696 (1976).

Courts in the state of New York have decided cases relating to the *get*. Since that state has a large Orthodox Jewish community, the situation of the *agunah* seems to be a serious social problem: K. Greenawalt, “Religious Law and Civil Law: Using Secular Law to Assure Observance of Practices with Religious Significance” (1998), 71 *S. Cal. L. Rev.* 781, at p. 812. In New York, there

payer à l’épouse, le tribunal déclara que l’époux pourrait payer une pension réduite s’il accordait le *get* à son épouse dans un délai de trois mois. Je tiens toutefois à reproduire les propos suivants de la professeure Adrienne Barnett, à cet égard : [TRADUCTION] « Bien que la décision dans l’affaire *Brett c. Brett* ait été jugée acceptable par les autorités rabbiniques en 1969, elles ne l’acceptent plus et considèrent qu’il s’agit alors d’un *get* obtenu sous la contrainte » : « Getting a “Get” — The Limits of Law’s Authority? » (2000), 8 *Fem. Legal Stud.* 241, p. 252.

L’approche anglaise me paraît compatible avec notre droit de la famille. Si un époux est placé dans un état de dépendance en raison de la conduite de l’autre époux, le tribunal peut tenir compte de l’ensemble des circonstances, y compris cet état de dépendance, et attribuer une pension alimentaire en fonction des ressources et des besoins des parties : *Leskun c. Leskun*, [2006] 1 R.C.S. 920, 2006 CSC 25, par. 20-21.

2.2.3 Les États-Unis

Aux États-Unis, la liberté de religion est protégée par le Premier amendement à la Constitution : [TRADUCTION] « Le Congrès ne pourra faire aucune loi concernant l’établissement d’une religion ou interdisant son libre exercice ». Cet amendement comporte deux volets : le premier prohibe la promotion d’une religion; le deuxième permet à tout individu d’exercer librement sa liberté de croyance et sa liberté d’agir selon sa conscience. Aux États-Unis, les tribunaux ne peuvent interpréter les lois religieuses ni s’ingérer dans l’exercice de la religion : *Serbian Eastern Orthodox Diocese for the United States of America and Canada c. Milivojevich*, 426 U.S. 696 (1976).

Les tribunaux de l’État de New York ont été saisis d’affaires concernant le *get*. Comme cet État compte une imposante communauté juive orthodoxe, le problème social de l’*agunah* semble important : K. Greenawalt, « Religious Law and Civil Law : Using Secular Law to Assure Observance of Practices with Religious Significance » (1998), 71 *S. Cal. L. Rev.* 781, p. 812. Plusieurs dispositions

141

142

143

are a number of legislative provisions that apply specifically to the *get*. For example, s. 253 of the *Domestic Relations Law* (Consol. 1990) requires a party who commences divorce proceedings to certify that there are no barriers to remarriage. Since 1993, judges can also take account of any barriers to remarriage when dividing up assets and determining support. At the time of the 1993 amendments, the Governor of New York stated that “[t]his bill was overwhelmingly adopted by the state legislature because it deals with a tragically unfair condition that is almost universally acknowledged”: B. Benjamin, “Judaism and the Laws of Divorce”, [2001] *UCL Jurisprudence Rev.* 177, at p. 188.

législatives régissent spécifiquement le *get* dans cet État. Par exemple, l’art. 253 de la *Domestic Relations Law* (Consol. 1990) prévoit qu’une partie qui intente des procédures en divorce doit certifier qu’il n’existe pas d’empêchement au remariage. Depuis 1993, le juge peut aussi tenir compte de toute barrière au remariage lors du partage des actifs et de la fixation de la pension alimentaire. Le gouverneur de l’État de New York avait d’ailleurs déclaré, lors des modifications de 1993, que [TRADUCTION] « [c]e projet de loi a été adopté à une majorité écrasante par l’assemblée législative, parce qu’il s’attaque à une situation terriblement injuste, presque universellement reconnue comme telle » : B. Benjamin, « Judaism and the Laws of Divorce », [2001] *UCL Jurisprudence Rev.* 177, p. 188.

144 The New York courts have drawn on the principles underlying those provisions to invoke equity and prevent husbands from using the *get* to force their wives to give them advantages. Thus, in *Schwartz v. Schwartz*, 583 N.Y.S.2d 716 (1992), the Supreme Court applied the “clean hands” doctrine to deny a husband an equal division of property on the basis that his refusal to grant a *get* was unacceptable (see Greenawalt).

Les tribunaux new-yorkais s’inspirent des principes sous-jacents à ces dispositions pour invoquer l’équité et prévenir l’utilisation du *get* par le mari comme moyen de contraindre son épouse à lui accorder des avantages. Dans *Schwartz c. Schwartz*, 583 N.Y.S.2d 716 (1992), la Cour suprême a ainsi appliqué la théorie du « plaideur irréprochable » (« *clean hands* ») pour refuser à un époux le partage égal des biens, parce que le refus de ce dernier d’accorder le *get* était inacceptable (voir Greenawalt).

145 In *Giahn v. Giahn*, April 13, 2000 (cited in Benjamin, at p. 188), the New York Supreme Court penalized a husband’s use of the *get* to force his wife to make concessions. The court relied on *Schwartz* to hold that the husband’s refusal to grant a *get* was unacceptable. To compensate for that abuse, all the assets of the marriage were awarded to the wife.

Dans *Giahn c. Giahn*, 13 avril 2000 (citée dans Benjamin, p. 188), la Cour suprême de l’État de New York a réprimé l’utilisation du *get* pour contraindre une femme à accorder des concessions. La cour s’est fondée sur la décision rendue dans l’affaire *Schwartz* pour décider que le refus de l’époux d’accorder le *get* en l’espèce était inacceptable. Pour compenser cet abus, tous les biens du mariage ont été attribués à l’épouse.

146 A New York court has also enforced a separation agreement and the Jewish marriage contract (*ketubah*) in the same way as it would have done in the case of a secular marriage contract. In *Avitzur v. Avitzur*, 459 N.Y.S.2d 572 (1983), the court enforced the spouses’ agreements to appear before the *beth din*. In interpreting the *ketubah* signed by the parties, the New York Court of Appeals noted that the

Un tribunal de l’État de New York a aussi reconnu force exécutoire à une entente de séparation et au contrat de mariage juif (*ketubbah*) tout comme il l’aurait fait pour un contrat de mariage séculier. Dans *Avitzur c. Avitzur*, 459 N.Y.S.2d 572 (1983), le tribunal a fait respecter l’engagement des époux à comparaître devant le *beth din*. Dans ses motifs, interprétant la *ketubbah* signée par les

case “can be decided solely upon the application of neutral principles of contract law, without reference to any religious principle” (pp. 574-75). The approach taken by this court is based on the fact that the decision to grant a *get* is not a religious act. According to the court, granting a *get* is a secular act, since “the provisions of the Ketubah relied upon by plaintiff constitute nothing more than an agreement to refer the matter of a religious divorce to a nonjudicial forum” (*Avitzur*, at p. 574).

In a more recent New Jersey case, *Segal v. Segal*, 650 A.2d 996 (1994), the Superior Court invalidated a separation agreement signed by both parties, because the wife had signed it under the threat of not being given a *get*.

The approach of the New York courts cannot be adopted in Canada without qualification. First of all, that state’s legislative provisions go further than s. 21.1 of our *Divorce Act*, which only authorizes striking out the pleadings of a spouse who has failed to remove a barrier to religious remarriage. As well, the parties in the case at bar agreed not to use s. 21.1 in relation to the issue of the justiciability of the claim. It seems to me that to use the New York case law would have the effect of reintroducing an argument the parties have agreed not to use for this purpose. Moreover, the New York legislative provisions are recognized, on the basis of rules that are broader in scope than ours, as having a broad equitable nature, and this characteristic cannot be imported into Canada. More specifically, our divorce legislation has since 1985 excluded the concept of misconduct from the assessment of the spouses’ resources and needs for the purposes of support, which means that the clean hands doctrine cannot be invoked. In addition, the cases in which undertakings to appear before a rabbinical court have been enforced seem to have been based on the premise accepted in *Avitzur*, namely that a *get* is a secular act. The evidence in the record in the instant case indicates the contrary. In cases involving decisions based on lack of informed consent or

parties, la Cour d’appel de New York a souligné que la cause [TRADUCTION] « peut être tranchée en appliquant uniquement les principes neutres du droit des contrats, sans se référer à aucun principe religieux » (p. 574-575). L’approche de ce tribunal repose sur le fait que la décision d’accorder le *get* n’est pas un acte religieux. Selon ce tribunal, l’acte d’accorder le *get* revêt un caractère séculier, puisque [TRADUCTION] « les dispositions de la *ketoubah* invoquées par la demanderesse ne constituent rien de plus qu’une entente prévoyant le renvoi d’une affaire de divorce religieux devant un forum non judiciaire » (*Avitzur*, p. 574).

Dans une affaire plus récente au New Jersey, *Segal c. Segal*, 650 A.2d 996 (1994), la Cour supérieure a invalidé une entente de séparation signée par les deux parties parce que l’épouse l’avait signée sous la menace de ne pas se voir accorder le *get*.

L’approche des tribunaux new-yorkais ne saurait être adoptée au Canada sans nuance. D’abord, les dispositions législatives de cet État vont plus loin que ne le fait l’art. 21.1 de notre *Loi sur le divorce*, lequel autorise uniquement le rejet des actes de procédures de l’époux qui a fait défaut de supprimer un obstacle au remariage religieux. Ensuite, en l’espèce, les parties se sont entendues pour ne pas utiliser l’art. 21.1 dans le contexte de la question de la compétence des tribunaux pour entendre le litige. Il me semble que l’utilisation de la jurisprudence de l’État de New York aurait pour effet de réintroduire dans le débat un argument que les parties ont convenu de ne pas utiliser à cette fin. De plus, le large caractère équitable reconnu aux dispositions législatives de l’État de New York, sur la base de règles de portée plus étendue que les nôtres, ne peut être transposé au Canada. Plus spécifiquement, notre loi sur le divorce a écarté depuis 1985 la notion de faute dans l’appréciation des ressources et des besoins des époux dans le contexte de la contribution alimentaire. La théorie du plaideur irréprochable ne saurait donc être invoquée. Au surplus, les arrêts qui donnent force exécutoire à un engagement de se présenter devant le tribunal rabbinique semblent fondés sur la prémisse qui a été retenue dans *Avitzur* et suivant laquelle le *get*

147

148

on the dependence of one party, however, a parallel can be drawn with Canadian law.

2.2.4 Israel

149 The case of Israel is unique because of the fundamental role played by the Jewish religion in that country. Freedom of conscience, faith, religion and worship is guaranteed to every individual in Israel: H.C. 292/83, *Temple Mount Faithful v. Jerusalem District Police Commander*, 38(2) P.D. 449. In addition, the *Foundations of Law Act, 1980*, 5740-1980, 34 L.S.I. 181 (1979-80), explicitly authorizes the courts to use Jewish religious law to fill in gaps in legislation:

Where the court, faced with a legal question requiring decision, finds no answer to it in statute law or case-law or by analogy, it shall decide it in the light of the principles of freedom, justice, equity and peace of Israel's heritage.

In the context of that statute, the word "Israel" refers to Judaism and the Jewish people: R. Lapidoth, "Freedom of Religion and of Conscience in Israel" (1998), 47 *Cath. U. L. Rev.* 441, at p. 444. The courts can also determine the limits of the Jewish religion itself. For example, in Cr. A. 112/50, *Yosifov v. Attorney-General*, 5 P.D. 481, the court held that a legal prohibition on the practice of bigamy did not infringe the freedom of religion of a Jewish man who was a member of a particular community, because that practice was not mandatory according to the Jewish religion.

150 In Israel, the rules of family law are different from those of other jurisdictions. Although their decisions are subject to review by the Israeli High Court of Justice, the rabbinical courts have exclusive jurisdiction over marriage and divorce cases: P. Shifman, "Family Law in Israel: The Struggle Between Religious and Secular Law" (1990), 24 *Isr. L. Rev.* 537, at p. 543.

151 The rabbinical courts are often reluctant to order a husband to grant his wife a *get*. Some of them say

est un acte laïque. La preuve au dossier dans la présente affaire est à l'effet contraire. Par ailleurs, dans les cas où la décision est fondée sur l'absence de consentement éclairé ou sur l'état de dépendance d'une partie, un rapprochement avec le droit canadien est possible.

2.2.4 Israël

Le cas de l'Israël est unique en raison du rôle fondamental que joue la religion juive dans cet État. La liberté de conscience, de croyance, de religion, et de culte est garantie à chaque individu en Israël : H.C. 292/83, *Temple Mount Faithful c. Jerusalem District Police Commander*, 38(2) P.D. 449. De plus, la *Foundations of Law Act, 1980*, 5740-1980, 34 L.S.I. 181 (1979-80), permet explicitement aux tribunaux d'utiliser le droit religieux juif pour pallier les lacunes dans les textes de loi :

[TRADUCTION] Lorsque le tribunal saisi d'une question de droit ne trouve aucune réponse à celle-ci soit dans les lois ou la jurisprudence, soit par analogie, il doit la trancher au regard des principes de liberté, de justice, d'équité et de paix dont a hérité Israël.

Dans le contexte de cette loi, le mot « Israël » s'entend du judaïsme et du peuple juif : R. Lapidoth, « Freedom of Religion and of Conscience in Israel » (1998), 47 *Cath. U. L. Rev.* 441, p. 444. Les tribunaux peuvent aussi déterminer les limites de la religion juive elle-même. Ainsi, dans Cr. A. 112/50, *Yosifov c. Attorney-General*, 5 P.D. 481, le tribunal a jugé que l'interdiction juridique de la pratique de la bigamie n'enfreignait pas la liberté de religion d'un homme juif membre d'une communauté particulière, puisque cette pratique n'était pas obligatoire aux termes de la religion juive.

Le domaine du droit de la famille est particulier en Israël. Bien que leurs décisions soient assujetties au pouvoir de révision de la Haute Cour de justice israélienne, les tribunaux rabbiniques ont compétence exclusive sur les affaires de mariage et de divorce : P. Shifman, « Family Law in Israel : The Struggle Between Religious and Secular Law » (1990), 24 *Isr. L. Rev.* 537, p. 543.

Les tribunaux rabbiniques hésitent souvent à ordonner à un époux d'accorder un *get* à son épouse.

they are powerless to force a husband to give a *get* even where he has clearly transgressed Jewish law: H. L. Capell, “After the Glass Has Shattered: A Comparative Analysis of Orthodox Jewish Divorce in the United States and Israel” (1998), 33 *Tex. Int’l L.J.* 331, at p. 342.

However, in a more recent case, *Jane Doe v. John Doe*, a family court (Jerusalem, No. 19270/03, December 21, 2004) accepted that a wife aggrieved by her husband’s failure to consent to a *get* could receive financial compensation.

In my opinion, the close relationship between religion, civil society and the courts’ jurisdiction over religious matters clearly distinguishes Israel from Canada. As a result of that jurisdiction, the solutions adopted in Israel cannot be imported into Canada without taking account of Canadian legislation and the Canadian context.

2.2.5 Conclusion on Comparative Law

It can be seen from this overview of the solutions adopted in the four countries in question that some of these solutions are already available to Quebec and Canadian litigants. Others are not, however, because the rules are different in Canada. For example, the French solution based on fault or abuse of rights is not precluded but, first, this is not what the appellant’s action is based on and, second, the conditions for application of the doctrine of abuse of rights are not necessarily the same in Quebec as in France. In my opinion, it is impossible in the circumstances of the case at bar to draw any inspiration from the situation in France. As for the solution adopted in England in *Brett*, although it is compatible with our law, it is not applicable in the instant case because the appellant claims to have suffered moral injury and not to have been placed in a situation of financial dependence. The U.S. cases in which the wife’s dependence was taken into account may also be helpful, but those based on a punitive objective must be disregarded. The situation in Israel is unique, but it is relevant simply in that it shows that, even in a context in

Plusieurs se disent impuissants à contraindre l’attribution du *get*, même dans une situation où l’époux a clairement enfreint la loi juive : H. L. Capell, « After the Glass Has Shattered : A Comparative Analysis of Orthodox Jewish Divorce in the United States and Israel » (1998), 33 *Tex. Int’l L.J.* 331, p. 342.

Cependant, dans une affaire plus récente, *Jane Doe c. John Doe*, un tribunal de la famille (Jérusalem, n° 19270/03, 21 décembre 2004), a admis qu’une épouse lésée par le défaut du mari de consentir au *get* pouvait recevoir une compensation pécuniaire.

Il me paraît clair que les liens étroits entre la religion, la société civile et la compétence des tribunaux sur les affaires religieuses distinguent clairement l’État d’Israël du Canada. Du fait de cette compétence, les solutions adoptées dans ce pays ne peuvent pas être importées au Canada sans tenir compte des lois et du contexte canadiens.

2.2.5 Conclusion sur le droit comparé

Le survol des solutions retenues dans les quatre pays examinés permet de mettre en relief que certaines d’entre elles sont déjà ouvertes aux justiciables québécois et canadiens. Plusieurs autres, par contre, se heurtent à l’existence de règles différentes au Canada. Ainsi, la solution française fondée sur la faute ou l’abus de droit n’est pas écartée, mais, d’une part, tel n’est pas le fondement du recours de l’appelante et d’autre part, les conditions d’application de la doctrine de l’abus de droit au Québec ne sont pas nécessairement les mêmes qu’en France. Il me paraît impossible dans les circonstances de la présente affaire de trouver quelque inspiration dans le modèle français. Par ailleurs, bien que compatible avec notre droit, la solution adoptée en Angleterre dans l’affaire *Brett* n’est pas applicable en l’espèce, puisque l’appelante dit avoir subi des dommages moraux et non avoir été placée dans une situation de dépendance pécuniaire. Les décisions américaines qui tiennent compte de l’état de dépendance de la femme peuvent elles aussi être utiles, mais il faut écarter celles qui reposent sur un objectif punitif. Par ailleurs, le cas d’Israël est unique,

152

153

154

which a close interrelationship exists between the state and religion, the possibility of a civil court awarding financial compensation for failure to consent to a *get* has been recognized in only one decision.

155 This review leads me to conclude that, in the countries whose law is most similar to ours, the *get* issue is governed by internal private law rules. The solutions that have been adopted are quite varied. The decisions of each country's courts are based on mechanisms proper to that country. They establish no principle of public law that is so persuasive that Canadian courts should alter their approach. The Canadian solutions discussed above are both sensible and sufficient.

156 This being said, the appellant's claim is based on contract law. Furthermore, it was on the basis of contract law that the case was decided both at trial and on appeal. This question must now be considered.

2.3 *Private law: the contractual claim*

157 The clause in issue is found in a corollary relief agreement incorporated into a decree that orders the parties to comply with their undertakings. Orders concerning relief corollary to divorce and the separation of the parties' property are governed by the *Divorce Act* and, in Quebec, by the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“*Civil Code*” or “C.C.Q.”). Before considering the rules governing contracts in Quebec civil law, I will examine the general nature of corollary relief agreements.

2.3.1 Corollary Relief Agreements

158 Under ss. 15.1 and 15.2 of the *Divorce Act*, a court of competent jurisdiction — the Superior Court in the case at bar — may make an order requiring one spouse to pay for the support of the other spouse or of the children of the marriage. Section 16 of the *Divorce Act* authorizes the court to make an order respecting custody of or access

mais il est pertinent simplement en ce qu'il révèle que, même dans un contexte d'inter-relation étroite de l'État avec la religion, une seule décision reconnaît la possibilité pour les tribunaux civils d'accorder une compensation pécuniaire en cas de défaut de consentir au *get*.

Après examen, je conclus que, dans les pays dont le droit se rapproche le plus du nôtre, le problème du *get* relève des règles internes de droit privé. Les solutions sont très variées. Les décisions étrangères reposent sur les mécanismes propres à chaque pays. On n'y retrouve pas un principe de droit public qui aurait une force persuasive telle que les tribunaux canadiens devraient modifier leur approche. Les solutions canadiennes mentionnées précédemment sont prudentes et suffisantes.

Ceci dit, l'appelante a fondé sa demande sur le droit des contrats. C'est d'ailleurs sous cet angle que l'affaire a été jugée, tant en première instance qu'en appel. Il reste maintenant à examiner cette question.

2.3 *Le droit privé : le recours contractuel*

La clause en litige figure dans une entente sur les mesures accessoires incorporée à un jugement qui ordonne aux parties de se conformer à leurs engagements. Les ordonnances concernant les mesures accessoires au divorce et à la séparation des biens des parties sont régies par la *Loi sur le divorce* et, au Québec, par le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *Code civil* » ou « C.c.Q. »). Avant de se pencher sur les règles régissant les contrats en droit civil québécois, il convient d'examiner la nature des ententes sur les mesures accessoires en général.

2.3.1 Les ententes sur les mesures accessoires

En vertu des art. 15.1 et 15.2 de la *Loi sur le divorce*, le tribunal compétent — en l'occurrence la Cour supérieure — peut rendre une ordonnance enjoignant à un époux de verser une prestation pour les aliments de l'autre époux ou des enfants à charge. L'article 16 de la *Loi sur le divorce* autorise quant à lui le tribunal à rendre une ordonnance

to the children. As well, under Quebec family law, when a couple separates or divorces, the court partitions the rights resulting from the family patrimony, awards a compensatory allowance if appropriate and sorts out the rights resulting from the matrimonial regime and the marriage contract. The court's task is facilitated when the parties enter into an agreement setting out the terms on which they agree. Before making its order, the court ensures that the parties' undertakings are consistent with the principles of the *Divorce Act* and Quebec family law. It may happen that the parties incorporate into a corollary relief agreement undertakings that are not related to their family obligations under the *Divorce Act* or Quebec family law. In such a case, the undertakings are not, strictly speaking, relief corollary to divorce and separation.

Where relief corollary to divorce or separation is incorporated into an order of the Superior Court, the creditor of such an obligation has no other formalities to observe before being able to enforce the obligation. In other words, a separate action is not necessary to enforce a support agreement that is incorporated into a Superior Court judgment in which the debtor is ordered to comply with his or her undertaking. As well, a debtor who fails to comply with a non-pecuniary undertaking under the *Divorce Act* or Quebec family law may be cited for contempt of court.

Furthermore, bringing a separate action to sanction non-compliance with an order concerning relief corollary to a divorce is prohibited. Thus, a custodial parent's violation of an undertaking to facilitate access by the non-custodial parent cannot give rise to an action in damages. In *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, the father claimed damages, alleging that he had been forced to incur considerable expense and had suffered emotional distress because the mother and her new spouse had interfered with the relationship he wanted to have

relative à la garde des enfants ou à l'accès auprès de ceux-ci. De plus, en vertu du droit de la famille québécois, lors de la séparation ou du divorce, le tribunal partage les droits résultant du patrimoine familial, attribue, s'il y a lieu, une prestation compensatoire et règle les droits résultant du régime matrimonial et du contrat de mariage. La tâche du tribunal peut être facilitée par la préparation d'une entente faisant état des modalités dont conviennent les parties. Avant de prononcer son ordonnance, le tribunal s'assure de la conformité des engagements des parties aux principes de la *Loi sur le divorce* et du droit de la famille québécois. Il peut arriver que les parties incorporent à une entente sur les mesures accessoires des engagements qui ne sont pas liés à leurs obligations familiales découlant de la *Loi sur le divorce* ou du droit de la famille québécois. Dans de tels cas, ces engagements ne sont pas, à proprement parler, des mesures accessoires au divorce et à la séparation.

Lorsqu'une mesure accessoire au divorce ou à la séparation est incorporée dans une ordonnance prononcée par la Cour supérieure, la partie créancière d'une telle obligation n'est tenue à aucune autre formalité avant de pouvoir en demander l'exécution forcée. En d'autres mots, aucune action distincte n'est requise pour obtenir l'exécution d'une entente sur une prestation alimentaire incorporée dans un jugement de la Cour supérieure qui ordonne au débiteur de se conformer à son engagement. De même, le débiteur qui ne se conforme pas à un engagement non pécuniaire qui découle de la *Loi sur le divorce* ou du droit de la famille québécois s'expose à une condamnation pour outrage au tribunal.

D'ailleurs, il est prohibé d'intenter une action distincte pour faire sanctionner le non-respect d'une mesure accessoire au divorce qui fait l'objet d'une ordonnance. Ainsi, la contravention par le parent gardien à son engagement à faciliter les visites du parent non gardien ne peut donner lieu à une action en dommages-intérêts. Dans l'arrêt *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, le père réclamait des dommages-intérêts, alléguant avoir dû supporter des frais considérables et avoir souffert de problèmes émotionnels en raison des entraves créées par

with his children. Among other things, the mother had changed the children's surname and their religion and had denied that her former husband was their father. The Court nonetheless held that, for rights arising under the *Divorce Act* and under provincial legislation governing the consequences of separation and divorce, remedies are limited to the schemes adopted by Parliament and the provincial legislatures (p. 112). If clause 12 were considered relief corollary to the divorce, neither party could rely on it to bring a separate action in the civil courts.

161

However, the undertaking to appear before the rabbinical authorities is unrelated to the rights and obligations arising under the *Divorce Act* or the *Civil Code*. The incorporation of this undertaking into the corollary relief agreement does not have the effect of making it a right or obligation provided for in the *Divorce Act* or the *Civil Code*, nor does the undertaking, as a result of this incorporation alone, constitute relief corollary to the divorce. If clause 12 can serve as the basis for a separate action, that action cannot be based on the fact that the clause is incorporated into the corollary relief agreement. It must be regarded as an autonomous clause. To form the basis of a separate civil action, the clause must satisfy the requirements of the civil law. Since the case originates in the province of Quebec, the applicable law is the law of contracts in the civil law, not at common law.

2.3.2 Conditions of Contract Formation

162

In 1989, when the action in damages was instituted, Quebec civil law was governed by the *Civil Code of Lower Canada* ("C.C.L.C."). According to the transitional law rules, pending proceedings continue to be governed by the C.C.L.C. (s. 9 of the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57). I will therefore refer primarily to the provisions of the C.C.L.C. in assessing the appellant's position. I will also refer to the C.C.Q. when the new rules clarify the law without changing the substance of the C.C.L.C. rules, which is the case for most of the rules of contract

la mère et son nouvel époux pour faire obstacle aux rapports qu'il voulait entretenir avec les enfants. La mère avait notamment changé le nom de famille des enfants et leur religion et nié que l'ex-époux était le père de ceux-ci. La Cour a néanmoins conclu que, en ce qui a trait aux droits découlant de la *Loi sur le divorce* et des lois provinciales régissant les conséquences de la séparation et du divorce, les recours sont limités aux régimes adoptés par le Parlement et les assemblées législatives provinciales (p. 112). Si la clause 12 était considérée comme une mesure accessoire au divorce, aucune des parties ne pourrait l'invoquer pour tenter un recours distinct devant les tribunaux civils.

L'engagement de se présenter devant les autorités rabbiniques n'est cependant pas relié aux droits et obligations découlant de la *Loi sur le divorce* ou du *Code civil*. Son incorporation à l'entente sur les mesures accessoires n'en fait pas un droit ou une obligation prévus par la *Loi sur le divorce* ou le *Code civil* et n'en fait pas, de ce seul fait, une mesure accessoire au divorce. Si la clause 12 peut fonder un recours distinct, ce n'est pas du fait de son incorporation dans l'entente sur les mesures accessoires. Elle doit être considérée comme une clause autonome. Pour fonder un recours civil distinct, la clause doit satisfaire aux exigences du droit civil. Comme le dossier émane de la province de Québec, le droit applicable est le droit civil des contrats et non la common law.

2.3.2 Les conditions de formation du contrat

En 1989, au moment où l'action en dommages-intérêts a été intentée, le droit civil québécois était régi par le *Code civil du Bas Canada* (« C.c.B.C. »). Les règles du droit transitoire prévoient que les instances en cours continuent d'être régies par le C.c.B.C. (art. 9 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57). C'est donc principalement à ces dispositions que je me reporterai pour évaluer la position avancée par l'appelante. Je me référerai aussi au C.c.Q. lorsque les nouvelles règles précisent le droit sans modifier la substance du C.c.B.C., ce qui est le cas

formation, particularly those relating to the object of a contract.

In the instant case, the appellant argues that the respondent must pay damages because he breached an *obligation* resulting from clause 12. Article 982 C.C.L.C. says the following about the *obligation*:

982. It is essential to an obligation that it should have a cause from which it arises, persons between whom it exists, and an object.

This provision is supplemented by art. 983 C.C.L.C., which specifies the legal situations that give rise to *obligations*:

983. Obligations arise from contracts, quasi-contracts, offences, quasi-offences, and from the operation of the law solely.

The appellant submits that the obligation in issue arises from a *contract*. No other legal situation has been invoked, or even discussed. It must therefore be determined whether clause 12 constitutes a contract in Quebec law. For this purpose, it is necessary to consider the requirements for “validity” of a contract. According to art. 984 C.C.L.C., a contract must meet four conditions:

984. There are four requisites to the validity of a contract:

- Parties legally capable of contracting;
- Their consent legally given;
- Something which forms the object of the contract;
- A lawful cause or consideration.

There is no doubt that the undertaking was agreed to by both parties. They were legally capable of contracting and they gave their consent. The other two conditions of formation — cause and object — require more detailed consideration.

Cause is not defined in the C.C.L.C., but it is defined in the *Civil Code*. According to the Minister’s commentaries that were published when the *Civil Code* was enacted, the definition

pour la majorité des règles de formation du contrat, plus particulièrement celles ayant trait à l’objet du contrat.

En l’espèce, l’appelante soutient que l’intimé est tenu de payer des dommages-intérêts en raison d’un manquement à une *obligation* découlant de la clause 12. L’*obligation* est ainsi décrite à l’art. 982 C.c.B.C. :

982. Il est de l’essence d’une obligation qu’il y ait une cause d’où elle naisse, des personnes entre qui elle existe, et qu’elle ait un objet.

Cette disposition est complétée par l’art. 983 C.c.B.C., qui précise les situations juridiques donnant naissance aux *obligations* :

983. Les obligations procèdent des contrats, des quasi-contracts, des délits, des quasi-délits, ou de la loi seule.

L’appelante soutient que le *contrat* est la source de laquelle procède l’obligation. Aucune autre situation juridique n’a été invoquée ou même discutée. Il est donc important de déterminer si, en droit québécois, la clause 12 constitue un contrat. Pour ce faire, il faut se reporter aux conditions de « validité » du contrat. Selon l’art. 984 C.c.B.C., le contrat doit respecter quatre conditions :

984. Quatre choses sont nécessaires pour la validité d’un contrat :

- Des parties ayant la capacité légale de contracter;
- Leur consentement donné légalement;
- Quelque chose qui soit l’objet du contrat;
- Une cause ou considération licite.

Il ne fait aucun doute que l’engagement a été souscrit par les deux parties. Les parties avaient la capacité légale de contracter et elles ont donné leur consentement. Les deux autres conditions de formation — la cause et l’objet — requièrent cependant un examen plus approfondi.

La notion de cause n’est pas définie dans le C.c.B.C., mais elle l’est dans le *Code civil*. Selon les Commentaires du Ministre publiés lors de l’adoption du *Code civil*, la définition donnée à l’art. 1410

163

164

165

166

167

in art. 1410 C.C.Q. is the one that was accepted by commentators and the courts at the time of the reform. Article 1410 C.C.Q. reads as follows:

1410. The cause of a contract is the reason that determines each of the parties to enter into the contract.

168

According to the commentators, the cause of a contract has an objective aspect. It is the element that justifies the contract's existence. For each party, the objective cause of the contract is the other party's undertaking. But this information is not very helpful. Where a synallagmatic contract is concerned, the cause, defined as the other party's undertaking, is of no assistance in determining whether the contract is valid. What is relevant above all is the subjective aspect, namely the reason why a party enters into the contract. Whether considered in light of its objective aspect or its subjective aspect, the cause need not be mentioned in the contract. In view of the words of art. 984 C.C.L.C. ("[a] lawful cause or consideration"), the courts concern themselves with the cause of a contract only when its lawfulness is contested. If consenting parties who are capable of contracting agree to a juridical operation, it can be inferred from this that they have a reason for doing so. Only the lawfulness of this reason is subject to review. (D. Lluellas and B. Moore, *Droit des obligations* (2006), at paras. 1066 *et seq.*)

169

The fact that the cause of a contract is connected with a religion does not affect the validity of the contract. For example, a person may have various reasons for undertaking to pay his or her religious community a specific sum of money, the most basic being a desire to contribute to an institution's financial health. In this sense, it is correct to say that a contract with a religious cause may be valid. There is nothing unlawful about having a religious reason for entering into a contract. However, the cause of the contract must not be confused with its object, as the trial judge has done and as, with respect, the majority are doing.

170

The fourth condition of contract formation is the existence of an object. This, according to the respondent, is the condition that is not met in the instant case. The *Civil Code* restates and clarifies the former law. Article 1412 reads as follows:

C.c.Q. est celle qui était retenue par la doctrine et la jurisprudence lors de la réforme. Voici le texte de l'art. 1410 du C.c.Q. :

1410. La cause du contrat est la raison qui détermine chacune des parties à le conclure.

Les auteurs reconnaissent un aspect objectif à la cause du contrat. C'est l'élément qui justifie l'existence du contrat. Pour chacune des parties, la cause objective du contrat serait l'engagement de l'autre partie. Cette information est toutefois peu utile. En effet, dans un contrat synallagmatique, la cause, identifiée comme l'engagement de l'autre partie, n'aide en rien à l'analyse de la validité du contrat. C'est surtout l'aspect subjectif qui est pertinent. Il s'agit du motif qui pousse une partie à s'engager. Qu'elle soit vue sous son aspect objectif ou subjectif, la cause n'a pas à être mentionnée au contrat. Suivant le texte de l'art. 984 C.c.B.C. (« [u]ne cause ou considération licite »), les tribunaux ne s'intéressent à la cause du contrat que lorsque sa licéité est contestée. En effet, si, capables et consentantes, les parties conviennent d'une opération juridique, on peut inférer qu'un motif les guide. Seule la licéité de ce motif doit être contrôlée. (D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations* (2006), par. 1066 *et suiv.*)

Le lien rattachant la cause du contrat à une religion n'entache pas l'existence du contrat. Ainsi, l'engagement d'une personne à verser à sa communauté religieuse une somme d'argent déterminée peut être fondé sur diverses raisons, la plus élémentaire étant la volonté de contribuer à la santé financière d'une institution. En ce sens, il est exact de dire qu'un contrat ayant une cause religieuse peut être valide. Il n'y a rien d'illicite à être mû par un motif religieux lorsqu'on contracte. Il ne faut cependant pas confondre la cause avec l'objet du contrat, comme l'a fait le juge de première instance et, avec égards, comme le font les juges de la majorité.

La quatrième condition de formation du contrat est l'existence d'un objet. C'est cette condition qui, selon l'intimé, fait défaut. Le *Code civil* reprend le droit antérieur en le précisant. L'article 1412 est rédigé ainsi :

1412. The object of a contract is the juridical operation envisaged by the parties at the time of its formation, as it emerges from all the rights and obligations created by the contract.

Article 1412 specifies that the object of a contract is the *juridical operation* envisaged by the parties at the time of its formation. At this stage, the operation as a whole must be considered, and not just the obligations the parties are bound to perform. Identifying the object of the contract is important, because only the object makes it possible to determine the nature of the juridical operation the parties have agreed on. Contrary to what the majority assert, the review of the object is not limited to determining whether it is contrary to public order (art. 1413 C.C.Q.). Indeed, Lluellas and Moore, in their treatise on the law of obligations, state that the principal use of the object of the contract is to enable the court to ensure that the contract in fact exists:

[TRANSLATION] The 1987 draft bill on obligations was quite clear in this respect, as article 1455 thereof provided that “[a] contract *which does not have as its object a juridical act envisaged* by the parties at the time of its conclusion . . .” was null. Even though article 1413 C.C.Q. does not include this clarification, being limited to nullifying a contract whose object is unlawful, the solution is, strictly speaking, the same: it is clear from the second paragraph of article 1385 that the object of a contract is one of the *elements of the formation* of contracts in the same way as consent by and capacity of the contracting parties. Conformity of the object of the contract with public order is not, therefore, the only source of contention with respect to the object: the very non-existence of this object, as an element of the agreement, may bring the formation of a contract into question. [Emphasis in original; para. 1054.]

See also V. Karim, *Les obligations* (2nd ed. 2002), vol. 1, at p. 279, art. 1412.

Furthermore, the respondent did not raise the issue of whether the object is contrary to public order in support of his argument that there was no contract. It was raised only in the context of the public law argument. He maintained that to award damages against him solely because he exercised his right to freedom of religion would be contrary to public order (Respondent’s Factum, at para. 123).

1412. L’objet du contrat est l’opération juridique envisagée par les parties au moment de sa conclusion, telle qu’elle ressort de l’ensemble des droits et obligations que le contrat fait naître.

L’objet du contrat, précise l’art. 1412, est l’*opération juridique* que les parties envisagent au moment de la conclusion du contrat. À cette étape, c’est l’ensemble de l’opération qui fait l’objet de l’examen et non les seules obligations auxquelles les parties sont tenues. L’identification de l’objet du contrat est important parce que seul l’objet permet de déterminer la nature de l’opération juridique sur laquelle les parties s’entendent. Contrairement à ce qu’affirment les juges de la majorité, le contrôle de l’objet ne consiste pas simplement à vérifier s’il y a contravention à l’ordre public (art. 1413 C.c.Q.). Lluellas et Moore, dans leur traité sur le droit des obligations, précisent même que l’utilité première de l’objet du contrat est de permettre de s’assurer de l’existence même du contrat :

L’Avant-projet de loi de 1987 sur les obligations était très explicite à cet égard, lorsque son article 1455 déclarait nul « le contrat *qui n’a pas pour objet quelque opération juridique envisagée* par les parties au temps de sa conclusion [. . .] ». Même si l’article 1413 C.c.Q. n’a pas repris cette précision, se contentant de frapper de nullité le contrat dont l’objet est illicite, la solution est strictement la même : en effet, l’objet du contrat est bien présenté par le second alinéa de l’article 1385 comme un des *éléments de formation* des contrats, au même titre que le consentement et la capacité des contractants. La conformité de l’objet du contrat à l’ordre public n’est donc pas la seule source de contentieux en ce qui concerne l’objet : l’inexistence même de cet objet, comme élément de l’entente, peut remettre en cause la conclusion d’un contrat. [En italique dans l’original; par. 1054]

Voir aussi V. Karim, *Les obligations* (2^e éd. 2002), vol. 1, p. 279, art. 1412.

La question de la contravention à l’ordre public n’a d’ailleurs pas été invoquée par l’intimé au soutien de son argument fondé sur l’inexistence du contrat. Elle n’a été soulevée que dans le contexte de l’argument de droit public. Il soutenait que de le condamner à des dommages-intérêts pour le seul motif qu’il aurait exercé sa liberté de religion serait contraire à l’ordre public (mémoire de l’intimé, par.

Thus, in his view, the concept of public order would be relevant only to an analysis of that argument, which is unnecessary in the case at bar.

173 Identifying the object of a contract is not, therefore, limited to identifying the object of each of the obligations or to determining whether the juridical operation is lawful. The judge must be able to determine whether the parties have agreed to a mechanism that corresponds to a juridical operation. Thus, in *Christiaenssens v. Rigault*, [2006] Q.J. No. 5765 (QL), 2006 QCCA 853, at para. 46, the Quebec Court of Appeal could only find that there was no contract, since it was unable to identify a juridical operation envisaged by the parties.

174 What operation was envisaged in the instant case? The parties envisaged the obtaining of a religious divorce. Considered as a whole, the purpose of the mutual undertakings to appear before the rabbinical authorities in order to obtain a religious divorce was to obtain a religious divorce. Is this a juridical operation? A juridical operation implies a mechanism capable of legal characterization; it must be capable of juridical consequences. Sale, service, lease and loan are some examples of juridical operations. Is the operation in the case at bar a juridical operation? Obtaining a religious divorce is not capable of legal characterization. The rabbinical authorities are not responsible for civil divorce in the way that certain religious authorities are for marriage. The act they perform or the judgment they render is not recognized in civil law. Neither the undertaking to consent to a religious divorce nor the religious divorce itself has civil consequences. I must therefore infer that, in clause 12 of the corollary relief agreement, the parties did not agree on an operation recognized in civil law. Since the parties did not envisage a juridical operation, it must be concluded that one of the essential elements of contract formation is missing.

175 The undertaking to appear before the religious authorities is therefore not a contract as the appellant argues, and as the majority accept. But if the undertaking does not flow from a contract, what

123). Cette notion d'ordre public ne serait donc pertinente que pour étudier cet argument particulier, ce qui n'est pas nécessaire en l'espèce.

L'identification de l'objet du contrat ne se limite donc ni à déterminer l'objet de chacune des obligations ni à vérifier la licéité de l'opération juridique. Le juge doit pouvoir déterminer si les parties se sont engagées dans un mécanisme qui correspond à une opération juridique. Ainsi, la Cour d'appel du Québec, dans *Christiaenssens c. Rigault*, [2006] J.Q. n° 5765 (QL), 2006 QCCA 853, par. 46, n'a pu que constater l'inexistence du contrat, faute de pouvoir identifier l'opération juridique envisagée par les parties.

Quelle est l'opération envisagée dans la présente affaire? Les parties ont envisagé d'obtenir un divorce religieux. Considérés dans leur ensemble, les engagements mutuels de se présenter devant les autorités rabbiniques pour les fins du divorce religieux avaient pour but d'obtenir le divorce religieux. Est-ce une opération juridique? Une opération juridique implique un mécanisme susceptible de qualification juridique; cette opération doit pouvoir emporter des conséquences juridiques. Une opération juridique est, par exemple, une vente, un service, une location ou un prêt. Ici, de quoi s'agit-il? L'obtention d'un divorce religieux n'est pas susceptible de qualification juridique. Les autorités rabbiniques ne sont pas chargées du divorce civil, comme le sont, pour le mariage, certaines autorités religieuses. Le geste qu'elles posent ou le jugement qu'elles rendent n'est pas reconnu par le droit civil. Ni les engagements à consentir à un divorce religieux ni le divorce religieux lui-même n'ont de conséquence civile. Je dois donc inférer que, dans l'entente sur les mesures accessoires, à la clause 12, les parties ne conviennent d'aucune opération reconnue en droit civil. Comme les parties n'envisageaient pas une opération juridique, il faut conclure que l'un des éléments essentiels à la formation du contrat est inexistant.

L'engagement à comparaître devant les autorités religieuses ne constitue donc pas un contrat comme le prétend l'appelante et comme l'acceptent les juges de la majorité. Mais, si cet engagement ne

did the parties do in agreeing to clause 12? What is the juridical nature of this undertaking? In the instant case, the undertaking to appear before the rabbinical authorities for a religious divorce, like an undertaking to go regularly to church, to synagogue or to a mosque, is based on a duty of conscience alone. The Court of Appeal was therefore right to view the undertaking in clause 12 as a purely moral obligation that may not be enforced civilly.

Accordingly, as the Court of Appeal rightly noted, the undertaking to appear before the rabbinical authorities as incorporated into the corollary relief agreement could at most be considered a moral undertaking. Moreover, even if this moral undertaking had been actionable, determining the appropriate remedy would have been problematic. This is the issue to which I will now turn.

2.3.3 Damages

In this Court, the appellant is asking, without specifying under which heads, that the damages awarded by the trial judge be increased to \$400,000. The remedy she seeks causes problems. Since I have already discussed these problems from a different perspective, I will return to them only briefly.

First, the damages claimed by the appellant are based on her observance of specific religious precepts. In both Canadian and Quebec law, freedom of religion is recognized as a fundamental value. It can serve as a basis for claiming equal treatment in civil society. However, it has not yet been recognized as a means of forcing another person to perform a religious act, nor have the courts been used to sanction the failure to perform such an act.

Second, the argument on which the appellant's position is based requires recognition of a legal situation that is contrary to the rules of Canadian

découle pas d'un contrat, qu'est-ce que les parties ont fait en convenant de la clause 12? Quelle est la nature juridique de cet engagement? En l'espèce, au même titre que l'engagement à aller régulièrement à l'église, à la synagogue ou à la mosquée, l'engagement à se présenter devant les autorités rabbiniques pour le divorce religieux relève uniquement d'un devoir de conscience. La Cour d'appel a donc eu raison de considérer que l'engagement prévu à la clause 12 est purement moral et n'est pas susceptible d'exécution civile.

Par conséquent, l'inclusion dans l'entente sur les mesures accessoires de l'engagement de se présenter devant les autorités rabbiniques ne pouvait tout au plus, comme le souligne avec raison la Cour d'appel, qu'être considéré comme un engagement moral. Par ailleurs, même si l'engagement moral avait donné ouverture à une action en justice, la détermination de la réparation susceptible d'être accordée aurait été problématique. C'est de cette question dont je vais traiter maintenant.

2.3.3 Les dommages-intérêts

Devant notre Cour, sans préciser les chefs de réclamation, l'appelante demande d'augmenter à 400 000 \$ le montant des dommages-intérêts que le juge de première instance a accordés. La réparation demandée par l'appelante pose des problèmes. J'en ai déjà traité sous un autre angle et je n'y reviens donc que brièvement.

Premièrement, les dommages-intérêts réclamés par l'appelante découlent de son adhésion à des préceptes religieux identifiés. Autant en droit canadien qu'en droit québécois, la liberté de religion est reconnue comme une valeur fondamentale. Elle peut servir de fondement pour revendiquer un traitement égal dans la société civile. Elle n'a cependant pas encore été reconnue comme moyen de contraindre une autre personne à accomplir un acte religieux ni les tribunaux utilisés pour sanctionner le défaut d'accomplir un acte religieux.

Deuxièmement, l'argument sur lequel l'appelante fonde sa position oblige à reconnaître une situation juridique contraire aux règles du droit

176

177

178

179

and Quebec family law. It is clear from the evidence that, unless a religious divorce is granted, an Orthodox Jewish woman may not date other men with a view to marriage or have sexual relations outside the marriage, and that any child born of such sexual relations is considered to be illegitimate (*mamzer*) (testimony of Rabbi Mendel Epstein, Respondent's Record, at pp. 904-5 and 930). In Canadian and Quebec family law, a woman is free to remarry without her former husband's consent. Children are treated equally whether they are born of a marriage or not. To sanction the religious law by, for example, ordering the payment of damages because children would be regarded as *mamzerim* or because the appellant was not released from her marriage despite the granting of a divorce would be to impose a rule that is inconsistent with the rights the secular courts are otherwise responsible for enforcing.

180

In short, contract law cannot be relied on to enforce religious undertakings. Neither the rules of contract formation nor the rules governing the consequences of breaching an obligation may be used as a vehicle for sanctioning the violation of a religious precept. Such undertakings do not constitute a juridical operation. Clause 12 cannot, legally, be characterized as a contract. It is a purely moral undertaking. In addition, the assessment of damages would require the court to implement a rule of religious law that is not within its jurisdiction and that violates the secular law it is constitutionally responsible for applying.

3. Conclusion

181

The restraint shown by Canadian civil courts with respect to religious questions enables them not only to limit their action to rules they are explicitly responsible for applying, but also to maintain a neutrality that is indispensable in a pluralistic and multicultural society. It allows them to focus on conformity to the civil standard without having to decide between various customs or practices.

de la famille canadien et québécois. Il ressort de la preuve que, en l'absence de divorce religieux, une femme de confession juive orthodoxe ne peut fréquenter d'autres hommes en vue d'un mariage, ni avoir de relations sexuelles hors du mariage, et que tout enfant né de telles relations est considéré comme illégitime (*mamzer*) (témoignage du rabbin Mendel Epstein, dossier de l'intimé, p. 904-905 et 930). En droit de la famille canadien et québécois, une femme est libre de se remarier sans le consentement de son ex-mari. Les enfants — qu'ils soient issus ou non d'un mariage — sont traités de façon égale. Sanctionner la loi religieuse, par exemple en ordonnant le paiement de dommages-intérêts parce que les enfants seraient considérés comme des *mamzerim* ou parce que l'appelante n'aurait pas été libérée de son mariage malgré le prononcé du divorce, reviendrait à imposer une règle incompatible avec les droits que les tribunaux laïques ont par ailleurs la responsabilité de faire reconnaître.

En résumé, le droit des contrats ne peut pas être invoqué pour obtenir l'exécution d'un engagement religieux. En effet, ni les règles de formation du contrat ni celles qui régissent les conséquences de la violation des obligations ne peuvent servir de véhicule pour sanctionner la violation d'un précepte religieux. Les engagements envisagés ne constituent pas une opération juridique. La clause 12 ne peut pas, juridiquement, être qualifiée de contrat. Elle constitue un engagement purement moral. De plus, l'évaluation des dommages-intérêts obligerait le tribunal à mettre en œuvre une règle du droit religieux qui n'est pas de son ressort et qui porte atteinte à la loi laïque qu'il est constitutionnellement chargé d'appliquer.

3. Conclusion

La réserve manifestée par les tribunaux civils canadiens à l'endroit des questions religieuses leur permet non seulement de limiter leur action aux règles qu'ils sont explicitement chargés d'appliquer, mais elle leur permet aussi de conserver une neutralité qui est indispensable dans une société pluraliste et multiculturelle. Elle permet aux tribunaux de s'attacher au respect de la norme civile, sans avoir à trancher entre diverses coutumes ou pratiques.

It has taken the Canadian state centuries to reach the still-precarious balance we now have. In Quebec, the transition to state neutrality is referred to as the Quiet Revolution. Would attaching opprobrium to a child born to unmarried parents not be to slip into a sort of “Quiet Regression”? The role of the courts cannot be altered without calling into question the foundations of the relationship between the state and religion. The majority suggest proceeding on a case-by-case basis. In my opinion, that is a short-sighted approach. Canada opens its doors to all religions. All of them are entitled to receive the same protection, but not, I believe, to be provided with weapons.

Although, like the Court of Appeal, I am sensitive to how difficult it is for the Jewish community to modify the rules of religious divorce, the fact remains that the courts are limited to deciding cases that originate in positive law. The instant case is one in which the religious and civil worlds collide. In my opinion, the problem is a matter for Hebrew law. I see no reason to change, for this case, the clear rule that religion is not an autonomous source of law in Canada.

I will conclude by noting that the reserved approach taken by the Canadian courts to religious precepts is in my view a sound one. Civil rights arise out of positive law, not religious law. If the violation of a religious undertaking corresponds to the violation of a civil obligation, the courts can play their civil role. But they must not be put in a situation in which they have to sanction the violation of religious rights. The courts may not use their secular power to penalize a refusal to consent to a *get*, failure to pay the Islamic *mahr*, refusal to raise children in a particular faith, refusal to wear the veil, failure to observe religious holidays, etc. Limiting the courts’ role to applying civil rules is the clearest position and the one most consistent with the neutrality of the state in Canadian and Quebec law. Gandhi is credited with saying that each person is responsible for his or her own religion. That responsibility goes hand in hand with the neutrality of the state toward

Il a fallu des siècles à l’État canadien pour en arriver à l’équilibre encore précaire que nous connaissons. Au Québec, le passage à la neutralité de l’État est même qualifié de Révolution tranquille. Attacher un opprobre à un enfant né hors du mariage ne serait-il pas glisser dans une sorte de « Régression tranquille »? Le rôle des tribunaux ne peut être modifié sans remettre en cause les fondements de la relation entre l’État et la religion. La majorité suggère de procéder au cas par cas. À mon avis, il s’agit d’une approche à courte vue. Le Canada ouvre ses portes à toutes les religions. Toutes ont droit à la même protection, mais non, selon moi, à la fourniture d’armes.

Bien que, à l’instar de la Cour d’appel, je sois sensible à la difficulté pour la communauté juive de modifier les règles du divorce religieux, il n’en demeure pas moins que les tribunaux sont limités à se saisir de litiges qui prennent leur source dans le droit positif. Nous sommes en présence d’un cas où le religieux et le civil s’affrontent. À mon avis, le problème relève du droit hébraïque. Je ne vois aucune raison de changer, pour le présent cas, la règle claire qui veut que le religieux ne constitue pas, au Canada, une source autonome de droit.

Je conclus en soulignant que l’approche réservée des tribunaux canadiens face aux préceptes religieux est, à mon avis, saine. Les droits civils naissent du droit positif, non du droit religieux. Si la violation d’un engagement religieux correspond aussi à la violation d’une obligation civile, les tribunaux peuvent jouer leur rôle civil. Les tribunaux ne doivent cependant pas être placés dans une situation où ils doivent sanctionner la violation des droits religieux. Les tribunaux ne peuvent utiliser leur pouvoir laïque pour pénaliser le refus de consentir au *get*, le non-paiement du *mahr* islamique, le refus d’élever les enfants dans une confession donnée, le refus de porter le voile, le non-respect des fêtes religieuses, etc. Limiter le rôle des tribunaux à l’application de la règle civile est la position la plus claire et la plus compatible avec la neutralité de l’État en droit canadien et québécois. On prête à Gandhi d’avoir dit que chacun est responsable de sa religion. Cette responsabilité va de

182

183

184

religious precepts and, in the case at bar, favours dismissing the appellant's action.

pair avec la neutralité de l'État face aux préceptes religieux et milite, en l'espèce, en faveur du rejet de la demande de l'appelante.

185 For these reasons, I would have dismissed the appeal.

Pour ces motifs, j'aurais rejeté l'appel.

Appeal allowed with costs, DESCHAMPS and CHARRON JJ. dissenting.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges DESCHAMPS et CHARRON sont dissidentes.

Solicitors for the appellant: Stein & Stein, Montréal; Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Procureurs de l'appelante: Stein & Stein, Montréal; Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Solicitors for the respondent: Goldwater, Dubé, Westmount.

Procureurs de l'intimé: Goldwater, Dubé, Westmount.

Solicitors for the intervener: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.