

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

Contrat et religion

À la volonté de Dieu ou des contractants ? Commentaire sur l'affaire *Marcovitz c. Bruker*

Benoît MOORE*

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal
et titulaire de la Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil

Peu de domaines sont épargnés par les débats sur la place de la religion dans la société et, plus spécifiquement, sur les rapports entre le droit et la religion. Si ces questions ont pris le contrôle des agendas politiques et médiatiques, les tribunaux, la Cour suprême en tête, sont aussi régulièrement appelés à trancher des litiges impliquant la liberté de religion dans tous les espaces possibles, de l'école au travail, en passant par la famille.

C'est dans ce dernier contexte que se présente l'arrêt *Marcovitz c. Bruker* rendu par la Cour suprême le 14 décembre 2007¹. Si cet arrêt concerne le droit familial, et plus spécifiquement le divorce religieux, il a ceci de particulier qu'il pose des

questions de droit des obligations aussi fondamentales – et faisant rarement l'objet de décisions judiciaires – que celles de savoir ce qui est de l'essence d'un contrat et d'une obligation civile. C'est exclusivement sur ces aspects que nous réserverons les quelques commentaires qui suivent (III). Pour ce faire, présentons d'abord le contexte de l'affaire (I) puis résumons les jugements des différentes instances (II).

I. Le contexte de l'affaire

Les faits sont simples. Monsieur Marcovitz et Madame Bruker, tous deux de confession juive, se marient le 27 juillet 1969. En 1980, Madame Bruker engage une action en divorce. Après des négociations menées avec

* L'auteur tient à remercier Mesdames Cynthia Roy et Martine Sirois pour leur assistance dans l'élaboration de ce texte. Le présent commentaire est une version partielle et modifiée de notre texte: «Sur la contractualisation de la croyance» publié dans Jean-François GAUDREAUULT-DESBIENS (dir.), *La religion, le droit et le «raisonnable»*, Montréal, Éditions Thémis (à paraître).

¹ *Marcovitz c. Bruker*, [2007] 3 R.C.S. 607.

le concours de leurs avocats respectifs, les parties conviennent des différentes mesures accessoires à leur divorce dans une entente qui est homologuée par le tribunal. Le jugement irrévocable de divorce est prononcé le 9 février 1981.

À l'intérieur de la convention, les parties s'engagent entre autres choses, à se présenter devant la compétence rabbinique afin que Monsieur accorde à Madame le *get*, c'est-à-dire le divorce religieux juif². Dans la religion juive, le lien du mariage n'est pas indissoluble³. Les époux peuvent y mettre fin par consentement mutuel : le mari consent à remettre le *get* à l'épouse, laquelle accepte de le recevoir. Cet échange doit se faire devant un tribunal rabbinique – *Beth Din* – constitué de trois rabbins, lesquels supervisent les procédures. Ainsi décrit, le divorce judaïque semble reposer sur une conception égalitaire du rôle des époux ; il constitue en quelque sorte un divorce sur consentement mutuel. Mais la réalité est sensiblement différente dans la mesure où les conséquences de la non-remise du *get* ne sont pas les mêmes pour chacune des parties⁴. Lorsque l'homme refuse ou néglige de se présenter afin de remettre le *get* à la femme, celle-ci devient une *agunah*, c'est-à-dire une femme enchaînée qui ne peut se remarier et qui, si

elle vit avec un nouvel homme, est perçue comme étant en situation d'adultère. De plus, ses enfants éventuels sont illégitimes (*manzarim*). L'homme, quant à lui, s'il vit avec une nouvelle conjointe, n'est pas réputé être en situation d'adultère et peut même, dans certains cas, se remarier ; ses enfants ne sont pas illégitimes. En bref, si le consentement des deux est nécessaire au divorce, ce consentement ne s'impose pas de la même manière pour l'un et l'autre. D'où l'intérêt pour une épouse d'obtenir une assurance que son mari lui remettra le *get*.

Malgré l'entente conclue et des demandes répétées de Madame, Monsieur Marcovitz refuse de se présenter devant le rabbin afin d'accorder le *get*. Devant ce refus, Madame dépose, en juillet 1989, une action en dommages-intérêts de 500 000 \$ « pour son incapacité à se remarier et pour avoir été empêchée d'avoir des enfants qui seraient considérés comme "légitimes" selon la loi juive »⁵. Le 5 décembre 1995, soit 15 ans après l'homologation de l'entente et à la veille de l'audition sur une requête de Monsieur pour cessation rétroactive de la pension alimentaire pour les enfants, Monsieur se présente devant le tribunal rabbinique et accorde le *get* à Madame. Cette dernière, en

² C'est la clause 12 de l'entente, laquelle est ainsi libellée : « *The parties 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* ».

³ Sur le *get*, voir : Pierre BOSSET et Paul EID, « Droit et religion : de l'accommodement raisonnable à un dialogue internormatif? », (2007) 41 R.J.T. 512, 535.

⁴ Adrienne BARNETT, « Getting a get – The Limits of Law Authority? », (2000) 8 *Feminist Legal Studies* 241, 243.

⁵ *Marcovitz c. Bruker*, préc., note 1, par. 26.

1996, augmente sa réclamation en dommage-intérêts pour retard dans l'exécution de l'obligation contractuelle à 1 350 000 \$.

II. De la Cour supérieure à la Cour suprême

Le jugement de la Cour supérieure est rendu le 28 mars 2003 par le juge Israel S. Mass, lequel accueille l'action en partie et accorde à Madame Bruker 2 500 \$ pour chacune des quinze années ayant séparé le jugement de divorce et la remise du *get* ainsi que 10 000 \$ pour l'impossibilité d'avoir des enfants légitimes aux yeux de la religion, soit un total de 47 500 \$ en dommages-intérêts⁶. Pour le juge Mass, le caractère initialement religieux de l'obligation d'accorder le *get* n'est pas un obstacle à sa juridicisation par la voie contractuelle. Il écrit :

*In Quebec, the object of a contract can be anything that is not contrary to public order (Article 1425 C.c.Q.). 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. Since Defendant breached this obligation, Plaintiff is entitled to seek damages before a civil court.*⁷

La cour d'appel, dans un arrêt unanime rendu le 20 septembre 2005 par le juge Hilton, infirme la

décision de la Cour supérieure⁸. L'arrêt repose à la fois sur l'atteinte à la liberté de religion de Monsieur et sur la nature de la prétendue obligation créée. Pour les juges, et malgré la sympathie qu'ils peuvent avoir à l'égard de Madame Bruker, il n'est pas du rôle des tribunaux de pallier l'effet discriminatoire que crée, sur la femme et les enfants, la non-remise du *get*⁹ et ce, essentiellement pour trois raisons.

D'abord, parce qu'il n'est pas possible d'obliger une personne à accorder le *get*, la religion juïque exigeant que cette remise soit *volontaire au moment même où elle est consentie*. Un accord antérieur est donc nécessairement révoquant et un consentement donné sous la contrainte d'une ordonnance judiciaire ne serait pas valide selon le droit juïque¹⁰. Conséquemment, et c'est le deuxième motif, conformément à l'arrêt de la Cour suprême rendu dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*¹¹, l'octroi de dommages-intérêts irait à l'encontre du droit de Monsieur au libre exercice de ses croyances. Les juges écrivent :

If an observant Jewish man could not be presumed to have contractually waived his freedom of religion and thus be entitled to erect a succah on his balcony, how can Mr. Marcovitz be presumed to have waived his right not

⁶ [2003] R.J.Q. 1189 (C.S.).

⁷ *Id.*, par. 20.

⁸ *Marcovitz c. Bruker*, [2005] R.J.Q. 2482 (C.A.).

⁹ *Id.*, par. 76.

¹⁰ *Id.*, par. 46 et 47. Au paragraphe 79, les juges écrivent :

In this case, Ms Bruker does not seek the Court's protection for the exercise of her freedom of religion. Instead, she seeks to be indemnified for Mr Marcovitz' failure, from her perspective, to perform a religious act that the evidence shows he could not be compelled to perform and could only perform voluntarily, despite a pre-existing undertaking to do so.

¹¹ [2004] 2 R.C.S. 551.

*to appear before a rabbinical tribunal for the granting of a ghet as a matter of religious conscience, and who is this Court to tell him that he had a civil duty to perform irrespective of the rights he might have according to his religious beliefs ?*¹²

Enfin, et pourrions-nous rajouter, surtout, la clause 12 ne peut faire l'objet ni d'une mesure accessible au divorce ni, plus généralement, d'une obligation civile. En droit civil québécois, c'est la substance de l'entente et non la forme qui importe¹³ et, en l'espèce, cette substance ici est exclusivement religieuse¹⁴. Il n'y a donc pas obligation civile, mais simple devoir moral¹⁵.

La Cour suprême, dans un arrêt majoritaire, accueille l'appel. La juge Abella rend la décision au nom de la majorité. Dès l'introduction de ses motifs, la juge Abella souligne que si le droit à la différence « est devenu un élément déterminant de notre caractère national »¹⁶, toute différence n'est pas

nécessairement compatible avec les valeurs canadiennes fondamentales et, par conséquent, certaines limites à ces différences peuvent ne pas être arbitraires. Elle expose ensuite les abus qui font l'objet de la remise du *get*, le mari soumettant son consentement à des conditions liées, par exemple, aux aliments et à la garde des enfants. C'est face à ces abus, condamnés par une partie de la communauté juive, que le législateur fédéral est intervenu en juin 1990 en adoptant l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce*¹⁷.

Outre cette disposition, les tribunaux tentent depuis plusieurs années d'accorder une réparation à l'épouse dont le mari refuse de remettre le *get*, mais ces tentatives se heurtent à la liberté de religion. La présente affaire se présente toutefois sous un angle différent dans la mesure où cette éventuelle limite à la liberté de religion est issue de la volonté de celui qui invoque la protection de la Charte. Pour la juge

¹² *Marcovitz c. Bruker*, préc., note 8, par. 77.

¹³ *Id.*, par. 83.

¹⁴ *Id.*, par. 76:

[...] *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.*

¹⁵ *Id.*, par. 88.

¹⁶ *Marcovitz c. Bruker*, préc., note 1, par. 1.

¹⁷ Sans viser spécifiquement la religion juive, cette disposition prévoit que le tribunal peut « [...] rejeter tout affidavit, demande ou autre acte de procédure » de l'époux qui refuse de supprimer tout obstacle au remariage religieux de son conjoint. Ce pouvoir du tribunal ayant comme unique but d'éviter la mauvaise foi de l'un des conjoints, il ne s'applique pas lorsque le refus est justifié par des « motifs sérieux, fondés sur la religion ou la conscience [...] » (art. 21.1 (4) L.D.). Cette disposition n'a donc ni pour effet ni pour but de restreindre le respect du dogme religieux. Elle vise plutôt à empêcher au citoyen de marchander civilement la foi de son conjoint. En cela, la loi se fait protectrice de la croyance autant qu'elle en empêche son détournement. En jurisprudence, voir : *Droit de la famille* – 3558, [2000] R.D.F. 268 (C.S.); *Droit de la famille* – 2296, [1995] R.D.F. 728 (C.S.); *A.D. c. J.P.*, B.E. 2004BE-293 (C.S.).

Abella, deux questions se posent donc : d'abord, l'engagement d'accorder le *get* constitue-t-il une obligation contractuelle valide en droit québécois et, dans l'affirmative, Monsieur Marcovitz peut-il invoquer sa liberté de religion pour être exempté, tel un objeteur de conscience¹⁸, de ses obligations contractuelles ?

La juge Abella pose immédiatement ses conclusions : l'entente est valide en droit québécois et la conciliation des intérêts opposés favorise Madame plutôt que Monsieur¹⁹. Pour la juge Abella, il ne s'agit pas ici d'une ingérence des autorités civiles dans des matières religieuses ; les tribunaux ne peuvent pas, lorsque l'on soulève la liberté de religion, faire abstraction de celle-ci²⁰. C'est ainsi que, pour les juges majoritaires, l'entente soumise au tribunal, bien que comportant un aspect religieux, est justiciable :

*La 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.*²¹

Se pose ensuite la question de la validité de l'entente. La juge Abella examine chacune des conditions de

la validité d'un contrat. D'abord, écartant un argument capital de l'arrêt de la Cour d'appel, elle « ne considère pas l'aspect religieux de l'obligation contenue au par. 12 de l'entente comme un obstacle à sa validité civile »²². Il est possible de transformer, par la volonté, une obligation morale ou religieuse en obligation civile juridiquement obligatoire.

La capacité des parties et la cause du contrat ne posant pas de difficulté, c'est sur l'illicéité de l'objet du contrat, aux termes de l'article 1413 C.c.Q., que Monsieur Marcovitz fonde son argumentation. Il expose à la cour le motif qu'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 »²³. La juge Abella rejette cet argument. Elle soutient d'abord, contrairement aux juges dissidents, que la définition de l'objet du contrat à l'article 1412 C.c.Q., laquelle réfère à « l'opération juridique envisagée par les parties », est suffisamment large pour inclure l'engagement de la remise du *get*. Puis elle est d'avis que, non seulement une telle entente n'est pas illicite mais, au contraire, qu'elle se pose en parfaite ligne avec l'intention du législateur « d'encourager la suppression des

¹⁸ L'expression est empruntée à Christelle LANDHEER-CIESLAK, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, n° 521, p. 353.

¹⁹ *Marcovitz c. Bruker*, préc., note 1, par. 16 et 17.

²⁰ *Id.*, par. 18.

²¹ *Id.*, par. 47.

²² *Id.*, par. 51.

²³ *Id.*, par. 54.

obstacles religieux au remariage»²⁴, tel qu'il en ressort de l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce*²⁵. La convention est donc valide et ne se pose plus que la question de savoir si Monsieur Marcovitz peut invoquer sa liberté de religion afin d'être exempté de son obligation contractuelle.

Sur ce point, la majorité applique le critère de l'arrêt *Amselem*, à savoir de déterminer « si la croyance religieuse sincère et de bonne foi d'un individu fait l'objet d'une limite injustifiée non négligeable »²⁶. En l'espèce, les juges sont d'avis que les motifs du refus de Monsieur étaient bien plus liés à l'acrimonie qui existait entre les époux qu'à des motifs religieux : « Il ne fait aucun doute que selon la loi juive, il pouvait refuser de l'accorder, mais c'est

toute 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 »²⁷. Pour les juges majoritaires, la clause ne portait donc pas atteinte à la liberté de croyance de Monsieur Marcovitz.

Cela aurait été suffisant pour décider du litige, mais les juges se livrent tout de même à l'analyse de la justification de l'atteinte à la liberté de religion en évaluant les droits fondamentaux qui s'opposent en l'espèce. Sur ce point, ils arrivent à la conclusion que la pondération des intérêts joue en faveur de Madame à la fois au nom du droit à l'égalité et du principe de la force obligatoire du contrat.

²⁴ *Id.*, par. 63.

²⁵ Cet argument est l'objet d'une opposition de vue importante entre les juges de la majorité et ceux de la minorité. Monsieur Marcovitz avait initialement contesté la validité constitutionnelle de cette disposition pour ensuite retirer cette contestation dans le contexte d'une entente ayant fait l'objet d'une ordonnance du tribunal. Aux termes de cette ordonnance, il est permis à Monsieur de plaider comme si l'article 21.1 L.D. n'existait pas et il est permis à Madame de faire référence à l'article 21.1 L.D. quant aux circonstances dans lesquelles le *get* a été remis. Pour les juges majoritaires, cette ordonnance ne les empêche pas de prendre en compte l'article 21.1 L.D. dans leur décision, dans la mesure où leurs motifs ne portent pas sur la validité de la disposition : « Dans ces motifs, il n'est nullement question de trancher la constitutionnalité de l'article 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 » (par. 35). Les juges dissidentes quant à elles sont d'avis que l'ordonnance empêchait tout recours, même à titre interprétatif, à cette disposition, d'autant que la décision de la majorité en cette matière « 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 » (par. 105). Fait plutôt exceptionnel, cette divergence de vue a amené les procureurs de M. Marcovitz à présenter une requête, le 31 janvier 2008, afin que la Cour suprême du Canada, réentende la cause et, plus spécifiquement, les arguments constitutionnels.

²⁶ *Marcovitz c. Bruker*, préc., note 1, par. 67.

²⁷ *Id.*, par. 69. Si les juges majoritaires soutiennent officiellement qu'ils appliquent le critère de la croyance sincère, il n'est pas interdit de voir dans cette citation une réintégration, à tout le moins partielle, d'un critère objectif. Nous y reviendrons.

Les juges Charron et Deschamps rendent un jugement dissident dont les motifs sont rédigés par cette dernière. Il est clair, dès la première phrase, que l'angle d'analyse est diamétralement différent et que l'opposition avec les juges majoritaires se situe à un niveau fondamental : « La Cour est appelée à décider si les tribunaux civils peuvent être utilisés non seulement comme rempart pour protéger la liberté de religion, mais aussi comme arme pour sanctionner un engagement religieux »²⁸. Posée de cette manière, la réponse ne peut laisser de doute. La sanction de l'entente signifierait pour le tribunal d'avaliser des conséquences religieuses qui vont à l'encontre des acquis de la société canadienne²⁹. C'est en amont que se situe la décision des juges dissidentes : la conciliation de droits contradictoires n'est pas nécessaire tout simplement parce que la demande de Madame n'est pas justiciable. Les juges dissidentes conviennent que la neutralité religieuse de l'État ne signifie pas que les tribunaux ne puissent jamais être appelés à prendre en compte des considérations religieuses, mais pour cela il est nécessaire « que la réclamation soit fondée sur la violation d'une

règle reconnue en droit positif »,³⁰ par exemple un contrat civil valablement conclu³¹, et non une norme purement religieuse. Or, pour les juges dissidentes, une telle règle de droit positif n'existe pas ici, l'appelante n'ayant pas « prétendu que ses droits civils étaient brimés par une norme civile émanant du droit positif. Seuls ses droits religieux sont en 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 »³². De plus, cette règle religieuse est contraire aux acquis de la société civile ; le tribunal qui accorderait la demande de l'appelante se poserait donc en contradiction avec les lois qu'il doit appliquer.

Les juges dissidentes examinent ensuite la clause 12 en fonction des règles contractuelles québécoises. Dans un premier temps, elles écartent cette stipulation de l'entente sur les mesures accessoires au motif qu'elle ne porte pas sur un sujet visé par la *Loi sur le divorce* ou par le droit de la famille québécois. Ne constituant pas une mesure accessoire au divorce soumise à l'homologation du tribunal, elle doit être considérée comme une clause auto-

²⁸ *Id.*, par. 101.

²⁹ *Id.*, par. 103.

³⁰ *Id.*, par. 122.

³¹ « 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 l'exécution des engagements à payer les sommes qui y sont prévues » (par. 123) (remarquons les propos très limitatifs : on réfère spécifiquement à une somme d'argent, comme si le contrat se résumait à cela). Les juges font alors référence à une certaine jurisprudence concernant le *mahr*, contrat de mariage dans la religion musulmane.

³² *Marcovitz c. Bruker*, précité, note 1, par. 131.

nome. Pour fonder un recours civil distinct, la clause doit satisfaire aux exigences du droit civil»³³.

Après avoir retenu que le consentement et la capacité des parties ne posaient pas de problème, les juges dissidentes s'attardent sur les notions de cause et d'objet du contrat. En ce qui concerne la cause³⁴, les juges soulignent qu' il n'est pas illécite qu'elle se rattache à des motifs religieux. Elles donnent l'exemple de la donation à une communauté religieuse. Pour elles, là ne se situe pas la difficulté de la présente affaire. Le juge de première instance et les juges majoritaires, confondent la cause et l'objet; en l'occurrence, c'est ce dernier élément qui pose difficulté. Pour qu'un contrat existe et soit valide, il doit avoir un objet c'est-à-dire, selon l'article 1412 C.c.Q., une opération juridique envisagée par les parties. Or

[u]ne 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. [...] Ni les engagements à consentir à

*un divorce religieux ni le divorce religieux lui-même n'ont de conséquence civile.*³⁵

En l'absence de telle opération juridique, le contrat n'a pas d'objet et n'est donc pas valide. Il n'y a en l'espèce qu'un devoir de conscience, qu'un engagement moral non susceptible d'exécution civile.

Enfin, et même si cela n'était pas nécessaire, les juges dissidentes traitent de la question des dommages-intérêts. Elles soulignent qu'accepter les dommages invoqués par Madame (le fait d'être reconnue comme femme adultère dans la communauté juive dont les enfants éventuels seraient illégitimes) «viendrait à imposer une règle incompatible avec les droits que les tribunaux laïques ont par ailleurs la responsabilité de faire reconnaître»³⁶, puisqu'aux termes du droit civil québécois, la femme a la liberté de se remarier sans le consentement de son ex-mari et les enfants sont égaux en droit, quelles que soient les circonstances de leur naissance.

III. Commentaire

Il y a beaucoup à dire sur cette affaire qui soulève des questions

³³ *Id.* par. 161.

³⁴ À ce niveau, il est regrettable que les juges confondent la cause du contrat et la cause de l'obligation: «Les auteurs reconnaissent un aspect objectif à la cause du contrat» (par. 168). C'est en fait la cause de l'obligation (art. 1371 C.c.Q.) qui est objective et qui, dans un contrat synallagmatique, consiste en l'obligation de l'autre partie. Il est de même regrettable qu'elles affirment que cette cause objective n'est pas utile quant à l'analyse de la validité du contrat. C'est ainsi faire l'économie d'un débat qui recèle de multiples intérêts, la cause objective (ou cause de l'obligation) ayant été l'objet d'une redécouverte en droit français, redécouverte que nous avons souhaitée voir en droit québécois: Didier LUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n° 1064.2-1064.7, p. 537-541.

³⁵ *Marcovitz c. Bruker*, préc., note 1, par. 174.

³⁶ *Id.*, par. 179.

fondamentales tant pour le civiliste, sur la notion de contrat et sur son pouvoir sur le domaine religieux, que pour le publiciste, voire le citoyen, sur le sens de la neutralité des pouvoirs judiciaires face au domaine religieux. Nous limiterons nos réflexions à ce qui touche le droit des obligations. Nous soulèverons successivement la question de la nature des dommages (A), du caractère justiciable de l'engagement d'accorder le *get* (B) et de sa conformité à l'ordre public et à la Charte québécoise (C).

A. La nature des dommages

Que le refus d'accorder le *get* constitue la violation d'un engagement contractuel ou encore, nous y reviendrons, une faute extracontractuelle, la sanction recherchée par Madame Bruker étant le versement de dommages-intérêts, il lui était nécessaire de prouver l'existence d'un préjudice. Les propos des juges dissidentes sur ce point nous semblent confondre le *situ* du préjudice et le préjudice lui-même. Elles soutiennent que le préjudice invoqué est non seulement exclusivement religieux, mais également contraire à la loi civile : le fait que Madame ne puisse se remarier religieusement et le fait que ses enfants éventuels soient perçus comme illégitimes. Sanctionner par des dommages-intérêts une perception religieuse basée sur l'inégalité des sexes irait à l'encontre de la loi que doivent faire appliquer les tribunaux. Ces

motifs nous inspirent deux réflexions.

D'abord, ce qui est réclamé ici, c'est la réparation d'un dommage *moral* résultant des sentiments que Madame Bruker a à l'égard d'elle-même et de la perception que porte sur elle la communauté dont elle fait partie, cette communauté se révélant être religieuse. On ne demande pas ici la sanction, ou la condamnation de la règle religieuse, mais la compensation du préjudice moral lié à la réputation au sein d'une communauté, à la « dignité religieuse ». Il y a en définitive bien peu de différence entre l'atteinte à la réputation sur des qualités humaines, sur l'honnêteté d'une personne, ou sur sa qualité religieuse. Il y a dans tous les cas un préjudice moral, subjectivement ressenti par une personne, une atteinte à son « patrimoine moral »³⁷. Or la réparation du préjudice moral, s'il a déjà été contesté, l'argent ne pouvant compenser une peine ou une souffrance, si ce n'est par vengeance ou par punition³⁸, est maintenant expressément reconnue par le Code civil. Pourquoi distinguer selon que ce préjudice moral porte sur une douleur physique, une réputation ou une atteinte à sa dignité religieuse ? Tout préjudice moral est de même nature, « [q]ue nous ayons souffert dans notre bien-être, dans notre dignité, nos droits de famille, ou nos légitimes affections, c'est toujours une impression personnelle,

³⁷ Armand DORVILLE, *De l'intérêt moral dans les obligations*, Paris, Arthur Rousseau, 1901, p. 43.

³⁸ *Id.*, p. 52-63.

une sensation intime que devront réparer les dommages-intérêts»³⁹.

Le droit romain, comme l'Ancien droit, reconnaissaient le préjudice religieux comme un type de préjudice moral⁴⁰. Pourquoi devrait-il en être autrement aujourd'hui? Certes, la religion est moins présente que jadis, mais le préjudice moral ne peut être l'affaire du groupe social: il est nécessairement subjectif⁴¹. En guise d'exemple, au nom de quelle neutralité de l'État refuserait-on toute indemnisation à un consommateur juif à qui on a livré un produit libellé *casher* alors qu'il ne l'était pas⁴²? Certes, on fera remarquer qu'il y a une différence importante, qu'il y a ici de fausses représentations contractuelles portant sur la qualité du bien vendu. Mais le préjudice est de même nature; il n'est rien d'autre qu'un préjudice moral basé sur des croyances religieuses. En fait, la difficulté du préjudice religieux ne se situe que

sur son évaluation. Mais, sur ce point, est-il réellement plus difficile à fixer que le préjudice issu de la perte d'affection ou la douleur? N'a-t-on pas pu écrire qu'en droit « [t]out vaut tant, les larmes comme la vertu »⁴³ et, pourrions-nous rajouter, l'amour de Dieu?

Il nous est également difficile de souscrire à l'idée que la compensation d'un tel préjudice reviendrait à imposer une règle religieuse inégalitaire, incompatible avec les lois que les tribunaux ont l'obligation de faire appliquer. Encore une fois, ce qui est demandé ici, c'est l'indemnisation d'un préjudice moral ressenti par une personne au sein d'une communauté et non une caution du comportement de cette communauté. Bien au contraire, la reconnaissance d'un tel préjudice participe plutôt d'une égalisation des rapports que d'une confirmation de l'inégalité, puisqu'elle est une manière indirecte de corriger la

³⁹ *Id.*, p. 64.

⁴⁰ *Id.*, p. 29, 35 et 144-146. Dans ces dernières pages, l'auteur fait référence à un arrêt fort intéressant. Deux juifs s'étaient mariés religieusement, l'homme promettant à la femme de l'épouser civilement lorsqu'elle serait âgée de 15 ans. Le temps venu, l'homme refusa de l'épouser civilement de même que de la « répudier religieusement », l'empêchant ainsi de se remarier. Si elle constate que le mariage religieux est inhabile à créer un lien civil et ne peut être reconnu comme un contrat, la Cour juge que les promesses faites peuvent constituer un quasi-délit.

⁴¹ Dorville écrivait :

L'homme a un patrimoine composé de biens matériels facilement reconnaissables. Il a aussi un patrimoine composé de biens immatériels : ce patrimoine comprend tout ce qui fait participer l'homme à la vie, vie du cœur, vie de l'esprit, vie des sens. Nous pensons que toutes les atteintes portées à ce patrimoine doivent être réparées ; et nous pensons que les dommages-intérêts doivent être mesurés non pas à l'opinion que s'est faite le public de la situation personnelle de la partie lésée, mais au sentiment de souffrance que la victime elle-même a ressenti.

A. DORVILLE, préc., note 37, p. 66.

⁴² Sur cette question en droit français : Isabelle RIASSETTO, « Religion et contrat », dans Francis MESSNER, Pierre-Henri PRÉLOT et Jean-Marie WOEHRLING (dir.), *Traité de droit français des religions*, Paris, Litec, n° 1535, p. 739.

⁴³ Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Droit civil : Les obligations*, Paris, Cujas, 1996, p. 545.

règle discriminatoire. C'est ce qui ressort des motifs des juges majoritaires.

Mais le seul dommage ne suffit pas, encore faut-il qu'il y ait une obligation d'indemniser celui-ci, autrement dit que le droit sanctionne l'inexécution de l'obligation de consentir au *get*, soit par une exécution forcée – ce qui n'était pas demandé en l'espèce –, soit par l'octroi de dommages-intérêts.

B. Le caractère justiciable de l'engagement d'accorder le *get*

Une obligation morale – ou religieuse – ne peut faire l'objet de sanction judiciaire, parce qu'elle n'est pas civile, qu'elle ne découle pas du droit, soit de la loi, soit du contrat. En ce sens, la non-remise du *get* à elle seule ne suffit pas pour être judiciairement sanctionnable par des dommages-intérêts; elle doit avoir été introduite au droit, juridicisée. Mais ici, contrairement à d'autres situations antérieures⁴⁴, les parties avaient formalisé cette action dans un contrat. Il n'est donc plus suffisant de soulever le caractère religieux de l'obligation pour lui refuser sa force obligatoire. Ce n'est pas parce qu'une obligation est de nature ontologiquement morale ou religieuse qu'elle ne peut pas être intégrée dans le droit. Plusieurs obligations légales tirent leurs sources dans des préceptes moraux ou religieux – pensons à l'obligation

alimentaire. Aussi et surtout, le contrat peut, par la volonté des parties, juridiciser un devoir moral – la donation à une œuvre de bienfaisance – ou une obligation naturelle – les aliments versés à un frère ou une sœur. Dire d'une obligation morale ou religieuse incluse dans un contrat qu'elle n'est pas civile au motif qu'elle est morale ou religieuse relève donc de la pétition de principe. Sur ce point, l'ensemble des juges de la Cour suprême semblent s'entendre, ce qui n'était pas le cas de la Cour d'appel. Mais soutenir qu'une obligation religieuse peut être contractualisée ne signifie pas nécessairement que toute obligation religieuse peut l'être ni que, en l'espèce, elle l'a été. Il faut pouvoir établir l'existence d'un contrat.

Notion de contrat. Classiquement, le contrat (ou la convention, le droit québécois, contrairement au droit français, ne faisant pas de distinction) est défini comme un accord de volonté dans le but de créer des effets juridiques⁴⁵. D'abord et avant tout, le contrat est donc une technique particulière de création d'effets de droit qui repose sur un accord de volonté *dans l'objectif de s'engager juridiquement*. Cette première caractéristique c'est l'*animus contrahendi*, la volonté des parties de se soumettre au droit⁴⁶. C'est cette exigence qui explique pourquoi un *gentleman's agreement*, c'est-à-dire une convention dans

⁴⁴ *Ouaknine c. Elbilta*, [1981] C.S. 32 : l'absence de consentement figure explicitement comme motif du juge Hurtubise.

⁴⁵ Sur les limites du contrat, voir : Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 503 et suiv.

⁴⁶ Voir : *BNP Paribas (Canada) c. Ikea Property Ltd.*, [2005] R.J.Q. 319 (C.A.).

laquelle les parties ont expressément exclu l'application du droit, ne constitue pas un contrat⁴⁷. C'est aussi cette intention subjective de s'obliger qui a eu raison de la thèse contractuelle des fiançailles⁴⁸ ou du contrat de transport bénévole⁴⁹.

Cette intention de soumission au droit ne nous semble pas poser de difficulté ici puisque la convention portait sur l'ensemble des conséquences de la désunion et avait été homologuée par le tribunal. Certes, comme la Cour d'appel le souligne⁵⁰, l'homologation de l'entente ne concerne directement que les éléments prévus à la *Loi sur le divorce*, mais cela n'implique pas pour autant que les parties n'avaient pas l'intention de s'obliger pour le reste. Si le tribunal doit homologuer les mesures accessoires au divorce, c'est simplement parce qu'elles sont, aux termes de la *Loi sur le divorce*, du ressort du tribunal. Certes, les parties ne font qu'une soumission au tribunal, mais elles le font par la voie de la technique contractuelle⁵¹.

Cette force obligatoire sous contrôle judiciaire ne justifie pas, selon nous, de procéder comme le fait la juge Deschamps, à une séparation bien artificielle de l'entente mettant de côté l'article 12. Si les parties avaient l'intention de s'obliger pour certains éléments de la convention, même sous contrôle judiciaire, elles l'avaient tout autant pour les autres, chacun des éléments de l'entente formant un tout et ayant été consenti en fonction d'avantages obtenus, comme le soulignent les juges majoritaires.

Mais cette seule intention subjective peut-elle suffire? N'y a-t-il pas des cas où l'on conclut à l'existence d'un contrat, alors que les parties ignoraient qu'elles s'engageaient? À l'inverse, ne doit-il pas y avoir des cas où le droit, même en présence d'un vraisemblable *animus contrahendi*, devrait refuser de sanctionner la convention? C'est vers le contenu du contrat, vers les effets de droit, que se tourne alors la définition⁵² et l'on évoque les

⁴⁷ Cela n'emporte pas nécessairement que l'exclusion explicite de l'*animus contrahendi* s'impose au tribunal. Sur cette question, voir : Bruno OPPETT, «L'honneur», dans Bruno OPPETT, *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998, p. 277-299.

⁴⁸ Adrian POPOVICI, «Essai sur la nature du recours pour rupture de promesse de mariage en droit québécois et italien», (1969) 4 R.J.T. 53, 65 et 66. Pour une défense de la thèse contractuelle, voir : Albert MAYRAND, «Problèmes juridiques nés de la rupture des promesses de mariage», (1963) 23 R. du B. 1, 18. Il expliquait la possibilité de ne pas se marier aux termes du contrat de fiançailles par la clause tacite *rebus sic stantibus*, c'est-à-dire que l'obligation de se marier est souscrite dans la mesure où les circonstances, en l'occurrence ici les sentiments réciproques, demeurent les mêmes. Il soutient également que, dans l'éventualité, théorique certes, où une clause aurait écarté cette réserve, elle aurait été illicite.

⁴⁹ Voir : *McLean c. Pettigrew*, [1945] R.C.S. 62.

⁵⁰ *Marcovitz c. Bruker*, préc., note 1, par. 84.

⁵¹ Sur la nature contractuelle ou non de ce genre d'accord : Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, n^o 123, p. 124 ; Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, «Divorce et contrat», dans Dominique FENOUILLET et Pascal de VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *La contractualisation de la famille*, Paris, Économica, 2001, p. 67.

⁵² Jacques GHESTIN, «La notion de contrat», (1990) 12 *Droits* 1, 10.

controverses sur la juridicité de la convention de transport bénévole⁵³, de l'invitation à dîner⁵⁴ ou des conventions de civilité. Le contrat doit reposer sur un intérêt suffisant, appréciable économiquement. Pothier faisait remarquer que le créancier insatisfait doit avoir un intérêt appréciable à l'exécution pour qu'une sanction en dommages-intérêts puisse être attribuée. Et sans sanction, il ne peut y avoir d'obligation⁵⁵. C'est ce que la Cour d'appel souligne lorsqu'elle soutient que c'est la substance de l'engagement et non la forme qui importe en droit civil⁵⁶. Or quelle est cette nécessaire substance ?

Le *Code civil du Québec* fait reposer la définition du contrat, non pas sur la création d'effets de droit *lato sensu*, mais sur la création, l'extinction ou la modification d'une obligation⁵⁷ ou d'un droit réel, lequel ne nous concerne pas ici. C'est donc dire que, pour être en présence d'un contrat, il est cette fois nécessaire d'établir que le consentement *au get* réunit les éléments d'une obligation civile. En l'espèce deux difficultés peuvent être soulevées : la

nature religieuse de la prestation puis sa nature extra patrimoniale.

Nature religieuse de la prestation. C'est essentiellement sur cette nature religieuse que reposait l'arrêt de la Cour d'appel. Pour cette dernière, ordonner à Monsieur Marcovitz de payer des dommages-intérêts constituerait une atteinte à sa liberté de religion. Une telle ordonnance serait également impossible au motif que la substance de l'obligation est religieuse, et que selon les préceptes de la religion judaïque, le consentement *au get* doit être volontaire *au moment même où il est exprimé devant le rabbin*. Une convention préalable serait nulle ou à tout le moins non contraignante *aux yeux du droit religieux*. Un époux qui se présenterait devant le rabbin sous la contrainte d'une ordonnance judiciaire, et contre son gré, ne satisferait donc pas aux préceptes religieux⁵⁸. Sans le dire expressément, la Cour d'appel considère en quelque sorte l'objet de l'obligation impossible⁵⁹. Mais ce qui ressort surtout, c'est que la Cour se fonde sur le contenu de la règle religieuse pour motiver son

⁵³ *Mc Lean c. Pettigrew*, préc., note 49 : « Ni le conducteur ni le passager n'entendent se lier contractuellement. Aucun des deux ne songe à acquérir des droits ou à assumer des obligations. Le transport purement bénévole est donc un simple acte de courtoisie, où n'entrent pas les éléments du contrat avec les droits et les obligations qui y correspondent » (*id.*, 73).

⁵⁴ A. POPOVICI, préc., note 45, p. 505, à la note 1094.

⁵⁵ A. DORVILLE, préc., note 37, p. 161-165.

⁵⁶ *Marcovitz c. Bruker*, précité, note 1, par. 83.

⁵⁷ Art. 1378 et 1433 C.c.Q.

⁵⁸ *Marcovitz c. Bruker*, précitée, note 8, par. 47, 78-81, 87 et 88.

⁵⁹ Cet argument avait été écarté par le juge de première instance au motif que Madame Bruker ne demandait pas l'exécution en nature de l'obligation. Si cela avait été le cas, on aurait pu conclure que l'exécution de l'ordonnance judiciaire était impossible. Mais, en l'espèce, ce qui faisait l'objet de la demande était le paiement de dommages et non l'exécution en nature.

raisonnement, tout en soutenant pourtant que le tribunal ne doit pas intervenir dans la sanction d'une norme religieuse⁶⁰. La Cour, officiellement au nom de la séparation entre l'ordre normatif religieux et l'ordre normatif civil, se fait protectrice du premier.

Mais il y a plus. Même en acceptant le raisonnement de la Cour, l'argument ne tient plus si l'on considère qu'il y a eu volonté de s'engager *civilement* à s'exécuter, le seul caractère religieux ne pouvant suffire pour écarter le caractère contractuel. Il suffit de reprendre l'exemple de la vente d'aliments *casher* pour s'en convaincre. Il ne fait pas de doute que la livraison d'aliments non *casher* constituerait une exécution non conforme du contrat et ouvrirait à sanction judiciaire. Pourtant, l'inexécution ne serait basée que sur la contravention d'une norme religieuse contractualisée, norme religieuse devant éventuellement faire l'objet d'une preuve contradictoire. La différence, que

l'on pressent bien, d'avec l'obligation de consentir au *get*, n'est pas dans le contenu religieux de la prestation, mais dans l'existence dans un cas d'un élément économique, la livraison d'un bien non conforme, et de l'inexistence d'un tel élément économique dans le second cas. Ce raisonnement impliquerait que l'obligation religieuse ne serait contractualisable que dans la mesure où elle comporte un élément économique. Ce serait le cas, par exemple, dans la religion musulmane, du *mahr*, sorte de dot que le mari doit verser à son épouse, au moment du divorce⁶¹, ce que laisse d'ailleurs sous-entendre la juge Deschamps⁶². La difficulté ne résiderait donc pas dans la nature religieuse de la prestation, mais dans sa nature extra patrimoniale.

Si les juges majoritaires passent rapidement sur cette question, se contentant de dire que l'expression « opération juridique » de l'article 1412 C.c.Q. est suffisamment large pour englober l'obligation d'accor-

⁶⁰ *Marcovitz c. Bruker*, préc., note 1, par. 79.

⁶¹ La force obligatoire d'une telle obligation est l'objet de décisions contradictoires en droit canadien. Certaines affaires refusent de la sanctionner, au nom du caractère religieux et non suffisamment déterminé de l'obligation : *Kadoura c. Hammoud*, [1998] O.J. (Quicklaw) n° 5054 (Court of Justice). Voir, pour une critique de cette décision : Pascale FOURNIER, « The Erasure of Islamic Difference in Canadian and American Family Law Adjudication », (2001-2002) 10 *J.L. & Policy* 51 ; Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Constitutional Values, Faith-Based Arbitration, and the Limits of Private Justice in a Multicultural Society », 19 *N.J.C.L.* 155, 171 et 172 ; d'autres juges, comme dans l'affaire *Nathoo c. Nathoo* acceptent au contraire de la sanctionner : [1996] (B.C.S.C.) ; *N.M.M. c. N.S.M.*, [2004] (B.C.S.C.) ; en droit américain, voir : *Aziz c. Aziz*, 13 mars 1985, 127 Misc. 2d, 1013.

⁶² Évidemment, la juge Deschamps n'avait pas à trancher ce point et elle se préserve bien de le faire, formellement du moins. Toutefois, elle soulève la question à deux reprises. Dans un premier temps, au paragraphe 123, elle réfère à la jurisprudence qui, tantôt sanctionne le *mahr*, tantôt refuse de le faire. Mais surtout, au tout dernier paragraphe (184), elle va plus loin, en laissant entendre que la question du *mahr* est de même nature que le *get* : « 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. ».

der le *get*, c'est certainement à cet aspect extra patrimonial que les juges dissidentes réfèrent lorsqu'elles écrivent que les tribunaux peuvent intervenir dans des questions à caractère religieux lorsque la réclamation est fondée sur la violation d'une règle reconnue en droit positif, *cette règle pouvant être un contrat validement formé*. La validité du contrat ne peut en effet pas, en toute logique, être écartée au seul motif du caractère religieux de la prestation, sans quoi il y aurait une pétition de principe : *l'obligation religieuse peut être justiciable si elle a été intégrée dans un contrat, mais le contrat ne peut intégrer une obligation religieuse*. C'est donc implicitement la question des limites du contrat et de la possible obligation extra patrimoniale qui se pose.

Nature extra patrimoniale de la prestation. L'obligation civile est classiquement définie comme un lien entre deux personnes par lequel l'une est tenue à une prestation – faire ou ne pas faire – à l'égard de l'autre, cette prestation devant être de nature patrimoniale, c'est-à-dire appréciable économi-

quement⁶³. Ce serait bien dans l'absence d'intérêt économique que résiderait le véritable motif du caractère non obligatoire de l'engagement d'accorder le *get*. Mais comment juger d'une telle inexistence d'intérêt économique ? Ce ne peut être au motif exclusif qu'il n'est pas possible d'exiger l'exécution en nature de la prestation, cela étant le cas de bon nombre d'obligations de faire⁶⁴. Ce ne peut non plus être sur le caractère onéreux ou non du contrat, l'acte à titre gratuit pouvant être qualifié de contrat en droit civil⁶⁵. Ce ne peut même pas être sur le caractère *prima facie* non économique de la prestation, bien des obligations de faire n'ayant de valeur économique qu'indirectement. Ce serait en fait parce qu'il s'agit d'un droit *purement* extra patrimonial qui ne peut pas être patrimonialisé, tel le mariage ou le divorce. Le pacte de famille n'est pas contractuel.

Mais encore là, si la solution semble tracée, elle demeure insatisfaisante. D'abord, on constate l'expansion de la technique contractuelle en droit de la famille ; pensons au PACS en France ou à la

⁶³ L'obligation serait donc nécessairement de nature patrimoniale. C'est ce que la doctrine classique retient. Voir, par exemple : Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n^o 6, p. 12. Certains auteurs mettent en doute ce principe : « Ainsi, les droits de la personnalité ne seraient pas des droits personnels et n'engendreraient aucune obligation. L'affirmation n'est juste que de façon générale, au niveau des principes » : Jean-Louis BAUDOIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, note 35, n^o 16, p. 20. Voir aussi l'article 302 C.c.Q., concernant le patrimoine des personnes morales : « Les personnes morales sont titulaires d'un patrimoine qui peut, dans la seule mesure prévue par la loi, faire l'objet d'une division ou d'une affectation. Elles ont aussi des droits et obligations extrapatrimoniaux liés à leur nature ».

⁶⁴ En droit français, certains sont d'avis, au nom du droit au mariage, constitutionnellement reconnu, que les tribunaux devraient forcer la remise du *get* par la procédure de l'astreinte. Voir : Éric AGOSTINI sous Civ. 2^e, 21 nov. 1990, D. 1991.434.

⁶⁵ A. POPOVICI, préc., note 45, p. 511.

procréation assistée au Québec⁶⁶. Ensuite, plusieurs droits extra patrimoniaux font l'objet d'un contrat ayant force obligatoire, par exemple le droit à l'image, la liberté d'expression – avec l'obligation de confidentialité –, même la liberté de travailler, avec les clauses de non-concurrence. On a aussi tendance à reconnaître arbitrairement une dimension économique à certaines prestations. Ainsi en est-il de l'exemple de Jhering⁶⁷ de la stipulation d'un bail garantissant au locataire la jouissance, de temps à autre, du terrain de l'immeuble. Pourquoi, se demande Jhering, reconnaît-on à cette stipulation le caractère d'une obligation; le « droit à la promenade » a-t-il une valeur économique plus directe que l'atteinte à la dignité ou à la croyance?

Évidemment, on peut faire valoir que ces exemples sont toujours transposables en conséquences patrimoniales, « qu'ils ont une valeur économique »⁶⁸. Qu'il y a, à côté des droits extra patrimoniaux de la personnalité, des droits patrimoniaux de la personnalité⁶⁹; qu'il y a des engagements de faire de nature

économique, d'autres non. On notera que, si la prestation elle-même n'est pas économique, les dommages liés à son inexécution le sont, et ce, contrairement à notre situation dont les dommages ne sont que moraux. L'impossibilité de patrimonialisation d'une obligation comme celle du *get* ne résiderait donc pas dans sa nature, mais dans ses conséquences; ce serait parce que le préjudice moral, seul, ne peut être indemnisable par le contrat, ce que d'ailleurs jadis plusieurs ont soutenu⁷⁰, qu'il n'y aurait pas d'obligation. Mais le préjudice moral contractuel est expressément indemnisable aux termes de l'article 1458 C.c.Q. et cette indemnisation, quoique difficilement évaluable, est nécessairement économique. Si l'intérêt protégé par le préjudice moral est extra patrimonial, l'action en réparation en dommages-intérêts est patrimoniale; *l'argent ne crée pas l'intérêt, il l'évalue*. Au nom de quel motif, sous réserve de l'illicéité⁷¹, ne le serait-il plus lorsque la convention crée ou protège *exclusivement* un tel intérêt? Et, pour fin d'analyse, doit-on comprendre que

⁶⁶ Sur l'expansion de la technique contractuelle au droit de la famille, voir l'excellent ouvrage collectif: D. FENOUILLET et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, préc., note 51.

⁶⁷ R. VON JHERING, « De l'intérêt dans les contrats, et de la prétendue nécessité de la valeur patrimoniale des prestations obligatoires », dans *Œuvres choisies*, vol. 2, Paris, Librairie A. Marescq, 1893, p. 145, aux pages 149 et 172.

⁶⁸ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 63, n° 2, p. 3.

⁶⁹ Grégoire LOISEAU, « Le rôle de la volonté dans le régime de protection de la personne et de son corps », (1992) 37 *R.D. McGill* 965.

⁷⁰ A. DORVILLE, préc., note 37, p. 163 et 164.

⁷¹ Évidemment, nous y reviendrons, il sera fréquent qu'une convention sur un droit extra-patrimonial, par exemple touchant les affaires de famille, contreviendra à une norme d'ordre public (par exemple, renonciation à un droit parental, ou à un droit reconnu par la *Loi sur le divorce*). Mais cette interdiction légale ne réfère pas à la nature de l'engagement, mais à son opportunité.

si les parties avaient assorti l'obligation de consentir au *get* d'une clause pénale, elle aurait dès lors constitué une obligation civile au motif qu'il y avait un élément économique? Pourtant, cet élément économique n'aurait été que l'évaluation conventionnelle des dommages-intérêts – nécessairement moraux – sanctionnant l'obligation et non l'obligation elle-même.

N'y a-t-il que l'intérêt patrimonial qui mérite la protection du contrat et, par extension, du droit? Jhering, dans son célèbre texte sur l'intérêt dans les contrats, a démontré que la limitation du caractère obligatoire aux seules prestations pécuniaires était historiquement et conceptuellement critiquable⁷². Ses réflexions, plus de cent ans plus tard, sont toujours, voire plus que jamais, pertinentes, puisque – et plusieurs l'ont fait remarquer⁷³ – on assiste à un phénomène de contractualisation de la société où la technique contractuelle prend sans cesse de l'expansion même en matière non économique.

Aussi, même si l'on retient une conception économique de l'obligation, est-il conforme à la réalité

vivante du contrat que de ramener celui-ci aux seules obligations, malgré ce que prévoit formellement le Code? Sous réserve de la séparation à laquelle procède la juge Deschamps, l'engagement d'accorder le *get* fait partie d'un ensemble plus grand dont il est un élément accessoire. À ce titre, on pourrait lui reconnaître une force obligatoire, sans lui reconnaître un caractère d'obligation. Le professeur Ancel, dans un article qui a été très remarqué, a brillamment démontré que le principe de force obligatoire du contrat ne concerne pas uniquement les obligations créées par le contrat, mais tout effet normatif de celui-ci. Le contrat « n'est pas simplement producteur de droits mais [...] est d'abord producteur de droit, de règles juridiques »⁷⁴, lesquels peuvent avoir d'autres effets que de simplement affecter une obligation ou un droit réel.

En définitive, ne devrait-on pas, dès lors que les parties ont voulu protéger un intérêt, considérer cet intérêt suffisant pour être obligatoire? Les limites du contrat ne devraient-elles pas uniquement reposer sur la volonté des parties de

⁷² « Ainsi le patrimoine est le seul bien que le droit civil ait à protéger? Tous les autres biens sont choses sans valeur dont le juge n'a point à s'inquiéter; le juge ne connaît que l'intérêt de la bourse – là où cesse la bourse, là aussi, pour lui, cesse le droit »: R. VON JHERING, *préc.*, note 67, p. 145, à la page 149.

⁷³ Muriel FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Paris, PUF, 2004, note 58, n° 74, p. 177-179: cette juriste fait remarquer qu'avec « le mouvement de la contractualisation de la société, la question risque de se poser de plus en plus souvent », p. 178. Sur la contractualisation de la société, voir: François COLLART-DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique? », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 225. Il constate que la notion de contrat subit une crise de croissance; il donne en exemple la nature contractuelle du PACS.

⁷⁴ Pascal ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999.771.775.

s'engager⁷⁵, cette intention étant à la fois constitutive et démonstrative de l'intérêt nécessaire à la protection par le droit? Le contrat ne se limiterait donc pas à l'économique pas plus qu'à l'obligationnel. En définitive, c'est là l'apport le plus original de cet arrêt, car c'est bien ce que font, sans le dire, les juges majoritaires de la Cour suprême, de même que le juge de première instance; ils retiennent une conception matérielle du contrat, reposant exclusivement sur l'existence d'un accord de volontés⁷⁶. Certes une analyse de l'intérêt objectif peut participer à l'évaluation de l'intention de s'obliger – et même parfois la réputer fictivement⁷⁷ – et sera prise en compte pour l'établissement des dommages-intérêts. C'est pourquoi on peut sans risque exclure du droit certaines ententes de civilité, les invitations à dîner ou autres pactes de socialisation. Mais, si l'intérêt objectivement perceptible participe à l'évaluation du vraisemblable *animus contrahendi* et des dommages-intérêts, il ne serait pas pour autant un critère autonome⁷⁸. La nuance est importante,

car l'*animus contrahendi* ne faisait pas de doute ici. Comme le relèvent les juges majoritaires de la Cour suprême, l'engagement à consentir au *get* avait été inclus dans une entente plus large et faisait partie de l'ensemble des avantages négociés. La nature contractuelle de l'obligation étant suffisamment établie pour les juges il ne restait plus qu'à déterminer si l'entente est conforme à la loi et à l'ordre public.

C. Conformité à l'ordre public et à la Charte québécoise

Ce point suscite aussi des difficultés. La première qui vient à l'esprit est toute simple, est-il licite de s'engager à divorcer? De la même manière, serait-il licite de s'interdire de divorcer? Certes, s'il s'était agi d'une entente portant sur le divorce civil, la question aurait été vite tranchée. La *Loi sur le divorce* est d'ordre public et est fondée sur une philosophie de libre choix. Un pacte sur divorce futur ou, au contraire, stipulant le caractère indissoluble du mariage serait illicite. Mais, en l'espèce, l'entente portait sur un divorce religieux, étranger à

⁷⁵ A. DORVILLE, préc., note 37, p. 338-340; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 3^e éd., Paris, Defrénois, 2007, n^o 435, p. 224: « [C]e qui compte ce n'est pas l'objet de la volonté, mais l'*animus contrahendi* », quoique les auteurs écartent ensuite certaines conventions au motif qu'elles ne créent pas d'effet de droit, tel les actes de courtoisie ou de complaisance.

⁷⁶ Contrairement à la Cour d'appel qui avait retenu un critère lié à la substance et non à la forme de l'entente: « *Quebec civil law places emphasis on the substance of obligations, and not in the form in which they are expressed [...]* »: *Marcovitz c. Bruker*, précité, note 8, par. 83.

⁷⁷ Car, comme le fait remarquer le professeur Popovici, cette intention toute subjective est bien souvent fictive, les parties n'ayant pas nécessairement conscience qu'elles concluent un contrat: A. POPOVICI, préc., note 45, p. 510 et 511.

⁷⁸ C'est bien de cette manière que la Cour suprême opte pour la thèse non contractuelle du transport bénévole dans l'affaire *McLean c. Pettigrew*, préc., note 49. La Cour souligne que les parties n'entendaient ni créer de droits, ni créer d'obligations et que l'entente était librement révocable. C'est donc bien l'*animus contrahendi* qui constitue le critère retenu.

toute loi civile et non protégé par celle-ci. Les juges majoritaires sont d'avis que l'engagement, loin d'être illicite, s'harmonise tout à fait avec l'intention du législateur « d'encourager la suppression des obstacles religieux au mariage [...et] avec l'approche canadienne en matière de religion de droits à l'égalité »⁷⁹. Sur ce point, l'existence de l'article 21.1 de la *Loi sur le divorce* et le caractère inégalitaire du divorce judaïque auront été des facteurs importants. La convention est donc conforme à l'ordre public.

Se pose ensuite la question de la validité de cet engagement au regard de la protection de la liberté de religion prévue à l'article 3 de la Charte québécoise. C'est en fait la deuxième question principale retenue par la juge Abella, question qui, pour elle, est distincte de celle de la validité de l'engagement. Pour nous, elle n'en est qu'une autre composante. Que la question de l'atteinte à la liberté de religion se pose en fonction de la notion d'ordre public ou qu'elle se pose en fonction de l'article 3 de la Charte québécoise, elle concerne, dans tous les cas, la validité et le caractère obligatoire de la clause.

Sur ce point, les juges majoritaires sont d'avis qu'il n'y avait pas, en l'espèce, d'atteinte à la liberté de Monsieur Marcovitz. Reprenant, formellement à tout le moins, le critère de la croyance sincère retenu par la Cour suprême dans l'arrêt

*Amselem*⁸⁰, ils concluent que le refus d'accorder le *get* n'était pas fondé sur une croyance sincère, mais sur sa relation avec Madame Bruker. Mais les juges précisent également que la religion de Monsieur ne l'obligeait pas à refuser d'accorder le *get*⁸¹. Même si nous laissons aux constitutionnalistes le soin d'interpréter ces propos, il nous semble y avoir là une résurgence, à tout le moins comme moyen de preuve, d'un critère objectif, la vraisemblable croyance sincère se jugeant en fonction d'un dogme officiel.

Malgré cette conclusion, laquelle aurait pu suffire pour trancher le débat, les juges majoritaires procèdent à l'exercice de la conciliation des intérêts en présence et concluent que la conciliation joue en faveur de Madame au nom, entre autres, du principe de la force obligatoire du contrat :

*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 inconvénients et les valeurs qui l'emportent sur la prétention de M. Marcovitz selon laquelle l'exécution de l'engagement pris au par. 12 de l'entente pourrait restreindre sa liberté de religion.*⁸²

Il y aurait tout lieu pour un civiliste de se réjouir du fait que la Cour suprême reconnaisse la force obli-

⁷⁹ *Marcovitz c. Bruker*, préc., note 1, par. 63.

⁸⁰ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 11.

⁸¹ *Marcovitz c. Bruker*, préc., note 1, par. 69.

⁸² *Id.*, par. 92.

gatoire du contrat comme une valeur fondamentale de notre société, qu'elle lui accorde une sorte de consécration quasi constitutionnelle. Mais ce qui frappe en définitive, c'est que cette consécration se fait au stade de l'analyse de la justification de l'atteinte, comme si l'existence d'un contrat – et son caractère obligatoire – était un élément d'opportunité parmi d'autres. Il nous semble plutôt que c'est l'inverse qui s'imposait: la considération de la volonté exprimée doit être prise en amont et non en aval. Il y avait lieu de se demander si l'engagement d'accorder le *get* faisait partie de l'espace contractualisable des droits fondamentaux et non pas prendre en compte l'existence d'une volonté contractuelle comme motif justificatif à l'atteinte. Les propos du juge Binnie, dissident dans l'affaire *Amselem*, nous semblaient parfa-

tement décrire la différence de méthode⁸³.

En fait, la question sur ce point revenait justement à celle posée dans l'affaire *Amselem*, c'est-à-dire dans quelle mesure une «renonciation», ou plutôt une atteinte contractuelle à un droit fondamental, est-elle valide⁸⁴? Il est à tout le moins surprenant de constater que les juges majoritaires ne réfèrent pas, sur ce point, aux enseignements de l'affaire *Amselem*⁸⁵. Rappelons que dans cette affaire, la Cour suprême n'avait pas tranché la question de la validité de l'atteinte contractuelle à la liberté de religion au motif que, même si cela était possible, les critères de validité n'étaient pas réunis en l'espèce. Or les critères de validité que la Cour pose dans *Amselem* étaient cette fois réunis: un contrat individuel dûment négocié, une clause réfé-

⁸³ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 11, par. 206-209.

⁸⁴ Nous ne pensons pas qu'il soit adéquat de référer ici à une «renonciation» à la liberté de religion. Il s'agit certes d'une atteinte à un droit, mais qui participe plutôt de l'exercice de ce droit que de sa renonciation. Sur l'ensemble de la nature et de la validité d'une atteinte contractuelle à un droit fondamental, nous référons les lecteurs à notre texte: Benoît MOORE, «Sur la contractualisation de la croyance», dans Jean-François GAUDREAU-DESBENS (dir.), *La religion, le droit et le «raisonnable»*, Montréal, Éditions Thémis (à paraître).

⁸⁵ La Cour d'appel, elle, avait fait ce lien en soulignant que, si dans *Amselem* on n'avait pas pu présumer que les copropriétaires avaient contractuellement renoncé à leur droit d'ériger une «soucah», comment pouvait-on maintenant présumer que Monsieur Marcovitz avait renoncé à sa liberté de se présenter ou non devant le tribunal rabbinique? Voici l'extrait:

If an observant Jewish man could not be presumed to have contractually waived his freedom of religion and thus be entitled to erect a succah on his balcony, how can Mr. Marcovitz be presumed to have waived his right to appear before a rabbinical tribunal for the granting of a ghet as a matter of religious conscience, and who is this Court to tell him that he had a civil duty to perform irrespective of the rights he might have according to his religious beliefs.

Marcovitz c. Bruker, précité, note 8, par. 77. On ne peut qu'être étonné du choix du terme «présumer». Il n'est pas question de *presumer* que Monsieur Marcovitz a renoncé à sa liberté de religion, mais, constatant qu'il l'avait fait, se demander s'il pouvait le faire. En fait, la Cour d'appel assimile là deux cas différents et omet d'appliquer les critères établis pas la Cour suprême pour juger de l'éventuelle validité d'une atteinte à la liberté de religion, critères qui étaient ici réunis.

rant explicitement à la règle religieuse et formulée en termes « clairs, précis et explicites ». L'occasion était belle pour la Cour de poursuivre la construction jurisprudentielle sur l'exercice contractuel des droits fondamentaux, laquelle construction est encore bien imparfaite, voire « erratique »⁸⁶.

IV. En guise de conclusion : pour un fondement extracontractuel ?

Comme nous avons pu le constater, la qualification contractuelle ne va pas sans poser de difficultés et il est regrettable que celle-ci ait été, à bien des égards, négligée par la Cour suprême. Même si la Cour utilise formellement les règles de droit civil, l'argument principal sur le sens de l'article 1412 C.c.Q. nous semble bien technique eu égard à la profondeur des débats sur la nature du contrat et son extension possible ou souhaitable au domaine extra patrimonial. Aussi, les règles du droit civil ont-elles semblé jouer un rôle de faire-valoir aux considérations de libertés publiques et de Charte, ce qui est malheureusement une tendance actuelle. Il est évident que le contrat et le droit des obligations sont voués à adapter certaines de leurs notions, dont celle de l'ordre public ou du contrat. Mais

s'il est inévitable que le droit des contrats s'ouvre à la Charte, il est à souhaiter que l'on n'assiste pas à une absorption du droit des contrats par celle-ci⁸⁷.

En fait, et quelle que soit la conclusion à laquelle on arrive quant à l'existence d'un contrat, il est loin d'être évident que le régime contractuel soit le mieux placé pour sanctionner une situation comme celle de l'affaire *Marcovitz*. De la même manière, il ne nous semble pas nécessaire, le consentement pouvant exister même à l'extérieur d'un contrat réduit aux seules relations économiques. Ce n'est pas que le consentement ne doive pas être pris en compte, mais cette fois indirectement, comme un fait juridique, source de responsabilité extra contractuelle, voire, quasi contractuelle.

La juge Deschamps souligne que seule la thèse contractuelle a fait l'objet de l'affaire *Marcovitz*, la question de la faute extra contractuelle n'ayant pas été évoquée par les parties. Or c'est sur la base de la responsabilité extra contractuelle que la Cour de cassation reconnaît de manière régulière, depuis près de 40 ans, que le refus de consentir au *get*, qu'il y ait entente ou non, peut donner ouverture à des dommages-intérêts⁸⁸. La Cour de cassation re-

⁸⁶ Pierre-Gabriel JOBIN, « L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux contrats », *RTD civ.* 2007.33, 45.

⁸⁷ Voir les motifs du juge Baudouin dans l'arrêt *Godbout c. Ville de Longueuil*, [1995] R.J.Q. 2561, 2570, lesquels portent sur la notion d'ordre public. Ainsi, si la Charte précise la notion d'ordre public, elle ne la limite pas : Louis PERRET, « De l'impact de la *Charte des droits et libertés de la personne* sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec », (1981) 12 *R.G.D.* 121, 150-153.

⁸⁸ Civ. 2^e, 13 déc. 1972, D. 1973.493, note Christian Larroumet ; Civ. 2^e, 21 avr. 1982, note G. Durry, *RTD civ.* 1984.114 ; Civ. 2^e, 5 juin 1985, J.C.P. 1987.II.20728, note Éric Agostini ;

connaît donc indirectement la règle religieuse dans l'évaluation de la faute⁸⁹. Le fondement de cette jurisprudence se trouverait dans l'application de la théorie de l'abus de droit ou, plus spécifiquement, de l'abus d'une liberté⁹⁰. Initialement, les tribunaux exigeaient la preuve d'une intention malicieuse, ce qu'ils ne semblent plus faire depuis un arrêt de 1985⁹¹, la seule faute suffisante. Mais que l'on ait recours à la théorie de l'abus de droit ou non, la détermination de la faute en cette matière ne va pas sans difficulté. Comment en effet l'exercice d'une liberté fondamentale peut-il constituer une faute civile sans, du coup, porter atteinte à cette liberté ? Pour cette raison, la Cour de cassation refuse de prendre en considération les motifs religieux au refus du *get* dans l'évaluation de la faute. Mais alors, en quoi la faute peut-elle résider, si ce n'est l'absence de tout motif

ou l'aveu de motifs autres que religieux⁹² ?

En l'espèce, il nous semble que la question était toutefois plus simple, l'une des sources de la faute pouvant précisément être l'existence d'un consentement à la délivrance du *get*. À notre connaissance, si la Cour de cassation n'a jamais fondé le recours sur un contrat, elle reconnaît au consentement donné une « mini force obligatoire »⁹³ en ce que la violation de ce consentement constitue un élément à l'évaluation du caractère fautif du comportement⁹⁴. S'il peut être difficile, voire audacieux pour certains, de voir dans l'entente sur le *get* la création d'une obligation contractuelle, l'élément économique étant absent, on peut à tout le moins y voir là la création d'un devoir⁹⁵, celui du respect de l'attente légitime créée par la volonté, même si celle-ci n'est pas contractuelle. La négation de

Civ. 2^e, 15 juin 1988, J.C.P. II.21223, note Marie-Luce Morançais-Demeester, observation Patrice Jourdain, *RTD civ.* 1988.770 ; Civ. 2^e, 21 nov. 1990, D. 1991.434, note Éric Agostini ; Civ. 1^{re}, 31 oct. 1994, D. 1995, Juris. 245, note Éric Agostini. Certains sont même d'avis que les tribunaux devraient forcer l'exécution en nature par le mécanisme de l'astreinte : G. DURRY, *RTD civ.* 1984.114, 115.

⁸⁹ C. LANDHEER-CIESLAK, préc., note 18, n^o 679, p. 448 et 449.

⁹⁰ Voir : Patrice JOURDAIN, « Responsabilité civile », *RTD civ.* 1988.770, 771 ; C. LARROUMET, D. 1972.493, 495.

⁹¹ Civ. 2^e, 5 juin 1985, J.C.P. 1987.II.20728, note Éric Agostini.

⁹² Voir : Pierre BARBIER, « Le problème du "gueth" », *Gaz. Pal.* 1987. Doctr. 484.

⁹³ Dominique LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, Paris, L.G.D.J., 1993, n^o 677, p. 369. Voir : P. JOURDAIN, préc., note 90, 770, 772.

⁹⁴ Civ. 2^e, 21 nov. 1990, D. 1991.434, note Éric Agostini. Il écrit, à la page 436 : « Il ne s'agit pas pour la justice française de se faire le bras séculier du droit religieux hébraïque ni de revêtir de l'exequatur la sentence du Bet Din. Il s'agit simplement de sanctionner l'infraction commise par le mari aux règles du jeu qu'il a librement acceptées et dont il s'est volontairement soustrait ».

⁹⁵ Sur la distinction, trop souvent oubliée entre devoir et obligation, voir : Daniel GARDNER et Benoît MOORE, « La responsabilité contractuelle dans la tourmente », (2008) 49 *C. de D.* (à paraître).

cette attente légitime constitue la violation d'un devoir de civilité, une contravention aux normes de comportement⁹⁶. C'est ainsi que, reprenant l'idée du professeur Popovici, l'on pourrait voir dans un consentement non contractuel un quasi-contrat ou encore un engagement extracontractuel⁹⁷, emportant responsabilité aux termes des articles 1457 ou 1458 C.c.Q.⁹⁸. Il est peut-être temps que les civilistes prennent acte de l'expansion de la méthode contractuelle, que celle-ci n'est plus une opération exclusivement économique. La technique du consentement a pris sa place dans la famille. Cette expansion est l'enfant logique de l'individualisme et de la société des Chartes. En définitive, la question de l'existence ou non d'un contrat était peut-être trop technique. L'important n'est-il pas qu'il y ait eu consentement, parole

donnée. Car après tout, en quoi le principe du respect de la parole donnée ne devrait-il valoir que dans le contrat ?

⁹⁶ Voir : George c. Association des étudiants en droit de l'Université Laval, B.E. 2003BE-669 (C.Q.).

⁹⁷ Ou encore un quasi-engagement basé sur l'apparence créée. Voir sur cela l'excellente thèse : Cyril GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherches sur les sources de l'obligation*, Paris, Defrénois, 2007 : « [le] quasi-engagement est l'engagement imposé par l'équité à un individu en raison de la croyance qu'il a par sa faute suscitée chez un tiers » (n° 200, p. 97). La théorisation de cette source nouvelle d'obligation est issue de la jurisprudence sur les loteries, où la Cour de cassation, sur la base d'un quasi-contrat, condamne une société de loteries à verser le gros lot qu'elle laissait entendre avoir été gagné par le consommateur. Pour Grimaldi le quasi-engagement est un fait illicite qui oblige, sans qu'il y ait eu volonté de la part de l'auteur. Le cas d'espèce est donc sensiblement différent du nôtre, mais illustre comment l'expression d'une volonté, même apparente, en l'absence de tout contrat, peut être source d'obligation. Ainsi conçu, le quasi-engagement aurait pu être pertinent si la Cour avait retenu que Monsieur Marcovitz n'avait pas réellement l'intention de s'obliger (n'avait pas l'*animus contrahendi*). Dans ce cas, la faute aurait résidé dans le fait d'avoir faussement fait croire à un engagement d'accorder le *get*.

⁹⁸ A. POPOVICI, préc., note 45, p. 512 :

En vertu de l'opinion dominante, on serait contraint de distinguer les engagements contractuels des engagements non contractuels ou extracontractuels ! Ces derniers seraient ceux que l'on n'est pas obligé de tenir, mais dont l'inexécution rend le débiteur passible de dommages-intérêts (penser aux fiançailles) ! Ce serait autrement une nouvelle race de... quasi-contrats [un acte volontaire et licite – qui n'est pas un acte juridique unilatéral ni un véritable contrat – un fait juridique, donc qui oblige envers une autre personne et quelquefois cette autre personne, de telle sorte que l'inexécution de l'obligation devienne source de l'obligation de réparation], un vinculum juris non contractuel !