Gouverner les religions au Canada par des innovations juridiques *made in USA* : la réflexivité à l'œuvre dans l'accommodement raisonnable et la liberté de religion

Stéphane Bernatchez

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/rdr/1453>

DOI : 10.4000/rdr.1453

ISSN : 2534-7462

Éditeur

Presses universitaires de Strasbourg

Édition imprimée

Date de publication : 6 mai 2021

Pagination : 133-154

ISBN : 979-10-344-0089-8

ISSN : 2493-8637

Référence électronique

Stéphane Bernatchez, « Gouverner les religions au Canada par des innovations juridiques *made in USA* : la réflexivité à l'œuvre dans l'accommodement raisonnable et la liberté de religion », *Revue du droit des religions* [En ligne], 11 | 2021, mis en ligne le 06 mai 2021, consulté le 04 mai 2022. URL : <http://journals.openedition.org/rdr/1453> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/rdr.1453>

La revue *du droit des religions* est mise à disposition selon les termes de la Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale 4.0 International - CC BY-NC 4.0.

Gouverner les religions au Canada par des innovations juridiques *made in USA* : la réflexivité à l'œuvre dans l'accommodement raisonnable et la liberté de religion

Stéphane BERNATCHEZ

Centre de recherche Société, Droit et Religions de l'Université de Sherbrooke (SoDRUS)

RÉSUMÉ

Les droits en matière religieuse sont fondés sur le libéralisme politique qui a récemment évolué vers un constitutionnalisme pluraliste. Cette évolution a permis l'émergence d'une plus grande prise en compte de la réflexivité dans la gouvernance des religions au Canada, laquelle fait appel aux destinataires de la norme dans la construction de celle-ci en fonction du contexte. Le droit de la gouvernance se distinguant par l'usage innovant des normes et la transformation des comportements de la part des acteurs, c'est précisément à des innovations juridiques créées en droit américain que la Cour suprême du Canada s'en est remise, plus particulièrement aux mécanismes réflexifs que sont l'obligation d'accommodement raisonnable et la conception subjective de la liberté de religion.

ABSTRACT

Religious rights are based on political liberalism which has recently evolved into pluralist constitutionalism. This development has allowed the emergence of greater consideration of reflexivity in the governance of religions in Canada, which appeals to the addressees of the norm in its construction according to the context. As governance law is distinguished by the innovative use of norms and the transformation of actors' behaviour, it is precisely to legal innovations created in American law that the Supreme Court of Canada has relied on, more particularly on the reflexive mechanisms of the duty to reasonable accommodation and the subjective conception of freedom of religion.

C'est devenu une évidence de le dire : les documents juridiques qui protègent les droits et libertés ont été boulonnés dans le socle de l'humanisme libéral. Le projet juridique de la modernité a légué à l'humanité la positivisation d'un droit naturel qui faisait de ces droits et libertés des prescriptions inaliénables, liées à une soi-disant nature humaine. La *Charte canadienne des droits et libertés*¹, document par lequel les droits et libertés sont constitutionnellement enchâssés dans l'ordre juridique au Canada, s'inscrit dans cette tradition du libéralisme politique qui accorde le primat à la liberté individuelle sur les objectifs collectifs². Selon cette conception libérale, l'être humain est doué de raison et capable de choix autonomes que l'État ne doit pas entraver autant que possible. Chacun doit être libre, capable de mener son projet de vie individuel.

La *Charte* reconnaît à son article premier³ que les droits peuvent être restreints dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Ainsi, la liberté de religion protégée à l'article 2 de la *Charte*⁴ peut être limitée de manière raisonnable. Comment, dès lors, la rationalité juridique peut-elle concevoir et saisir ce qui relève de la foi, des croyances et des dogmes, tout en respectant les exigences de la raison moderne ?

Un commencement de réponse peut certes être cherché du côté de la logique juridique elle-même. Si le libéralisme qui sert d'arrière-plan à la *Charte* constitutionnelle ne peut souffrir d'aucune contradiction lorsqu'il s'agit d'en faire la démonstration sur le plan philosophique, son application juridique, quant à elle, ne peut prétendre à une telle pureté conceptuelle. En cela, la cohérence et l'adéquation idéelles entre la pratique judiciaire et la philosophie politique du libéralisme ne peuvent être parfaites. En effet,

1. Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B du Canada Act 1982, 1982, c. 11 (R.-U.).

2. S. BERNATCHEZ, « Les fondements philosophiques et théoriques de la *Charte canadienne des droits et libertés* », in E. MENDES, S. BEAULAC (dir.), *Canadian Charter of Rights and Freedoms = Charte canadienne des droits et libertés*, Markham, LexisNexis, 2013, p. 47 (aussi publié dans *Supreme Court Law Review* 61, 2013, p. 47).

3. L'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* se lit comme suit : 1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

4. L'article 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés* se lit comme suit : 2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes : a) liberté de conscience et de religion ; b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication ; c) liberté de réunion pacifique ; d) liberté d'association.

à l'occasion des différents litiges, le jugement juridique doit composer avec des revendications légitimes divergentes et en arriver bien souvent à des accords non entièrement théorisés⁵, dans la recherche d'un équilibre entre des valeurs et des intérêts opposés. Les solutions de compromis que les tribunaux élaborent dans leurs jugements les amènent à un certain pragmatisme, là où les effets des décisions importent davantage que les principes théoriques. Sur cette base, les décisions judiciaires peuvent parfois paraître moins cohérentes par rapport aux enseignements du libéralisme politique, tout en étant tout à fait valables sur le plan juridique dans leur capacité à solutionner des litiges.

Néanmoins, puisque le libéralisme politique sert de fondement à la reconnaissance des droits et libertés, il convient de repartir de cette approche philosophique afin de comprendre l'évolution de la protection de la religion au Canada. En refaisant cette généalogie, il est possible de comprendre comment la jurisprudence canadienne a développé, face aux défis posés par la mise en œuvre de la liberté de religion et de la protection contre la discrimination en matière religieuse, des mécanismes juridiques de gouvernance adaptés aux spécificités du droit des religions.

Il existe certes plusieurs définitions de la gouvernance, cette notion polysémique qui tend de plus à remplacer, en plusieurs domaines de l'action publique, le gouvernement par la nouvelle gouvernance étatique⁶. À telle enseigne que l'on ne compte plus les travaux recensant le passage du gouvernement à la gouvernance⁷. La définition retenue ici est celle proposée par Marc Maesschalck : « La gouvernance est un processus expérimental visant à transformer les rôles et les formes de production normative. L'enjeu est d'expérimenter de nouveaux comportements d'acteurs eux-mêmes guidés par un usage innovant des normes⁸. »

5. C. R. SUNSTEIN, « Incompletely Theorized Agreements », *Harvard Law Review*, vol. 108, n° 7, 1995, p. 1733.

6. J. CHEVALLIER, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *RFAP* 2003, p. 203.

7. V. notamment, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002 ; J. LENOBLE, M. MAESSCHALCK, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke, Éd. Rev. de droit de l'Université de Sherbrooke, 2009 ; D. MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2007 ; K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2^e éd. 2015.

8. M. MAESSCHALCK, *Gouvernance réflexive de la recherche et de la connaissance innovante*, London, ISTE, 2017, p. 24.

Ces mécanismes mis en place en matière religieuse participent d'un droit de la gouvernance⁹, l'obligation d'accommodement raisonnable et la conception subjective de la liberté de religion constituant des usages innovants des normes. Il convient d'abord de démontrer comment les origines de ce droit des religions ont solidement été construites sur les fondements d'un libéralisme politico-philosophique hérité de la modernité, avant que cette philosophie politique ne subisse l'épreuve de l'application judiciaire et s'étiole conséquemment en faveur d'une philosophie du pluralisme et d'un certain pragmatisme juridique (1). Le passage du modèle de la priorité des droits au modèle de l'optimisation des valeurs en conflit a favorisé le nécessaire et possible recours à la réflexivité en matière religieuse, et ce, tant pour les individus que pour les acteurs institutionnels. Si la première partie doit servir à expliquer ce passage, la seconde, elle, permettra d'établir que la notion d'accommodement raisonnable et la conception subjective de la liberté de religion ont permis cette mise en œuvre de la réflexivité. Il s'agira donc de montrer ensuite comment ces évolutions récentes ont amené le traitement juridique de la discrimination religieuse et de la liberté de religion vers une gouvernance du droit des religions faisant appel à des innovations juridiques créées aux États-Unis d'Amérique (2).

1. DU LIBÉRALISME AU PLURALISME

Cette première partie servira à montrer ce passage du libéralisme au pluralisme, en insistant d'abord sur les idées libérales qui ont permis de construire une jurisprudence bien établie en matière de liberté de religion. Après que les tribunaux ont posé les bases de cette liberté, la philosophie politique du libéralisme a connu, au début des années 1990, une évolution importante, avec la publication de l'ouvrage *Libéralisme politique* de John Rawls¹⁰, dans lequel il revisite lui-même sa propre théorie de la justice¹¹. Cette révolution scientifique va influencer, c'est du moins l'hypothèse proposée ici, sur la conception du droit en matière religieuse.

9. V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Paris, LexisNexis, 2015.

10. J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.

11. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.

1.1. UNE JURISPRUDENCE MARQUÉE AU SCEAU DU LIBÉRALISME

Dans ses décisions relatives à la Charte constitutionnelle, la Cour suprême du Canada a tôt fait de se référer aux idéaux libéraux afin de définir la liberté de religion. Dès son premier arrêt portant sur cette liberté garantie dans la *Charte* adoptée en 1982, à l'occasion d'une affaire relative à l'ouverture des commerces le dimanche, elle en a donné une interprétation drapée dans l'étendard des valeurs libérales :

« Une société vraiment libre peut accepter une grande diversité de croyances, de goûts, de visées, de coutumes et de normes de conduite. [...] La liberté doit sûrement reposer sur le respect de la dignité et des droits inviolables de l'être humain. 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. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela.

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'état ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. [...]

Une majorité religieuse, ou l'état à sa demande, ne peut, pour des motifs religieux, imposer sa propre conception de ce qui est bon et vrai aux citoyens qui ne partagent pas le même point de vue. La *Charte* protège les minorités religieuses contre la menace de "tyrannie de la majorité"¹². »

En situant l'interprétation de la liberté de religion dans ce contexte philosophique, la Cour suprême était tout à fait dans la bonne tonalité, alors qu'elle avait elle-même donné le *la* dès ses premiers arrêts¹³ relatifs à la *Charte canadienne des droits et libertés* : les droits et libertés doivent recevoir une interprétation large et libérale, conforme aux objectifs poursuivis. Cette manière d'aborder les droits et libertés a été confirmée lors d'un énoncé de principes dans l'arrêt *Oakes* : « Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain,

12. R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 336-337.

13. *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357 ; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société¹⁴. »

En matière de liberté de religion, comme de liberté d'expression, l'interprétation judiciaire a été influencée non seulement par le libéralisme politique, mais aussi par le libéralisme économique. C'est ainsi que la métaphore du marché libre (ou non réglementé) des idées a servi de toile de fond à la régulation du discours¹⁵ et que le marché des religions est parfois invoqué pour exprimer l'importance de laisser à chacun la liberté de choisir sa religion¹⁶.

Dans le même arrêt *Big M* sur l'ouverture des commerces le dimanche, la Cour justifie l'obligation de neutralité de l'État en établissant une comparaison avec le droit américain qui contient, dans le Premier amendement de la Constitution, une clause de non-établissement d'une religion par l'État. Malgré l'absence d'une telle disposition en droit canadien, la liberté de religion garantie par l'alinéa 2a) de la *Charte* inclut l'obligation de neutralité religieuse de l'État. Sur cette base, la Cour en arrive à considérer que l'imposition d'une pratique religieuse (en l'espèce, l'observance universelle du jour de repos préféré par une religion) « ne concorde guère avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens¹⁷ ». L'article 27 de la *Charte* reconnaît que toute interprétation des droits et libertés qui y sont consacrés doit en effet concorder avec cet objectif du multiculturalisme cher au libéralisme pluraliste, ou au multiculturalisme libéral¹⁸.

La même année, dans un arrêt reconnaissant, dans les cas de discrimination religieuse et d'atteinte au droit à l'égalité, une obligation corollaire d'accommodement raisonnable sans contrainte excessive, la Cour a réaffirmé que « chaque personne devrait être libre d'adopter la religion de son choix et d'en observer les préceptes¹⁹ ». Plus encore, elle a décidé de pallier les insuffisances de la loi provinciale de l'Ontario en imposant à l'employeur,

14. R. c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 136.

15. R. c. *Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

16. L. MAYALI (dir.), *Le façonnage du marché des religions aux États-Unis*, Paris, Mille et une nuits, 2002; S. BRUCE, « Les limites du "marché religieux" », *Social Compass* 53, 2006, p. 33.

17. *Big M Drug Mart*, précit., note 12.

18. V. W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1995; « Tester les limites du multiculturalisme libéral? Le cas des tribunaux en droit familial », *Éthique publique*, n° 9/1, 2007, p. 27.

19. *Comm. Ont. des Droits de la Personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, 553, § 21.

responsable de la discrimination dans les conditions de travail, l'obligation de prendre des mesures raisonnables d'accommodement afin de permettre la pratique religieuse. En cela, le silence de la loi est comblé à l'aide d'un principe, conformément à ce que propose la conception libérale du droit défendue par Ronald Dworkin²⁰. Ce faisant, la Cour suprême du Canada fait sienne la notion d'accommodement raisonnable « dont parle la jurisprudence américaine²¹ ».

Dans sa jurisprudence subséquente, la Cour suprême a toujours maintenu cette conception large et libérale de la liberté de religion, conformément aux enseignements de la philosophie politique du libéralisme. Dans l'arrêt *Amsalem*, en 2004, elle réitérait les fondements de la liberté de religion en ces termes : « Notre Cour applique depuis longtemps une définition extensive de la liberté de religion qui repose sur les notions de choix personnel, d'autonomie et de liberté de l'individu. [...] Une telle conception est intrinsèquement liée à la manière dont une personne se définit et s'épanouit et elle est fonction des notions de choix personnel et d'autonomie de l'individu, facteurs qui sous-tendent le droit [...] »²²

La Cour en est toutefois venue à donner à la liberté de religion, comme à la liberté d'expression, une interprétation allant bien au-delà ce que le libéralisme lui-même reconnaît comme un intérêt fondamental digne de protection constitutionnelle. Elle a ainsi reconnu des pratiques que le libéralisme ne considère pas comme étant fondamentales et qui ne devraient pas, en conséquence, être constitutionnellement protégées par une charte des droits et libertés.

« Or, au Canada comme ailleurs, les tribunaux interprètent les droits constitutionnels d'une manière très large, voire d'une manière tellement généreuse que les droits constitutionnels enchâssés finissent par inclure des intérêts que la tradition constitutionnelle libérale considère comme ordinaires. Cela ne veut pas dire qu'ils soient insignifiants, mais simplement qu'ils ne sont pas vitaux ou fondamentalement importants, du moins dans le cadre de la tradition constitutionnelle libérale. Pensons par exemple à la liberté d'expression commerciale, à la liberté de propager la haine ou au droit d'un enfant de douze ans d'aller à l'école publique avec un kirpan. Conférer à tous ces intérêts une priorité normative de principe semble artificiel²³. »

20. R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

21. *Simpsons-Sears*, précit., note 19, 553, § 20.

22. *Syndicat Northcrest c. Amsalem*, [2004] 2 R.C.S. 551 ; 2004 CSC 47, § 40 et 42.

23. L. B. TREMBLAY, « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique élémentaire, pluraliste et multiculturelle », *R.D. McGill* 57, 2012, p. 453.

C'est ainsi que, dans l'arrêt *Multani*, la Cour suprême a reconnu que la liberté de religion protégeait le droit de porter un kirpan à l'école et que les arguments invoqués afin de le limiter ne constituaient pas des limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique²⁴. Cette protection est conforme avec le fait que la « Cour applique depuis longtemps une définition extensive de la liberté de religion qui repose sur les notions de choix personnel, d'autonomie et de liberté de l'individu²⁵ ».

Dans sa jurisprudence plus récente, la Cour suprême du Canada n'a pas limité aux seuls individus la protection offerte par la Charte constitutionnelle. Dans un arrêt relatif au cours obligatoire d'éthique et de culture religieuse dans une école privée catholique²⁶, la Cour suprême a affirmé que la liberté de religion vise les aspects collectifs des convictions religieuses, la liberté de religion bénéficiant ainsi aux communautés et non seulement aux individus²⁷.

Cette dimension collective de la liberté de religion heurte certes l'individualisme libéral. Même s'il est vrai qu'une certaine reconnaissance des droits collectifs peut être justifiée en raison de la protection des choix individuels des membres d'une communauté²⁸, le libéralisme affirme néanmoins le primat de l'autonomie individuelle.

1.2. L'OPTIMISATION DES VALEURS EN CONFLIT

Si la conception libérale des droits et libertés en arrive à reconnaître la primauté des droits et libertés dans l'ordre juridique, c'est parce qu'en arrière-plan se trouve un modèle de la priorité des droits qui consiste à accorder une priorité normative aux droits par rapport à toute autre considération dans la justification d'une politique, d'une loi ou d'une décision. Ce n'est que devant un intérêt fondamental plus primordial encore que le droit ou la liberté doit céder la priorité. C'est ainsi que la Cour suprême du Canada a reconnu que la liberté de religion de parents qui, étant témoins de Jéhovah, refusaient que leur enfant de trois semaines reçoive des transfusions sanguines nécessaires à sa survie, doit céder le pas lorsque la vie, la santé ou

24. *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6.

25. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précit., § 40.

26. *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613.

27. *Ibid.*, § 63.

28. V. notamment W. KYMLICKA, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Oxford University Press, 1989.

le bien-être de l'enfant sont en jeu²⁹. Mais, sinon, devant des considérations d'utilité publique, de bien-être général ou d'intérêt collectif, la revendication fondée sur la liberté de religion doit l'emporter en principe.

Dans sa jurisprudence récente, la Cour suprême du Canada a cependant reconnu des limites à ce modèle de la primauté des droits. À titre d'exemple, dans une affaire où les membres d'une colonie huttérite prétendaient que la photo obligatoire sur le permis de conduire portait atteinte à leur liberté de religion³⁰, la Cour suprême a priorisé l'argument de sécurité, soit l'objectif de lutte contre le vol d'identité, par rapport à la liberté de religion.

Plus fondamentalement, cette évolution jurisprudentielle traduit une transformation philosophique d'arrière-plan, que le professeur Tremblay a présenté comme le passage du modèle de la priorité des droits au modèle de l'optimisation des valeurs en conflit³¹. Selon le premier, les droits et libertés sont considérés comme des atouts³², c'est-à-dire que les droits constituent des principes déontologiques qui l'emportent à l'encontre de toute considération conséquentialiste ou utilitariste susceptible d'être invoquée sous la forme de l'intérêt général, du bien-être général ou du plus grand bonheur du plus grand nombre³³.

Selon le modèle de la priorité des droits, « en cas de conflit entre un droit garanti et une valeur ou un intérêt concurrent, le droit doit l'emporter en principe³⁴ ». S'il en est ainsi, c'est parce qu'il « existe un ordre de priorité relative, lexical ou autre, entre les divers types de valeurs constitutionnelles. En principe, les droits garantis ont priorité sur les valeurs concurrentes, telles que les buts collectifs, le bien-être général, les objectifs gouvernementaux perfectionnistes ou centrés sur l'efficacité économique³⁵ ». Seuls les intérêts fondamentaux jugés plus importants encore que le droit ou la liberté en cause peuvent justifier de limiter ce droit ou cette liberté. Or, dans certains arrêts, tels que l'arrêt *Multani* sur le port du kirpan à l'école ou l'arrêt *Amselem* sur

29. *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

30. *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567.

31. L. B. TREMBLAY, « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique... », art. cit.

32. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, p. XI. V. aussi R. DWORKIN, « Rights as Trumps », in J. WALDRON (dir.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 153.

33. R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, p. 44.

34. L. B. TREMBLAY, « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique... », art. cit., p. 434.

35. *Ibid.*, p. 434.

la construction d'une souccah sur le balcon d'un immeuble de copropriétés, la liberté de religion semble jouir d'une priorité normative par rapport à tout autre intérêt opposé.

Pour être efficient, ce modèle de la primauté des droits exige toutefois « l'élaboration ou la reconnaissance par les juges d'une théorie substantielle des droits constitutionnels³⁶ » ; une telle théorie repose sur « un ordre normatif substantiel établissant dans l'abstrait les droits qui, en principe, ont priorité sur les valeurs et les intérêts concurrents, ainsi que les valeurs et les intérêts concurrents qui, en principe, peuvent légitimement justifier des restrictions à ces mêmes droits³⁷ ». Selon le libéralisme, la protection constitutionnelle d'un droit implique la reconnaissance d'un droit « moral » sous-jacent, qui « présuppose l'existence d'un intérêt digne d'une protection constitutionnelle³⁸ » et impose un devoir ou une obligation à autrui de le respecter³⁹. Dans cette opération interprétative, il s'agit de faire valoir le principe moral qui sous-tend le droit ou la liberté en cause.

Cette approche, que nous avons qualifiée de modèle de la priorité des droits, a connu au cours des dernières décennies une critique importante en raison du pluralisme caractérisant de plus en plus la société. Selon Tremblay, ce revirement dans la théorie et la pratique constitutionnelles semble être justifié, d'un point de vue normatif, par « l'engagement des sociétés démocratiques envers le principe d'égalité morale des personnes dans un environnement juridique, social et politique qui valorise le pluralisme et le multiculturalisme⁴⁰ ». Selon lui, « les constitutions ne peuvent honorer l'égalité morale des personnes que si leur contenu (institutions, procédures, valeurs et principes) résulte lui-même d'un processus conforme au principe d'impartialité, et ceci quelle que soit la nature de ce processus⁴¹ ».

Pendant longtemps, l'on a cru que le modèle libéral de la priorité des droits respectait cette impartialité morale, qu'il « affichait une neutralité à l'égard des différentes conceptions du bien que les citoyens pouvaient épouser⁴² ».

36. *Ibid.*, p. 436.

37. *Ibid.*, p. 435.

38. L. B. TREMBLAY, « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels », *Rev. jur. Thémis* 29, 1995, p. 519. V. aussi J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 166.

39. *Ibid.*, p. 469.

40. L. B. TREMBLAY, « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique... », art. cit., p. 452.

41. *Ibid.*, p. 455-456.

42. *Ibid.*, p. 456.

Or, la philosophie politique contemporaine, avec John Rawls, a bien mis en lumière le « fait du pluralisme⁴³ », en vertu duquel il existe, dans les sociétés démocratiques, « une pluralité de conceptions du bien, de visions du monde, de modes de vie et de cultures (de langages ou de schèmes conceptuels)⁴⁴ ». Le principal problème avec le modèle de la priorité des droits est qu'il postule une conception libérale de l'être humain et de ses intérêts, besoins, valeurs et revendications, qui n'est pas susceptible d'assurer la neutralité et l'impartialité requises constitutionnellement. Pour le dire autrement, le modèle libéral de la priorité des droits, contrairement au modèle de l'optimisation des valeurs en conflit, n'est pas neutre entre les différentes conceptions du bien (ou conceptions de la vie bonne)⁴⁵.

Dans un tel contexte pluraliste⁴⁶, une deuxième conception du principe démocratique s'est développée, soit le modèle de l'optimisation des valeurs en conflit. Ce modèle « ne confère aux droits garantis aucune forme de priorité normative sur les valeurs ou les intérêts concurrents que peut chercher à réaliser le gouvernement, ni même sur les buts sociaux fondés sur l'utilité, l'intérêt général, la perfection des individus ou la commodité administrative⁴⁷ ». Ce passage porte en arrière-plan tout le débat, en théorie de la justice, relatif à la priorité des droits individuels sur les intérêts collectifs, ou vice-versa, qui a opposé le libéralisme à l'utilitarisme. Ainsi, suivant le modèle davantage utilitariste de l'optimisation des valeurs en conflit, « toutes les valeurs constitutionnelles concurrentes ont le même statut dans l'ordre constitutionnel et, conséquemment, dans l'argumentation constitutionnelle. Il n'y a aucun ordre de priorité, lexical ou autre, entre elles. En principe, toutes les valeurs constitutionnelles ont le même poids. Les droits constitutionnels n'ont donc aucune priorité normative sur les valeurs concurrentes, ni même sur les buts collectifs, le bien-être général, les objectifs perfectionnistes ou l'efficacité administrative⁴⁸ ».

Selon ce modèle, l'opération de juger s'en trouve d'autant modifiée, en ce qu'il s'agit pour le juge de veiller à ce que les valeurs en conflit soient

43. J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.

44. L. B. TREMBLAY, « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique... », art. cit., p. 457.

45. *Ibid.*, p. 458.

46. V. aussi L. B. TREMBLAY, « L'émergence d'un constitutionnalisme pluraliste et le subjectivisme en droit constitutionnel », in A.-G. GAGNON, P. NOREAU (dir.), *Constitutionnalisme, droits et diversité : Mélanges en l'honneur de José Woehrling*, Montréal, Thémis, 2017, p. 15.

47. L. B. TREMBLAY, « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique... », art. cit., p. 441-442.

48. *Ibid.*, p. 442.

optimisées: « Cela signifie qu'elles doivent être réalisées le plus possible, compte tenu du contexte factuel et juridique qui a fait naître le conflit⁴⁹. »

Chaque valeur en conflit doit, ainsi, être réalisée autant que possible, ce qui implique qu'« aucune ne peut être totalement réalisée au détriment de celles avec lesquelles elle est en conflit⁵⁰ ». Les valeurs doivent être « ajustées les unes aux autres: elles doivent être mutuellement limitées afin de permettre à chacune d'elle d'atteindre son effet optimal⁵¹ ». Le principe de proportionnalité, qui est central dans le raisonnement juridique relatif aux droits, prend, dès lors, la forme d'un équilibre entre les valeurs en conflit⁵².

Dans l'arrêt concernant les huttérites, la préoccupation relative à la sécurité, associée à la protection contre le vol d'identité, l'a emporté sur la liberté de religion⁵³. Dans l'arrêt *Amsalem*, l'exercice de pondération a été effectué dans le cadre du test de proportionnalité. Il ne s'agit plus alors de prioriser un droit ou un intérêt fondamental, mais d'optimiser les différentes valeurs en conflit afin de les réaliser toutes. Le juge Iacobucci écrit, au nom de ses collègues majoritaires: « En dernière analyse, toutefois, je suis d'avis que les atteintes ou effets préjudiciables qui, prétend-on, seraient causés aux droits ou intérêts des membres de l'intimé dans les circonstances sont tout au plus minimales et ne sauraient raisonnablement être considérés comme ayant pour effet d'imposer des limites valides à l'exercice par les appelants de leur liberté de religion⁵⁴. »

Dans l'arrêt *N.S.*, c'est également à une telle pondération que se livre le jugement de la juge en chef McLachlin lorsqu'elle conclut que « la personne appelée à témoigner qui souhaite, pour des motifs religieux sincères, porter le niqab pendant son témoignage dans une instance criminelle sera obligée de l'enlever si les deux conditions suivantes sont respectées: a) l'obligation qui lui est faite d'enlever le niqab est nécessaire pour écarter un risque sérieux que le procès soit inéquitable, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque; b) les effets bénéfiques de l'obligation d'enlever le niqab, y compris ses effets sur l'équité du procès, sont plus importants que ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté de religion⁵⁵. »

49. *Ibid.*

50. *Ibid.*, p. 443.

51. *Ibid.*, p. 443-444.

52. *Ibid.*, p. 444.

53. *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, précit., § 35.

54. *Syndicat Northcrest c. Amsalem*, précit., § 84.

55. *R. c. N.S.*, 2012 3 R.C.S. 726; 2012 CSC 72, § 3.

Cette évolution de la jurisprudence canadienne montre bien les limites que représente l'adoption, même implicite, d'un modèle philosophique pour appliquer, selon une démarche juridique, les droits et libertés. À cet égard, le jugement juridique ne peut, en raison des considérations contextuelles et pragmatiques qui lui sont propres, cristalliser parfaitement les idéaux du libéralisme. Le passage au pluralisme comme philosophie politique d'arrière-plan semble favoriser un certain pragmatisme, dont les exigences pèsent moins lourdement sur le travail des juges. Le pragmatisme philosophique préconisant un certain expérimentalisme, la logique juridique ainsi conçue pourrait permettre l'expression d'une certaine créativité, laquelle peut s'avérer intéressante pour développer des mécanismes juridiques innovants. Le droit des religions est précisément l'un des domaines où de telles innovations juridiques ont été créées aux États-Unis, puis importées au Canada.

2. GOUVERNER LES RELIGIONS PAR L'EXIGENCE DE RÉFLEXIVITÉ

Le droit à l'égalité en matière religieuse, qui protège contre la discrimination, et la liberté de religion ont ceci de particulier que ces garanties nécessitent une forte prise en compte de la réflexivité. En cela, elles s'inscrivent dans le mouvement très contemporain du droit de la gouvernance.

Le droit des religions a donné lieu à des usages innovants des normes, lesquels ont eu pour effet de transformer, d'une part, les rôles des tribunaux et des parties, et d'autre part, les formes de production normative. Dans cette deuxième partie, deux exemples serviront à illustrer cela, soit, premièrement, la notion d'accommodement raisonnable en matière religieuse et, deuxièmement, la conception subjective de la liberté de religion. Ces deux notions ont d'abord été créées en droit américain, puis ont traversé la frontière canadienne.

Dans ces deux cas, le droit en arrive à mobiliser, dans une certaine horizontalité, les destinataires de la norme comme créateurs du droit, cette participation à la production normative étant convoquée par les normes à exigence de réflexivité⁵⁶. Explicitant cette dernière notion, Vincente Fortier écrit : « Les acteurs ainsi interpellés doivent se mobiliser pour construire de façon concertée et collective la signification de la norme. La norme légale prend ainsi corps et

56. L. LALONDE, S. BERNATCHEZ, « L'hypothèse des lois à exigence de réflexivité : un instrument de gouvernance réflexive et un grand défi pour la théorie du droit », in L. LALONDE, S. BERNATCHEZ (dir.), *La place du droit dans la nouvelle gouvernance étatique*, Sherbrooke, Éd. Rev. de droit de l'Université de Sherbrooke, 2011, p. 159.

sens grâce à l'action des acteurs. Et *in fine* elle sera d'autant mieux acceptée et effective qu'elle correspondra aux attentes des acteurs sociaux⁵⁷. »

En permettant aux acteurs de participer au processus d'engendrement du droit qui s'appliquera à eux, ou les régira, la norme est davantage ajustée au monde vécu⁵⁸, ce qui la rend plus acceptable⁵⁹. La réflexivité oblige à un retour « sur les perceptions de formes de vie effectivement acceptées par les destinataires de la règle⁶⁰ ». Comme l'exprime Vincente Fortier, cette « saisine des destinataires de la norme, du milieu concerné par les lois réflexives s'opère selon deux modalités » :

« – d'une part, la norme réflexive peut intégrer un mécanisme qui impose aux parties prenantes de construire ensemble les modalités d'application de la loi, échappant ainsi, si le processus réussit, au judiciaire, qui, le cas échéant, se bornera à contrôler la conformité du processus suivi ; – la seconde modalité, d'autre part, concerne la construction du contenu substantiel de la loi : la norme réflexive se contente, alors de renvoyer à des objectifs à atteindre, d'indiquer les finalités poursuivies. La norme a un contenu axiologique, elle promeut certaines valeurs. Il revient au milieu concerné d'élaborer des solutions pour atteindre les buts⁶¹. »

Que ce soit par un mécanisme de production normative ou par la construction du sens de la norme axiologique, la Cour suprême du Canada a fait appel aux acteurs ou destinataires du droit en matière religieuse. Le premier exemple concerne le processus de concertation mis en place par cette obligation d'accommodement raisonnable, et le second a trait à la conception subjective de la liberté de religion.

2.1. L'OBLIGATION D'ACCOMMODEMENT RAISONNABLE

L'obligation d'accommodement est un outil juridique qui s'inscrit dans une culture politique d'intégration⁶², « une construction jurisprudentielle, juridique,

57. V. FORTIER, « La réflexivité, nouveau paradigme du droit de la famille français », in L. LALONDE, S. BERNATCHEZ (dir.), *La place du droit dans la nouvelle gouvernance étatique*, op. cit., p. 125-126.

58. *Ibid.*, p. 128.

59. J. LENOBLE, M. MAESSCHALCK, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke, Éd. Rev. de droit de l'Université de Sherbrooke, 2009.

60. *Ibid.*, p. 352.

61. V. FORTIER, art. cit., p. 126-127.

62. M. JÉZÉQUEL, « L'obligation d'accommodement : un outil juridique et une mesure d'intégration », *Éthique publique*, 8, 2006, p. 53.

incluse dans un droit à protéger, soit celui du droit à l'égalité⁶³ ». D'origine américaine, la notion d'obligation d'accommodement a été intégrée au droit canadien par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Simpsons-Sears*⁶⁴.

Selon cet arrêt, « lorsqu'il est démontré qu'une condition de travail a causé de la discrimination, il incombe à l'employeur de tenter raisonnablement de faire en sorte que les besoins religieux de l'employée soient respectés à moins que cela ne lui cause une contrainte excessive dans la gestion de ses affaires⁶⁵ ». Évidemment, l'obligation d'accommodement n'est pas illimitée ; il s'agit bien d'une obligation d'accommodement raisonnable sans contrainte excessive. Elle ne se limite ni à la liberté de religion, ni au seul monde du travail. Par exemple, une institution d'enseignement peut prévoir un accommodement raisonnable pour un étudiant souffrant d'un handicap en lui accordant un délai supplémentaire pour compléter un examen.

L'obligation dans le cas de la discrimination religieuse « consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive : en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs⁶⁶ ». Les moyens de défense opposables à l'obligation d'accommodement raisonnable peuvent aussi consister à démontrer le caractère rationnel de la politique, de la règle ou de la norme contestée⁶⁷. Afin d'apprécier le caractère excessif de l'accommodement, l'on considérera notamment l'effort d'accommodement, le caractère excessif de la contrainte, le coût de l'accommodement recherché⁶⁸, l'entrave induite à l'exploitation de l'entreprise ou au bon fonctionnement du service (la nature de la clientèle), les droits des co-employés ou, plus généralement, d'autrui⁶⁹.

63. M. RIVET, « L'accommodement raisonnable ou le nécessaire retour aux sources : le droit à l'égalité », in M. JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ?*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, p. 377.

64. *Comm. Ont. des Droits de la Personne c. Simpsons-Sears*, précit.

65. *Ibid.*, 553, § 20.

66. *Ibid.*, 555, § 23.

67. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. B.C.G.S.E.U.*, [1999] 3 R.C.S. 3. [Meiorin].

68. Pour un exemple de l'utilisation de ce critère, V. *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 12.

69. Sur ces moyens de défense, V. J. WOEHRLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *R.D. McGill*, 43, 1998, p. 340-357.

Dans l'arrêt *Multani*, relatif au port du kirpan à l'école publique, la Cour suprême définit de manière processuelle l'accommodement raisonnable : « Le processus imposé par l'obligation d'accommodement raisonnable tient compte des circonstances précises dans lesquelles les intéressés doivent évoluer et laisse place à la discussion entre ces derniers. Cette concertation leur permet de se rapprocher et de trouver un terrain d'entente adapté à leurs propres besoins⁷⁰. »

Le processus mis en place par l'obligation d'accommodement raisonnable constitue un mécanisme permettant la réflexivité. L'existence d'un tel outil est d'ailleurs nécessaire pour qu'opère l'opération réflexive par laquelle la construction d'un nouveau contexte, ou mode de vie, peut se réaliser effectivement : « La prise en compte de cette réflexivité nécessite un dispositif spécifique qui organise une coopération rendant possible une reconstruction réflexive par les destinataires des normes de leur perception contextuelle et les contraignant à une construction réflexive en commun des nouvelles formes de vie à instituer⁷¹. »

La théorie du droit et de la gouvernance permet certes d'éclairer cette approche réflexive⁷². La réussite de l'opération normative exige une acceptation sociale des normes juridiques par leurs destinataires. Dans l'arrêt *Simpsons Sears*, la Cour suprême du Canada a énoncé comme suit cette idée : « Même si aucun droit ne saurait être considéré comme absolu, une conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger⁷³. »

L'évolution du monde des relations de travail peut servir d'exemple du potentiel de réflexivité de l'accommodement raisonnable. La logique juridique de l'obligation d'accommodement raisonnable comprise dans le droit à l'égalité a permis à la norme d'avoir un effet réflexif dans le monde du travail. C'est du moins ce qui ressort d'un certain nombre d'études consacrées aux accommodements raisonnables dans le contexte des relations de travail : « Le système judiciaire, par les nombreux jugements et les nombreuses décisions qui ont constamment rappelé les parties à l'ordre, a donné au monde du travail une véritable leçon de vie. Les juges et les décideurs ont eu le

70. *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, précit., § 131 (juges Deschamps et Abella).

71. J. LENOBLE, M. MAESSCHALCK, *L'action des normes*, op. cit., p. 353.

72. J. LENOBLE, M. MAESSCHALCK, *Démocratie, droit et gouvernance*, Sherbrooke, Éd. Rev. de droit de l'Université de Sherbrooke, 2011.

73. *Comm. Ont. des Droits de la Personne c. Simpsons-Sears*, précit., 554, § 22.

courage de faire en sorte que les grands principes qui gouvernent notre société trouvent une application concrète dans un secteur de la vie aussi important que celui du travail⁷⁴. »

La notion juridique d'accommodement raisonnable, telle qu'appliquée par les tribunaux, a ainsi exigé de la part des syndicats qu'ils acceptent de s'éloigner de la seule logique de la négociation collective et qu'ils redéfinissent leurs propres rôles et identités dans le cadre de la représentation de leurs membres⁷⁵. Cette notion a aussi servi à l'apprentissage des employeurs par rapport aux droits de leurs employés: « Les tribunaux ont agi en véritables chiens de garde de leur droit à l'égalité si bien que les employeurs les plus réticents ont été amenés à combattre leurs préjugés, parfois tenaces à l'égard de certaines affections, pour faire preuve d'ouverture d'esprit, d'imagination et même, dans certains cas, d'ingéniosité. Ils ont été appelés à se dépasser et nous en sommes collectivement plus riches⁷⁶. »

Comme l'écrit Gilles Trudeau, « [l']introduction de l'obligation d'accommodement représente avant tout un changement de paradigme dans la gestion de l'employeur »: « Auparavant, il pouvait énoncer ses directives et les appliquer aux salariés en ne tenant compte que des intérêts de l'entreprise, dans la mesure où ses directives ne violaient ni la loi, ni la convention collective, le cas échéant. Dorénavant, la personne du travailleur, dans toute son intégrité et son individualité, doit aussi s'inscrire au centre des préoccupations patronales⁷⁷. »

Ce n'est pas dire que la transformation des identités employeurs/syndicats est entièrement réalisée. Néanmoins, la transformation des institutions propres aux relations de travail, telles que la négociation collective, le monopole de représentation et l'arbitrage de griefs⁷⁸, opère progressivement. Cette transformation du contexte est nécessaire afin que la visée d'intentionnalité du droit à l'égalité puisse devenir effective dans le domaine du travail.

74. L. LAVOIE, « Discrimination fondée sur le handicap et stratégies d'accommodement » in M. JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables...*, op. cit., p. 34.

75. Sur l'effet de l'obligation d'accommodement raisonnable sur les syndicats, V. C. BRUNELLE, « Le droit à l'accommodement raisonnable dans les milieux de travail syndiqués: une invasion barbare? », in M. JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables...*, op. cit., p. 51.

76. L. LAVOIE, « Discrimination fondée sur le handicap et stratégies d'accommodement », in M. JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables...*, op. cit., p. 33.

77. G. TRUDEAU, « Relever les défis de l'accommodement raisonnable? », texte présenté dans le cadre du 63^e Congrès des relations industrielles, *Quels accommodements raisonnables en milieu de travail?*, 28 avr. 2008, p. 3.

78. D. NADEAU, « Monopole de représentation syndicale et droits individuels des salariés: l'incontournable défi de la diversité! », *Les Cahiers de droit*, n° 53, 2012, p. 139.

Dans l'arrêt *Meiorin*⁷⁹, la Cour suprême du Canada a élaboré une nouvelle méthode d'application des lois sur les droits de la personne en milieu de travail. Selon la méthode unifiée qui y est proposée, il existe une obligation de l'employeur et du syndicat dès l'élaboration de la norme dans une convention collective, modifiant ainsi les pratiques existantes: « Les employeurs et autres personnes régies par une loi concernant les droits de la personne sont maintenant requis, dans tous les cas, de tenir compte dans leurs normes des caractéristiques des groupes touchés, au lieu de maintenir des normes discriminatoires complétées par des mesures d'accommodement pour ceux qui ne peuvent pas y satisfaire. L'incorporation de l'accommodement dans la norme elle-même assure que chaque personne est évaluée selon ses propres capacités personnelles, au lieu d'être jugée en fonction des présumées caractéristiques de groupe⁸⁰. »

Ainsi, les employeurs et les autres personnes régies par une loi concernant les droits de la personne, ce qui comprend les syndicats, doivent, lorsqu'ils concluent une convention collective établissant des conditions d'emploi, intégrer des mesures d'accommodement dans les normes adoptées. Cette nouvelle méthode exige de la part de l'employeur et du syndicat qu'ils intègrent la notion d'accommodement au sein même de la norme; « l'application de la norme rejaillit sur sa justification: le choix d'une norme pertinente nécessite un retour réflexif sur son contexte d'application⁸¹. »

Il s'agit d'une logique d'intégration dans la norme plutôt que d'une logique d'exception à une norme en apparence neutre, ce qui exige que les employeurs et, le cas échéant, les syndicats composent autant qu'il est raisonnablement possible de le faire avec les caractéristiques de chacun des employés lorsqu'ils établissent la norme applicable au milieu de travail⁸². Il y a déjà, dans l'opération d'élaboration de la norme, un jugement d'application, comme le précise la Cour suprême dans l'arrêt *Grismer*: « Le choix de la norme est, en effet, déjà le résultat d'une opération d'application. La "forme" (représentation) prise par la norme résulte de "l'application" faite de l'exigence rationnelle portée par l'activité de jugement que les membres d'un groupe social ont décidé de mobiliser pour résoudre un problème de coordination collective⁸³. »

79. Précit., note 67.

80. *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868, § 19 (juge McLachlin, *per curiam*) [*Grismer*].

81. J. LENOBLE, M. MAESSCHALCK, *L'action des normes...*, *op. cit.*, p. 111.

82. *Meiorin*, précit., note 67, § 50.

83. J. LENOBLE, « Au-delà du Juge: des approches herméneutique et pragmatiste à une approche génétique du concept de droit », *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n° 2, 2007, p. 54.

En intervenant dans la logique collective des rapports de travail, la logique individuelle des droits de la personne modifie certes la représentation que le syndicat entretient de son propre rôle dans la défense des intérêts de ses membres. L'obligation d'accommodement raisonnable, notion juridique, a causé une remise en question des institutions propres aux relations de travail, que sont la négociation collective, le monopole de représentation et le recours exclusif à l'arbitrage des griefs. C'est là un exemple de l'effet réflexif de l'accommodement raisonnable.

2.2. LA CONCEPTION SUBJECTIVE DE LA LIBERTÉ DE RELIGION

Vingt ans après avoir consacré juridiquement la notion d'accommodement raisonnable, la Cour suprême du Canada a proposé une nouvelle conception de la liberté de religion qui a aussi pour effet de permettre la réflexivité en faisant des destinataires de la norme les auteurs de leur propre droit. Ici encore, la Cour suprême canadienne s'est directement inspirée du droit américain⁸⁴ : « Aux États-Unis, où il existe une abondante jurisprudence sur la question, la Cour suprême des États-Unis a similairement souscrit à une définition de la liberté de religion qui est subjective, personnelle, empreinte de déférence et axée sur la sincérité de la croyance⁸⁵. »

Dans l'arrêt *Amselem*, relatif à la construction d'une souccah sur le balcon d'un immeuble de copropriétés (et dont le règlement interne prévoit l'interdiction de toute construction sur les balcons), la Cour suprême du Canada a retenu le critère de la croyance sincère. Ainsi, la personne qui invoque sa liberté de religion n'a pas à « prouver l'existence de quelque obligation, exigence ou précepte religieux objectif⁸⁶ ». Il s'agit plutôt d'établir qu'elle croie sincèrement que sa religion lui impose telle pratique⁸⁷.

Bien que la Cour suprême justifie l'adoption du critère de la croyance sincère en se fondant sur les principes du libéralisme, c'est également le constitutionnalisme pluraliste qui se met en place avec le passage au modèle

84. J. WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable... », art. cit.

85. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précit., § 45.

86. *Ibid.*, § 48. Pour une interprétation selon laquelle le critère de la croyance religieuse sincère exige également un lien objectif entre la croyance ou la pratique invoquée et une religion attestée, V. D. ROBITAILLE, S. GRAMMOND, « Les processus d'accommodement religieux et autochtone dans les institutions publiques canadiennes : quelques comparaisons », *Les Cahiers de Droit*, n° 50, 2009, p. 97 et s. ; C. BRUNELLE, P. A. MOLINARI (dir.), *Accommodements raisonnables et rôle de l'État : un défi démocratique*, Montréal, Institut canadien d'administration de la justice, 2009, p. 103.

87. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précit., § 56.

de l'optimisation des valeurs en conflit qui a favorisé l'émergence du subjectivisme⁸⁸. Il ne faut pas non plus négliger l'autre justification donnée à ce choix. Ce critère présente certes l'avantage, comme l'a énoncé la Cour suprême du Canada, d'éviter que les tribunaux n'aient à s'ériger en arbitres des dogmes religieux. Il permet aux tribunaux de demeurer neutres à l'égard de la religion et de saisir la pratique ou l'objet dans sa signification religieuse⁸⁹. Selon la Cour, si on laissait « aux juges le soin de déterminer quels sont ces articles de foi obligatoires, les tribunaux seraient obligés de s'ingérer dans des croyances intimes profondes », « d'agir comme arbitre des dogmes religieux », risquant ainsi de « s'empêtrer sans justification dans le domaine de la religion⁹⁰ ».

Ainsi, c'est la question de la gouvernance des religions par le droit qui est en cause. Analysée dans la perspective du droit de la gouvernance, c'est l'exigence de réflexivité de la liberté de religion qui refait surface. Qu'il suffise ici d'en fournir l'explication, pour une meilleure compréhension du droit en matière religieuse.

Selon ce critère de la croyance sincère, c'est la sincérité ou l'authenticité qui fonde la prétention à la validité d'un droit. Cela modifie considérablement la conception de la validité des énoncés dans le monde social régulé par des normes, où le critère est plutôt établi en fonction des prétentions à la justesse normative⁹¹. En déplaçant ainsi les conditions de validité d'un droit, d'un fondement objectif à une prétention subjective, la Cour suprême a fait des destinataires de la norme les créateurs de leur liberté de religion.

Il revient ainsi à l'individu de construire lui-même le sens de sa croyance et de sa pratique religieuses. Si les tribunaux ne s'estiment « pas qualifiés pour se prononcer sur la validité ou la véracité d'une pratique ou croyance religieuse, ou pour choisir parmi les diverses interprétations d'une croyance, ils sont qualifiés pour statuer sur la sincérité de la croyance du demandeur, lorsque cette sincérité est effectivement une question litigieuse⁹² ». Le jugement que doit alors porter le tribunal consiste à « s'assurer que la croyance religieuse invoquée est avancée de bonne foi, qu'elle n'est ni fictive ni arbitraire et

88. L. B. TREMBLAY, « L'émergence d'un constitutionnalisme pluraliste... », art. cit., p. 15.

89. D. KOUSSENS, « La religion "saisie" par le droit. Comment l'État laïque définit-il la religion au Québec et en France? », *Recherches sociographiques*, n° 52, 2011, p. 799; D. KOUSSENS, S. BERNATCHEZ, M.-P. ROBERT, « Le voile intégral : analyse juridique d'un objet religieux », *Rev. canadienne droit et société/Canadian Journal of Law and Society*, 29, 2013, p. 77.

90. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précit., §§ 49, 50, 51, 55.

91. S. BERNATCHEZ « L'éthicisation du droit en matière religieuse », *Lex Electronica*, n° 20, 2015, p. 1. Sur les conceptions de la validité, V. J. HABERMAS, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Cerf, 1992.

92. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précit., § 51.

qu'elle ne constitue pas un artifice⁹³ ». Pour cela, le tribunal n'est pas tenu d'analyser « rigoureusement les pratiques antérieures du demandeur pour décider de la sincérité de ses croyances courantes⁹⁴ ». La Cour suprême admet que l'individu puisse réviser ses propres convictions ou croyances ; un tel « faire retour » est propre à la réflexivité⁹⁵.

« Tout comme une personne change au fil des ans, ses croyances peuvent elles aussi changer. De par leur nature même, les croyances religieuses sont fluides et rarement statiques. Il peut fort bien arriver que le lien ou les rapports d'une personne avec le divin ou avec le sujet ou l'objet de sa foi spirituelle, ou encore sa perception de l'obligation religieuse découlant de ces rapports changent et évoluent avec le temps. Vu le caractère mouvant des croyances religieuses, l'examen par le tribunal de la sincérité de la croyance doit s'attacher non pas aux pratiques ou croyances antérieures de la personne, mais plutôt à ses croyances au moment de la prétendue atteinte à la liberté de religion⁹⁶. »

Le critère de la croyance sincère reconnaît donc la capacité réflexive de l'individu, comprise comme une condition de possibilité de la liberté : « Exiger la preuve des pratiques établies d'une religion pour apprécier la sincérité de la croyance diminue la liberté même que l'on cherche à protéger⁹⁷. » C'est ainsi que la Cour suprême du Canada a accepté, notamment, les croyances subjectives de juifs orthodoxes qui souhaitent construire leur propre souccah sur leur balcon, d'un jeune garçon de 12 ans qui portait un kirpan à l'école, le refus des membres de la colonie huttérite Wilson de se laisser photographier⁹⁸, de membres de la nation autochtone Ktunaxa qui voulaient empêcher la construction d'un centre de ski au motif que l'Esprit de l'Ours Grizzli occupait la vallée au centre des montagnes⁹⁹. Dans la mesure

93. *Ibid.*, § 52.

94. *Ibid.*, § 53.

95. J. LENOBLE, M. MAESSCHALCK, *L'action des normes...*, *op. cit.*, p. 119.

96. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précit., § 53.

97. *Ibid.*, § 54.

98. *Hutterian Brethren of Wilson Colony*, précit., note 30. La Cour suprême a toutefois jugé que l'universalité de la photo obligatoire sur les permis de conduire est justifiée au sens de l'article premier de la Charte.

99. *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386 : « Dans la présente affaire, nul ne conteste que les Ktunaxa croient sincèrement en l'existence et l'importance de l'Esprit de l'Ours Grizzly. Ils croient aussi qu'un aménagement permanent à l'intérieur du Qat'muk en chassera cet esprit. Selon le juge en chambre, M. Luke est parvenu à cette croyance en 2004, mais le caractère ancien ou récent de cette croyance ne joue aucun rôle dans notre analyse fondée sur l'al. 2a). La Charte protège toutes les croyances et pratiques religieuses sincères, qu'elles soient anciennes ou récentes. » (§ 69). La Cour a toutefois rejeté leur

où ce critère peut sembler facile à satisfaire pour la personne qui invoque sa liberté de religion, la Cour suprême canadienne a insisté ultérieurement sur la nécessité d'établir, objectivement, l'atteinte à la liberté de religion¹⁰⁰. Elle s'est ainsi montrée plus exigeante sur la gravité du fardeau qui doit peser sur l'exercice de la liberté de religion et a accepté que des considérations utilitaristes puissent justifier l'atteinte à la liberté de religion¹⁰¹.

Ainsi, la conception subjective de la liberté de religion permet à la réflexivité d'opérer dans la mise en œuvre de cette protection juridique. Il s'agit d'une innovation juridique établie dans la perspective du droit de la gouvernance des religions.

CONCLUSION

En empruntant au droit américain, la Cour suprême du Canada a consacré deux innovations juridiques qui reconnaissent le rôle des destinataires de la norme dans la création de celle-ci. En faisant ainsi place à l'exigence de réflexivité du droit à l'égalité et de la liberté de religion, tant le processus d'élaboration de la norme que la signification d'une norme axiologique ont été conçus selon les exigences contemporaines du droit de la gouvernance, lequel favorise la reconnaissance du pluralisme en matière constitutionnelle.

revendication au motif que la liberté de religion protège la liberté de croyance, et non l'objet des croyances : « Bref, la *Charte* protège la liberté de culte, mais non le point de mire spirituel du culte. » (§ 71).

100. *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235, § 24.

101. *Hutterian Brethren of Wilson Colony*, précit., note 30. Pour une analyse, V. J. WOEHRLING, « Quand la Cour suprême s'applique à restreindre la portée de la liberté de religion : l'arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony* (2009) », *Rev. jur. Thémis*, 45-1, 2011, p. 7.