

CONFÉRENCE ANNUELLE
SUR LES DROITS HUMAINS

Comité sur la diversité ethnoculturelle
du Barreau de Montréal

*Liberté de conscience et de religion : entre
protection individuelle et intérêt du public¹*

L'HONORABLE J.J. MICHEL ROBERT
Juge en chef du Québec

Palais de justice de Montréal
15 juin 2010

¹ Je désire remercier mon stagiaire-rechercheur, monsieur Christopher Campbell-Durflé, qui a participé à la rédaction de ce texte tant au niveau de la recherche que de l'écriture.

Introduction

À la suite d'une brève présentation de la jurisprudence relative à la liberté de religion et aux mécanismes développés pour en assurer la protection, j'aimerais soumettre à votre attention cinq axes de réflexion quant aux développements que tant praticiens, chercheurs ou magistrats devraient prévoir dans un avenir prochain.

Il s'agit de la crise des prières dans les conseils municipaux du Québec, de la vague de contestation qu'a reçue le nouveau cours d'éthique et culture religieuse, des défis pour l'administration de la justice posés par des pratiques culturelles nouvelles sur cette planète, du souci des Québécois de garantir l'égalité entre les sexes et de la notion de liberté de conscience non religieuse.

À chaque reprise, je vous inviterai à réfléchir à comment s'articule la rencontre entre le droit de manifester ses croyances ou opinions, seul ou avec d'autres, le droit des autres d'en faire autant, et par extension les limites justifiables de ces droits dans le cadre d'une société libre et démocratique.

1. Présentation des notions de liberté de religion et d'accommodement raisonnable

a. Genèse du concept d'accommodement raisonnable

Dans l'extrait qui suit de l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, l'ancien juge en chef Dickson de la Cour suprême présente le défi fondamental que comporte l'engagement de notre société à défendre la liberté de conscience et de religion et dont j'aimerais vous parler aujourd'hui² :

Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa

² *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, paragr. 123.

conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles.

Ce jugement, prononcé au lendemain de l'adoption de la Charte canadienne, portait sur la fermeture obligatoire des commerces en vertu de la *Loi sur le dimanche*. La Cour conclut que la loi imposait un idéal sectaire chrétien contraire aux libertés fondamentales.

Similairement, dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, la Cour, sous la plume du juge en chef, jugea que la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, qui permettait à des commerces prenant congé le samedi d'ouvrir le dimanche avec certaines restrictions, était attentatoire à la liberté de religion. La majorité, malgré une dissidence de la juge Wilson, jugea toutefois que cette atteinte était justifiable puisque limitée et servant des fins légitimes³. Le juge Dickson s'exprime alors comme suit :

L'alinéa 2a) a pour objet d'assurer que la société ne s'ingérera pas dans les croyances intimes profondes qui régissent la perception qu'on a de soi, de l'humanité, de la nature et, dans certains cas, d'un être supérieur ou différent. Ces croyances, à leur tour, régissent notre comportement et nos pratiques.

Les trois conditions pour formuler une objection en vertu de la liberté de religion à la lumière des développements jurisprudentiels connus depuis sont résumées par Christelle Landheer-Cieslak⁴. Premièrement, il s'agit d'établir qu'une pratique relève d'une croyance religieuse. Comme la Cour suprême l'a reconnu dans *Syndicat Northcrest c. Amselem*, la religion doit être analysée de manière subjective et les tribunaux n'auront heureusement pas à choisir entre le témoignage de divers experts religieux quant à

³ *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

⁴ Christelle Landheer-Cieslak, *La religion devant les juges français et québécois de droit civil*, Cowansville, Les éditions Yvon-Blais, 2007, p. 350-352.

savoir quels principes en font partie⁵. L'analyse portera surtout sur le lien subjectif entre un individu et l'objet de sa foi.

Deuxièmement, la sincérité d'une telle croyance devra être établie. Bien loin de mettre sur pied une inquisition religieuse, le tribunal devra évaluer la bonne foi du demandeur et s'assurer que sa croyance n'est ni fictive ni arbitraire et qu'elle ne constitue pas un artifice. Les juges majoritaires reconnaissent toutefois que les croyances évoluent avec le temps et que leur pérennité n'est pas une condition de leur sincérité⁶.

Finalement, une entrave plus que négligeable ou insignifiante à l'exercice d'une croyance, par une loi ou une obligation contractuelle, devra être démontrée. Ainsi la religion ne permet pas au citoyen d'obtenir une protection constitutionnelle pour n'importe quel acte. La limite imposée devra emporter, selon les expressions retenues par la Cour, une contrainte considérable, une difficulté substantielle ou une atteinte grave à sa liberté religieuse⁷.

Si la jurisprudence récente porte moins sur l'imposition de pratiques d'origine chrétienne à des individus que sur le retrait d'obstacles à la pratique d'autres religions par des citoyens, le défi identifié dans *Big M Drug Mart Ltd.* reste entier : garantir à la fois la liberté de conscience individuelle et l'ordre public.

C'est ainsi que, dans l'affaire plus récente *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, le litige portait sur le droit d'un enfant de religion sikh de porter à sa taille un poignard symbolique du nom de kirpan dans une école primaire. Alors que le Code de vie de l'école prohibait le port d'armes et d'objets dangereux, la Cour suprême jugea qu'il s'agirait d'une atteinte illégitime à la liberté de religion des sikhs de les empêcher de porter un kirpan s'il était placé dans un fourreau de bois, enveloppé et cousu de façon sécuritaire dans une étoffe solide.

⁵ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, paragr. 43 et 56.

⁶ *Ibid.*, paragr. 52-53.

⁷ *Ibid.*, paragr. 73-81.

La majorité de la Cour, sous la plume de la juge Charron, incorpore la notion d'accommodement raisonnable au chapitre du critère de l'atteinte minimale de l'analyse prévue à l'article premier de la Charte canadienne. Adoptant l'approche proposée par José Woerling⁸, elle s'exprime comme suit⁹ :

Il ressort de la jurisprudence en matière de discrimination qu'il existe une obligation de prendre des mesures d'accommodement raisonnable en faveur des individus qui subissent les effets préjudiciables d'une politique ou d'une règle neutre en apparence, et ce, jusqu'au point où le respect de cette obligation entraîne des contraintes excessives pour la partie qui est tenue d'instaurer les mesures d'accommodement.

On assiste donc à l'importation dans le domaine des dérogations par l'État aux droits enchâssés dans la Constitution d'un concept précédemment utilisé principalement dans des litiges privés en matière de droits fondamentaux. Les juges Abella et Deschamps, dissidentes, ne voient pas ce tournant d'un bon œil. Elles écrivent¹⁰ :

Les deux niveaux d'évaluation, public et individuel, devraient demeurer distincts. L'incohérence de la démarche ne peut qu'agir au détriment de l'exercice des droits de la personne. L'accommodement raisonnable et la contrainte excessive appartiennent au domaine du droit administratif et des lois sur les droits de la personne, alors que l'évaluation de l'atteinte minimale fait partie de l'analyse constitutionnelle et comporte des conséquences sociales plus importantes.

⁸ J. Woehrling, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse » (1998), 43 *R.D. McGill* 325, p. 360.

⁹ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256.

¹⁰ *Ibid.*, paragr. 134.

Dans l'arrêt plus récent de *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, la Cour suprême semble adopter cette dernière approche¹¹. En l'espèce, une communauté huttérite cherchait à faire déclarer inconstitutionnelle l'obligation de se faire prendre en photo pour obtenir un permis de conduire, photo qui serait également utilisée par un système provincial de reconnaissance faciale. Sous la plume de la juge en chef McLachlin, la Cour suprême précisa l'approche avancée dans *Multani*, en excluant son application à des mesures législatives¹² :

À mon avis, il faut maintenir la distinction entre l'analyse fondée sur la notion d'accommodement raisonnable pour l'application de la législation sur les droits de la personne et la justification en application de l'article premier d'une mesure législative contraire à la Charte. Quand la validité d'une mesure législative est en cause, il faut procéder à l'analyse requise par l'article premier décrite dans *Oakes*. [...]

Une analyse différente s'applique lorsque le plaignant fait valoir qu'un acte gouvernemental ou une pratique administrative porte atteinte à un droit que lui garantit la Charte. [...] Le cas échéant, la jurisprudence concernant l'obligation d'accommodement, qui s'applique également aux parties privées et aux gouvernements, peut être utile « pour bien saisir le fardeau qu'impose le critère de l'atteinte minimale vis-à-vis d'un individu en particulier » [...].

Notons que trois juges sont dissidents quant à la légitimité de l'atteinte à la liberté de religion en l'espèce et auraient répondu par la négative au test de l'article premier. Pour les juges Abella, LeBel et Fish, l'atteinte aux droits des huttérites est excessive et disproportionnée au regard de l'objectif législatif poursuivi.

¹¹ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567.

¹² *Ibid.*, paragr. 66-67.

En somme, la notion d'accommodement raisonnable fait maintenant partie de l'analyse de l'article premier lorsqu'il s'agit d'un acte ou d'une pratique de l'exécutif, c'est-à-dire lorsque l'État est engagé dans un rapport direct avec un particulier. Au contraire, elle est exclue en ce qui a trait à sa fonction législative.

Il est intéressant de voir comment l'approche plus universaliste appliquée dans *Hutterian Brethren of Wilson Colony* a mené au rejet de la demande alors que l'approche plus individualisée appliquée dans *Multani* a mené à son acceptation. Évidemment, les faits de chaque affaire différaient grandement, mais cette différence suggère comment le point de départ de l'analyse menée, l'individu ou la société dans son ensemble, peut conduire à des résultats différents.

Il nous appartient maintenant de voir si l'analyse de l'intérêt général de la société et la prise en compte de faits sociaux en vertu de l'article premier s'avéreront profitables lors de confrontations entre des lois du Parlement et la liberté de religion, et si l'analyse davantage casuistique de l'accommodement raisonnable du conflit entre actions du gouvernement et liberté de religion saura réellement tenir compte des contraintes réelles propres à chaque cas. En tout état de cause, il semble que la Cour suprême a su faire une distinction importante entre deux types d'exercice du pouvoir public pouvant affecter la liberté de religion.

b. Liberté de religion en matière privée : intérêt privé ou public?

En matière privée en vertu de la Charte québécoise également, on assiste à une tension entre une analyse fondée sur la situation des parties propre à chaque litige et une analyse cherchant à tenir compte du bien-être général.

Dans l'arrêt *Amselem*, les demandeurs recherchaient une exception à l'application du règlement de leur condominium afin de pouvoir installer sur leur balcon des tentes en vue de la célébration de la fête juive du Souccoth. En appliquant la Charte québécoise en vue d'arbitrer les droits des copropriétaires intimés à la libre disposition

de leurs biens et le droit des demandeurs d'exercer leur religion, la majorité de la Cour suprême a comparé les inconvénients pour les deux parties.

Le juge Iacobucci s'est exprimé comme suit¹³ :

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 [art. 1 et 6] 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 religion.

Le juge Bastarache, dissident, lui reproche de ne pas avoir considéré la clause limitative de la Charte québécoise contenue à son article 9.1, selon laquelle :

Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

Pour lui, ces critères doivent être considérés lorsqu'un arbitrage entre droits fondamentaux est effectué et cet exercice ne saurait être limité aux simples retombées pour les parties. Il ne s'agit pas de se demander si la revendication de nature religieuse constitue une atteinte excessive aux droits des autres, mais bien si elle est justifiable en vue de l'intérêt public¹⁴.

La Cour suprême semble avoir tranché la question en faveur du juge Bastarache dans *Bruker c. Marcovitz*. En évaluant si un homme pouvait refuser au nom de sa liberté de religion d'accorder un divorce religieux juif, le *get*, à son épouse dont il s'était divorcé civilement, la Cour considéra une variété d'autres facteurs que la liberté contractuelle de M. Marcovitz. Elle traita par exemple de

¹³ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, paragr. 84.

¹⁴ *Ibid.*, paragr. 154-155.

l'intention législative ayant mené à l'adoption de la Charte québécoise et de la *Loi sur le divorce*, de l'égalité entre les sexes, du droit à mettre fin à son mariage, et de la jurisprudence internationale¹⁵.

En terminant, notons que cette position quant à l'application de l'article 9.1 en cas de conflit entre droits individuels amène les juges Bastarache et Binnie, tous les deux dissidents dans l'arrêt *Amselem*, à rejeter explicitement l'applicabilité de la notion d'accommodement raisonnable en matière privée. Les deux juges, dont l'approche sembla validée par *Hutterian Brethren of Wilson Colony*, considèrent ce concept trop étroit pour l'analyse nécessaire de l'intérêt public, puisqu'il se limiterait à soupeser l'impact sur les parties et à ce que ces dernières peuvent faire pour l'atténuer¹⁶. La majorité dans *Amselem*, sans être aussi explicite, ne traite pas non plus de la question à l'aide du vocabulaire de l'obligation d'accommodement, qui semble donc encore cantonnée en matière privée en vertu de la Charte québécoise aux violations du droit à l'égalité.

Christian Bruelle exprime l'avis contraire. Pour lui, le cadre de l'accommodement raisonnable est pertinent quant à la détermination de ce qui est justifiable dans le respect du bien-être général. Si l'accommodement sollicité au nom de la liberté de religion n'emporte pas de contrainte excessive au droit d'un autre, l'atteinte à cette liberté religieuse ne sera pas justifiable en vertu de l'article 9.1 de la Charte québécoise. Il qualifie de « parfaitement transposable » la notion d'accommodement raisonnable depuis le droit à l'égalité au droit à la liberté de religion, comme ce fut le cas face à la fonction législative du gouvernement en vertu de la Charte canadienne¹⁷.

¹⁵ *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607, paragr. 76-93.

¹⁶ *Amselem*, paragr. 154, 170 et 197.

¹⁷ Christian Bruelle, *La sécurité et l'égalité en conflit: la structure de la Charte québécoise comme contrainte excessive*, dans *La Charte des droits et libertés de la personne: pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 358-359.

En guise de conclusion, notons que le rapport Bouchard-Taylor, tout comme la majorité dans *Multani*, semble miser sur la notion d'accommodement raisonnable pour résoudre à la fois les violations du droit à l'égalité et du droit à la liberté de religion. Sa recommandation B2 énonce ce qui suit¹⁸ :

En conformité avec l'objectif de déjudiciarisation du traitement des demandes d'accommodement, que l'État favorise la responsabilisation des acteurs ou intervenants des milieux institutionnels en s'assurant qu'ils ont reçu une formation adéquate. Par exemple, modifier le programme de formation des futurs enseignants pour y ajouter un apprentissage des questions interculturelles, et organiser des sessions spécialisées à l'intention du personnel en exercice.

Les commissaires insistent donc sur l'éducation des employés de l'État comme levier pour prévenir au cas par cas les violations de la liberté de religion par des accommodements, ce qui n'empêche pas qu'une approche visant à prendre en compte le bien-être général soit déployée si la situation venait à être judiciairisée.

2. Développements récents

a. Prières au conseil municipal

En raison de la diversification croissante de notre société, la jurisprudence récente en matière de liberté de religion se concentre généralement sur des demandes d'accommodement visant à permettre à des individus d'exercer leur religion. La résurgence de la question des prières chrétiennes imposées dans des institutions publiques est donc quelque peu surprenante.

Ainsi, malgré la décision du Tribunal des droits de la personne dans *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*

¹⁸ Gérald Bouchard et Charles Taylor, *Fonder l'avenir, Le temps de la conciliation*, Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, Québec, 2008, p. 266.

c. Laval (Ville de), ayant déclaré la récitation d'une prière au début des séances d'un conseil municipal attentatoire à la liberté de religion et au droit à l'égalité¹⁹, ce débat ressurgit.

Si plusieurs municipalités ont abandonné la prière en début de séance, dont celles de Trois-Rivières, La Tuque et Lac-Édouard au cours de 2010²⁰, la ville de Saguenay persiste malgré un avis contraire de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse de 2008 et se dit prête à porter une décision défavorable en appel²¹. Ce combat, fort médiatisé, oppose entre autres le maire Jean Tremblay au Mouvement laïque québécois. La ville allègue que le format de sa prière diffère de celui de Laval et on comprend que l'enjeu soulève les passions identitaires.

Les principes affirmés dans *Big M Drug Mart Ltd.* rendent toutefois peu probable qu'un idéal sectaire chrétien puisse être associé au fonctionnement d'une institution publique pour des fins identitaires. Advenant une décision en ce sens, l'abandon d'une inclination religieuse dans la sphère politique municipale de la ville de Saguenay ne devrait pas être vu comme un recul au niveau culturel ou spirituel, mais bien comme un gain permettant à toutes les religions de s'exprimer sur un pied d'égalité.

b. Le nouveau cours Éthique et culture religieuse

De nombreux jugements ont traité de la liberté de religion dans le contexte scolaire. Ainsi, dans *R. c. Jones*, la Cour suprême a statué que l'obligation d'obtenir une attestation qu'un enfant reçoit un enseignement approprié à la maison s'il n'est pas inscrit à l'école

¹⁹ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laval (Ville de)*, [2006] R.J.Q. 2529, 2006 QCTDP 17.

²⁰ Fini la prière aux réunions du conseil latuquois, Gabriel Delisle, Le Nouvelliste, le 24 février 2010, <http://www.cyberpresse.ca/le-nouvelliste/vie-regionale/haute-mauricie/201002/24/01-954717-fini-la-priere-aux-reunions-du-conseil-latuquois.php>.

²¹ En attente du verdict, Radio-Canada, le 26 février 2010, <http://www.radio-canada.ca/regions/saguenay-lac/2010/02/26/003-priere-saguenay-tribunal.shtml>.

publique ou dans une école privée approuvée par le ministère ne brime pas le droit à la liberté de religion²². En l'espèce, un pasteur d'une église fondamentaliste cherchait à éduquer lui-même ses trois enfants ainsi que d'autres sans avoir à obtenir une attestation pour l'enseignement qu'il dispensait. Comme l'écrit la juge Wilson, dissidente sur un autre point²³ :

L'alinéa 2a) n'oblige pas le législateur à n'entraver d'aucune manière la pratique religieuse. L'action législative ou administrative dont l'effet sur la religion est négligeable, voire insignifiant, ne constitue pas à mon avis une violation de la liberté de religion. Je crois que cette conclusion découle obligatoirement de l'adoption d'une analyse de la Charte en fonction des effets.

Au contraire, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé inconstitutionnel le mécanisme par lequel des élèves avaient, en vertu du *Education Act*²⁴, la possibilité de se soustraire aux cours d'enseignement chrétien dispensés, en étant passivement présents en classe ou en s'absentant. La Cour conclut qu'une telle approche constituait l'imposition d'une religion et que la possibilité de dispense n'était pas réelle, étant donné son caractère punitif et stigmatisant dans les faits. Elle s'exprima comme suit²⁵ :

State-authorized religious indoctrination amounts to the imposition of majoritarian religious beliefs on minorities. Although s. 2(a) of the Charter is not infringed merely because education may be consistent with the religious beliefs of the majority of Canadians [...], teaching students Christian doctrine as if it were the exclusive means through which to develop moral thinking and behaviour amounts to religious coercion in the class-room. It creates a direct burden on religious minorities and non-believers who do not adhere to majoritarian beliefs.

²² *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284.

²³ *Ibid.*, paragr. 67.

²⁴ *Education Act*, R.S.O. 1990, chapter E.2.

²⁵ *Canadian Civil Liberties Assn. v. Ontario (Minister of Education)*, [1990] O.J. No. 104, paragr. 55.

Un argument similaire a été soulevé récemment au Québec dans l'affaire *D.L. c. Commission scolaire des Chênes*. Devant la Cour supérieure, des parents ont allégué que le cours d'éthique et de culture religieuse mis en place en 2008 en remplacement des cours optionnels d'enseignement religieux catholique et protestant et d'enseignement moral était attentatoire à leur liberté de religion. Les demandeurs ont indiqué que le fait de présenter plusieurs religions pouvait amener leurs enfants à être affectés dans leur liberté de conscience et de religion catholique et, tout comme quelque 2 300 autres parents québécois regroupés sous la coupelle de la Coalition pour la liberté en éducation, ont cherché en vain à dispenser leur enfant d'un tel cours²⁶.

À l'image de la juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Jones*, la Cour supérieure a jugé que la liberté de religion des enfants suivant le cours en question n'était pas brimée du simple fait que d'autres religions y soient présentées de manière objective. Elle s'en remet donc au parent le désirant de « faire comprendre à leurs enfants que les préceptes religieux du catholicisme auxquels ils adhèrent, peuvent être mis en place de façon libre et éclairée tout en reconnaissant l'existence de [*sic*] d'autres religions. »²⁷

Cette décision fut confirmée par le juge Morissette de notre Cour, qui accueillit la requête en rejet d'appel présentée par la Procureure générale du Québec, notamment en confirmant l'analyse constitutionnelle de la Cour supérieure et en soulignant qu'aucun des enfants des appelants n'était obligé de suivre le cours à l'époque du litige, le premier étant parvenu au niveau collégial et le second étant inscrit dans une école privée²⁸.

²⁶ Controversé cours d'éthique et culture religieuse: le procès est commencé, La Presse, 11 mai 2009, <http://www.cyberpresse.ca/la-tribune/centre-du-quebec/200905/11/01-855522-controverse-cours-dethique-et-culture-religieuse-le-proces-est-commence.php>.

²⁷ *D.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2009] R.J.Q. 2398, 2009 QCCS 3875, paragr. 64-69.

²⁸ *D.L. c. Commission scolaire des Chênes*, J.E. 2010-497, 2010 QCCA 346, paragr. 12.

Cette dernière affaire montre toutefois que le domaine de l'éducation reste sensible aux questions de religion et aux valeurs qui, au nom de l'intérêt général, y sont véhiculées ou n'y sont pas.

c. Nouveaux défis pour l'administration de la justice

Cette diversification des religions, des cultures et des langues pose des défis importants, nouveaux et difficiles pour l'administration de la justice et, plus particulièrement, pour les juges d'instance.

En effet, avec raison, ces derniers possèdent une très large discrétion dans l'appréciation de la crédibilité des témoins et notamment pour tirer de l'ensemble de la preuve des conclusions de fait.

Or, les juges doivent se mettre en garde contre toute conclusion hâtive, car le langage corporel peut varier considérablement selon les origines ethniques. Il ne faut pas nécessairement juger en fonction du comportement du Canadien ou du Québécois de vieille souche. Pour plusieurs immigrants de première génération, le rapport à l'autorité, qu'elle soit judiciaire ou policière, n'est pas nécessairement le même que pour les gens qui occupent l'Amérique depuis plusieurs siècles. Souvent, nos réactions comme juges sont fondées sur des concepts comme la vérité, la culpabilité, le repentir, héritage de notre civilisation judéo-chrétienne. Encore là, ces valeurs ne s'articulent pas toujours de la même façon dans les différentes cultures et religions. Même le langage, sans parler des difficultés de la traduction qui utilise les mêmes mots en français, peut receler un certain nombre de pièges.

Donc, le mot d'ordre doit être prudence devant la nouveauté de ces défis.

Mentionnons également le cas de *R. v. N.S.* qui défraie actuellement la chronique en Ontario. Une femme portant plainte pour viol porte en appel un jugement de la Cour supérieure ontarienne, traitant de son droit de témoigner tout en portant un *niqab*. Le juge siégeant à

l'enquête préliminaire, après avoir considéré la liberté de religion de la victime et le droit au contre-interrogatoire du défendeur, a ordonné à la victime de retirer son *niqab* pour témoigner. Le juge Marrocco, de la Cour supérieure, invalida cet ordre comme outrepassant la compétence du premier juge siégeant en tant que juge de paix décrite à l'article 537(1) du *Code criminel*, puisque traitant de questions constitutionnelles²⁹. Il lui reprocha également de ne pas avoir respecté le droit de la victime d'être représentée par un avocat en la questionnant directement³⁰.

Il refusa toutefois de permettre à la victime de témoigner voilée tel qu'elle le demandait et ordonna que le premier juge, dans le cadre de son enquête préliminaire, mène une enquête destinée à déterminer si le fait que la victime témoigne voilée permet le contre-interrogatoire exigé par l'article 540(1)(a) du *Code criminel*³¹. Tout en lui permettant de demeurer voilée pendant cette première enquête, le juge Marrocco souligna que le refus de la victime de retirer son *niqab*, advenant une ordonnance l'en enjoignant, pourrait mener au rejet de son témoignage³².

Il précisa que seul le juge siégeant au fond serait compétent par la suite pour entendre un argument relié à la liberté de religion. Pour faciliter tout contrôle judiciaire ultérieur, portant sur la capacité d'évaluer l'apparence d'un témoin, il ordonna également l'enregistrement visuel de l'enquête préliminaire³³.

Cette affaire soulève des questions cruciales quant au contenu des libertés fondamentales, à l'équité procédurale et à l'administration de la justice. Tel que révélé dans les médias, certains craignent qu'une interdiction de témoigner en portant un *niqab* empêche les femmes voilées d'avoir accès au système de justice et soulignent que dans de nombreux cas mieux tolérés, par exemple lorsque avocats ou juges sont aveugles ou lorsque des témoins ont une

²⁹ *R. v. N.S.*, [2009] O.J. No. 1766, paragr. 83.

³⁰ *Ibid.*, paragr. 82.

³¹ *Ibid.*, paragr. 124.

³² *Ibid.*, paragr. 88-89.

³³ *Ibid.*, paragr. 78 et 118.

déformation au visage, on tolère l'absence d'évaluation visuelle de la crédibilité d'un témoin. À l'inverse, on argumente que l'étude des réactions faciales d'un témoin est centrale à l'exercice du contre-interrogatoire et que le *niqab* est un symbole de l'oppression des femmes qui ne devrait pas être cautionné par le système de justice³⁴.

Le défi est donc encore une fois de taille pour les tribunaux, puisque la Cour d'appel de l'Ontario, présentement en délibération sur ce dossier, devra arbitrer entre l'exercice d'un droit individuel fondamental et des considérations d'ordre public aussi complexes que le droit à une défense pleine et entière, l'harmonisation de pratiques diverses dans une société multiculturelle et l'égalité entre les sexes. Comme nous l'avons vu, l'article premier et la notion d'accommodement raisonnable sont des outils pouvant structurer un tel exercice, ce qui ne rend pas la chose plus facile pour autant.

d. Entre liberté de religion et égalité

L'affaire *R. v. N.S.* appelle des commentaires plus approfondis sur l'enjeu de l'égalité entre les sexes. Au Québec, l'article 10 de la Charte interdit la discrimination fondée sur le sexe. Certaines expressions de la liberté de religion peuvent toutefois introduire des distinctions entre les sexes et mettre en opposition droit à l'égalité et la liberté de religion.

Les commissaires Bouchard et Taylor ont été sensibles à cette préoccupation, mais y ont répondu en exprimant leur confiance dans les instruments d'arbitrage entre droits fondamentaux présentés plus haut. Ils affirment ce qui suit³⁵ :

³⁴ Niqab fight goes to top Ont. Court, CBC, 8 juin 2010, <http://www.cbc.ca/canada/windsor/story/2010/06/08/niqab-testimony-ontario.html>, et Ontario's top court to decide on woman's right to wear niqab while testifying, The Star, 8 juin 2010, <http://www.thestar.com/news/gta/article/820500--ontario-s-top-court-to-decide-on-woman-s-right-to-wear-niqab-while-testifying>.

³⁵ Bouchard et Taylor, *supra*, note 17, p. 107.

Dans le contexte du débat sur les pratiques d'harmonisation, des citoyens ont manifesté la crainte que l'exercice de la liberté de religion puisse menacer des valeurs auxquelles nous sommes fortement attachés, telle l'égalité homme-femme. Pour certains, l'idée d'une hiérarchie entre les droits a pu paraître une solution attrayante. Il faut, selon nous, rejeter cette idée. Les tribunaux peuvent déjà refuser les demandes ou les pratiques qui portent une atteinte indue au droit d'autrui.

Pour eux, le projet de loi 63 adopté le 10 juin 2008 pour amender le préambule de la Charte québécoise et y ajouter un article selon lequel « Les droits et libertés énoncés dans la présente Charte sont garantis également aux femmes et aux hommes. » a surtout une portée symbolique pouvant favoriser des initiatives pro-égalité. Ils ne lui donnent leur support que dans la mesure où il n'introduit pas une hiérarchie entre droits fondamentaux³⁶.

Rappelons que la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 n'établit aucune hiérarchie entre les droits fondamentaux « égaux et inaliénables ». De même, la *Déclaration de Vienne* de 1993 spécifie que « Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter des droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance. »³⁷.

C'est donc sous cet angle qu'on doit étudier l'article 4 du projet de loi 94 présenté en réponse aux demandes de balises en matière d'accommodements raisonnables. Celui-ci spécifie³⁸ :

Tout accommodement doit respecter la Charte des droits et libertés de la personne [...], notamment le droit à l'égalité entre les femmes et les hommes et le principe de la neutralité

³⁶ *Ibid.*, p. 175.

³⁷ *Ibid.* p. 107.

³⁸ Projet de loi no 94, Loi établissant les balises encadrant les demandes d'accommodement dans l'Administration gouvernementale et dans certains établissements, Dépôt du projet de loi adopté le 24 mars 2010.

religieuse de l'État selon lequel l'État ne favorise ni ne défavorise une religion ou une croyance particulière.

Sans se prononcer sur le bien-fondé de la présentation du projet de loi en question, on peut appliquer les commentaires des commissaires Bouchard et Taylor à cet article. À la lumière des critères énoncés par les articles 1 de la Charte canadienne et 9.1 de la Charte québécoise, un tel énoncé en faveur de l'égalité homme-femme demeure essentiellement symbolique et incitatif. Lui donner une plus grande portée pourrait menacer la logique sur laquelle sont construits nos instruments de protection de droits fondamentaux.

e. Droit à la liberté de conscience

Enfin, il convient de présenter ce qu'on pourrait appeler la prochaine frontière de la jurisprudence relative à la liberté de religion : la liberté de conscience non religieuse. Les libellés des chartes canadienne et québécoise, tout comme celui du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, incluent la possibilité d'une objection de conscience ne faisant pas référence au divin. Pourtant, la jurisprudence sur ce thème est étonnamment limitée³⁹.

Pour Luc B. Tremblay, ce recul est fort problématique et en rupture avec les principes d'une démocratie libérale. En effet, protéger certaines conceptions de ce qu'est une bonne vie parce qu'elle est religieuse reviendrait à lui reconnaître un mérite intrinsèque contraire à la neutralité qu'on doit attendre de l'État. Pis encore, cette position pourrait pénaliser ceux dont les choix de vie ne reposent pas sur une religion, en leur imposant la contrainte d'accommodements raisonnables. Cet auteur met donc en garde contre une instrumentalisation du droit pour instaurer une politique

³⁹ Deux ouvrages en faisant recension sont : Henri Brun, « Un aspect crucial mais délicat des libertés de conscience et de religion des articles 2 et 3 des Chartes canadienne et québécoise: l'objection de conscience », (1987) 28 *C. de D.* 185 et Pierre Patenaude, « L'objection éthique et de conscience : impact de la Charte canadienne des droits et libertés », (1983) 13 *R.D.U.S.* 315.

de multiculturalisme visant à promouvoir l'identité et la culture de groupes minoritaires.⁴⁰

Quoi que l'on pense de cette critique du développement de la jurisprudence en matière de liberté de religion, elle souligne le recul qu'accuse celle concernant la liberté de conscience non religieuse. Les praticiens auraient donc avantage à se préparer à naviguer dans ces eaux inconnues dans un avenir prochain, puisque la liberté de conscience est également enchâssée.

Depuis ses débuts, la Cour suprême traite conjointement de liberté de conscience et de religion. Une de ses premières références explicites à la liberté de conscience se retrouve dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, où la juge Wilson s'exprime comme suit⁴¹ :

Il me semble donc que, dans une société libre et démocratique, la "liberté de conscience et de religion" devrait être interprétée largement et s'étendre aux croyances dictées par la conscience, qu'elles soient fondées sur la religion ou sur une morale laïque. D'ailleurs, sur le plan de l'interprétation législative, les termes "conscience" et "religion" ne devraient pas être considérés comme tautologiques quand ils peuvent avoir un sens distinct, quoique relié. Par conséquent, lorsque l'État prend parti sur la question de l'avortement, comme il le fait dans la loi contestée en incriminant l'exercice par la femme enceinte d'une de ses options, non seulement il adopte mais aussi il impose, sous peine d'une autre perte de liberté par emprisonnement, une opinion dictée par la conscience des uns aux dépens d'une autre. C'est nier la liberté de conscience à certains, les traiter comme un moyen pour une fin, les priver, selon le mot du professeur MacCormick, de "l'essence de leur humanité".

⁴⁰ Luc B. Tremblay, *Religion, tolérance et laïcité: le tournant multiculturel de la Cour suprême*, dans *Le droit, la religion et le « raisonnable »*, sous la direction de Jean-François Gaudreault-DesBiens, Montréal, Les éditions Thémis, 2009, p. 253-257.

⁴¹ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, paragr. 251.

Ce vibrant témoignage opère une fracture avec la jurisprudence précédant la Charte. Ainsi, selon les motifs de *Stel v. North York*, on redoutait en 1971 que la liberté de croyance n'embrasse toute conviction de nature éthique⁴².

Pourtant, dès 1945, le juge Gillanders de la Cour d'appel de l'Ontario avait formulé la mise en garde suivante dans *Donald v. Hamilton Board of Education* : qu'un tribunal tente de donner une définition substantive de ce qui est une religion et de ce qui n'en est pas une constitue en soi un risque de déni du droit à la liberté de religion⁴³.

Aux États-Unis, l'affaire de la Cour suprême des États-Unis *U.S. v. Seeger* en 1965 est marquante. En vertu du *Universal Military Training and Service Act*, il était permis de s'opposer au service militaire au motif d'une croyance en un Être suprême. Devant le défi d'interpréter cette expression, le juge Clark se garda de lui donner une définition trop restrictive. Bien que demeurant dans le domaine d'une croyance religieuse, il admit dans les termes suivants la possibilité d'une croyance analogue à celle des chrétiens⁴⁴ :

A sincere and meaningful belief which occupies in the life of its possessor a place parallel to that filled by the God of those admittedly qualifying for the exemption comes within the statutory definition.

En 1976, se posa la question de l'obligation de prêter le serment d'allégeance à la Reine, d'observation fidèle des lois du Canada et d'exécution des devoirs de citoyen en vertu de la *Loi sur la citoyenneté*⁴⁵ dans *Jensen (Re)*. Les appelants, des Témoins de Jéhova, posaient la condition de ne participer à aucune guerre, ni directement ni indirectement, en invoquant la *Loi sur la liberté de*

⁴² *Stel v. North York (Corp. of the Borough of)*, [1971] OLRB Rep. July 363. Cité dans Bayefsky et Eberts, *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1985, p. 138.

⁴³ *Donald v. Hamilton Board of Education*, [1945] 3 D.L.R. 424, p. 430.

⁴⁴ *U.S. v. Seeger*, 380 U.S. 163, p. 176.

⁴⁵ *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), c. C-29.

*religion*⁴⁶. Le juge refusa leur requête en se basant sur l'exception prévue par la loi aux fins de garantir la paix et la sûreté du pays, spécifiant que tant des raisons d'ordre *moral ou religieux* ne pourraient être invoquées contre l'obligation de servir son pays en temps de guerre⁴⁷. Morale et religion se retrouvaient donc, encore une fois, difficilement dissociables.

Similairement, la question de la définition de la religion fut posée au Conseil canadien des relations du travail en 1986, puisque le *Code canadien du travail*⁴⁸ prévoit à son article 70 la possibilité de demander une exception pour que sa cotisation syndicale soit versée à un organisme de charité. Dans *Richard Barker c. Section locale 938 des Teamsters*, le conseil se considéra mal placé pour « rejeter certaines convictions parce qu'il s'agirait des croyances personnelles du requérant » ou pour se « mêler d'orthodoxie religieuse ». Il adopta la définition suivante de la croyance⁴⁹ :

[L]a reconnaissance, de la part de l'Homme, d'un pouvoir supérieur invisible qui contrôle sa destinée et à qui il doit obéissance, révérence et vénération.

On voit donc les fondements de la position confirmée dans *Amselem*, selon laquelle nos tribunaux ne souhaitent pas se faire interprètes d'autres doctrines que le droit, mais aussi l'idée que la notion de croyance personnelle ne peut être interprétée de manière restrictive.

Plus récemment, la liberté de conscience a été invoquée à l'encontre de l'obligation de prêter serment ou de payer des impôts. Ainsi, dans *Roach v. Canada*, un homme refusait de jurer allégeance à la Reine dans le cadre de la cérémonie de prestation de serment en raison de ses opinions républicaines. Son appel sur la radiation de sa cause fut rejeté par la Cour d'appel fédérale, au motif que

⁴⁶ *Jensen (Re)*, [1976] 2 C.F. 665.

⁴⁷ *Ibid.*, paragr. 24.

⁴⁸ *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), c. L-2.

⁴⁹ *Richard Barker c. Section locale 938 des Teamsters*, 86 CLLC 16, 031.

l'allégeance à la Reine que doivent prononcer les citoyens ne démontre pas l'apparence d'une violation de la liberté de conscience. Pour le juge MacGuigan, le fait d'adhérer symboliquement à la constitution ne limite pas la liberté de conscience et la possibilité d'exprimer librement ses convictions républicaines. Notons toutefois que le juge Linden, dissident, considéra qu'il y avait une cause raisonnable d'action quant à l'atteinte à la liberté d'expression⁵⁰.

Similairement, dans *R. v. Anderson*, une accusée refusait de prêter serment sur la Bible ou par affirmation solennelle de dire la vérité, au motif que l'obligation de faire ce choix en vertu du *Evidence Act*⁵¹ la forçait à révéler sa foi et portait atteinte à sa liberté de conscience. La Cour provinciale du Manitoba rejeta sa requête, au motif que l'obligation de prêter serment a un objectif séculier et n'est pas attentatoire à la liberté de religion puisqu'elle n'oblige pas la demanderesse à se conformer à une quelconque croyance ou pratique religieuse⁵².

Dans le domaine fiscal, trois affaires méritent d'être soulignées. Dans *Prior c. Canada*, une citoyenne refusait de payer la portion de ses impôts attribuables aux dépenses militaires au nom de sa liberté de conscience. Le juge Marceau de la Cour d'appel fédérale rejeta sa demande au motif qu'il n'y a pas de lien direct entre l'impôt payé et ce pour quoi il est utilisé. Il ne vit donc pas l'occasion d'une violation de la conscience pacifiste de Mme Prior et affirma que, même s'il y en avait une, elle serait justifiée dans les circonstances.

Chose intéressante, le juge Muldoon de la Cour fédérale répudia cette approche dans *O'Sullivan v. Canada*⁵³. Un citoyen refusait cette fois-là de contribuer à l'avortement via son impôt pour des

⁵⁰ *Roach c. Canada (Ministre d'État au Multiculturalisme et à la Citoyenneté)*, [1994] 2 C.F. 406.

⁵¹ *Manitoba Evidence Act*, C.C.S.M. c. E150.

⁵² *R. v. Anderson*, [2001] M.J. No. 34.

⁵³ *O'Sullivan v. Canada (Minister of National Revenue - M.N.R.) (T.D.)*, [1992] 1 F.C. 522.

motifs religieux. La Cour trouve, au contraire de l'affaire *Prior*, un lien entre sa contribution aux charges de l'État et l'avortement, mais considère qu'il n'y a pas d'atteinte à sa liberté de religion, puisqu'on ne le force pas à pratiquer l'avortement. Elle affirme également que, même s'il y avait atteinte, elle serait justifiée.

Notons en passant que la Cour répond à l'argument du demandeur selon lequel le Canada est un État chrétien vu le préambule de la Constitution qui fait référence à Dieu. Dans un passage intéressant, le juge Muldoon relève le défi d'interpréter ces mots peu banals⁵⁴ :

Constitutionnellement et juridiquement parlant, que signifie la reconnaissance de la suprématie de Dieu? Après tout, cette suprématie est reconnue par les adeptes de beaucoup de religions semblables et différentes; par contre, le culte déclaré qu'ils rendent à Dieu ne les empêche pas de se tuer, de s'estropier et de se torturer les uns les autres, et d'agir ainsi envers leurs propres coreligionnaires dans bien des cas. En inscrivant la reconnaissance de la suprématie de Dieu dans la Constitution du Canada, a-t-on voulu faire du Canada une théocratie? Certainement pas. [...]

Le préambule de la Charte fournit un outil important pour définir le Canada, mais la reconnaissance de la suprématie de Dieu dans la loi suprême du Canada ne fait qu'empêcher l'État canadien de devenir officiellement athée. Elle ne transforme pas le Canada en une théocratie du fait de la grande variété de croyances quant à la façon dont Dieu (c'est apparemment le même Dieu pour les juifs, les chrétiens et les musulmans) veut que ses fidèles se comportent en général et le vénèrent en particulier. En conséquence, la reconnaissance de la suprématie de Dieu dans le préambule n'empêche pas le Canada d'être un État laïque.

Finalement, dans *MacKay v. Manitoba*, un citoyen alléguait que sa liberté de conscience est violée par le financement de partis

⁵⁴ *Ibid.*, paragr. 17-18.

politiques réservé à ceux récoltant au moins 10 % des suffrages⁵⁵. Le juge Twaddle de la Cour d'appel du Manitoba affirme, comme dans *O'Sullivan*, que le fait que l'État finance des partis ne revient pas à imposer au citoyen d'adopter ses vues et que conséquemment il n'y a pas de violation. Le juge Huband, dissident, aurait accordé l'appel, pour les motifs que la loi fait une distinction injustifiée entre partis bien établis et partis émergents. Notons que la décision fut confirmée par la Cour suprême du Canada, qui se pencha uniquement sur la liberté d'expression et rejeta l'appel, entre autres, au motif qu'aucune preuve des conséquences factuelles négatives de la loi n'avait été établie⁵⁶.

Dans *Maurice c. Canada*, seule décision favorable à la liberté de conscience non religieuse répertoriée, la Cour fédérale se penche sur le fait que le *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*⁵⁷ limite les exceptions alimentaires aux motifs religieux ou de sécurité. Un détenu végétarien demande un repas adapté, mais se le voit refusé. La Cour accorde sa demande en appliquant l'article 2a) de la Charte canadienne et en se prononçant comme suit⁵⁸ :

Le végétarisme est un choix qui est fondé sur la conviction selon laquelle la consommation de produits d'origine animale est moralement répréhensible. Les motifs pour lesquels une personne pratique le végétarisme peuvent varier, mais à mon avis, le système de croyances sous-jacent peut être considéré comme l'expression d'un choix fait selon sa "conscience".

Cette dernière décision illustre bien le fort potentiel de la notion de liberté de conscience pour l'avenir. Toutefois, comme pour la liberté de religion, la question de la preuve d'une conviction sincère et d'une atteinte grave pose problème. On a vu dans les précédents discutés comment un désaccord idéologique recevra généralement

⁵⁵ *MacKay v. Manitoba*, [1985] M.J. No. 164 (C.A.)

⁵⁶ *Mackay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357.

⁵⁷ *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, art. 101.

⁵⁸ *Maurice c. Canada (Procureur général)*, [2002] A.C.F. no 72, paragr. 10.

peu de sympathie lorsque opposé à une politique publique. À l'inverse, il pourrait à l'avenir être soulevé à l'encontre de désagréments analogues à celui de se voir imposer une diète heurtant nos valeurs. Nos tribunaux ont toutefois raison d'hésiter à conférer une protection constitutionnelle à toute objection de conscience et il s'agira de développer cette jurisprudence en équilibrant protection individuelle et intérêt du public.

Conclusion

Le temps a passé depuis l'adoption des chartes québécoise et canadienne, mais le défi relatif à la protection de la liberté de conscience et de religion identifié dans *Big M Drug Mart Ltd.* reste le même : accorder une pleine protection à la liberté des citoyens de mener leur vie en conformité avec les principes de leur choix tout en garantissant le bien-être de notre communauté en général.

Ce défi est rendu plus important par les thèmes discutés aujourd'hui : le recul de la religion chrétienne et de ses manifestations dans la sphère publique au Québec, la redéfinition de la manière dont est présentée la religion dans l'enseignement public, les défis pour l'administration de la justice posés par l'immigration importante que nous connaissons, la préoccupation de garantir l'égalité entre les sexes et l'émergence de la notion de liberté de conscience non religieuse.

Les divers mécanismes développés en vertu des deux chartes - atteinte minimale, contrainte excessive, accommodement raisonnable, bien-être général- connaîtront donc certainement de nombreuses transformations prochainement et il est de notre responsabilité, en tant que plaideurs et que juges, de veiller à ce qu'un juste équilibre entre individu et communauté soit maintenu.

Merci.